

СУДЕБНОЕ ПРИЗНАНИЕ

ВЪ

ГРАЖДАНСКИХЪ ДѢЛАХЪ.

СОЧИНЕНІЕ

М. И. МАЛИНИНА,

ординарнаго профессора Новороссійскаго университета.

ВТОРОЕ ДОПОЛНЕННОЕ ИЗДАНИЕ.

ОДЕССА.

Типографія Л. Нитчъ, Поллицейская, 30.

1878.

Дозволено цензурою. Одесса, 12-го іюня 1878 года.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

Введеніе.

Глава I.

Стран.

Понятіе вообще о признаніи въ гражданскихъ дѣлахъ, его сущность и отличіе отъ процессуальныхъ съ нимъ процессуальныхъ и вообще юридическихъ институтовъ 1 — 11

Глава II.

Понятіе о **судебномъ** признаніи, оно дѣлается предъ судебною властью и есть процессуальное дѣйствіе, совершаемое въ производствѣ того именно дѣла, котораго оно касается. Процессуальныя формы судебного признанія: а) оно можетъ быть добровольнымъ, по инициативѣ самаго признающагося; дѣятельность при этомъ суда, признавшей стороны и противника; б) судъ можетъ дѣлать сторонамъ вопросы и такимъ образомъ вызывать ихъ на признаніе. Принципы, коими руководствовались въ этомъ случаѣ римское право и средневѣковое; теорія по этому предмету законодательствъ — французскаго, общегерманскаго, прусскаго, австрійскаго и русскаго. Можетъ-ли быть молчаливое признаніе? 11 — 36

Глава III.

Судебное признаніе дѣлается **стороною**, т. е. лицомъ дѣйствующимъ въ производствѣ въ качествѣ истца или ответчика. Значеніе признанія предшественника для преемника въ процессѣ. Признаніе въ качествѣ соучастника въ производствѣ. Признаніе въ качествѣ третьяго привлекаемаго или вступающаго въ производство. Признаніе не вполнѣ дѣеспособныхъ — несовершеннолѣтнихъ, расточителей и несостоятельныхъ. Признаніе представителей сторонъ на судѣ 36 — 82

Глава IV.

Основной принципъ, опредѣляющій предметъ признанія. **Ограниченія** судебного признанія по отношенію къ предметамъ физически и юридически невозможнымъ, по отношенію къ дѣламъ о законности рожденія, къ дѣламъ о правахъ на недвижимое имущество. Ограниченія въ области предметовъ, подлежащихъ признанію: относительно юридическаго элемента предмета, относительно предметовъ второстепенныхъ, добавочныхъ въ признаніи 82 — 92

Глава V.

Стр.

Сила и юридическое значеніе судебного признанія по аналогіи съ силой судебного рѣшенія. Юридическое значеніе судебного признанія съ матеріальной стороны и съ процессуальной — при коллизіи съ доказательными средствами, представленными признавшимися, именно свидѣтельскими показаніями, домашними, нотаріальными и тому подобными документами, съ присягой. Судебное признаніе не устранивает постановленія судебного рѣшенія по дѣлу 92 — 98

Глава VI.

Исходная точка зрѣнія въ вопросѣ объ опроверженіи судебного признанія. Особенныя основанія опроверженія по различію признанія, констатирующаго дѣйствительныя обстоятельства дѣла, и признанія, имѣющаго договорный характер; различіе въ опроверженіи до постановленія рѣшенія по дѣлу и послѣ рѣшенія, вошедшаго въ законную силу. Постановленія законодательствъ нѣмецкаго, австрійскаго и французскаго по вопросу объ опроверженіи судебного признанія; особенности русскаго законодательства 98 — 109

Глава VII.

ПРИВЛЕЧЕНІЕ.

Теорія законодательствъ римскаго, французскаго, нѣмецкихъ и русскаго по вопросу о квалифицированномъ признаніи. Его сущность и юридическое значеніе; условія такого юридическаго значенія 109 — 135



Предисловіе ко второму изданію.

Въ предлагаемомъ новомъ изданіи моего труда сдѣланы дополненія по нѣкоторымъ отдѣламъ, главнымъ образомъ, въ видѣ указаній на кассационную практику; въ какихъ либо измѣненіяхъ текста не оказалось надобности. Принятые мною, при первомъ изданіи, методъ и система изложенія, а также основныя положенія и выводы мои по вопросу о судебномъ признаніи въ гражданскихъ дѣлахъ, нашли себѣ подтвержденіе въ появившихся рецензіяхъ на мою книгу. Только въ одной рецензіи (въ журналѣ гражд. и уголовн. права) высказаны несогласія и возраженія по многимъ существеннымъ вопросамъ излагаемаго мною ученія. Но съ точки зрѣнія научной критики возраженія эти не представляются убѣдительными (см. мой отвѣтъ на эту рецензію въ ученыхъ запискахъ Новор. универс. т. XXVI) и потому не могли вызвать какихъ либо существенныхъ измѣненій при второмъ изданіи моего труда.

Авторъ.

ВВЕДЕНІЕ.

Одинъ изъ существенныхъ принциповъ современнаго права вообще, принципъ личности въ теоріи процессуальнаго права является опредѣляющимъ принципомъ, ближайшимъ образомъ, въ ученіи о тяжущихся лицахъ, ихъ процессуальныхъ правахъ и обязанностяхъ; въ силу этого принципа, тяжущійся, въ гражданскомъ процессѣ, трактуется какъ личность; это значитъ, съ одной стороны, что государство въ процессѣ, въ лицѣ судебныхъ установлений, дѣйствуетъ въ качествѣ

обязаннаго защищать и охранять личность; съ другой стороны, за тяжущимся не только признаются права соотвѣтственно понятію о немъ какъ о личности, но, соотвѣтственно тому же понятію, на него возлагаются и обязанности. Такимъ образомъ, въ процессѣ съ перваго до послѣдняго шага дѣйствія тяжущихся должны имѣть своей внутренней подкладкой нравственное достоинство личности; но само собою разумѣется, что эти требованія о нравственномъ достоинствѣ дѣйствій тяжущагося должны опредѣляться съ точки зрѣнія процессуальнаго права, т. е. въ томъ смыслѣ, чтобы въ дѣйствіяхъ тяжущагося не было бы нарушенія правъ личности другихъ заинтересованныхъ въ томъ же дѣлѣ; въ этомъ смыслѣ процессуальныя дѣйствія тяжущихся должны быть честны и добросовѣстны; въ этомъ смыслѣ требуется добросовѣстность въ объясненіяхъ и заявленіяхъ стороны относительно обстоятельствъ спорнаго дѣла. Вопросъ о *судебномъ признаніи въ гражданскихъ дѣлахъ*, специальное изслѣдованіе котораго мы предлагаемъ, болѣе чѣмъ какой либо другой процессуальный вопросъ вводитъ въ глубь современной тенденціи права, болѣе другаго представляетъ данныхъ для изслѣдованія, въ сферѣ гражданского процесса, вышесказаннаго основнаго принципа. Потребность въ наибольшемъ жизненномъ значеніи, въ сферѣ права, идеи о личности должна искать и можетъ находить себѣ удовлетвореніе, въ области науки, только путемъ изслѣдованія и вскрытія этой идеи въ нормахъ закона, имѣющаго своимъ назначеніемъ охрану личности. Философскій принципъ права является живымъ дѣйствующимъ началомъ, по мѣрѣ того, какъ онъ проникаетъ въ сознаніе общества, но онъ становится практически обязательнымъ дѣйствующимъ въ жизни началомъ, слѣдовательно получаетъ наибольшее культурное значеніе по мѣрѣ того какъ формулируется въ положительномъ законодательствѣ и затѣмъ подвергается научнымъ изслѣдованіямъ въ своемъ существѣ и деталяхъ. Потому въ основу нашего изслѣдова-

нія мы взяли положительныя законодательства главнѣйшихъ европейскихъ государствъ; останавливаясь на римскомъ правѣ и каноническомъ на столько, на сколько они объясняютъ современную теорію вопроса, мы, затѣмъ, разсматривали законодательства нѣмецкія, французское и русское, въ ихъ современномъ положеніи и только въ нѣкоторыхъ случаяхъ приводили историческія данныя. Равнымъ образомъ мы обращали вниманіе на случаи примѣненія законовъ по нашему вопросу въ жизни европейскихъ государствъ, разсматривали практику судовъ французскихъ, нѣмецкихъ и русскихъ. На основаніи указанныхъ источниковъ, на сколько въ нихъ оказалось единства, мы изложили наше изслѣдованіе болѣе въ догматическомъ видѣ, и отгѣняли постановленія отдѣльныхъ законодательствъ и особенно русскаго въ тѣхъ только случаяхъ, когда эти постановленія представляли уклоненія отъ общей теоріи указанныхъ законодательствъ. Что касается литературныхъ пособій, мы ими пользовались на столько, на сколько они уясняютъ источники и основныя начала ихъ. Вышеозначеннымъ путемъ мы разсматриваемъ:

- 1) Понятіе вообще о признаніи въ гражданскихъ дѣлахъ, его *сущность* и отличіе отъ сродственныхъ съ нимъ процессуальныхъ и вообще юридическихъ институтовъ;
- 2) характеристическія черты *судебнаго* признанія;
- 3) требованія и особенности судебного признанія относительно *лицъ*, дѣлающихъ признаніе;
- 4) относительно *предмета* признанія;
- 5) юридическое значеніе и *силу* судебного признанія;
- 6) *опроверженіе* признанія.

Въ заключеніе, въ видѣ прибавленія мы помѣстили изслѣдованіе о дѣлимости и недѣлимости судебного признанія въ гражданскихъ дѣлахъ, вообще о квалифицированномъ признаніи.

I.

Понятіе вообще о признаніи въ гражданскихъ дѣлахъ, его сущность и отличіе отъ сродственныхъ съ нимъ процессуальныхъ и вообще юридическихъ институтовъ ¹⁾.

Признаніе въ смыслѣ гражданского судопроизводства можетъ имѣть мѣсто относительно только того, что бываетъ предметомъ судебного спора. Въ анализѣ понятія о признаніи это обстоятельство весьма важно: судебный споръ всегда имѣетъ

1) Въ источникахъ, за исключеніемъ code civil, мы не находимъ опредѣленія понятія о признаніи въ гражданскихъ дѣлахъ, и только на основаніи отдѣльных постановленій источниковъ о тѣхъ или другихъ чертахъ и свойствахъ признанія можно составить это понятіе. что мы и дѣлаемъ въ первой главѣ. Code civil art. 1356 такъ опредѣляетъ признаніе: L'aveu judiciaire est la déclaration que fait en justice la partie ou son fondé de pouvoir spécial. Взятое въ буквальный смыслъ это опредѣленіе, какъ увидимъ сейчасъ изъ текста первой главы, болѣе, чѣмъ теоретическія опредѣленія, встрѣчаемыя у большинства нѣмцевъ (Schneider, Vollständige Lehre vom rechtlichen Beweise in burgerlichen Rechtssachen, § 72*. Weber, Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprocess, IV § 1 n. 1. Bethmann-Hollweg, Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprocesses, стр. 257) и французскихъ юристовъ (Pothier, Des obligations n. 831; Toullier, le droit civil français t. X, pag 337. Aubry et Rau, Cours de droit civil français t. VI, § 751, p. 339 Marcadé, Explication théorique et pratique du code Napoleon t. V, art. 1356 n. 2 и др.), соответствуетъ существу признанія, но въ немъ нѣтъ указанія на тотъ существенный признакъ, которымъ признаніе отличается отъ сродственныхъ съ нимъ понятій, уступки и мировой сдѣлки. Изъ теоретическихъ опредѣленій понятія о признаніи какъ на болѣе вѣрное нужно указать на опредѣленіе Savigny System, T. VII стр. 41 и Laurent'a — Principes de Droit civil français. 1876 tom. XX pag. 189 n. 155. По Laurent'у признаніе есть заявленіе тяжущейся стороны о фактахъ, составляющихъ предметъ спора.

своимъ предметомъ гражданскія правоотношенія существовавшия или существующія, но только нарушенныя. Потому признание имѣетъ своимъ предметомъ правоотношенія существовавшия въ прошломъ ²⁾ или существующія между данными лицами въ настоящемъ ³⁾ и сдѣлавшіяся между ними спорными. Признание, слѣд., есть заявленіе стороны о прошломъ или настоящемъ даннаго спорнаго правоотношенія ⁴⁾. Далѣе, тяжущіеся имѣютъ такія права и обязанности, которыя также оказываютъ вліяніе на понятіе о признаніи; въ силу того, что спорныя права имѣютъ интересы только для тяжущихся и подлежатъ ихъ частной волѣ, тяжущіеся могутъ представлять бывшія или существующія между ними спорныя правоотношенія такими или иными по своему разумѣнію; отсюда — признание есть заявленіе тяжущихся о прошломъ или настоящемъ спорнаго правоотношенія по собственному представленію, понятію и разумѣнію о томъ самихъ заявляющихъ. Въ отдѣльныхъ случаяхъ такія заявленія могутъ вовсе не соотвѣтствовать дѣйствительнымъ обстоятельствамъ дѣла, но все-таки представляются заявленіями о фактахъ какъ бы дѣйствительныхъ ⁵⁾. Въ этихъ случаяхъ является фикція: хотя предметы, о которыхъ сдѣлано признание въ дѣйствительности вовсе не существовали или были не таковы, какими ихъ представляетъ признание, но о нихъ говорится какъ бы о дѣйствительныхъ. Двумя означенными чертами характеризуется сущность признанія въ смыслъ гражданского судопроизводства; ими опредѣляются и дальнѣйшія особенности этого понятія. 1) Тяжущійся дѣлаетъ заявленія о спорномъ

²⁾ *Confessus est, servum occidisse* L. 4 (42, 2) D. и др.

³⁾ *Servum suum esse confitendo*. L. 14 (XI, I) D. и др.

⁴⁾ Источники, говоря о признаніи, всюду трактуютъ о признаніи касательно правоотношенія бывшаго, вообще уже существующаго: когда рѣчь идетъ о признаніи — это всегда значить о томъ, что было или есть, но не о томъ, что вновь должно быть между сторонами; приводитъ подтвержденія этого положенія — значило бы выписывать всѣ тѣ мѣста изъ источниковъ, гдѣ говорится о признаніи.

⁵⁾ *Si is cum quo lege Aquilia agitur confessus est, servum occidisse licet non occiderit, si tamen occissus sit homo, ex confesso tenetur*. L. 4 (42, 2) D. также L. 11 § 1, L. 20 (XI, I) D.

правоотношеніи; независимо отъ того согласно оно съ заявленіями противной стороны или нѣтъ, оно, само по себѣ, есть фактъ выраженія собственнаго воспріятія представленія или понятія тяжущагося, есть единоличное признаніе ⁶⁾). При этомъ у заявляющаго могло быть намѣреніе сказать правду о данныхъ фактахъ дѣла или только сказать свое понятіе о нихъ независимо отъ вѣрности этого понятія съ дѣйствительностью. Во всякомъ случаѣ какъ единоличное заявленіе оно есть прежде всего фактъ, показывающій, что сторона сдѣлала такое то заявленіе и слѣд. должна отвѣчать за него какъ за свое; но въ глазахъ другихъ лицъ оно не достаточно для констатированія дѣйствительности и достовѣрности заявленныхъ фактовъ, и какъ выраженіе субъективныхъ воззрѣній никоимъ образомъ необязательно для другихъ. 2) Заявленія одного тяжущагося могутъ совпадать съ заявленіями противной стороны, могутъ быть согласны между собою; прежде всего это значить, что обѣ стороны имѣютъ одинаковое понятіе о данномъ обстоятельстве дѣла. Внутренней подкладкой заявленій здѣсь можетъ быть также или намѣреніе признать дѣйствительные факты ^{6a)} или просто согласиться съ заявленіями противника, признать ихъ вѣрными, независимо отъ вѣрности ихъ съ дѣйствительностью. Такимъ образомъ, согласное заявленіе тяжущихся о данномъ обстоятельстве дѣла имѣетъ, по отношенію къ спору, то значеніе, что дѣлаетъ это обстоятельство безспорнымъ между

6) L. 9 (XI, I) D. Есть и другія указанія, что единоличное заявленіе считалось признаніемъ; сюда можно отнести всѣ *responsiones* на *interrogationes*, которые собственно нельзя считать заявленіями стороны допрашивающей, наконецъ въ приведенномъ (1) титулѣ есть примѣры *confessio*, въ которомъ говорилось объ обстоятельствахъ, о которыхъ противникъ не дѣлалъ заявленій и не давалъ вопросовъ, или вопросамъ его не соответствовали отвѣты; являясь такимъ образомъ единоличными заявленіями эти отвѣты считались однако признаніемъ (напр. §§ L. 11 (XI, I) D. *Durantis Speculum juris*, pars II De *positionibus* § 8: *et quidem is est, quod is qui ponitur aliquid, eo ipso, quod ponit, videtur cinfiteri id quod ponit, nam non debet quis ponendo nisi id, quod scit vel credit.* Гражд. касс. рѣш. 1870 г. № 430 стр. 766 и слѣд.

^{6a)} Langenbeck, стр. 117.

ними, дѣлаетъ излишнимъ доказываніе его ⁷⁾, оно становится юридически извѣстнымъ. Эта *юридическая извѣстность* и дается признаніемъ; въ ней главный смыслъ его ⁸⁾. Потому, признаніе не можетъ быть названо доказательствомъ въ собственномъ смыслѣ слова ⁹⁾. Для другихъ лицъ, помимо самихъ тяжущихся, признаніе не дѣлаетъ предметъ признанный юридически извѣстнымъ ¹⁰⁾, не представляетъ даже аналогіи съ доказательствомъ, напр. съ свидѣтельскими показаніями. Если бы другія лица, въ другомъ въ производствѣ, въ подтвержденіе факта стали бы ссылаться на признаніе этого факта данными тяжущимися, такое признаніе не можетъ разсматриваться какъ свидѣтельское показаніе, ибо оно не всегда констатируетъ фактическую истину; если же въ данномъ случаѣ у признавагося и было намѣреніе говорить о дѣйствительныхъ обстоятельствахъ, все таки признаніе является показаніемъ лица о своемъ собственномъ дѣлѣ. Далѣе, признаніе существенно отличается отъ присяги ¹⁰⁾; присяга является заявленіемъ стороны только о дѣйствительныхъ фактическихъ обстоятельствахъ дѣла, съ спеціальной гарантіей истинности заявляемаго—призываніемъ Бога въ свидѣтели. Такого характера непремѣннаго констатированія дѣйствительныхъ обстоятельствъ дѣла признаніе вовсе не имѣетъ.

Вышеизложенныя существенныя черты признанія опредѣляютъ его съ положительной стороны; при наличности положительныхъ признаковъ признанія не трудно опредѣлить его *отрицательныя* черты. Такимъ образомъ

3) какъ единоличное признаніе одной стороны, такъ и согласное признаніе обѣихъ сторонъ имѣютъ своимъ предметомъ

⁷⁾ Brackenhöft, Archiv für die Civ.-Praxis B. XX стр. 203 п. 5 а; см. ссылку Danz'a, Grundsätze des ordentl. Processes, § 239 на Elsaesser, de prob. ac reprob. § 37, стр. 33. Также сравн. L. 23 § 11 D. (9, 2); ст. 480 уст. гражд. судопр.

⁸⁾ Сравни. Brackenhöft, Archiv für die Civ.-Praxis, B. XX стр. 252—257. Langenbeck, стр. 119.

⁹⁾ L. 1 § 17 D. (48, 18). Brackenhöft тамже п. 14 и 6а.

¹⁰⁾ Durantis, De confessionibus, § 3 п. 20.

¹⁰⁾ Brackenhöft, тамже стр. 256.

обстоятельства спорнаго дѣла; коль скоро есть такого рода заявленіе, есть, значить и признаніе; для установленія понятія о признаніи не является существеннымъ вопросъ о невыгодности признанія для признавашаго и о выгоды для противной стороны; не важно, было-ли у признавашаго намѣреніе или вѣдомъ признать обстоятельства невыгодныя для него; невыгоды признанія могутъ обнаружиться впоследствии при рѣшеніи дѣла, но такое невыгодное послѣдствіе можетъ быть, можетъ и не быть. Итакъ, намѣреніе тяжущагося признать невыгодный для себя фактъ, вообще невыгодность для него признанія не составляютъ существенной черты понятія о признаніи ¹¹⁾. Изъ постановленій устава гражданскаго судопроизводства ¹²⁾ нельзя дѣлать заключенія, что онъ считаетъ эту черту существенною

¹¹⁾ Инсатели (Weber, I. c. IV, § 1 n. 1; Gensler, Archiv für die civilistische Praxis, B. I. стр. 42 n. 1; Schneider I. c. § 72; Bethmann-Hollweg, Versuche, стр. 257; Puchta, Pandekten § 98 a, стр. 154), утверждающіе противное мнѣніе, основываются на томъ, что невыгодность для стороны ея признанія служить лучшимъ основаніемъ для убѣжденія судьи въ достовѣрности признанныхъ обстоятельствъ; «въ интересахъ тяжущагося не говорить во вредъ себѣ, если же онъ дѣлаетъ заявленія во вредъ себѣ, значить заявленія эти вѣрны дѣйствительности». Но прежде всего нужно замѣтить, что судья не рассматриваетъ достовѣрность признанныхъ обстоятельствъ; если стороны сдѣлали согласныя заявленія объ одномъ и томъ же спорномъ обстоятельстве, для суда, рассматривающаго дѣло, обстоятельство это будетъ безспорнымъ въ производствѣ, хотя бы онъ даже зналъ, что оно фактически невѣрно. Съ другой стороны признакъ невыгодности не можетъ считаться существеннымъ уже и потому, что сторона умышленно можетъ признать невѣрный, вредный для себя фактъ (Langenbeck I. c. стр. 115 n. 2) и это признаніе будетъ дѣйствительнымъ. Только въ нѣкоторыхъ случаяхъ (при опроверженіи признанія) судъ рассматриваетъ фактическую достовѣрность признанныхъ обстоятельствъ, но тогда имѣетъ значеніе не то, вредно-ли признаніе для признавашагося и не то, имѣлъ-ли онъ намѣреніе признать невыгодное для себя обстоятельство; этихъ признаковъ можетъ и не быть, тѣмъ не менѣе признаніе считается дѣйствительнымъ. Въ этихъ случаяхъ для суда чаще всего имѣетъ важность вопросъ, было-ли у признавашагося намѣреніе заявить о дѣйствительныхъ фактическихъ обстоятельствахъ. Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten B. 14 n. 183.

¹²⁾ Ст. 480: когда одна изъ сторонъ сама признаетъ дѣйствительность такого обстоятельства, которое служитъ къ утвержденію правъ ея противника, то оно считается не требующимъ дальнѣйшихъ доказательствъ.

въ понятіи о признаніи. Статья 480 говоритъ объ *особомъ* случаѣ признанія («когда» ...) обстоятельства, которое служитъ къ утверженію правъ противника; и имѣетъ въ виду указать не то, что это есть существенный признакъ признанія, а то, что, когда такой признакъ есть, онъ имѣетъ особое процессуальное значеніе для противника, т. е., что признанное обстоятельство считается не требующимъ дальнѣйшихъ доказательствъ ¹³⁾.

Вторымъ отрицательнымъ признакомъ признанія служитъ то, что для понятія о признаніи не существенно, принято оно противникомъ или нѣтъ ¹⁴⁾. Если признаніе является согласнымъ заявленіемъ обѣихъ сторонъ, тогда никакого вопроса о принятіи и быть не можетъ. Истецъ дѣлаетъ такое то заявленіе о данныхъ обстоятельствахъ дѣла, отвѣтчикъ дѣлаетъ о нихъ тождественное заявленіе, какой смыслъ можетъ имѣть требованіе отъ истца принять это признаніе? Что касается единоличнаго признанія, оно, какъ процессуальный актъ, берется судомъ во вниманіе при рѣшеніи дѣла, независимо отъ того, заявила или нѣтъ противная сторона о принятіи ею этого признанія ¹⁵⁾. Относительно единоличнаго признанія нужно раз-

¹³⁾ Въ уставѣ гр. суд. герм. имперіи не встрѣчается даже указаній на разсматриваемый признакъ признанія § 261. 1877.

¹⁴⁾ L. 6 § 3 (42, 2) D. не говоритъ въ пользу противоположнаго мнѣнія; признаніе въ отсутствіи противника не обязываетъ и не влечетъ присужденія въ пользу отсутствующаго, но не потому что за отсутствіемъ противника признаніе не можетъ быть принято имъ; но потому, что вообще явившійся не можетъ быть присужденъ въ пользу неявившагося — *pec solet quis absenti condemnari*? Напротивъ, по общему процессуальному правилу, неявившаяся сторона должна подвергаться невыгодамъ за свою неявку. Въ ученіи каноническаго права по вопросу объ *asserptio* признанія было много спорнаго, неяснаго. Endemann, *Beweislehre*, стр. 136 п. 26. Большинство французскихъ писателей высказываются въ пользу мнѣнія высказаннаго въ нашемъ текстѣ. Aubry et Rau, t. VI стр. 338 Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t. V стр. 424 п. 30. Laurent, XX стр. 197 и слѣд. п. 168. Но французская практика до послѣдняго времени держалась противнаго мнѣнія.

¹⁵⁾ L. 6 princ. D. (XI, 1); Wetzell, *System des ordentlichen Civilprocesses* § 19 n. 8. Seuffert, *Archiv*, B. 29 n. 186.

личать случаи, когда признаніе отвѣтчика измѣняетъ въ существѣ исковыя требованія по ихъ основанію, или по предмету, или объему, или когда признаніе истца измѣняетъ въ тѣхъ же отношеніяхъ возраженія отвѣтчика. Въ такихъ случаяхъ принятіе судомъ признанія ставится въ зависимость отъ принятія его противной стороной; иначе признаніе не измѣняетъ общаго порядка доказываніе сторонами своихъ заявленій (подробнѣе объ этомъ см. въ ученіи о квалифицированномъ признаніи).

Третья отрицательная черта понятія о признаніи заключается въ томъ, что для него несущественно указаніе на сауса признаваемого. Когда предметомъ признанія служитъ фактическое обстоятельство, о сауса этого обстоятельства нѣтъ надобности и даже иногда возможности говорить. Но когда признаніе касается цѣлаго правоотношенія, указаніе на сауса дѣлаетъ признаніе болѣе точнымъ, опредѣленнымъ. Въ этихъ случаяхъ, если въ признаніи сауса не выражена точно, она подразумѣвается согласно съ той сауса, которая указывается противникомъ ¹⁶⁾.

Изъ вышеизложеннаго анализа понятія о признаніи, въ заключеніе, мы можемъ сдѣлать слѣдующіе выводы относительно вообще психическаго элемента въ признаніи: общій характеръ психическаго состоянія признавашагося опредѣляется тѣмъ, что ему представляется, что рѣчь идетъ о спорномъ правоотношеніи, которое должно быть рѣшено судомъ ¹⁷⁾, слѣд. шутить уже нельзя. Это сознаніе, эта серьезность ¹⁸⁾ опредѣляетъ отдѣльные психическіе моменты признанія. При такомъ представленіи тяжущійся при заявленіи или имѣетъ намѣреніе выразить то, что онъ знаетъ о дѣйствительныхъ фактическихъ обстоятельствахъ дѣла ¹⁹⁾; въ этомъ случаѣ рассказъ объ исто-

¹⁶⁾ Donellus, Opera omnia t. 8 стр. 269 п. 7—10 сравн. объ ученіи глоссаторовъ Endemann, Beweislehre, стр. 140 п. 44, 45, также стр. 168 въ концѣ и 169 п. 17.

¹⁷⁾ Мы говоримъ только о судебномъ признаніи; его особенности сравнительно съ внесудебнымъ изложены въ слѣдующей главѣ.

¹⁸⁾ Langenbeck, стр. 142. Endemann, l. c. стр. 153, п. 8.

¹⁹⁾ Endemann, l. c. стр. 153 п. 9.

рѣи даннаго спорнаго правоотношенія представляетъ два оттънка въ психическомъ отношеніи: на однихъ обстоятельствахъ мысль болѣе останавливается, на констатированіе ихъ болѣе направлено намѣреніе; другія обстоятельства являются въ разсказѣ добавочными, объясняющими; намѣреніе здѣсь направлено главнымъ образомъ не на то, чтобы констатировать дѣйствительность этихъ обстоятельствъ, но на то, чтобы подтвердить и разъяснить ими главные пункты разсказа. Но внутренней подкладкой признанія можетъ быть не одно намѣреніе, на основаніи имѣющихся свѣдѣній, говорить о дѣйствительныхъ обстоятельствахъ; потому-ли, что у стороны нѣтъ такихъ свѣдѣній, и она не можетъ ихъ пріобрѣсти, или по небрежности, по нежеланію вести споръ и т. п. нерѣдко сторона, узнавъ какія заявленія дѣлалъ противникъ, дѣлаетъ тождественныя заявленія; наконецъ, независимо отъ мысли о фактической довѣренности обстоятельствъ дѣла, даже вопреки знанію о противномъ, мотивомъ признанія можетъ быть общее намѣреніе обѣихъ сторонъ устроить между собою вмѣсто спорнаго новое правоотношеніе, но такое намѣреніе является въ процессѣ въ формѣ возстановленія прежде бывшаго спорнаго правоотношенія. Только при этихъ условіяхъ и въ этомъ видѣ, съ точки зрѣнія процессуальнаго права, можетъ быть допускаема и терпима неискренность заявленія сторонъ.

Установивши понятіе о признаніи на основаніи существенныхъ основныхъ его чертъ, рассмотримъ отношеніе этого понятія къ другимъ сродственнымъ съ нимъ процессуальнымъ понятіямъ, къ уступкѣ или отказу и мировой сдѣлкѣ, которыя дѣлаются сторонами въ производствѣ ²⁰⁾. Сущность процессуальной уступки состоитъ въ томъ, что сторона не совершаетъ и не пользуется, поступаетъ тѣми средствами иска или защиты, какія она могла бы имѣть въ свою пользу ²¹⁾. Истецъ можетъ отка-

²⁰⁾ Brackenhöft, Archiv für die Civ.-Praxis B. XX стр. 268 стр. n. 5.

²¹⁾ Carré-Chauveau, Lois de la procédure civile et administrative. t. 3, question. 1451 bis.

заться отъ всего исковаго права (*renunciatio causae facta*) ²²⁾, или только отъ части исковыхъ требованій, или же отъ нѣкоторыхъ процессуальныхъ средствъ иска, точно также и ответчикъ можетъ поступаться средствами защиты противъ всего иска или отдѣльными процессуальными средствами ²³⁾ напр. отводами, возраженіями, можетъ отказываться отъ пользованія какими либо доказательными документами и т. д. Мотивы, по которымъ дѣлается уступка, могутъ быть различны, но это не вліяетъ на понятіе объ уступкѣ ²⁴⁾. Уступка или отказъ можетъ происходить въ видѣ одного простаго факта несовершенія или непользованія ²⁵⁾, или же въ видѣ прямо выраженнаго отказа. Приведенныя черты уступки отличаютъ ее по существу отъ признанія: если я не пользуюсь или отказываюсь отъ тѣхъ или другихъ процессуальныхъ средствъ иска или защиты — это мое дѣйствіе далеко нельзя отождествить съ признаніемъ тѣхъ обстоятельствъ или заявленій противника, отъ средствъ опроверженія которыхъ я отказался ²⁶⁾, нельзя сказать, что я призналъ эти обстоятельства. Но, съ другой стороны, если сдѣлано признаніе, оно устраняетъ, какъ не нужны, тѣ процессуальныя дѣйствія и средства, которыя могли бы имѣть мѣсто, если бы не было сдѣлано признанія. Т. обр., признаніе, по результатамъ своимъ, обнимаетъ результатъ уступки, между тѣмъ уступка не дѣлаетъ, какъ дѣлаетъ признаніе, прямо юридически

²²⁾ L. 13 (48, 16) D. Lindelof, Zeitschrift für Civilrecht und Prozess, B. V. стр. 415.

²³⁾ Carré-Chauveau, l. c. question 1455, 1459 ter, стр. 467, Seuffert, Archiv B. V, n. 276, B. 13 n. 199. Linde, Die Lehre vom Verzicht auf Rechtsmittel, въ Archiv für Civ.-Praxis B. XIV стр. 15.

²⁴⁾ Въ общемъ понятіи *renunciatio in totum* римское право выдѣляло случаи отказа или уступки, когда кто *calumniasae causa* или при убѣжденіи въ неправильности иска предъявилъ его и затѣмъ отказывался. Такой отказъ *disistere, destituisse videtur*. L. 10 (5, 1) D.

²⁵⁾ Молчаливая уступка. Förster, Theorie und Praxis des heutige. gem. preuss. Privatrechts. 1874. t. I стр. 85 n. 39 и стр. 312 n. 8.

²⁶⁾ Сравни. Carré-Chauveau, t. 3 p. 448.

извѣстнымъ то обстоятельство, по отношеніи къ коему въ процессуальныхъ средствахъ была сдѣлана уступка ²⁷⁾.

Признаніе, какъ согласное заявленіе тяжущихся сторонъ о данныхъ обстоятельствахъ спорнаго дѣла, имѣетъ сходство съ процессуальной *мировой сдѣлкой* (*transactio, Vergleich*). Но существенное различіе заключается въ томъ, что мировая сдѣлка не есть согласное понятіе тяжущихся о существовавшихъ или существующихъ обстоятельствахъ спорнаго дѣла; къ ней непримѣнимо то существенное положеніе признанія, по которому стороны дѣлаютъ согласное заявленіе непременно о дѣйствительныхъ обстоятельствахъ дѣла (хотя, на самомъ дѣлѣ, нередко эта дѣйствительность обстоятельствъ не болѣе какъ фикція). Напротивъ при *transactio* чаще всего предполагается, что такого согласія въ заявленіяхъ о фактическихъ обстоятельствахъ не существуетъ между сторонами, что для обѣихъ сторонъ дѣло представляетъ не мало сомнѣній, не мало затрудненій въ самомъ производствѣ, и предстоящій исходъ процесса даже приблизительно не можетъ быть извѣстенъ ²⁸⁾; при такой обстановкѣ имѣетъ мѣсто *transactio*, и основнымъ началомъ для нея служить договорное начало, соглашеніе о томъ, какъ сторонамъ установить между собою это сомнительное и неизвѣстное ²⁹⁾ по своему исходу спорное правоотношеніе ³⁰⁾. Такимъ образомъ путемъ *transactio* создается, вмѣсто спорнаго правоотношенія, новое правоотношеніе, соотвѣтственно взаимному соглашенію тяжущихся ³¹⁾. Взаимное соглашеніе можетъ

²⁷⁾ Сравни. Bähr, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund. 1867. § 54 стр. 231, 232. Seuffert, Archiv. B. 17 n. 71, 151.

²⁸⁾ L. 1 (2, 15) D. Сравни. L. 65 § 1 (12, 6) D. Aubry et Rau, Cours de droit civil t. 3 стр. 476 n. 2.

²⁹⁾ Puchta, § 294 выше а.

³⁰⁾ Соглашеніе не имѣетъ самостоятельнаго предмета: исходныхъ пунктовъ для него служитъ спорное правоотношеніе. Bähr I. c. § 32 стр. 125.

³¹⁾ L. 20, L. 24, L. 30, L. 33 (2, 4) cod. Endemann, Das deutsche Civilprocessrecht. § 106 стр. 393 сравни. ст. 70, 1362 и 1365 уст. гр. судопр. Рѣш. гражд. касс. деп. 1869 г. № 604. (Думашевскій, Т. II № 1992). *Transactio* чаще всего имѣетъ приложение при спорахъ о расчетахъ.

относиться также къ процессуальнымъ средствамъ иска и защиты ³²⁾, насколько нѣтъ къ тому ограниченій въ законѣ ³³⁾.

Въ области матеріальнаго гражд. права судебное признаніе, по содержанію своему, нѣрѣдко приближается къ тѣмъ двустороннимъ договорамъ, коими вновь опредѣляются или видоизмѣняются уже существовавшія между данными лицами правоотношенія. Но признаніе существенно отличается отъ этихъ договоровъ тѣмъ же, чѣмъ оно отличается и отъ процессуальной *transactio* ³⁴⁾. По природѣ своей судебное признаніе наибольшее сходство имѣетъ съ *Anerkennungsvertrag*, такъ что по Bähr'у *man den letzteren, wenn man anders den paradoxen Ausdruck nicht scheut, eine aussergerichtliche confessio in jure nennen könnte* ^{34a)}. Къ разсмотрѣнію признаковъ, отличающихъ судебное признаніе отъ внесудебнаго, мы и переходимъ.

II.

Понятіе о судебномъ признаніи. оно дѣлается предъ судебною властью и есть процессуальное дѣйствіе, совершаемое въ производствѣ того именно дѣла, котораго оно касается. Процессуальныя формы судебного признанія: а) оно можетъ быть добровольнымъ, по инициативѣ самаго признающагося; дѣятельность при этомъ суда. признавшей стороны и противника: б) судъ можетъ дѣлать сторонамъ вопросы и такимъ образомъ вызывать ихъ на признаніе. Принципы, коими руководствовало въ этомъ случаѣ римское право и средневѣковое: теорія по этому предмету законодательствъ — французскаго, общенѣмецкаго, прусскаго, австрійскаго и русскаго. Можетъ-ли быть молчаливое признаніе?

Въ римскомъ правѣ и во всѣхъ современныхъ европейскихъ законодательствахъ особенное процессуальное значеніе придается

Seuffert. В. 15 п. 194. При *transactio* стороны дѣлаютъ взаимныя уступки. Puchta. § 294 с.

³²⁾ L. 11 (2. 15) D. Aurby et Rau. t. III. стр. 476 п. 3.

³³⁾ L. 6 (2. 15) D.

³⁴⁾ Въ вервой главѣ мы ограничивались опредѣленіемъ существенныхъ элементовъ понятія о признаніи. Съ этой только точки зрѣнія мы рассматривали черты сходства и различія его съ процессуальной уступкой и мировой сдѣлкой.

^{34a)} Bähr. I. с. стр. 183, 184.

судебному признанію. Являясь чисто-процессуальнымъ дѣйстви-емъ, судебное признаніе представляетъ собою самостоятельный процессуальный институтъ. Мы прежде всего опредѣлимъ смыслъ технического термина *судебное признаніе*, *confessio in jure*. Объясненіе, что значитъ признаніе *in jure* мы находимъ у римскаго юриста Ульпіана. По Ульпіану ¹⁾ *confessio in jure* означаетъ признаніе, сдѣланное предъ лицами, облеченными судебною властью, при отправленіи ими своихъ судебныхъ обязанностей, т. е. при производствѣ и рѣшеніи того именно дѣла, котораго касается признаніе ²⁾. Такимъ образомъ характеристической чертой судебного признанія служить:

1) то, что оно дѣлается стороною *предъ судебною властью*. причеиъ все равно, будетъ-ли сдѣлано признаніе предъ общими судебными установленіями или особенными: важно только то, чтобы судъ, предъ коимъ оно сдѣлано, былъ компетентенъ разсматривать и рѣшать то дѣло, котораго касается признаніе ³⁾. По нашему мнѣнію здѣсь важно установить различіе, является-ли въ данномъ случаѣ признаніе буквальной передачей того, что было сказано стороною предъ некомпетентнымъ судомъ, или

¹⁾ Quod ait praetor : qui in jure interrogatus responderit : sic accipiendum est, apud magistratus populi Romani, vel praesides provinciarum, vel alios judices : jus enim eum solum locum esse, ubi juris dicendi vel judicandi gratia consistat; vel sidomi vel itinere hoc agat. L. 4 § 1 (XI, I) D. Извѣстное различіе моментовъ римскаго процесса — *in jure* и *in judicio* по отношенію къ судебному признанію, какъ видно изъ приведеннаго закона, не имѣло значенія. Признаніе было судебнымъ, когда дѣлалось *in jure*, оно также было судебнымъ, когда дѣлалось *in judicio*. Ульпіанъ для обозначенія допроса (слѣд., и признанія) по однимъ и тѣмъ же предметамъ безразлично употребляетъ выраженіе *interrogatio in jure* и *interrogatio in judicio* L. 4. L. 7, L. 9 § 3 и 4 (XI, I) D.

²⁾ Bethmann-Hollweg, Versuche, стр. 257, 258; Renaud, Lehrb. des gemein. deutsch. Civilprocessrechts, § 104, n. 2; Langenbeck, стр. 116.

³⁾ Durantis, l. c. De confessionibus § 2 n. 3 a, см. также Additioines Ioann. Andreae. Endemann, Beweislehre, стр. 136 n. 25 F üger-Vessely, gerichtl. Verf. nach der Oesterr. A. G. Ordn. стр. 96 a. Dalloz, Repertoire de legislation, de doctrine et de jurisprudence. Obligations, n. 5099, въ этомъ случаѣ различаетъ компетентность по *ratione personae* и по *ratione materiae*. Только при некомпетентности послѣдняго рода признаніе не можетъ считаться судебнымъ.

же заявленіе было принято и истолковано за признаніе судомъ, который послѣ оказался не компетентнымъ. Въ первомъ случаѣ, такъ какъ некомпетентный судъ непричемъ, и сторона дѣлала признаніе не зная о некомпетентности, слѣд., какъ бы въ нормальномъ производствѣ; потому признаніе должно считаться въ силѣ судебного признанія. Во второмъ же случаѣ въ формулировкѣ признанія принималъ участіе судъ, онъ данное заявленіе стороны счелъ за признаніе; но такъ какъ судъ оказался некомпетентнымъ разсматривать дѣло, то и это дѣйствіе его не должно имѣть юридическаго значенія, заявленіе стороны не должно считаться судебнымъ признаніемъ ⁴⁾).

2) Признаніе будетъ судебнымъ, если оно сдѣлано предъ судебною властью *при производствѣ дѣла* ⁵⁾, какъ въ общемъ порядкѣ производства, такъ и въ сокращенномъ ⁶⁾, исполнительномъ и охранительномъ, также въ частныхъ производствахъ ^{6a)}. При томъ или другомъ порядкѣ производства признаніе должно быть процессуальнымъ дѣйствіемъ, должно быть выражено или въ словесныхъ состязаніяхъ на судѣ или въ состязательныхъ

⁴⁾ По 479 ст. уст. гр. суд. *признаніе* можетъ быть *сдѣлано предъ судомъ* письменно въ одной изъ бумагъ на судъ подаваемыхъ, или словесно во время словеснаго состязанія. Такимъ образомъ, нѣтъ абсолютнаго требованія, чтобы признаніе дѣлалось вообще предъ компетентнымъ судомъ. Поэтому судѣ остается возможность трактовать признаніе, сдѣланное предъ некомпетентнымъ судомъ, какъ судебное признаніе при разсмотрѣніи того же дѣла. Но въ такомъ случаѣ, по нашему мнѣнію, необходимо предварительно опредѣлить степень участія некомпетентнаго суда, по началу, высказанному въ текстѣ. Это начало проглядываетъ въ рѣш. гр. касс. сената 1869 г. № 308, хотя недостаточно точно сформулировано. Сравни. art. 1356 code civil.

⁵⁾ Здѣсь нужно выдѣлить случаи, когда производство принимаетъ характеръ примирительнаго производства. Въ виду дѣйствій мирового судьи или председателя суда по ст. 70 и 337 уст. гр. суд., сторона можетъ выразиться въ смыслѣ мировой сдѣлки, и потому эти заявленія ея нельзя считать судебнымъ признаніемъ. Сравни. Laurent, l. c. стр. 194, № 162.

⁶⁾ Сравни. Briegleb, Die summarischen Processe, стр. 133.

^{6a)} Et si alia quacunq[ue] actione civili vel honoraria, vel interdicto exhibitorio, vel restitutorio, vel prohibitorio, dum quis convenitur, confiteatur — L. 6 § 2 (42, 2) D.

бумагахъ ⁷⁾. Потому нельзя назвать судебнымъ признаніемъ то, которое сдѣлано стороной въ письмѣ къ противнику, хотя бы писанномъ въ теченіи даннаго производства ⁸⁾. Далѣе, производство дѣла считается продолжающимся, если дѣло перенесено въ апелляціонную инстанцію; потому въ апелляціонной инстанціи должно разсматриваться какъ судебное признаніе то, которое сдѣлано въ первой инстанціи, если оно можетъ быть, на основаніи данныхъ производства, констатировано апелляціонной инстанціей, и если оно касается пунктовъ, обжалованныхъ въ апелляціи, хотя бы судъ первой инстанціи не обратилъ вниманіе на это признаніе и хотя бы сама сторона не ссылалась на него. Что касается признанія, сдѣланнаго въ кассационной жалобѣ или въ отвѣтъ на оную, то, такъ какъ кас-

⁷⁾ Уставъ герм. имперіи § 261 говоритъ только о признаніи, сдѣланномъ въ словесномъ состязаніи и о признаніи констатированномъ въ протоколѣ суда. ср. тамъ же § 278. Австрійскій проектъ 1876 г. § 294.

⁸⁾ Aubry et Rau, l. c. t. 6 стр. 335; Lagombière, Théorie et pratique des obligation t. 5, стр. 397 п. 6. Этотъ вопросъ былъ разсмотрѣнъ нашимъ касс. судомъ: въ касс. жалобѣ П. возражалъ, что палата неправильно приняла за признаніе выраженія, помѣщенные въ его частныхъ письмахъ и роспискахъ. По мнѣнію сената, «судъ разсматривая предъявленные тяжущимся при состязательныхъ бумагахъ счета и документы, неоспоренные въ подлинности, можетъ найти, что нѣкоторые изъ нихъ заключаютъ признаніе или подтвержденіе событія, впоследствии оспариваемаго сторонами». Очевидно, здѣсь рѣчь идетъ о внѣсудебномъ признаніи, и суду принадлежитъ право оцѣнки силы его. Это мнѣніе совершенно вѣрно. Но не вѣрны дальѣйшія соображенія сената, что «законъ въ семъ случаѣ не устанавливаетъ никакого различія между словеснымъ и письменнымъ признаніемъ учиненнымъ на судѣ и признаніемъ, сдѣланнымъ на бумагѣ (въ частныхъ письмахъ и роспискахъ) въ подтвержденіе спорнаго событія». 1868 г. № 571. Сравни. 1868 г. № 78. Законъ говоритъ (ст. 479), что признаніе можетъ быть *сдѣлано предъ судомъ*. значитъ — должно быть процессуальнымъ дѣйствіемъ, совершеннымъ предъ судомъ, должно быть выражено предъ судомъ; заявленія предъ судомъ могутъ быть только двоякаго рода — или письменныя, въ одной изъ бумагъ на судъ подаваемыхъ; такими бумагами, въ коихъ дѣлается заявленіе предъ судомъ, могутъ быть состязательныя бумаги и прочія, въ коихъ тяжущійся обращается къ суду, но такими бумагами не могутъ быть названы частныя письма и росписки; — или словесныя во время словеснаго состязанія. Последняя прибавка 479 ст. какъ нельзя лучше подтверждаетъ нашу мысль.

сационный судъ не рассматриваетъ дѣла по существу и обсуждаетъ правильность рѣшенія съ точки зрѣнія примѣненія закона, то упомянутое признаніе можетъ имѣть значеніе развѣ только въ томъ смыслѣ, что будетъ подкрѣплять тѣ данныя, на основаніи которыхъ вторая инстанція постановила свое рѣшеніе и на основаніи которыхъ кассационный судъ долженъ обсуждать рѣшеніе второй инстанціи. Самостоятельнаго значенія такое признаніе не имѣетъ. Если кассационный судъ отмѣняетъ рѣшеніе и обращаетъ дѣло для новаго производства въ другой судъ, признаніе, сдѣланное въ отмѣненномъ производствѣ, можетъ-ли считаться судебнымъ признаніемъ въ новомъ производствѣ? Утвердительный отвѣтъ имѣетъ своимъ основаніемъ то, что это тоже самое дѣло, между тѣми же самими лицами; съ этой точки зрѣнія обстановка дѣла для тяжущихся была та же, при которой могло быть дано признаніе съ полной юридической силой ⁹⁾. Но въ этомъ случаѣ можетъ представиться та особенность, что сила судебного признанія можетъ подлежать ограниченіямъ, кои не имѣютъ мѣста для признанія, сдѣланнаго въ томъ же производствѣ, именно можно представлять доказательства, противныя признанію, доказывать противное тому, что признано ¹⁰⁾. Дѣйствительно, съ отмѣной рѣшенія для стороны не преграждается путь полной защиты своихъ правъ; въ новомъ производствѣ, къ которому дѣло обращено, сторона можетъ пользоваться всеми средствами иска или защиты. Въ этомъ смыслѣ признаніе, сдѣланное въ отмѣненномъ производствѣ является въ новомъ производствѣ того же дѣла, по своему значенію, не вполне тождественнымъ съ судебнымъ

⁹⁾ Касс. рѣш. 1870 г. № 1873. Сенатъ въ этомъ рѣшеніи опирается на ту мысль, что отмѣна рѣшенія сама по себѣ не уничтожаетъ доказательной силы тѣхъ или другихъ документовъ, представленныхъ сторонами въ отмѣненномъ производствѣ. Сравни. Bonaguidae, summa super offic. advoc. P. IV. t. 3 fol. 56 d. (Wunderlich, Anecdota) Durantis, De confessionibus, § 3 п. 3.

¹⁰⁾ Такой способъ опроверженія не допускается относительно признанія, сдѣланнаго въ томъ же производствѣ. Подробности см. въ гл. VI объ опроверженіи признанія.

признаніемъ, т. е. съ признаніемъ, сдѣланнымъ въ томъ же производствѣ ¹¹⁾. Еще менѣе можно назвать судебнымъ признаніемъ то, которое сдѣлано въ приостановленномъ ^{11a)} и уничтоженномъ (ст. 689 уст. гр. суд.) производствѣ, если на него ссылаются въ производствѣ по вновь предъявленному иску; по ст. 691 уст. гражд. суд. тяжущіеся могутъ воспользоваться внесенными въ протоколъ суда, во время прежняго производства, признаніями противной стороны. Но это не значить, чтобы сторона не могла представлять доказательства, противныя тому, что было признано. Уничтоженное производство (по ст. 689 уст. гр. суд.) не составляетъ части производства по вновь предъявленному иску; по этому иску, какъ самостоятельному, стороны имѣютъ право на всѣ обычныя средства иска и защиты, и признаніе, сдѣланное въ производствѣ впослѣдствіи уничтоженномъ, не можетъ ограничивать этого права ¹²⁾.

3) Признаніе считается судебнымъ, если оно сдѣлано предъ судебною властью при *производствѣ того именно дѣла, котораго оно касается* ¹³⁾. Потому подъ понятіе судебного признанія не будетъ подходить признаніе, сдѣланное въ производствѣ о другомъ спорномъ правоотношеніи, хотя бы между тѣми же лицами, въ томъ же судѣ ¹⁴⁾. Эта черта, характеризующая судебное признаніе, обуславливается тѣмъ, что оно, въ существѣ своемъ, опредѣляется тѣми обстоятельствами, въ

¹¹⁾ Seuffert, B. 3, n. 129; Renaud, § 104 n. 4.

^{11a)} Если приостановленное производство, въ коемъ сдѣлано признаніе, не уничтожено и возобновляется, оно начинается съ того дѣйствія на которомъ было приостановлено (ст. 688). Слѣд., всѣ предшествовавшія приостановленію процессуальныя дѣйствія, въ томъ числѣ и признаніе, сохраняютъ полную силу; при этомъ предполагается, что, по возобновленіи производства, въ роли признавшей стороны является тоже лице, которое сдѣлало признаніе, но не преемникъ его. О значеніи признанія предшественника для его преемника, въ процессѣ см. въ слѣд. главѣ.

¹²⁾ Seuffert, B. 9, n. 352 примѣч. 1.

¹³⁾ Larombière, t. V. стр. 396 п. 5. Гражд. касс. рѣш. 1870 г. № 1822.

¹⁴⁾ Seuffert, B. 19, n. 281 1 примѣч. къ рѣшенію. Bayer, Vorträge über den gem. ord. Civilprocess. стр. 700, 990. Мы имѣли уже случай (см. выше № 8) рассмотреть мнѣніе касс. сената по вопроу, какъ нужно понимать 479 ст. уст. гр. суд. Также нужно сказать и по поводу тождо-

какія бываетъ поставленъ тяжущійся въ данномъ именно производствѣ и о данномъ спорномъ правоотношеніи: при данныхъ средствахъ своей защиты, въ виду преимущества таковыхъ на сторонѣ противника, тяжущійся можетъ признать заявленіе противника ¹⁵⁾. Независимо отъ того, по какимъ бы то ни было соображеніямъ въ данномъ производствѣ тяжущійся дѣлаетъ признаніе — это съ его стороны будетъ добровольное принятіе процессуальныхъ юридическихъ послѣдствій объявленія безспорными данныхъ обстоятельствъ дѣла. Какъ таковое обязательство, признаніе имѣетъ значеніе только между договаривающимися лицами и по предмету своему далѣе предѣловъ даннаго случая не имѣетъ значенія. Потому, если предметъ, о которомъ сдѣлано признаніе, и будетъ фигурировать въ другомъ производствѣ, признаніе, сдѣланное о немъ въ другомъ производствѣ, въ случаѣ спора, одно не можетъ быть достаточнымъ, дѣлающимъ ненужными прочія доказательства о томъ же предметѣ. Въ такихъ случаяхъ сторона, желающая воспользоваться признаніемъ противника, должна доказывать, что признаніе было констатированіемъ дѣйствительныхъ обстоятельствъ дѣла; съ своей стороны, признавшійся можетъ опровергать это положеніе; такимъ образомъ вопросъ сводится къ обыкновенному способу доказыванія ¹⁶⁾, и судъ имѣетъ полное право

ванія сенатомъ ст. 112 уст. гражд. суд. именно слово «при производствѣ дѣла». Рѣш. гр. 1869 л. № 855. Въ данномъ случаѣ было вѣсудебное признаніе. Въ другихъ рѣшеніяхъ сенатъ (1870 г. № 1193) аналогичные случаи прямо причисляетъ къ вѣсудебному признанію. Также 1873 г. № 963.

¹⁵⁾ *Marcadé* (t. V, стр. 212) высказывается въ пользу противнаго мнѣнія, основываясь на томъ соображеніи, что *le même fait ne peut pas être vrai dans le premier procès et faux dans le second*. Специально противъ этого мнѣнія *Aubry et Rau* (t. VI, стр. 335 п. 7) замѣчаютъ, что *Marcadé* а oublié, que la vérité judiciaire est essentiellement relative, que d'un autre coté, la question est bien moins de savoir si le fait avoué dans une première instance est en lui même vraie ou faux, que de savoir si ce fait doit être tenu pour légalement avéré dans une seconde instance, et si, par suite, la partie qui se prévaut de l'aveu se trouve ou non déchargée d'une manière absolue du fardeau de la preuve.

¹⁶⁾ Сравни *Aubry et Rau* t. 6 стр. 335, п. 7 въ концѣ. *Seuffert*, B. 12 № 104 примѣч. 2. *Wetzell*, § 22 п. 15 — 18.

свободно оцѣнять доказательную силу этого признанія въ виду другихъ данныхъ производства ¹⁷⁾); слѣд., здѣсь признаніе, сдѣланное въ другомъ производствѣ, трактуется какъ внѣсудебное.

Равнымъ образомъ для гражданскаго производства будетъ внѣсудебнымъ признаніе, сдѣланное въ уголовномъ судопроизводствѣ, и какъ внѣсудебное, по своей доказательной силѣ, подлежитъ свободной оцѣнкѣ гражданскаго суда ¹⁸⁾. Но здѣсь мы должны отмѣтить случаи, когда, по нашему праву ¹⁹⁾, уголовное производство служитъ преюдиціей для гражданскаго суда. Положимъ, согласно 681 ст. уст. угол. суд. на основаніи признанія обвиняемаго, послѣдуетъ рѣшеніе уголовного суда по вопросамъ указаннымъ въ 30 ст. уст. угол. суд. Для суда гражданскаго обязательнымъ здѣсь является не доказательная сила признанія, сдѣланнаго въ уголовномъ судѣ, но рѣшеніе уголовного суда. И если бы сторона въ гражданскомъ производствѣ, не довольствуясь ссылкой на уголовное рѣшеніе, стала бы приводить самое признаніе, то судъ гражданскій, принимая обязательнымъ для себя рѣшеніе уголовного суда, долженъ обсуждать по своему усмотрѣнію доказательную силу признанія ^{19a)}).

Что касается *процессуальныхъ формъ* признанія, вообще производства, то прежде всего нужно замѣтить, что судебное признаніе можетъ имѣть мѣсто только тогда, когда производство по данному спорному правоотношенію уже началось ²⁰⁾, когда слѣдовательно и судебная власть и тяжущіеся являются уже дѣйствующими процессуально. Затѣмъ, въ вопросѣ о процессуальныхъ формахъ судебного признанія важно различать, а) когда оно дѣлается по собственной инициативѣ признавшей стороны ²¹⁾ и б) когда дѣлается въ отвѣтъ на вопросы суда или противной стороны.

¹⁷⁾ Сравни. Durantis, De confessionibus, § 3 n. 2. Laurent. l. c. стр. 196 № 164. Также рѣш. гражд. касс. деп. 1869 г. № 221, 1870 г. № 1207, 1872 г. № 186.

¹⁸⁾ Wetzell, § 23 n. 17.

¹⁹⁾ Ст. 30 уст. угол. суд.

^{19a)} Гражд. касс. рѣш. 1872 г. № 221.

²⁰⁾ L. I § 1 (XI, I) D.

²¹⁾ L. 9 (XI, I) D. in princ.

а) *Добровольное признание* можетъ быть изложено въ одной изъ состязательныхъ бумагъ или другихъ, въ коихъ сторона обращается къ суду, или высказано въ словесныхъ состязаніяхъ. Для суда не представляется затрудненій, если признаніе сдѣлано въ указанныхъ бумагахъ, тутъ оно формулировано самой стороною, и въ такой формулировкѣ оно должно браться судьей при разсмотрѣніи и рѣшеніи дѣла. Въ случаѣ, если оказывается надобность въ толкованіи такого признанія, судъ по аналогіи, можетъ руководствоваться тѣми началами, которыя существуютъ относительно толкованія вообще письменныхъ документовъ ²²⁾; при этомъ, пособіемъ можетъ служить право суда дѣлать сторонѣ вопросы въ видѣ разъясненія смысла данного мѣста изъ бумаги. Считая данное мѣсто изъ бумаги признаніемъ, судъ имѣетъ право дать ему полное процессуальное значеніе, хотя бы по поводу этого признанія не было никакихъ объясненій сторонъ. Далѣе, добровольное признание можетъ быть сдѣлано въ словесныхъ состязаніяхъ въ судебномъ засѣданіи по дѣлу. Все, непосредственно воспринятое судьями въ теченіи судебного засѣданія, должно служить для нихъ основаніемъ убѣжденія о данномъ спорномъ правоотношеніи (ст. 339 уст. гражд. суд.); въ составъ этого общаго матеріала должно входить и признание стороны, которое судьи услышатъ въ судебномъ засѣданіи. Слѣдовательно, нѣтъ надобности, чтобы это признание заносилось судомъ въ протоколъ ^{22а)}; судъ и безъ этой записи можетъ дать ему процессуальное значеніе;

²²⁾ Сравни. Laurent, Principes de droit civil français 1876. t. XX n. 179.

^{22а)} Изъ ст. 479 «вовсе не слѣдуетъ, чтобы судъ принималъ за признание такіа только объясненія сторонъ, которыя записаны въ протоколъ». Гражд. касс. рѣш. 1867 г. № 233. Но съ другой стороны «статья эта вовсе не ограничиваетъ судъ ни въ правѣ записывать въ протоколъ объясненія или показанія тяжущагося, если о томъ, не было заявлено просьбы противной стороны, ни въ правѣ принимать это объясненіе или признание въ соображеніе (см. 339 уст. гр. суд.), хотя бы они не были записаны въ протоколъ при постановленіи рѣшенія, если оно по мнѣнію суда служить къ разъясненію событія дѣла и къ обнаруженію истицы, конечной цѣли правосуднаго рѣшенія». Гражд. касс. рѣш. 1868 г. № 78. Тоже въ рѣшеніи 1871 г. 1120. 1873 г. № 1557.

такимъ образомъ, возможно, что судебное признаніе впервые будетъ письменно оформлено только въ судебномъ рѣшеніи ²³⁾, если оно было для суда однимъ изъ мотивовъ рѣшенія; въ такой формулировкѣ участіе стороны признавшей не имѣетъ мѣста. Потому важно, констатировалъ-ли судъ буквально слова стороны, въ коихъ заключается признаніе или онъ просто заявляетъ, что сторона признала такое-то обстоятельство или объясняетъ данное заявленіе стороны въ смыслъ признанія. Въ первомъ случаѣ признаніе ни чѣмъ не будетъ отличаться отъ признанія, оформленнаго въ состязательной бумагѣ или въ протоколѣ; въ остальныхъ же случаяхъ сторонѣ, коей судъ приписываетъ признаніе, должно быть предоставлено право оспаривать точность и вообще формулировку ея заявленій. Конечно, этотъ вопросъ можетъ быть предметомъ состязаній только уже въ апелляціонной инстанціи, рассматривающей дѣло по существу. Но если такая формулировка признанія безъ вѣдома и участія стороны сдѣлана въ апелляціонной инстанціи, есть-ли для этой стороны возможность защищаться отъ произвола судей, если таковой, по ея мнѣнію, имѣетъ мѣсто въ данной формулировкѣ ея заявленій? можетъ-ли сторона подавать кассационную жалобу, а сенатъ рассматривать эту жалобу? Не будетъ вопроса по существу дѣла, если сторона, на основаніи данныхъ, заключающихся въ производствѣ, констатируетъ предъ сенатомъ свое заявленіе и затѣмъ доказываетъ, что судъ неправильно подвелъ это заявленіе подъ статьи закона о признаніи; не будетъ также вопроса по существу дѣла, если сторона, на основаніи данныхъ производства, констатируетъ, что ея состязанія, ея заявленія направлены были вовсе не къ тому, что ей приписываетъ судъ; при этомъ она можетъ ссылаться наприм. на характеръ и направленіе состязаній и заявленій противной стороны, кои не могли бы имѣть мѣста, если бы было сдѣлано признаніе, словомъ не касаясь существа дѣла, можетъ обнаружить предъ сенатомъ неосновательность

²³⁾ Laurent, t. XX, 167.

мнѣнія суда о томъ, что будто было сдѣлано признаніе ^{23а}). Дѣйствіе стороны относительно добровольнаго признанія, высказаннаго противникомъ въ словесныхъ состязаніяхъ, по уставу гр. судопр. (479 ст.) представляется въ такомъ видѣ: если сторона желаетъ воспользоваться признаніемъ противника, оно, по ея просьбѣ, должно быть занесено въ протоколъ. Требованіе о занесеніи въ протоколъ обусловливается необходимостью констатировать признаніе всякій разъ, когда нужно имъ воспользоваться. Потому, если признаніе можетъ быть констатировано другимъ равносильнымъ процессуальнымъ способомъ, напр. если оно занесено въ состязательную бумагу признавшимся, противная сторона въ одинаковой мѣрѣ можетъ воспользоваться такимъ признаніемъ. Мы видѣли, что судъ, безъ участія признавашагося, можетъ формулировать признаніе въ судебномъ рѣшеніи, видѣли, что такая формулировка можетъ быть оспариваема, потому для стороны желающей воспользоваться признаніемъ противника, не всегда можно надѣяться на такую формулировку судомъ; тѣмъ болѣе что сторона не имѣетъ права ссылаться на то, что судъ не внесъ въ рѣшеніе или въ протоколъ признанія, если такового внесенія она не требовала ²⁴); поводъ къ кассации можетъ быть только въ томъ случаѣ, если сторона своевременно просила судъ занести въ протоколъ признаніе противника, а судъ не занесъ. Такимъ образомъ, занесеніе въ протоколъ признанія по просьбѣ противной стороны, желающей воспользоваться этимъ признаніемъ, представляется наиболѣе надежнымъ для констатированія признанія. Кромя вышеозначенныхъ, другія доказательныя средства,

^{23а}) Сравн. касс. рѣшенія, приведенныя у Малышева, Курсъ гражданскаго судопроизводства. 1876 Т. I., стр. 301, примѣчаніе I. Нечетко согласно съ нашимъ мнѣніемъ касс. рѣш. 1872 г. № 476. Но «правительствующій сенатъ не отрицалъ (рѣш. 1868 г. №№ 387, 453 и др.) возможности доказывать неправильное изложеніе въ рѣшеніи тѣхъ обстоятельствъ, изъ которыхъ судъ вывелъ заключеніе о признаніи» и вслѣдствіе «произвольныхъ выводовъ и предположеній суда» отменялъ рѣшенія. Рѣш. 1869 г. №№ 691, 955, 1043. 1875 г. № 79.

²⁴) Laurent, t. XX, n. 167.

напр. свидѣтельскія показанія, для констатированія судебного признанія, по смыслу 479 ст. уст. гр. суд., не могутъ быть допускаемы ^{24a)}).

б) По римскому праву и по всѣмъ современнымъ европейскимъ законодательствамъ признаніе можетъ быть сдѣлано и не по собственной инициативѣ признавающагося: *suos impletur* право дѣлать сторонамъ вопросы и такимъ образомъ вызывать ихъ на признаніе. Право суда дѣлать сторонамъ вопросы и обязанность сторонъ давать отвѣты — словомъ, юридическое значеніе и юридическія послѣдствія этихъ вопросовъ, въ сущности своей, опредѣляются тѣми правами и обязанностями, какія тяжущіяся стороны имѣютъ по судебной защитѣ своихъ правъ въ гражданскомъ процессѣ. Мы рассмотримъ, какими принципами въ этомъ случаѣ руководствовало римское право, какія особенности внесло средневѣковое право и, наконецъ, въ какомъ видѣ является теорія по этому предмету въ современныхъ законодательствахъ и трудахъ ученыхъ.

Римскій судья дѣлалъ сторонамъ вопросы, (interrogationes), когда вообще находилъ, что справедливость того требуетъ ²⁴⁾. Въ частности, римскій судья находилъ справедливымъ дѣлать *interrogationes*, когда видѣлъ, что на сторонѣ истца есть данныя, указывающія, что онъ имѣетъ право на искъ и когда вмѣстѣ съ тѣмъ для истца трудно доказать свои исковыя претензіи противъ именно даннаго лица ²⁵⁾, когда, съ другой сто-

^{24a)} «По смыслу 112 и 479 ст. тяжущійся, желающій воспользоваться признаніемъ на судѣ противной стороны, подтверждающимъ его право, можетъ требовать записанія о семъ признаніи въ протоколъ, а слѣд., признаніе во время объясненій при разбирательствѣ дѣла принадлежитъ къ числу такихъ событій, для которыхъ по закону требуется письменное удостовѣреніе и которыя не могутъ быть доказываемы свидѣтельскими показаніями» Гр. касс. рѣш. 1870 г. № 137.

²⁵⁾ *Ubiqumque judicem aequitas moverit, aequae oportere fieri interrogationem dubium non est.* L. 21 (XI, I) D.

²⁶⁾ L. 2 и 3 (XI, I) D. Сравн. напр. L. 5 h. t. Тамъ въ искахъ о вознагражденіи за вредъ и убытки — несомнѣнно, что истецъ имѣетъ право на этотъ искъ, но у него нѣтъ доказательствъ или трудно добыть доказательства, что имущество — рабъ или животное, причинившее вредъ, при-

роны, судья видѣлъ, что допрашиваемый могъ знать то, о чемъ онъ его спрашивалъ, напр. о личныхъ дѣйствіяхъ и обстоятельствахъ допрашиваемаго ²⁷⁾. При устности и отсутствіи особыхъ формальностей ²⁸⁾ римскаго производства, вопросы и отвѣты облекались въ письменную форму только тогда, когда преторомъ, на основаніи производства у него (*in iure*), давалась formula для дальнѣйшаго производства *in iudicio*; въ эту formula заносилось признаніе, вообще отвѣты стороны ²⁹⁾. Являясь результатомъ началъ справедливости *interrogationes*, соответственно тому, имѣли свое особое юридическое значеніе; оно состояло въ томъ, что, если судья дѣлалъ *interrogatio*, допрашиваемый обязанъ былъ отвѣчать; обязанность обеспечивалась тѣмъ, что, если допрашиваемый не отвѣчалъ, онъ подвергался взысканію по иску во всей суммѣ, хотя бы въ дѣйствительности былъ отвѣтствененъ только въ части. Неотвѣчающій на *interrogationes* судьи разсматривался какъ неявившійся; за неявку же налагалось то наказаніе, что съ него взыскивалась вся сумма иска, такъ какъ не отвѣчающій какъ и неявившійся, высказываютъ своимъ образомъ дѣйствія неуваженіе къ требованіямъ судебной власти ³⁰⁾. Такимъ же послѣдствіямъ подвергался и тотъ, кто хотя и отвѣчалъ, но отвѣты его были неясны, двусмысленны, вообще таковы, что и послѣ отвѣтовъ, попрежнему предметъ вопроса оставался неизвѣстнымъ ³¹⁾. Юридическое значеніе *interrogationes* могло быть ослаблено или совершенно устранено, если оказывалось, что оно нарушало тѣ начала справедливости, которыя полагались въ основу *interro-*

надлежитъ и именно въ извѣстной части принадлежать данному лицу — отвѣтчику: или, другой примѣръ, когда имущество, изъ коего нескъ долженъ быть удовлетворенъ, оказывается наслѣдствомъ и петцу трудно доказать, что наслѣдникъ этого имущества такое-то лицо и наслѣдникъ именно въ такой-то части.

²⁷⁾ I. 1. (XI. I) D. in princ.

²⁸⁾ Bethmann-Hollweg, Civil-Process, II § 105 n. 48.

²⁹⁾ Rudorff, Römische Rechtsgeschichte, II, стр. 277 n. 24.

³⁰⁾ I. 11 § 4 (XI. I) D.

³¹⁾ I. 11 § 7 (XI. I) D.

gationes, если оказывалось, что молчаніе или неясный, двусмысленный отвѣтъ не были проявленіемъ недобросовѣстности и лжи ³²⁾. Это главное, — затѣмъ, въ отдѣльныхъ случаяхъ допрашиваемый могъ доказывать, что онъ не зналъ ³³⁾ о тѣхъ обстоятельствахъ, о которыхъ его спрашивали или считалъ себя не въ правѣ ³⁴⁾ отвѣчать; въ образѣ дѣйствій допрашиваемого могла быть и culpa, но онъ все таки могъ быть освобожденъ отъ юридическихъ послѣдствій interrogatio, лишь бы онъ дѣйствовалъ sine dolo malo и culpa его не была бы dolo proxima ³⁵⁾. Такъ проводились начала справедливости въ interrogationes римскаго процесса.

Въ средневѣковомъ процессѣ въ ученіи о допросѣ тяжущагося судомъ мы встрѣчаемъ особый институтъ — *positiones*, которымъ усердно занимались средневѣковые итальянскіе юристы. По объясненіямъ глоссаторовъ ³⁶⁾ то, что прежде дѣлалось въ формѣ вопросовъ (*interrogationes*), въ ихъ время должно было выражаться въ формѣ положительныхъ заявленій, хотя *interrogationes* сохранялись и дѣлались въ теченіи производства ³⁷⁾. Появленіе и развитіе *positiones* въ средневѣковомъ процессѣ, въ сущности, также обусловливалось началами справедливости: въ римскомъ правѣ судья находилъ справедливымъ предлагать *interrogationes*, когда видѣлъ, что истецъ имѣетъ право на данный искъ, глоссаторы пошли дальше: въ силу началъ справедливости они требовали, чтобы истецъ выступалъ въ процессѣ не иначе, какъ съ убѣжденіемъ въ правотѣ своихъ претензій, въ силу этого и форма заявленій его должна

³²⁾ L. 11 § 2 (XI, I) D.

³³⁾ L. 11 § 3 in fin. (XI, I) D.

³⁴⁾ L. 12 (XI, I) D.

³⁵⁾ L. 11 § 11 (XI, I) D. Sed et si quis sine dolo malo, culpa tamen responderit, dicendum erit, absolvi eum debere: nisi culpa dolo proxima sit. Подробнѣе объ основаніяхъ опроверженія признанія изложено въ особой главѣ.

³⁶⁾ Durantis, De positionibus § 1. Ubertus de Bobio, De positionibus § 2 (Tractatus utriusque juris, vol. IV). Roffredus Epiphani, De positionibus (тамже) § 1.

³⁷⁾ Durantis, De positionibus § 3 а.

быть положительной ³⁸⁾). Въ римскомъ правѣ это начало справедливости опиралось на тѣхъ данныхъ, какія представлялись судѣ въ конкретномъ случаѣ; онъ, напр., зналъ, что сторона потерпѣла убытокъ и потому зналъ, что она имѣетъ право на искъ о вознагражденіи; въ средневѣковомъ процессѣ это начало справедливости опиралось единственно на то, что истецъ долженъ былъ присягать, что онъ убѣжденъ въ правотѣ своихъ претензій ³⁹⁾). Юридическое значеніе *positiones* было также то, что отвѣтчикъ *долженъ* былъ давать отвѣтъ; отвѣты различались, смотря по тому, какую присягу приносить отвѣтчикъ *de veritate* или *de credulitate*; въ первомъ случаѣ долженъ былъ отвѣчать *nego* или *confiteor*; во второмъ случаѣ *credo* или *non credo*; въ первомъ случаѣ отвѣтчикъ могъ говорить *dubito* и тогда ему назначался срокъ для ознакомленія съ обстоятельствами дѣла, исключая тѣ случаи, когда судья былъ убѣжденъ, что отвѣтчикъ можетъ немедленно дать свой отвѣтъ; отвѣтъ *dubito* не допускался, когда присяга была *de credulitate*, такъ какъ отвѣтчикъ всегда зналъ добросовѣстными или нѣтъ считаетъ онъ дѣйствія противника и затѣмъ зналъ, какъ самъ будетъ дѣйствовать ⁴⁰⁾). Такіе отвѣты считались признаніемъ или отрицаніемъ и соотвѣтственно тому рѣшался вопросъ объ обязанности доказыванія. Но какимъ началамъ слѣдовали средневѣковые юристы въ вопросѣ, долженъ-ли отвѣтчикъ отвѣчать *de veritate* или только *de credulitate* или могъ говорить *dubito*? какое значеніе имѣетъ молчаніе отвѣтника или неясный, неудовлетворительный отвѣтъ? Въ ученіи глоссаторовъ мы не находимъ даже вѣрной и обстоятельной формулировки вышеизложенныхъ

³⁸⁾ Bartolus, ad. l. 2 § 2 Cod. de jurejurando pr. cal. Durantis, De positionibus § 6 n. 8 qui ponit certum ponere debet.

³⁹⁾ Glossa, ad. l. 1 de interr. ad l. 2 § 2 de jur. propt. cal. Damasi, Summa de ordine judiciario, tit. 31 (у Wunderlich'a въ anecdota), Durantis, De juram. calumn. § 1 n. 4; de positionibus § 2 и 4 n. 3. Zimmermann, Der Glaubenseid 1863. стр. 172.

⁴⁰⁾ Durantis, De positionibus § 6 n. 7—9 Справн. Damasi tit. 33. Ubertus de Bobio, De positionibus § 3 въ Tractatus utriusque juris vol. IV.

началь римскаго процесса; дальнѣйшаго ихъ развитія и слѣдовъ нѣтъ ⁴¹⁾. Только мимоходомъ указываются нѣкоторыя основанія, коими опредѣляется справедливый образъ дѣйствій суда по нашему вопросу, напр. судья по справедливости могъ требовать прямого отвѣта по иску о контрактѣ, который былъ заключенъ самимъ допрашиваемымъ ⁴²⁾. Глоссаторы по большей части ограничиваются простымъ указаніемъ на то, что юридическое значеніе дѣйствій стороны допрашиваемой опредѣляется по усмотрѣнію судьи ⁴³⁾.

Французскій процессъ въ своемъ историческомъ развитіи представляетъ въ высшей степени интересныя данныя для опредѣленія, что собственно понималось подъ началами справедливости, которыми судъ долженъ руководствоваться, дѣлая сторонамъ вопросы и опредѣляя юридическія послѣдствія допросовъ. Французское обычное право представляетъ намъ судей, дѣйствовавшихъ по одному здравому смыслу въ виду данной конкретной обстановки, при отсутствіи постановленій закона. Въ глазахъ судьи тяжущійся представлялся не иначе, какъ обязаннымъ дѣйствовать въ своихъ заявленіяхъ на судъ честно и добросовѣстно, *loyalement* ⁴⁴⁾, излагать ихъ точно и опредѣлено. Судья, призванный рѣшать данный споръ, прежде всего долженъ, на основаніи этихъ заявленій сторонъ, установить спорные пункты, и вотъ при этомъ установленіи въ немъ могли возбуждаться сомнѣнія, что относительно данныхъ пунктовъ намѣрена была сказать сторона. Только при такихъ сомнѣніяхъ судья требовалъ отъ сторонъ объясненій, предлагалъ во-

⁴¹⁾ Damasi, tit. 22. въ основу рѣшенія вопроса беретъ присягу. Bonaguidae, summa sup. of. advoc. P. IV, tit. 3 fol. 56 a. (Wunderlich, Anecdota).

⁴²⁾ Bonaguidae, summa sup. of. advoc. P. IV, tit. III, fol. 57 a. Durantis, De positionibus § 9 n. 8, различает *proprium factum* допрашиваемаго и *alienum*, также § 6 n. 13.

⁴³⁾ Durantis, De positionibus, § 9 n. 3, § 6 n. 9.

⁴⁴⁾ Haute Cour de Jérusalem, chap. X de quel manière doit être le plaidoyer.

просы съ требованіемъ *dire les vérités* ⁴⁵⁾. Такимъ образомъ, по древнему французскому праву, право вопроса (*interrogatoire*) обусловливалось тѣмъ, что, прежде чѣмъ дѣло доходило до доказыванія, требовалось словесное изложеніе дѣла, настолько ясное и отчетливое, чтобы для судьи устранялось всякое сомнѣніе о namѣреніи заявленія сторонъ. Въ сущности, слѣд., положеніе сторонъ было таково, что разъ споръ ведется предъ судомъ, онѣ обязаны *dire les vérités*, на основаніи имѣвшихся свѣдѣній независимо отъ того, будутъ-ли представлены противникомъ какія-либо основанія или доказательства его спорныхъ правъ или нѣтъ ⁴⁶⁾. Въ противномъ случаѣ факты, относительно которыхъ требовались объясненія или отвѣты, считались признанными ⁴⁷⁾. Это было общимъ правиломъ, и уже неотвѣчавшая на вопросы сторона должна была доказывать, что она дѣйствовала добросовѣстно, должна была изложить основанія, по которымъ не могла дать объясненій и отвѣтовъ ⁴⁸⁾, напр. должна была доказывать, что сама находилась въ сомнѣніи относительно допрашиваемыхъ пунктовъ ⁴⁹⁾. Только такимъ путемъ сторона могла устранить невыгодныя послѣдствія своего молчанія или отказа дать объясненія. Сдѣланныя на допросъ заявленія или отвѣты считались или отрицаніемъ или признаніемъ и предполагались добросовѣстными, пока не обнаруживалось противное. Ложность, недобросовѣстность заявленій стороны могли обнаружиться изъ доказательствъ представленныхъ противникомъ ⁵⁰⁾, изъ противорѣчія въ заявленіяхъ отвѣчающаго ⁵¹⁾. Уличенный въ недобросовѣстности ли-

⁴⁵⁾ *Grand Coutumier* (изданіе Laboulaye), chap. III *Manière de proceder en cas de héritage et de propriété.*

Olin, (Beugnot) t. 1 № 947.

⁴⁶⁾ Bouteiller, *La coutume rurale*. Livr. 2. tit. 2 стр. 677. Mouliez, *Coutumes de Laroque Timbant*, § 23. *Coutumes du pays Lodunois*, chap. 13.

⁴⁷⁾ *Grand Coutumier*, chap. 3 *Haute Cour de Jérusalem* chap. 62.

⁴⁸⁾ *Haute cour de Jérusalem*, *ibid.*

⁴⁹⁾ *Grand Coutumier*, chap. 3.

⁵⁰⁾ Beaumanoir, T. 1 № 11.

⁵¹⁾ *Coutumier de Picardie*, titr. 27.

шался права судебной защиты по данному дѣлу. Положимъ, отвѣтчикъ отрицалъ существованіе долга; истецъ послѣ доказалъ, что долговое обязательство есть; послѣ такого отрицанія отвѣтчикъ уже не допускался къ доказыванію уплаты долга, хотя бы даже представлялъ несомнѣнное доказательство уплаты. За ложное отрицаніе съ него взыскивалась вся сумма долга ⁵²⁾. Въ королевскомъ ордонансѣ 1539 г. всѣ вышеизложенные принципы французскаго обычнаго права проведены во всей своей полнотѣ ⁵³⁾, при этомъ онъ ввелъ особые штрафы за недобросовѣстные заявленія и отвѣты допрашиваемаго ⁵⁴⁾. Значительныя особенности внесены были знаменитымъ ордонансомъ 1667 г. Изъ него затѣмъ перенесены были въ *code de la procédure civile*. По обоимъ этимъ законодательнымъ актамъ сторона можетъ просить судъ сдѣлать противнику *interrogatoire sur les faits et articles*. Особенность прежде всего представляется въ томъ, что это производство можетъ имѣть мѣсто только по просьбѣ стороны (*art. 324 cod. de proc.*) затѣмъ, противнику должны быть сообщены судомъ письменно вопросы по крайней мѣрѣ за 24 часа до засѣданія, въ которомъ должны послѣдовать отвѣты на эти вопросы (*art. 329*); при отвѣтахъ въ засѣданіи не должна присутствовать сторона, требовавшая допроса (*art. 333*). Всѣ эти особенности не соотвѣтствуютъ тѣмъ началамъ, которыя были выработаны древнимъ французскимъ правомъ. При составленіи ордонанса 1667 г. были высказаны сильныя возраженія противъ узаконенія этихъ, не соотвѣтствующихъ началамъ справедливости, особенностей; возраженія эти встрѣчаются и въ современной юридической литературѣ ⁵⁵⁾. Но для насъ гораздо болѣе интересъ пред-

⁵²⁾ Beaumanoir, t. I. № 11, t. II, ~~chap. 45~~ № 6. Grand Coutumier, chap III. Coutumier de Picardie, tit. 27.

⁵³⁾ Ordon. 1539, art. 37, 38 также Ordon. 1563 de Roussillon art. 6.

⁵⁴⁾ Ordon. 1539, art. 39, 40, 41.

⁵⁵⁾ Мы не будемъ приводить этихъ возраженій; укажемъ только, что наиболее убѣдительно они высказаны Lamoignon'омъ, президентомъ. конференціи, составлявшей ордонансъ 1667 г. *Procès-verbal des conférences tenues par ordre du roi pour l'examen de l'ordonnance civile.*

ставляют тѣ начала, которыя выработаны французской теоріей и практикой по вопросу объ основаніяхъ, по которымъ сторона можетъ быть освобождена отъ невыгодныхъ послѣдствій ея отказа отвѣчать на *interrogatoire*. М. Perin, въ своемъ докладѣ законодательному корпусу ⁵⁶⁾, такъ излагаетъ принципъ *code de la procédure civile*; отказъ дать отвѣтъ на *interrogatoire* конечно даетъ основаніе предположенію не въ пользу отказывающагося: человѣку, руководящемуся истинною нечего бояться вопросовъ, какіе бы ему ни предлагались на судѣ; въ этомъ случаѣ онъ найдетъ для себя новое средство разъяснить спорное правоотношеніе. Но было бы противно здравой логикѣ придавать этому предположенію такую силу, по которой оно должно непремѣнно служить основой убѣжденія судьи. Можетъ быть множество мотивовъ, оправдывающихъ или по крайней мѣрѣ извиняющихъ отказъ стороны отвѣчать на *interrogatoire*. Гораздо справедливѣе, гораздо разумнѣе положиться въ этомъ случаѣ на просвѣщенное усмотрѣніе и прозорливость судьи. «*c'est sur son esprit qu'agira le refus de répondre; il se reposera avec sécurité sur ce moyen de décision, lorsque les faits concorderont entre eux, lorsque rien ne les contredira, lorsqu'ils se lieront sans aucune contrainte, sans invraisemblance à ce qui d'ailleurs est constant et reconnu dans la cause*». Такимъ образомъ важно, мотивируетъ-ли чѣмъ нибудь сторона свой отказъ или нѣтъ ⁵⁷⁾. Далѣе, среди мотивовъ практика указала болѣе частыя, выдающіяся, уважительныя основанія отказа. Сторона часто ссылается на запоматованіе о допрашиваемыхъ обстоятельствахъ дѣла; судъ на основаніи

Ed. 1740: стр. 208. Bellot, exposé des motifs de la loi de Genève. стр. 147. Также Boncenne, Théorie de la procédure civile, t. 4, стр. 517, 518. Bordeaux, La philosophie de la procédure civile, стр. 538. Мы ограничиваемся простымъ указаніемъ потому именно, что вышеприведенныя особенности и уклоненія отъ началъ теоріи представляются только въ современномъ франц. процессѣ, и затѣмъ всюду въ Европѣ отвергнуты.

⁵⁶⁾ Perin, rapport au corps législatif sur le tit. 15, livr. 2 de code de la pr. civ.

⁵⁷⁾ Carré-Chauveau, t. 3 question 1249 № (1).

данныхъ производства долженъ обсудить: добросовѣстно или нѣтъ дѣйствуетъ сторона, ссылаясь на запаматованіе ⁵⁸⁾). Къ такимъ основаніямъ относится также ссылка на то, что факты, о которыхъ допрашиваютъ суть *impertinents*, т. е. такіе, которые не имѣютъ прямого отношенія и тѣсной связи съ предметомъ спора ⁵⁹⁾). Есть факты, которые, хотя и относятся къ предмету спора, но сами по себѣ таковы, что заявленіе о нихъ и признаніе ихъ можетъ служить основаніемъ къ уголовному преслѣдованію допрашиваемого или раскрываетъ безнравственность его поступковъ. Спрашивается можно-ли допрашиваемому предоставить право не отвѣчать о такихъ фактахъ и въ случаѣ отказа дать отвѣтъ, не считать ихъ признанными? Французскіе процессуалисты въ рѣшеніи этого вопроса несогласны; одни ⁶⁰⁾ исходятъ изъ того положенія, что нѣтъ разумнаго основанія лишать одну сторону выгодныхъ для нея средствъ защиты признанныхъ закономъ, — лишать только потому, что данные факты, важные для дѣла, могутъ повлечь къ уголовному обвиненію или обезславленію противной стороны. Потому, если такіе факты относятся къ предмету спора и полезны для разъясненія дѣла, дать отвѣтъ о нихъ сторона не можетъ отказываться и въ случаѣ отказа фактъ долженъ считаться признаннымъ. Такимъ образомъ должна сторона или нѣтъ отвѣчать объ этихъ фактахъ, опредѣляется не съ той точки зрѣнія, въ какое положеніе ставится допрашиваемый относительно самосохраненія и своего нравственнаго достоинства, но съ точки зрѣнія судебного производства, съ точки

⁵⁸⁾ Dalloz, Repertoire, jurisprudence générale, Interrogatoire. № 114. Также № 115: quand les faits de vol et de fraude ont été articulés à fin d'enquête et d'interrogatoire, que la parti à la quelle ont les apposent ne les a pas déniés dans les trois jours... c'est le cas de tenir les faits pour avérés.

Carré-Chauveau, t. 3 quest. 1250.

⁵⁹⁾ Carré-Chauveau, t. 3 quest. 1225. Dalloz, l. c. interr. № 111.

⁶⁰⁾ Berriat Saint-Prix, Cours de procédure civile, стр. 312, № 6 n. 3. Pigeau, t. I, стр. 581. Boncenne, Théorie de la procédure civile, t. 4, стр. 534. Dalloz, l. c. interr. № 115.

зрѣнія интересовъ разъясненія обстоятельствъ дѣла ⁶¹⁾. Другіе писатели въ рѣшеніи этого вопроса исходятъ изъ противоположнаго начала ⁶²⁾; они берутъ во вниманіе положеніе допрашиваемаго; когда его допрашиваютъ о такихъ фактахъ, которые обезпечиваютъ его предъ лицомъ общества, то, если онъ совершилъ эти факты, — ему останется одно изъ двухъ: или самому себя публично бичевать признаніемъ, или лгать, отрицать то, что дѣйствительно было; ставить человека въ такое положеніе было бы противно нравственности ⁶³⁾. Дѣйствительно, ни судъ, ни противная сторона не имѣютъ права требовать, чтобы допрашиваемый публично, на судъ, исповѣдывался въ своемъ поведеніи. Правда, отъ признанія допрашиваемаго можетъ зависѣть интересъ противной стороны, но требованіе отвѣта выходило бы по своимъ послѣдствіямъ и по своему значенію для допрашиваемаго далеко за предѣлы интересовъ противника. Наконецъ, извѣстно, что законодательства въ уголовномъ судопроизводствѣ не вынуждаютъ обвиняемаго къ признанію, какое же разумное основаніе можно представить въ пользу обязанности отвѣтовъ на допросы въ гражд. производствѣ о такихъ обстоятельствахъ, за которыя допрашиваемому грозитъ уголовное наказаніе или опозореніе?

Interrogatoire sur faits et articles производится не иначе какъ по просьбѣ противной стороны. При допросѣ судъ можетъ предлагать вопросы и отъ себя по мимо тѣхъ, какіе были изложены письменно (art. 333), по code de la procédure civile

⁶¹⁾ Boncenne, t. 4, стр. 536: «ce qu'on est convenu d'appeler impertinent dans le monde, — est quelquefois très pertinent au palais».

⁶²⁾ Chauveau въ своихъ прибавленіяхъ къ lois de la procédure civile, par Carré. t. 3, quest. 1225.

⁶³⁾ См. La plaidoirie de M. Morin dans la chambre de requêtes въ прибавленіяхъ Chauveau къ Carré t. 3, стр. 151; въ пользу этого мнѣнія высказались парижскіе адвокаты на конференціи 1837 г. 3 іюня, это мнѣніе проводилось и старыми писателями Mascardus, (de probationibus t. II. conclusio 1183 № 59 и слѣд.) Positio criminosa non est admitenda, nec si respondendum est, cum nemo cogitur detegere turpitudinem suam. Rebuffe, de responsionibus t. 3 art. 51. Voët, ad pandect. livr. 11 t. I, № 5 и слѣд.

сравнительно съ ордонансомъ 1667 г. внесъ ту особенность, что предоставилъ суду право вызывать стороны къ личной явкѣ для дачи личныхъ объявленій (art. 119). Пользованіе этимъ правомъ предоставлено усмотрѣнію самаго суда ⁶⁴). Вызванная сторона допрашивается предсѣдателемъ въ засѣданіи въ присутствіи противной стороны, или отдѣльно ⁶⁵), и если рѣшеніе будетъ основываться на нѣкоторыхъ объясненіяхъ явившейся стороны, объ этомъ должно быть упомянуто въ мотивахъ рѣшенія ⁶⁶). Юридическое значеніе вызова къ личной явкѣ тождественно съ значеніемъ *interrogatoire sur les faits et articles* ⁶⁷). Неявка стороны вызванной или отказъ дать объясненія, смотря по обстоятельствамъ, могутъ подать суду поводъ считать факты, о которыхъ онъ хотѣлъ спрашивать, признанными ⁶⁸).

Что касается историческаго развитія *Fragerecht* въ нѣмецкомъ процессѣ, то въ общенѣмецкомъ процессуальномъ правѣ не представляется существенныхъ особенностей сравнительно съ разсмотрѣнными законодательствами ⁶⁹). Потому мы переходимъ къ современнымъ нѣмецкимъ законодательствамъ —

⁶⁴) На основаніи *Compte général de l'administration de justice* (съ 1852 г. по 1872 г.) можно сказать, что француз. суды не очень много пользуются правомъ вызова стороны къ личной явкѣ; въ 1870 г. было 679 вызововъ и 629 *interrogatoire*; но выовы большею частью дѣлались въ случаяхъ, когда того требуетъ законъ.

⁶⁵) Boitard, *Leçons de procédure civile* t. I, стр. 466.

⁶⁶) Carré-Chaveau t. I, question 502.

⁶⁷) Carré-Chaveau, t., quest. 502 bis.

⁶⁸) Объ этомъ выше мы уже имѣли случай говорить подробно. Также см. Boncenne, tom. 2, стр. 468. Boitard, t. I, стр. 466. Toullier, *Droit civil français*, t. X, № 209.

⁶⁹) Такимъ образомъ по C. G. Ordn. 1555 г. въ общенѣмецкомъ процессѣ была система каноническаго права *positiones*, которые называются у нѣмцевъ *Artikel*. Измѣненія внесены были *Jungst. Reich. Absch.* 1654 г. Онѣ отменили систему *Artikel*. (§ 34) въ томъ смыслѣ, что *wird der Gebrauch solcher Artikel und Antworten doch nicht wie bisher, ohne Unterschied, sondern allein aus den aus dem Klaglibell gezogenen Probatorialartikel, daran der Sache Substanz und Hauptwesen hanget.... wie dann auch dem Richter das Arbitrium auf einen oder den andern oder auf allen Punkten die Antworten in jedem Theil des Gerichtes zu fordern frei und unbenommen bleibt* (§ 41).

прусскому, проекту гражд. судопроизводства германской имперіи и австрійскому проекту 1876 г. *Прусское* законодательство даетъ суду право предлагать сторонамъ вопросы для разъясненія спорныхъ обстоятельствъ дѣла ⁷⁰⁾. При этомъ обращается вниманія на то, какъ себя держалъ въ отвѣтахъ допрашиваемый: упорное отрицаніе дать объясненія объ обстоятельствахъ дѣла, о которыхъ судъ предлагаетъ вопросы, имѣетъ своимъ послѣдствіемъ то, что, безъ дальнѣйшихъ изслѣдованій, обстоятельства эти считаются признанными ⁷¹⁾. Такой образъ дѣйствій допрашиваемого указываетъ на неуваженіе къ суду и заставляетъ предполагать, что тяжущійся боится признаться, высказать невыгодную для него правду. Вообще, предметы допроса считаются признанными, когда судъ въ поведеніи стороны допрашиваемой увидитъ умышленное искаженіе или сокрытіе истины ⁷²⁾. Если этихъ признаковъ недобросовѣстности нѣтъ, то хотя бы сторона отказывалась отвѣчать или давала неясные отвѣты, судъ не считаетъ предметы вопроса признанными. Въ случаѣ совершенной неяски стороны на допросъ, факты приведенные противникомъ считаются признанными, а если не явился отвѣтчикъ, то виѣстъ постановляется и заочное рѣшеніе ⁷³⁾. Новѣйшіе проекты устава гражд. судопроизводства (прусскій 1864 г. общегерманскій 1864 г.) *Civil-Process-Ordnung. für d. Reich. 1877*, всѣ признають за судомъ право дѣлать сторонамъ вопросы вообще для разъясненія фактическихъ обстоятельствъ дѣла ⁷⁴⁾, даже требовать личной явки сторонъ для дачи этихъ разъясненій. Первые два проекта считаютъ предметы допроса признанными,

⁷⁰⁾ Koch, der preuss. Civil-Process, стр. 518.

⁷¹⁾ A. G. Ordn. Einleitung, § 14. Linde, Abhandl., Th. I, стр. 46 п. 99.

⁷²⁾ Allg. Landrecht Th. I, tit. XI, § 743; tit. 15 §§ 39, 40.

Linde, Abhandlungen, l. c. n. 98.

⁷³⁾ A. G. Ordn. Th. I, tit. 8, § 8 — 12; tit. 14, § 69. Stellter, Der preuss. Civil-Process. стр. 49 f. и 60 п. 3.

⁷⁴⁾ Preuss. Entwurf § 262, мотивы стр. 57, 1864. Entwurf einer allg. deutsch. Civil-Process-Ordnung, 1864. § 146. Entwurf einer Civilprocess-Ordnung für d. Reich § 126.

если сторона без достаточнаго основанія отказывается дать свои объясненія ⁷⁵⁾. Проектъ германской имперіи даже и на это не указываетъ; ограничивается только § 249, по которому вообще предоставляется свободному убѣжденію суда рѣшать между прочимъ и то, какія должны быть послѣдствія неответа стороны на вопросы суда ⁷⁶⁾. Какъ на ограниченіе полной свободы суда въ этомъ случаѣ нужно указать на то, что судъ долженъ брать во вниманіе заявленіе стороны о незнаніи ея относительно допрашиваемыхъ фактовъ только въ томъ случаѣ, когда факты эти не суть ея личныя дѣйствія или не были предметомъ ея собственныхъ воспріятій. Кромѣ этихъ случаевъ руководящимъ началомъ для убѣжденія суда по проекту ставится то, что факты, которые прямо не оспариваются противникомъ, должны разсматриваться какъ признанные имъ, если судъ изъ прочихъ заявленій его не усмотритъ намѣренія оспаривать эти факты ⁷⁷⁾.

Такимъ образомъ, нѣмецкое законодательство въ своемъ современномъ видѣ предоставляетъ свободному усмотрѣнію суда пользованіе правомъ допроса и оцѣнку юридическаго значенія дѣйствій стороны при допросѣ. Въ виду этого руководящая начала теоріи въ данномъ случаѣ имѣютъ особенную важность.

Уставъ гражд. судопроизводства, подобно прочимъ современнымъ законодательствамъ, представляетъ суду право дѣлать сторонамъ вопросы ⁷⁸⁾, когда окажется что стороны выражаются неясно и неопредѣленно, или когда вообще невидно, что намѣрена была сторона выразить о данномъ обстоятель-

⁷⁵⁾ Preuss. Entwurf § 265; Entwurf all. deutsch. C. Pr. § 150.

⁷⁶⁾ Мотивы къ § 126 Entwurf für d. Reich.

⁷⁷⁾ Ibidem, § 125. Относительно австрійскаго проекта вообще нужно сказать, что давая суду право дѣлать вопросы сторонамъ (§ 214) онъ не указываетъ никакихъ руководящихъ началъ. Сравни §§ 301, 303. Также Menger, System des österreichischen Civilprocessrechtes 1876. B. I, стр. 275 п. 20.

⁷⁸⁾ Предсѣдатель суда и члены, съ разрѣшенія предсѣдателя, могутъ требовать положительныхъ объясненій отъ стороны выражающей неясно или неопредѣленно или же когда изъ словъ ея не видно: признаетъ ли она, или отвергаетъ обстоятельство или документы, на коихъ основано требованіе или возраженіе противной стороны (ст. 335).

ствѣ — признать его или отвергнуть ⁷⁹⁾. Но уставъ, какъ и всѣ разсмотрѣнные современныя законодательства, не указываетъ прямо, какими началами долженъ руководствоваться судья, если на вопросы его не будутъ даны отвѣты, или будутъ даны неудовлетворительные отвѣты. Слѣд., въ виду постановленій устава, и для русскаго судьи остается открытымъ вопросъ, въ чемъ состоятъ эти руководящія начала, слѣд. и для него имѣть особенную важность, какой отвѣтъ на этотъ вопросъ даетъ теорія. Общими началами теоріи являются вышеизложенныя начала, выработанныя римскимъ ⁸⁰⁾, французскимъ ⁸¹⁾ и прусскимъ правомъ ⁸²⁾. Повторять здѣсь эти начала считаемъ излишнимъ; только замѣтимъ, что русскій судья можетъ пользоваться этими началами, такъ какъ уставъ гражд. судопр. предоставляетъ ему широкое право основывать свое рѣшеніе на всей совокупности того матеріала, который представляется въ производствѣ по данному дѣлу ⁸³⁾.

Мы видѣли, что сторона можетъ дѣлать признаніе въ формѣ устнаго и письменнаго заявленія ⁸⁴⁾ по собственной инициативѣ и по допросу суда. Но можетъ ли быть *молчаливое* признаніе? Умолчаніе о фактическихъ обстоятельствахъ дѣла, заявленныхъ противникомъ, не будетъ признаніемъ въ собственномъ смыслѣ этого слова. Заявленія эти остаются голословными и могутъ получить значеніе въ производствѣ, если будутъ доказаны стороною, которая дѣлаетъ такія заявленія. То начало, что умолчаніе не считается признаніемъ находятъ себѣ под-

⁷⁹⁾ Это постановленіе устава приближается болѣе къ теоріи французскаго права (см. стр. 32) и нѣмецкаго (стр. 38 п. 69), чѣмъ римскаго. По римскому праву, мы видѣли (стр. 28), судья предлагаетъ вопросы одной сторонѣ, если убѣжденъ, что другая сторона имѣетъ право на искъ или возраженіе. По современнымъ же законодательствамъ судья предлагаетъ вопросы всякій разъ, если вообще сомнѣвается, что хотѣла выразить сторона относительно даннаго спорнаго обстоятельства. Въ этомъ смыслѣ были рѣшенія гражд. касс. деп. 1867 г. № 204; 1870 г. № 918; особенно 1868 г. № 377.

⁸⁰⁾ См. стр. 29 п. 32 — 35.

⁸¹⁾ Стр. 33 п. 48—51; стр. 35—37.

⁸²⁾ См. п. 71—75, 77.

⁸³⁾ Уст. гражд. суд. 339 ст.

⁸⁴⁾ Quae ab adversa parte *expressa* fuerint apud iudices L. 1, § 1, (XI, I) D.

твержденіе и въ нашемъ уставѣ; по уставу, когда отвѣтчикъ совсѣмъ не представилъ отвѣта по иску, не явился, судъ при- суждаетъ истцу въ заочномъ рѣшеніи всѣ требованія дока- занныя имъ (ст. 722). Слѣд., при рѣшеніи берется во внима- ніе не то, что отвѣтчикъ не отвѣчаетъ по иску, а то, что истецъ доказываетъ свои требованія. Если сторона хранить молчаніе въ томъ случаѣ, когда къ ней судъ обращается съ даннымъ вопросомъ о данномъ обстоятельстве дѣла, то и здѣсь молчаніе нельзя считать признаніемъ; обыкновенно сторона объясняетъ, почему она не можетъ дать отвѣта; принимая въ уваженіе объясненія, судъ не можетъ дать юридическаго зна- ченія отъказу отвѣчать на его вопросы, если же такихъ объ- ясненій не будетъ, то нельзя сказать, чтобы допрашиваемая обстоятельства считались признанными, но является только предположеніе, что не отвѣчающій хочетъ скрыть истину, слѣд. является предположеніе въ пользу противной стороны, что об- стоятельства дѣла дѣйствительно таковы, какими она ихъ пред- ставляетъ ⁸⁵⁾).

III.

Судебное признаніе дѣлается **стороной**, т. е. лицомъ дѣйствующимъ въ производствѣ въ качествѣ истца или отвѣтника. Значеніе признанія пред- шественника для преемника въ процессѣ. Признаніе въ качествѣ соучаст- ника въ производствѣ. Признаніе въ качествѣ третьяго привлекаемаго или вступающаго въ производство. Признаніе не вполнѣ дѣеспособныхъ — несовершеннолѣтнихъ, расточителей и несостоятельныхъ. Признаніе пред- ставителей сторонъ на судѣ.

Признаніе въ гражданскомъ судопроизводствѣ могутъ дѣ- лать только стороны ¹⁾, т. е. только тѣ лица, которыя въ дан-

⁸⁵⁾ Сравни. Linde, Abhandlungen aus dem d. gemein. Civilprocesse. В. II, стр. 39 и 40 п. 83. Bethmann-Hollweg, Versuche стр. 304 п. 121. Проектъ уст. гр. суд. герм. имп. § 125..

¹⁾ Alius pro alio non debet respondere cogi, an heres sit, de se enim debet quis in iudicio interrogari, hoc est, cum ipse convenitur I. 9, § 3, (XI, I) D. Ст. 479, 480 и 481 уст. гражд. судопр.

номъ производствѣ являются въ качествѣ истца или въ качествѣ отвѣтчика; при чемъ одно и тоже лицо, въ производствѣ сперва можетъ сдѣлать признаніе въ качествѣ отвѣтчика, затѣмъ, предъявивъ встрѣчный искъ, можетъ дѣлать признаніе въ качествѣ истца. Далѣе, извѣстно, что одно и тоже лицо можетъ являться въ одномъ и томъ же производствѣ какъ бы одновременно и истцомъ и отвѣтчикомъ (раздѣлъ). При раздѣлѣ, участвующіе могутъ дѣлать тѣ или другія заявленія относительно имущества, подлежащаго раздѣлу, или правъ на это имущество ²⁾; эти заявленія должны приниматься судомъ въ соображеніе на столько, на сколько они соответствуютъ другимъ даннымъ производства, или насколько послѣдуетъ согласіе между всѣми участвующими и не будетъ возраженій; послѣдняго рода заявленія могутъ быть названы признаніемъ, и опроверженіе со стороны участвующихъ можетъ имѣть мѣсто только въ томъ случаѣ, когда они докажутъ, что участвующій въ раздѣлѣ, сдѣлавшій первый признаніе, дѣлая оное, поступалъ *dolo malo* ³⁾. Такимъ образомъ, въ означенномъ случаѣ признанія представляется специальное средство опроверженія его.

Если лице, являясь въ данномъ дѣлѣ стороной, послѣ, по отводу, было устранено или само устранилось, то заявленія, сдѣланныя этимъ лицомъ въ качествѣ стороны, не могутъ разсматриваться въ дальнѣйшемъ производствѣ того же дѣла, какъ признаніе, мало того, они, сами по себѣ, не имѣютъ силы свидѣтельскаго показанія и могутъ получать доказательную силу только въ той мѣрѣ, въ какой предъ судомъ оказывается, что они соответствуютъ дѣйствительнымъ обстоятельствамъ ⁴⁾. Съ другой стороны, если лице въ первой инстанціи дѣлаетъ

²⁾ L. 3, § 1, (X, III) D.

³⁾ L. 3, § 1, L. 4 (X, 3) D. Сравн. L. 28 (X, 3) D. ст. 1332 т. X, ч. I Свод. зак.; ст. 1420 уст. гражд. судопр.

⁴⁾ Сравн. Wachenhusen, Über die Natur des Beweises etc. Archiv für die Civ. Praxis. B. XIII, стр. 137 и слѣд. Seuffert, Archiv. B. 3. n. 225 и отчасти B. 3, n. 211.

заявленія въ качествѣ свидѣтеля, затѣмъ, въ той же или во второй инстанціи по тому же дѣлу является въ качествѣ стороны, по наслѣдству или другимъ основаніямъ, то какъ свидѣтельское показаніе, это заявленіе предполагается заявленіемъ о дѣйствительныхъ обстоятельствахъ дѣла; въ этомъ качествѣ оно имѣетъ силу, когда лице, сдѣлавшее его, стало стороной; но въ силу одной перемѣны въ роли лица основной характеръ заявленія не можетъ измѣняться; потому при дальнѣйшемъ движеніи производства оно не можетъ трактоваться какъ признаніе, и подлежитъ опроверженію не по началамъ опроверженія признанія, но по началамъ опроверженія свидѣтельскихъ показаній.

Въ теченіи производства можетъ происходить замѣна одного лица въ роли истца или отвѣтчика другимъ; можетъ имѣть мѣсто преемство въ роли сторонъ, напр. по наслѣдству и др. основаніямъ ⁵⁾. Если первоначальный истецъ или отвѣтчикъ сдѣлали признаніе, какое значеніе оно имѣетъ для преемника? По общему правилу, преемникъ принимаетъ производство въ томъ видѣ, въ какомъ оно было оставлено предшественникомъ ⁶⁾, процессуальныя дѣйствія предшественника сохраняютъ свою юридическую силу ⁷⁾ и вмѣстѣ съ процессуальными дѣйствіями преемника составляютъ одно юридически цѣлое производство. Такимъ образомъ, въ нашемъ вопросѣ важно опредѣлить, какой юридическій видъ имѣетъ признаніе предшественника. Мы видѣли, что судебное признаніе, смотря потому, въ какой процессуальной формѣ оно явилось, представляется или законченнымъ юридическимъ дѣйствіемъ и слѣд., можетъ подлежать опроверженію только по извѣстнымъ основаніямъ, или же не имѣетъ такой законченности и слѣд. можетъ подлежать опроверженію путемъ однихъ противудоказательствъ. Во вто-

⁵⁾ I. 8 § 1 (27, 7), D. L. 22 § 3 (5, 2) D. и др. Ст. 176 т. X, ч. 2 свод. зак., также ст. 23 уст. гражд. суд. 1868 ст. торг. уст. и др.

⁶⁾ Wetzell, System, § 6, стр. 47 n. 18. Renand, Lehrbuch, § 50, стр. 110. Endemann, Das deutsche Processrecht, § 93, IV, стр. 342.

⁷⁾ Ст. 688 уст. гражд. суд.

ромъ случаѣ преемникъ, конечно, имѣетъ полное право представлять противудоказательства. Чтоже касается перваго случая, т. е. когда признаніе предшественника является юридически законченнымъ процессуальнымъ дѣйствіемъ, то, по нашему мнѣнію, такую юридическую законченность признаніе имѣетъ только относительно самого признавагося, но не относительно преемника. Мы видѣли, что признаніе можетъ быть сдѣлано въ виду данной конкретной обстановки дѣла ⁸⁾, и само по себѣ не даетъ основаній ограничивать средства судебной защиты преемника въ предѣлахъ тѣхъ процессуальныхъ дѣйствій, какія составляютъ продолженіе производства оставленнаго предшественникомъ ⁹⁾. Пользуясь средствами защиты въ этихъ предѣлахъ, преемникъ, если находится въ болѣе благопріятной конкретной обстановкѣ дѣла, чѣмъ предшественникъ, можетъ представлять доказательства противныя тому, что было признано предшественникомъ ¹⁰⁾. Другое дѣло, когда лицо является преемникомъ производства, завершеннаго при предшественникѣ судебнымъ рѣшеніемъ, вошедшимъ въ законную силу. Но въ такомъ случаѣ, если и было сдѣлано предшественникомъ признаніе, то не оно, а судебное рѣшеніе преграждаетъ преемнику путь вновь подвергать судебному разсмотрѣнію обстоятельства дѣла уже рѣшеннаго ¹¹⁾.

Въ одномъ и томъ же производствѣ можетъ быть нѣсколько лицъ въ роли истца или въ роли отвѣтчика, или одновременно и въ роли истца и въ роли отвѣтчика по нѣсколькимъ лицамъ. Затѣмъ, при производствѣ между данными сторонами могутъ вступать или привлекаться третьи лица. Одновременное

⁸⁾ См. стр. 28, п. 15.

⁹⁾ Въ этомъ случаѣ значеніе признанія предшественника существенно отличается отъ значенія сдѣланной имъ процессуальной уступки или мировой сдѣлки. Последнія, какъ обязательства, заключенныя предшественникомъ, имѣютъ полную силу для преемника.

¹⁰⁾ Само собою разумѣется, что во всякомъ случаѣ преемнику принадлежитъ право опровергать признаніе предшественника на общихъ основаніяхъ.

¹¹⁾ Сравни. Г. 26, § 5 (9, 4) D.

и совместное участіе нѣсколькихъ лицъ въ одномъ и томъ же производствѣ въ роли стороны, съ точки зрѣнія процессуальнаго права, представляется чисто формальнымъ, въ сущности же, согласно основному правилу гражданского процесса, каждый изъ соучастниковъ (*consortes*) ищетъ и отвѣчаетъ только за себя. Слѣд., и признаніе соучастника имѣетъ значеніе только по отношенію къ нему ¹²⁾. Особенность представляютъ случаи, когда данное спорное правоотношеніе принадлежитъ къ солидарнымъ ¹³⁾. Мы рассмотримъ случаи: а) когда на судѣ искали или отвѣчали всѣ ¹⁴⁾ солидарные соучаст-

¹²⁾ Planck, *Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Processrecht.* § 19 стр. 148. Langenbeck, стр. 139. Уст. гр. суд. герм. имп. § 58; уставъ гр. судопр. ст. 482.

¹³⁾ Сравн. Planck, *l. c.* § 18 *Nothwendigkeit der Vereinigung.*

¹⁴⁾ Конечно, каждый солидарный кредиторъ имѣетъ право одинъ предъявить искъ, равно каждый солидарный должникъ обязанъ отвѣчать одинъ за всѣхъ прочихъ солидарныхъ съ нимъ должниковъ по солидарному правоотношенію [L. 8 (9, 4) D. L. 27, § 2 (9, 4) D. Friedrich von Hahn, *Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch*, art. 112, §§ 4 и 7. Торговый уставъ ст. 763; Т. X, ч. 1, св. зак. ст. 2134]. Явившись на судѣ, такой солидарный истецъ или отвѣтчикъ можетъ сдѣлать признаніе, которое, положимъ, имѣло вліяніе на исходъ процесса. Лице, дѣйствующее *in solidum*, является на столько самостоятельнымъ представителемъ спорнаго права, что положеніе его въ процессѣ одинаково съ положеніемъ лица, защищающаго исключительно ему принадлежащія права (*quasi una obligatio, quasi unius damnum.* L. 19 (9, 4) D. Потому процессуальныя дѣйствія его, въ томъ числѣ и признаніе, имѣютъ полную силу, и соучастники не могутъ оспаривать состоявшагося рѣшенія [L. 20 (10, 3) D.; сравн. Dalloz, *Obligations* n. 1414]. Но имъ остается другой путь—они могутъ предъявить искъ къ сотоварищу, который одинъ велъ процессъ (или защищаться противъ его иска къ нимъ — *actio pro socio*, Hahn, *l. c.* art. 112, § 8) и доказывать, что онъ не употребилъ всѣхъ средствъ защиты, или по своей винѣ подвергся невыгодному рѣшенію, то признаніе его было чисто произвольно и является скорѣе актомъ распоряженія, актомъ единичной воли; за такія дѣйствія солидарные сотоварищи вовсе не обязаны отвѣчать (сравн. L. 17, L. 14 (9, 4) D. Hahn, *l. c.*). Тѣмъ болѣе они освобождаются отъ невыгоды такого признанія и рѣшенія, если могутъ доказать недобросовѣстность солидарнаго соучастника, ведшаго дѣло. Если же могутъ доказать, что въ недобросовѣстности сотоварища участвовала противная сторона, то, по рим. праву, противъ нея можетъ имѣть мѣсто *actio doli*. Savigny, *System des heut. röm. Rechts.* t. 6, стр. 480.

ники ¹⁵⁾, и одинъ изъ нихъ сдѣлалъ признаніе; б) случаи, когда въ производствѣ являются соучастники. *pro rata*, и одинъ изъ нихъ также сдѣлалъ признаніе.

а) Одно то обстоятельство, что солидарные соучастники совмѣстно и одновременно всѣ ведутъ дѣло, не уничтожаетъ солидаритета между ними; потому дѣйствія одного изъ нихъ въ качествѣ солидарнаго обязательно и для другихъ соучастниковъ, слѣд. и признаніе въ спорѣ о солидарномъ правѣ трактуется судомъ, какъ такое, которое имѣетъ для нихъ полную юридическую силу, все равно какъ для самого признавашагося ¹⁶⁾. Есть одна только особенность въ этомъ случаѣ. Солидарные сотоварищи, въ сферѣ матеріальнаго гражданского права, могутъ заявлять свое несогласіе съ образомъ дѣйствія своего сотоварища, находить эти дѣйствія несоотвѣтствующими интересамъ ихъ солидарнаго отношенія. Какое же основаніе лишать ихъ такого права и въ томъ случаѣ, когда солидарное отношеніе становится предметомъ судебного спора ¹⁷⁾? Такимъ образомъ, въ виду признанія сотоварища они вообще могутъ доказывать, что, при данной обстановкѣ дѣла, положимъ, при отсутствіи вѣскихъ доказательствъ на сторонѣ противника, при наличности данныхъ на ихъ сторонѣ, говорящихъ въ пользу ихъ права, — при такой обстановкѣ признаніе сотоварища было съ его стороны произволомъ; доказывая произволъ сотоварища, они могутъ приводить доказательства того, что признаніе его не соотвѣтствуетъ дѣйствительнымъ обстоятельствамъ дѣла ¹⁸⁾; тѣмъ болѣе сотоварищи имѣютъ право дока-

¹⁵⁾ L. 17 (XI, I) D. I. 2, auth. (8, 40) cod. Nowell. 99, §§ 1 и 2. T. X, ч. I, св. зак. ст. 648 — 650; ст. 483 уст. гражд. судопр. Dalloz, Répertoire de legisl. Obligations n. 1402.

¹⁶⁾ См. соображенія изложенныя въ п. 14; также Dalloz, Obligations, n. 1427.

¹⁷⁾ Dalloz, Obligations n. n. 1377, 1379.

¹⁸⁾ Этому началу нисколько не противорѣчитъ извѣстный законъ Юстиніана [I. 5 (8, 40) cod.] Изъ словъ самаго закона можно видѣть, что императоръ имѣлъ въ виду признаніе соучастникомъ дѣйствительныхъ обстоятельствъ дѣла; всѣ данныя, какія имѣлъ императоръ, говорили въ пользу того, что признаніе соотвѣтствуетъ дѣйствительности; только какъ

зывать, что сотоварищъ, дѣлая признаніе, дѣйствовалъ недобросовѣстно ¹⁹). Такимъ образомъ, солидарные соучастники въ производствѣ могутъ избавиться отъ юридическихъ послѣдствій признанія, сдѣланнаго однимъ изъ ихъ сотоварищей. Изложенная теорія вполне примѣнима и къ русскому законодательству. Уставъ граж. судопр. не говоритъ, что соучастники въ дѣлѣ *подвергаются*, онъ говоритъ — «соучастники въ дѣлѣ *могутъ быть подвергнуты* послѣдствіямъ признанія одного изъ нихъ въ такомъ лишь случаѣ, если они обязались круговою съ нимъ порукою» (ст. 483). Законъ, очевидно, даетъ возможность солидарнымъ соучастникамъ устранить отъ себя послѣдствія признанія одного изъ нихъ, а суду — разсмотрѣть и свободно оцѣнить основанія и доказательства такого устраненія ²⁰).

б) Что касается второй категоріи, т. е. когда соучастники дѣйствуютъ *pro rata*, здѣсь, по общему правилу, признаніе одного изъ нихъ не имѣетъ, своего юридическаго значенія для

такое оно должно было считаться и считается императоромъ за обязательное для прочихъ соучастниковъ; уклоненіе только отъ такого признанія императоръ считаетъ непозволительнымъ для соучастниковъ.

¹⁹) L. 17 (XI, I) D. Dalloz, Obligations, n 1417 n° 2.

²⁰) Такое толкованіе ст. 483 уст. гражд. судопр. находитъ себѣ подтвержденіе въ тенденціи нашего законодательства, начиная съ Уложенія царя Алексѣя Михайловича. По уложенію, если одинъ изъ соучастниковъ дѣлалъ признаніе, а другіе нѣтъ, — *безъ суда ихъ по раздѣлкѣ товарища ихъ не считали*; для нихъ дѣло производилось *по суду, до чего доведется*. Глава X, ст. 184. Въ сводѣ законовъ о судопроизводствѣ и взысканіяхъ гражданскихъ статья Уложенія неповторена, но нѣтъ ничего и противнаго ей. Мысль Уложенія не исчезла, ее мы находимъ въ учрежденіи коммерческихъ судовъ ст. 214. (Полное собраніе зак. 1832 г. № 5360) и затѣмъ въ торговомъ уставѣ ст. 1595: „когда въ дѣлѣ много участниковъ, и одинъ или нѣкоторые изъ нихъ учинили признаніе, а другіе оное оспариваютъ, тогда судъ разсматриваетъ ихъ опроверженія и рѣшитъ достовѣрность или неосновательность признанія по представленнымъ отъ нихъ доказательствамъ“. Уставъ гражд. суд. въ анализѣ понятія о значеніи признанія соучастника пошелъ дальше; онъ проводитъ, какъ мы видѣли, различіе между консортами *pro rata* и консортами по круговой поруцѣ и соотвѣственно тому устанавливаетъ юрид. значеніе признанія одного консорта для другихъ, предоставляя при этомъ суду право свободнаго усмотрѣнія. Касс. рѣшенія 1870 г. № 1937; 1869 г. № 427 не даютъ основаній заключать о воззрѣніяхъ сената по этому предмету.

прочихъ соучастниковъ ²¹⁾. Судъ долженъ разсматривать его какъ признаніе только по отношенію къ признавшемуся. По отношенію къ прочимъ соучастникамъ о томъ предметъ, который признанъ, должны быть представлены, обычнымъ порядкомъ, доказательства. Къ числу этихъ доказательствъ, въ глазахъ суда, можетъ относиться признаніе одного изъ соучастниковъ, но оно можетъ являться тогда только въ качествѣ свѣдѣтельскаго показанія ²²⁾; слѣд. можетъ имѣть доказательное значеніе только относительно предметовъ, которые могутъ быть доказываемы свѣдѣтельскими показаніями, затѣмъ можетъ быть прямо опровергаемо противу доказательствъ, вообще, какъ доказательство, подлежить свободной оцѣнкѣ суда ²³⁾ въ виду другихъ данныхъ производства. Обязанность доказывать (опровергать) въ этомъ случаѣ лежитъ на соучастникахъ, несогласныхъ съ признаніемъ, такъ какъ противникъ съ наличностью признанія одного изъ соучастниковъ другой стороны, имѣетъ доказательство въ свою пользу.

Съ этой же точки зрѣнія (б) должно разсматриваться значеніе признанія одного изъ соучастниковъ въ спорѣ о недѣлимомъ правѣ ²⁴⁾, такъ какъ здѣсь въ сущности каждый соучастникъ защищаетъ на судѣ свою часть (идеальную) приходящуюся ему изъ общаго недѣлимаго ²⁵⁾.

²¹⁾ Danz. Grundsätze des Ord. Processes, § 292, стр. 435. Brackenhoff, Archiv f. d. Civ.-Praxis B. XX, стр. 283. п. 31 въ концѣ. См. также вышеуказанное въ п. 12.

²²⁾ Planck, Mehrheit, стр. 410. 411. особенно 412 п. 25. Seuffert, Archiv, B. 4, п. 89.

²³⁾ Часто въ оцѣнкѣ играетъ важную роль свойство и форма заявленія консорта (Planck, l. c.), и проч. См. мотивы къ § 50 проекта уст. гражд. суд. герм. имперіи.

²⁴⁾ Stellter, Der preussische Civil-Process. стр. 79, п. 3.

²⁵⁾ Если изъ нѣсколькихъ соучастниковъ недѣлимаго права только одинъ былъ въ производствѣ и сдѣлалъ признаніе, вслѣдствіе котораго послѣдовало невыгодное для нихъ рѣшеніе, послѣдующій нескъ прочихъ соучастниковъ о томъ же недѣлимомъ правѣ можетъ встрѣтить *exceptio rei judicatae*; потому изъ въ этомъ случаѣ остается одинъ исходъ — просить сенатъ объ отмѣнѣ рѣшенія въ качествѣ третьихъ, неучаствовавшихъ въ производствѣ.

При полной аналогіи юридическаго положенія соучастниковъ въ процессѣ съ положеніемъ третьихъ, вступившихъ въ производство или привлеченныхъ къ нему, намъ приходится сказать о юридическомъ значеніи признанія третьяго для стороны, къ которой онъ присоединился, или признанія послѣдней для третьяго, тоже, что мы выше говорили о значеніи признанія одного изъ консортовъ ²⁶⁾.

Сторонами въ гражданскомъ процессѣ, могутъ быть лица не вполне правоспособныя; таковыя лица, разъ будучи допущены къ производству, могутъ дѣлать судебное признаніе; спрашивается, какое значеніе можетъ имѣть признаніе этихъ лицъ? Предварительно, мы должны сказать нѣсколько словъ о томъ, могутъ-ли быть допускаемы къ судебному производству, въ качествѣ сторонъ, лица недостигшія полнаго гражданскаго совершеннолѣтія.

По римскому праву, несовершеннолѣтніе могли быть сторонами въ процессѣ ²⁷⁾, юридическое положеніе ихъ въ процессѣ различалось по степени ихъ недѣеспособности; вѣншимъ критеріемъ въ этомъ случаѣ былъ принять возрастъ. Такимъ образомъ, различались *puilli* и *minores (adulti)*; первые могли быть стороною въ процессѣ только *tutore auctore* или *auctoritate tutoris*; для вторыхъ, когда они хотѣли быть стороною въ процессѣ, какъ условіе, упоминается *consensus curatoris*. Матеріально это различіе заключалось въ томъ, что процессуальныя дѣйствія пуилловъ могли имѣть мѣсто и значеніе тогда только, когда они совершаемы были при непосредственномъ и постоянномъ участіи опекуна; это участіе опекуна было непремѣннымъ условіемъ дѣйствительности процессуальныхъ дѣйствій пуилла. Что касается до *minores (adulti)* то *consensus curatoris* означало разъ выраженное согласіе попечителя на веденіе даннаго иска или отвѣта по иску, предъявленному къ

²⁶⁾ Bräuer, Archiv für d. Civ.-Praxis, B. 24, стр. 455. Maxen, Zeitschrift für Civilrecht und Process. H. F. B. 21, стр. 365.

²⁷⁾ L. 1, §§ 3 и 4 (26, 7) D. L. 2 (3, 6) cod.

несовершеннолѣтнему ²⁸⁾, затѣмъ, дальнѣйшаго непосредственнаго участія куратора въ веденіи дѣла несовершеннолѣтнимъ *consensus curatoris* вовсе не означало. Такимъ образомъ несовершеннолѣтній (*adultus*) самъ могъ совершать всѣ процессуальныя дѣйствія, и они имѣли свое юридическое значеніе. Съ изложенной точки зрѣнія вышеприведенныхъ *lex*овъ совершенно яснымъ представляется истинный смыслъ тѣхъ отгѣнковъ, которые мы находимъ въ редакціи закона — L. 6, § 5 (42, 2) D. — относительно признанія *pupilli* и признанія *minoris* или *adulti*; законъ говоритъ относительно признанія пупила — *in pupillo tutoris auctoritatem exigimus*. Соотвѣтственно вышеизложенному это значить, что признаніе не можетъ быть сдѣлано пупиломъ иначе, какъ только при участіи опекуна, когда опекунъ также совмѣстно будетъ дѣлать признаніе, повторяя его или соглашаясь съ признаніемъ пупила. Такимъ образомъ, если пупилъ дѣлалъ признаніе, судъ требовалъ (*exigimus*) *auctoritatem tutoris*, если ее не было, признаніе не имѣло своего юридическаго значенія ^{28a)}. Относительно признанія *minoris* законъ иначе выражается, — *minorem a confessione sua restituemus*; это значить, что, разъ получивъ согласіе куратора на веденіе даннаго процесса, *minor*у не нужно было имѣть специальное согласіе куратора на заявленіе признанія; онъ могъ дѣлать это признаніе, и оно было дѣйствительнымъ ²⁹⁾. Но римское право открываетъ *minor*у путь освободиться отъ юридическихъ послѣдствій признанія — *restitutio*. Такое *restitutio* дѣлалось судомъ не *ex officio*, но по просьбѣ заинтересо-

²⁸⁾ На такое значеніе *consensus curatoris* въ отличіе отъ *auctoritas tutoris* указываетъ противопоставленіе двухъ случаевъ, когда искъ предъявлялся къ *adultus*, и онъ самъ долженъ былъ отвѣчать — *ipsum adultum praesentem in iudicium vocare ut consensu curatoris conveniatur* — и когда искъ предъявлялся *contra curatorem. ut ipse litem suscipiat*, значить такого непосредственнаго участія куратора въ производствѣ въ первомъ случаѣ не было. L. 1, § 3 (26, 7) D.

^{28a)} *Durantis, De confessionibus, § 2 n. 1.*

²⁹⁾ *Accursius, ad. l. 11 (XI, I) D.: si minor (interrogatus) respondeat... praejudicat sibi, nisi restituatur, quod potest, nisi dolus se fecerit, tunc non. Durantis, De confessionibus, l. c.*

ванныхъ. Что такова тенденція римскаго права относительно признанія *puilli* и признанія *minoris*, — это видно изъ того, по какимъ основаніямъ относительно несовершеннолѣтняго *tutela* переходила въ *cura*. Первоначально такой переходъ имѣлъ мѣсто, когда семья, въ которой жилъ *puillus*, находила, что онъ сталъ достаточно развитъ, владѣть достаточнымъ разумніемъ; вопросъ о зрѣлости пупила рѣшался каждый разъ соответственно тѣмъ даннымъ, какія онъ представлялъ собою. Впослѣдствіи, когда прежніе семейные нравы измѣнились, когда часто стали возникать споры по поводу перехода *tutela* въ *cura*, когда стали частыми злоупотребленія опекуновъ, не хотѣвшихъ отказаться отъ *tutela*, когда между юристами болѣе и болѣе выяснились разнообразія въ воззрѣніяхъ на этотъ предметъ, — былъ законодательнымъ порядкомъ установленъ Юстиніаномъ вѣншій критерій достаточной зрѣлости пупила, именно извѣстный возрастъ ³⁰⁾. Такимъ образомъ, коль скоро лице, съ достиженіемъ извѣтнаго возраста, выходило изъ подъ *tutela* и имѣло надъ собою только *cura*, то съ этимъ соединялось предположеніе, что это лице достаточно развито и можетъ вступать въ гражданскія правоотношенія. Контроль надъ нимъ состоялъ только въ томъ, что попечитель давалъ согласіе на вступленіе *minor'a* въ то или другое правоотношеніе; такое согласіе требовалось и для вчиненія иска *minor'омъ* и для защиты противъ предъявленнаго къ нему иска. Цѣлью контроля было предостереженіе *minor'a* отъ легкомысленныхъ, опрометчивыхъ дѣйствій, которыя могли бы обременять его имущество, вообще, производить убыль въ его имуществѣ.

Итакъ, воззрѣнія римскаго права на признаніе *puilli* и признаніе *adulti* коренятся въ тѣхъ основаніяхъ, по которымъ *tutela* надъ несовершеннолѣтнимъ отличалась отъ *cura* и замѣнялась послѣднею. Изъ сказаннаго вытекаетъ, далѣе, по какимъ основаніямъ преторъ дѣйствовалъ, когда въ конкретномъ случаѣ говорилъ: *minorem a confessione sua restituemus*. Для

³⁰⁾ См. напр. Salkowsky, *Lehrbuch der Institutionen*. 1876. § 53.

restitutio недостаточно было доказать одно то, что признаніе было сдѣлано *minor*'омъ, но нужно было доказать, что *minor* дѣйствовалъ явно безъ достаточнаго разумѣнія и не воспользовался всѣми тѣми средствами иска или защиты, которыми могъ располагать, или же нужно было доказать, что признаніе его, по содержанию своему, является не процессуальнымъ дѣйствіемъ, не констатированіемъ дѣйствительныхъ обстоятельствъ дѣла, но что подъ формою скрывается его сдѣлка, соглашеніе, уступка и т. д. ³¹⁾; согласіе куратора, данное *minor*'у на веденіе процесса, не заключаетъ въ себѣ согласія на подобныя дѣйствія со стороны *minor*'а. Вотъ основанія, по которымъ могло имѣть мѣсто *restitutio* въ случаѣ признанія *minoris* или *adulti*.

Изъ современныхъ законодательствъ по разсматриваемому вопросу ближе всѣхъ подходитъ къ римскому праву французское законодательство. Такъ, лице, не достигшее полного гражданскаго совершеннолѣтія, но имѣющее 18 лѣтъ отъ роду, можетъ быть, въ установленномъ порядкѣ, эмансипировано семейнымъ совѣтомъ ³²⁾. Это значитъ, что семейный совѣтъ предоставляетъ лицу, имѣющему не менѣе 18 лѣтъ, но не достигшему полного совершеннолѣтія, право дѣйствовать въ нѣкоторыхъ случаяхъ, какъ вполне правоспособному; въ нѣкоторыхъ же случаяхъ требуется, для пополненія дѣеспособности, *assistance* куратора или разрѣшеніе *conseil judiciaire* ³³⁾. Касательно тѣхъ правоотношеній, въ коихъ эмансипированный дѣйствуетъ какъ *majeur*, онъ имѣетъ полную дѣеспособность, т. е. и матеріальную и процессуальную ³⁴⁾, можетъ искать и отвѣчать на судъ и въ производствѣ дѣлать признаніе ³⁵⁾. Для насъ

³¹⁾ Сравни. L. 34, § 1 (4, 4) D. На основаніи этого закона могло имѣть мѣсто *restitutio* въ томъ случаѣ, когда въ процессѣ несовершеннолѣтніе *ompromiserunt*, хотя бы даже съ спеціальнаго на то согласія куратора.

³²⁾ Code civil, art. 478.

³³⁾ Code civil, art. 481.

³⁴⁾ Larombière, *Théorie et pratique des obligations*. t. 5, стр. 401; Dalloz, l. c. *Obligations*, n. 5083.

³⁵⁾ Pigeau, *Traité de la procédure civile*. t. I, стр. 144, n. 283.

важно только констатировать именно это воззрѣніе французскаго права, не входя въ разсмотрѣніе вопроса, въ какихъ правоотношеніяхъ эмансипированный дѣйствовалъ какъ *maître*, считался такъ же дѣеспособнымъ, какъ и послѣдній. Но мы должны указать, что французское законодательство, опредѣляя вообще дѣеспособность эмансипированнаго, даетъ нѣсколько особыхъ постановленій о его процессуальной дѣеспособности. Такъ, эмансипированный не можетъ вчинять исковъ о недвижимомъ имуществѣ, не можетъ и отвѣчать по этимъ искамъ безъ *assistance* куратора ³⁶⁾, а *contraio*, относительно движимаго имущества эмансипированный одинъ можетъ искать и отвѣчать ³⁷⁾, кромѣ указанныхъ въ законѣ ограниченій ³⁸⁾.

Но постановленія закона опредѣляющія предѣлы дѣеспособности эмансипированнаго, на практикѣ не устраняютъ всѣхъ недоразумѣній и сомнѣній относительно дозволенности для эмансипированнаго вступать въ тѣ или другія правоотношенія въ качествѣ вполне дѣеспособнаго и слѣд., безъ согласія попечителя ³⁹⁾. Такого рода правоотношенія, если возбуждаютъ только сомнѣнія о дѣеспособности эмансипированнаго, сомнѣнія, нѣтъ-ли здѣсь превышенія дѣеспособности (*d'un cas d'excès*), но не представляютъ прямаго нарушенія закона, — такого рода правоотношенія, будучи разъ совершены эмансипированнымъ, считаются дѣйствительными, но могутъ подлежать опроверженію и уничтоженію въ судебномъ порядкѣ, и эмансипированный можетъ быть стороной въ этомъ спорѣ. Французское законодательство указываетъ тѣ начала, которыми судъ въ этомъ случаѣ долженъ руководиться; судъ долженъ принимать въ соображеніе общее состояніе имущества несовершеннолѣтняго,

Aubry et Rau, Cours de droit civil français. t. I, стр. 548 n. 4. Demolombe, Cours de code Napoléon t. VIII, n. 282. См. также указанныя имъ сочиненія.

³⁶⁾ Code civil art. 482. Другія органическія точно указаны въ законѣ. См. Aubry et Rau, t. I, стр. 553. Demolombe, t. VIII, n. n. 304—312.

³⁷⁾ Demolombe, t. VIII, n. 283.

³⁸⁾ Aubry et Rau, t. I. стр. 551.

³⁹⁾ Demolombe, t. VIII, n. 286—294.

добросовѣстность или недобросовѣстность лицъ, съ которыми онъ вступалъ въ спорныя правоотношенія, полезность или безполезность для его имущества произведенныхъ имъ затратъ ⁴⁰⁾. Предположимъ, что въ судебномъ спорѣ о сказанныхъ правоотношеніяхъ эмансипированный, являясь стороною, сдѣлалъ признаніе. Признаніе свое въ этомъ случаѣ онъ можетъ опровергать. Судъ, руководясь вышеизложенными основаніями, опредѣляетъ юридическое значеніе признанія не только съ точки зрѣнія соответствія его съ дѣйствительными обстоятельствами, но главнымъ образомъ съ точки зрѣнія полезности или вредности признанныхъ обстоятельствъ для эмансипированнаго ⁴¹⁾.

Русское законодательство по разсматриваемому вопросу представляетъ въ основной идеѣ замѣчательное сходство съ только что изложенными началами французскаго права, хотя въ постановленіяхъ своихъ не имѣетъ желательной определенности, единства, яснаго и послѣдовательнаго проведенія основнаго

⁴⁰⁾ Code civil, art. 484. Demolombe, t. VIII, n. n. 336, 337, 338.

⁴¹⁾ Общественное право не заключаетъ въ себѣ постановленій по вопросу о признаніи несовершеннолѣтняго. На практикѣ, если признаніе сдѣлано несовершеннолѣтнимъ, то онъ можетъ получить *restitutio*, и по одному только тому основанію, что признаніе, само по себѣ, составляетъ нарушеніе его правъ по судебной защитѣ, такъ какъ, сдѣлавъ признаніе, онъ лишаетъ себя права требовать отъ противника доказательствъ признанныхъ обстоятельствъ. Такимъ образомъ, вопросъ сводится къ тому, что признавшійся долженъ доказать, что положеніе его, именно вслѣдствіе признанія, стало не выгоднѣе прежняго (Seuffert, Archiv. B. 18, n. 197). Иначе долженъ рѣшаться вопросъ относительно прусскаго права; по мнѣнію Коха, нужно различать признаніе всего спорнаго правоотношенія въ томъ видѣ, какъ представилъ его истецъ, и признаніе отдѣльныхъ обстоятельствъ дѣла. Въ первомъ случаѣ признаніе будетъ принятіемъ на себя обязательства, а этого несовершеннолѣтній не можетъ дѣлать безъ согласія опекуна; слѣд., признаніе безъ этого согласія будетъ недействительно; во второмъ случаѣ, признаніе будетъ заявленіемъ о дѣйствительныхъ обстоятельствахъ дѣла, а для такого заявленія достаточно здраваго разумія и воли не растрачивать своего имущества легкомысленнымъ образомъ. Эти качества предполагаются въ лицѣ, достигшемъ 18 лѣтняго возраста, потому признаніе этимъ лицомъ въ процессѣ извѣстнаго факта истиннымъ нужно считать вполне дѣйствительнымъ признаніемъ (Koch. Der preussische Civil-Prozess. § 212, стр. 420, n. 3 и 4. Сравни. Endemann, Beweislehre. стр. 153, n. 10 и 11. Förster, Theorie und Praxis des heut. gem. preuss. Privatrechts. B. 3, стр. 65 n. 9).

принципа. Такимъ образомъ, наше законодательство устанавливаетъ различіе въ дѣеспособности лицъ недостигшихъ 17 лѣтняго возраста и достигшихъ. По достиженіи 14 лѣтняго возраста, малолѣтній хотя и можетъ самъ испросить себѣ попечителя для совѣта и защищенія во всѣхъ дѣлахъ, съ такими же качествами, какъ объ опекунахъ предписано, но права его на распоряженіе имуществомъ чрезъ то не увеличиваются, и всякое даваемое съ его стороны согласіе на какой либо актъ считается по прежнему ничтожнымъ (ст. 219 Т. X, ч. I). Достигшій 17 лѣтняго возраста *вступаетъ въ управленіе своимъ имѣніемъ* (ст. 220). Итакъ, одни недѣеспособны, другіе дѣеспособны въ предѣлахъ управленія своимъ имѣніемъ. Но въ отличіе отъ французскаго права, наше законодательство считаетъ достигшаго 17 лѣтняго возраста дѣеспособнымъ вслѣдствіе одного простаго факта достиженія этого возраста, приближаясь въ этомъ случаѣ къ позднѣйшему римскому праву. Внутренней подкладкой здѣсь служитъ также предположеніе, что по достиженіи 17 лѣтняго возраста человекъ, въ среднемъ выводѣ, долженъ быть достаточно развитъ, такъ что его можно допустить къ управленію имуществомъ. Въ кругъ нашего изслѣдованія не входитъ подробное опредѣленіе понятія объ управленіи имуществомъ. Но, въ параллель къ вышеизложенному французскому праву, замѣтимъ, что нашъ законъ, сказавъ вообще, что достигшій 17 лѣтняго возраста вступаетъ въ управленіе своимъ имѣніемъ, въ той же 220 ст. далѣе перечисляетъ, чего это лице, по вступленіи въ управленіе, не можетъ дѣлать, безъ согласія попечителя, слѣд., нашъ законъ ограничивается опредѣленіемъ понятія управленія съ отрицательной стороны. Общимъ основнымъ мотивомъ этихъ ограниченій служитъ то, чтобы несовершеннолѣтній не разорилъ своего имѣнія, не отягощалъ его, но чтобы оно оставалось въ томъ хозяйственномъ состояніи, въ какомъ существовало до него. Такимъ образомъ, несовершеннолѣтній не можетъ безъ согласія попечителя распоряжаться капиталами, *гдѣ либо въ*

обращеніи находящимися или получать таковыя обратно изъ кредитныхъ уснновленій. Въ виду такой тенденціи нашего закона, нужно въ томъ же смыслѣ понимать и другія ограниченія, — ограниченія, что несовершеннолѣтній не можетъ дѣлать долговъ, давать письменныхъ обязательствъ и совершать акты и сдѣлки какого либо рода, т. е. не можетъ совершать эти дѣйствія, когда они не будутъ проявленіемъ управленія имуществомъ въ вышесказанномъ смыслѣ, напр. когда долги сдѣланы не для означеннаго управленія, а на другіе предметы, или когда совершены акты, сдѣлки какого либо рода внѣ нужды управленія или хотя и по управленію но въ видахъ сокращенія, измѣненія прежняго хозяйственнаго оборота, или въ виду новыхъ промышленныхъ предпріятій. Но, съ другой стороны, давая 17 лѣтнему право вступать въ управленіе своимъ имѣніемъ, законъ тѣмъ самымъ даетъ ему право вступать въ гражданскія правоотношенія, необходимо составляющія матеріальную сторону управленія ⁴²⁾. Положимъ, 17 лѣтній вступаетъ въ управленіе имѣніемъ, которое состоитъ изъ засѣваемыхъ полей и лѣсу; сдѣлки напр. по найму рабочихъ для обработки полей будутъ существеннымъ образомъ входить, какъ составная часть, въ управленіе имѣніемъ ⁴³⁾; но 17 лѣт-

42) По мысли закона, въ этихъ предѣлахъ 17 лѣтній вполнѣ дѣеспособенъ. Указъ цитированный подъ 220 ст. говоритъ: „Малолѣтнему по прошествіи отъ роду 17 лѣтъ.... устанавливаетъ.... вступать въ совершеннолѣтство и въ управленіе своего имѣнія; но прежде 20 лѣтъ съ годомъ запрещается ему продажа и закладъ недвижимаго всякаго имѣнія безъ согласія и подписи попечителя и опекуна“. Полн. собр. законовъ 1785 г. № 16,300.

43) Demolombe, по поводу различныхъ хозяйственныхъ предпріятій по управленію, напр. по вопросу о томъ, можетъ ли эмансипированный дѣлать капиталныя исправленія въ недвижимомъ имуществѣ, новыя большія постройки и т. под., устанавливаетъ слѣдующее начало, которымъ бы можно было руководствоваться при рѣшеніи вопроса, дѣеспособенъ ли былъ эмансипированный на эти хозяйственныя предпріятія: „эмансипированный имѣетъ право распоряжаться доходами съ своего имѣнія, можетъ употреблять ихъ на прожитіе, можетъ а fortiori сберегать ихъ и затѣмъ употребить ихъ на что захочетъ“. Но это только когда дѣло идетъ о доходахъ, а не о доставшихся ему капиталахъ; послѣдніе онъ можетъ употреблять только съ согласія и подъ надзоромъ попечителя, т. VIII. n. 293, 294.

ній вышелъ бы изъ предѣловъ своей дѣеспособности, если бы сталъ входить въ договоры о продажѣ лѣса на срубъ, или, вмѣсто обрабатыванія земли, сталъ бы входить въ договоры о постройкѣ заводовъ, вообще о новыхъ промышленныхъ предпріятіяхъ. Но предъ судомъ вопросъ о томъ, дѣеспособенъ ли былъ несовершеннолѣтній вступать въ тѣ или другія правоотношенія, можетъ тогда только обсуждаться, когда по формѣ своей письменнаго обязательства, акты и сдѣлки будутъ заключать въ себѣ указанія на тѣ признаки правоотношенія, по которымъ законъ относитъ его къ ряду правоотношеній, въ коихъ несовершеннолѣтній считается дѣеспособнымъ. Если же по формѣ своей обязательства не указываютъ на эти признаки, а просто констатируютъ обязательство, какъ напр. вексель констатируетъ только заемъ, тогда судъ не можетъ уже входить въ разсмотрѣніе вопроса, что, можетъ быть, несовершеннолѣтній былъ дѣеспособенъ совершить тотъ заемъ, по которому онъ выдалъ вексель. Судъ въ данномъ случаѣ долженъ рѣшать дѣло на основаніи документа, а документъ говорить, что былъ сдѣланъ долгъ, слѣд., отягощеніе имущества несовершеннолѣтняго, на что законъ считаетъ несовершеннолѣтняго недѣеспособнымъ. Изъ всего вышеизложеннаго о русскомъ законодательствѣ слѣдуетъ, что оно считаетъ лице, достигшее 17 лѣтняго возраста, дѣеспособнымъ вступать въ извѣстныя правоотношенія, въ отличіе отъ малолѣтнихъ, т. е. лицъ не достигшихъ 17 лѣтъ, которыя считаются недѣеспособными. Но коль скоро лице имѣетъ право вступать въ извѣстныя правоотношенія, оно, по общему юридическому принципу, имѣетъ право и обязанность искать и отвѣчать на судъ по поводу тѣхъ правоотношеній ⁴⁴⁾. Отсюда постановленіе устава

⁴⁴⁾ Этои мысли нисколько не противорѣчаютъ ст. 222 (Т. X, ч. 1), по которой несовершеннолѣтній, давшій письменное обязательство или совершившій какой либо актъ отъ своего лица, безъ согласія опекуна, не подвергается по онымъ никакому взысканію и отвѣту ни во время малолѣтства его, ниже по вступленіи въ совершенный возрастъ. Въ этой статьѣ имѣются въ виду только тѣ обязательства, которыя составляютъ ограни-

гражд. судопроизводства, по которому «за всѣхъ, состоящихъ подъ опекою какъ по не совершеннолѣтію, такъ и по душевнымъ и физическимъ недугамъ, ищутъ и отвѣчаютъ на судѣ ихъ родители или опекуны» (ст. 19), нужно понимать не въ томъ широкомъ смыслѣ, что за лицъ, хотя бы имѣющихъ 17 лѣтъ и болѣе, но не имѣющихъ 21 года должны искать и отвѣчать на судѣ ихъ родители или опекуны по всѣмъ спорнымъ правоотношеніямъ. Эту статью нужно понимать въ буквальномъ смыслѣ, т. е. въ томъ смыслѣ, что родители или опекуны ищутъ и отвѣчаютъ за несовершеннолѣтнихъ, *состоящихъ подъ опекою*, слѣд., ищутъ и отвѣчаютъ за несовершеннолѣтнихъ въ тѣхъ предѣлахъ, какіе гражданскими законами установлены съ одной стороны для опеки надъ недостижными 17 лѣтнаго возраста, съ другой стороны надъ лицами, достигшими 17 лѣтнаго возраста; въ послѣднемъ случаѣ въ тѣхъ предѣлахъ, какіе установлены разобранною нами 220 ст. (Т. X, ч. I). Итакъ, опекуны должны искать и отвѣчать за достигшихъ 17 лѣтнаго возраста только въ спорахъ о тѣхъ

нечина дѣеспособности 17 лѣтнаго, перечисляемыя въ разобранной нами 220 ст. Нашему толкованію 220 ст. и мнѣнію изложенному въ текстѣ непротиворѣчатъ также ст. 171 [т. X, ч. 2): мѣсто малолѣтнихъ... заступаютъ въ судѣ опредѣленные къ нимъ опекуны и *попечители*], такъ какъ попечители могутъ быть не только у достигшихъ 17 лѣтнаго возраста, но, по ст. 219 (Т. X, ч. I), и четырнадцатилѣтніе могутъ испросить себѣ попечителя. Въ виду 220 ст. можно думать, что ст. 171 говоритъ о попечителяхъ послѣдняго рода, т. е. стоящихъ при лицахъ, недостижныхъ 17 лѣтнаго возраста. Вообще, въ тѣхъ статьяхъ X тома, гдѣ говорится о полномъ заступленіи опекуномъ мѣста несовершеннолѣтнихъ, послѣдніе трактуются какъ вполнѣ недѣеспособные, и обязанности опекуна надъ ними отождествляются съ обязанностями опекуна надъ безумными (напр. 180 ст. Т. X, ч. I). Это обстоятельство указываетъ на то, что во всѣхъ этихъ статьяхъ законъ имѣетъ въ виду малолѣтнихъ, т. е. лицъ, недостижныхъ 17 лѣтнаго возраста, за которыми онъ не признаетъ дѣеспособности, такъ какъ достигшимъ 17 лѣтъ законъ предоставляетъ извѣстную дѣеспособность и слѣд., ихъ онъ не могъ приравнивать въ этомъ отношеніи къ безумнымъ. Замѣтимъ въ заключеніе, что въ упомянутыхъ статьяхъ употребляется терминъ „малолѣтніе“. (Именно относительно представительства опекуномъ на судѣ законъ говоритъ: Опекуны обязаны имѣть ходатайство по всѣмъ тяжбымымъ дѣламъ *малолѣтнихъ*, Т. X, ч. I, ст. 282).

правоотношеніяхъ, въ которыхъ дѣеспособность этихъ лицъ ограничена закономъ (ст. 220, Т. X, ч. I). Переходя къ вопросу о признаніи несовершеннолѣтняго, намъ остается сказать только, что; являясь стороной въ спорахъ о тѣхъ правахъ, относительно которыхъ дѣеспособность его неограничена, онъ можетъ дѣлать признаніе, и это признаніе имѣетъ юридическое значеніе; въ спорахъ же о правахъ, относительно которыхъ дѣеспособность его ограничена, несовершеннолѣтній не можетъ быть самостоятельно стороной и если бы, фактически участвуя въ судебномъ спорѣ объ этихъ правахъ, сдѣлалъ признаніе, оно не можетъ имѣть юридическаго значенія. Вопросъ о юридическомъ значеніи судебного признанія лица, достигшаго 17 лѣтняго возраста, можетъ возбуждать свои особенныя сомнѣнія именно тогда, когда возникаетъ сомнѣніе, къ какому роду правъ относится спорный предметъ, къ тому-ли, относительно котораго дѣеспособность 17 лѣтняго ограничена, или къ тому, относительно котораго онъ признается закономъ какъ дѣеспособный. Мы видѣли, какимъ началамъ въ рѣшеніи этого вопроса слѣдуетъ французское право и теорія. Эти же начала могутъ служить руководящими началами и для русскихъ судей примѣнительно къ вышеизложенному смыслу ст. 220 (Т. X, ч. I). Соотвѣтственно тому, къ какому убѣжденію въ рѣшеніи этого вопроса придетъ судья, долженъ рѣшаться вопросъ и о юридическомъ значеніи признанія лица, достигшаго 17 лѣтняго возраста ⁴⁵⁾.

Въ уголовномъ судопроизводствѣ обвиняемыми могутъ быть малолѣтніе; по обвиненію напр. въ совершеніи вредоносныхъ дѣйствій они могутъ дѣлать признаніе тѣхъ или другихъ фактическихъ обстоятельствъ. Мы уже имѣли случай го-

⁴⁵⁾ Большая часть рѣшеній гражд. касс. деп. (1868 г. № 369; 1867 г. № 252; 1869 г. № 63) не выражаютъ воззрѣній противныхъ мнѣнію, высказанному нами въ текстѣ. Только рѣшеніе 1870 г. № 363 высказываетъ прямо противоположный взглядъ; но этотъ взглядъ представляется голословной ссылкой на статьи, безъ всякаго анализа содержанія этихъ статей, и не соотвѣтствуетъ истинному ихъ смыслу.

ворить о значеніи вообще признанія, сдѣланнаго въ уголовномъ производствѣ, для гражданскаго иска ⁴⁶⁾. Относительно признанія, сдѣланнаго малолѣтнимъ въ уголовномъ производствѣ, за правило должно быть принято то положеніе, что, если на это признаніе дѣлается специальная ссылка въ гражд. искѣ, оно получаетъ значеніе на столько, насколько оказывается соотвѣтствующимъ дѣйствительнымъ обстоятельствамъ дѣла ⁴⁷⁾; такимъ образомъ сила такого признанія подлежитъ свободной оцѣнкѣ суда.

Вторую категорію лицъ, процессуальная дѣеспособность коихъ ограничена, составляютъ *расточители*, находящіеся подъ опекою. Римское право основаніемъ такого ограниченія считаетъ то обстоятельство, что данный субъектъ права относительно употребленія своего имущества совершенно не обращаетъ вниманія на *время и мѣру* ⁴⁸⁾, такъ что вслѣдствіе этого происходитъ растрата его имущества въ несравненно большемъ количествѣ, чѣмъ при своевременномъ и соразмѣрномъ употребленіи его. Такимъ образомъ, когда даннымъ лицомъ постоянно нарушаются эти два регулятора его имущественныхъ отношеній ^{48а)}, когда такое нарушеніе вошло въ привычку — это, по римскому праву служитъ признакомъ и доказательствомъ того, что данный субъектъ не имѣетъ разумной воли ⁴⁹⁾; потому онъ приравнивается къ *furiosus* и какъ таковому ему дается кураторъ, который вмѣсто расточителя является правовымъ субъектомъ. Задачей опеки надъ расточителемъ, между прочимъ, служитъ охраненіе имущества отъ раззоренія и растраты. Потому, если признанный расточите-

⁴⁶⁾ См. выше стр. 19.

⁴⁷⁾ L. 9, § 2, (4, 4) D.

⁴⁸⁾ Solent praetores vel praesides, si talem hominum invenerint, qui neque tempus, neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profundit, curatorem ei dare exemplo furiosí. L. 1 (27, 10) D.

^{48а)} Demolombe, t. VIII, n. 717.

⁴⁹⁾ L. 40 (50, 17) D. Сравни. Förster, Theorie und Praxis des heut. gem. preuss. Privatrechts. t. I, стр. 96. n. 39—41. Demolombe, t. VIII, n. 691, 692.

лемъ фактически вступаетъ въ такія гражданскія правоотношенія, которыя выгодны для него, то въ вопросъ о дѣйствительности ихъ расточитель трактуется какъ *impillus* ⁵⁰⁾. Таковы основанія и размѣры ограниченія дѣеспособности расточителя ⁵¹⁾. Переходя къ вопросу о процессуальной дѣеспособности расточителя, мы, прежде всего, замѣтимъ, что въ римскомъ правѣ прямыхъ постановленій объ этомъ предметѣ нѣтъ ⁵²⁾. Затѣмъ, въ современныхъ законодательствахъ, именно французскомъ и русскомъ, мы встрѣчаемъ по этому вопросу два различныхъ направленія. По французскому праву, расточителямъ запрещается *plaider, transiger ... sans l'assistance d'un conseil, qui leur est nommé par le tribunal* (Cod. civ. art. 513). Такое ограниченіе процессуальной дѣеспособности французскими юристами толкуется въ самомъ широкомъ смыслѣ. Такимъ образомъ, они исходятъ изъ того положенія, что если надъ даннымъ лицомъ учреждена опека по причинѣ расточительности, то, значить, это лице признано неспособнымъ ⁵³⁾ вообще заботиться объ интересахъ своего имущества, своихъ правъ. Потому, не смотря на то, что опека надъ расточителемъ относится только къ его имущественнымъ правамъ и не касается его личности, assistance куратора требуется въ искахъ и отвѣтахъ по *всѣмъ* гражданскимъ правоотношеніямъ расточителя, касающимися какъ имущества, такъ и лица расточителя ⁵⁴⁾. Assistance куратора, ограничивающая процессуальную дѣеспособность расточителя, состоитъ въ томъ, что расточитель и кураторъ одновременно и совмѣстно совершаютъ процессуальныя дѣйствія ⁵⁵⁾. Такое участіе необходимо при всякомъ судебномъ дѣйствіи, подъ опасеніемъ недействитель-

⁵⁰⁾ L. 9, § 7 (12, 1) D. L. 6 (45, 1) D. L. 3 (46, 2) D.

⁵¹⁾ Мы говоримъ о гражданской дѣеспособности расточителя только въ виду вопроса о его процессуальной дѣеспособности.

⁵²⁾ Wetzell, System des ordentlichen Civilprocesses, § 12, n. 8.

⁵³⁾ Demolombe, t. VIII, стр. 454.

⁵⁴⁾ Demolombe, t. VIII, стр. 476, n. 723, 724.

⁵⁵⁾ Aubry et Rau, t. I, § 139.

ности послѣдняго. Простое согласіе куратора на веденіе дѣла расточителемъ не можетъ замѣнить собою *assistance, qui dans les divers incidents qu'un procès peut offrir doit constamment protéger le prodigue* ⁵⁶⁾). Если расточитель, находясь въ такомъ юридическомъ положеніи, въ производствѣ дѣла сдѣлаетъ признаніе, оно, само по себѣ, не можетъ имѣть юридическаго значенія, если кураторъ не подтвердитъ его, или если оно не подтвердится другими обстоятельствами дѣла.

Русское законодательство держится другихъ началъ въ опредѣленіи процессуальной дѣеспособности расточителя; оно исходитъ въ этомъ случаѣ изъ понятія объ основаніяхъ и поводахъ опеки надъ расточителями. Вънѣшнимъ поводомъ, какъ мы видѣли, служить постоянная наклонность лица къ несвоевременнымъ и несоразмѣрнымъ расходамъ, изъ своего имущества; главный смыслъ опеки — охранять имущественные интересы самого расточителя, тѣмъ болѣе его семьи, и виѣсть съ тѣмъ устранять изъ общества безирравственные явленія мотовства. Стоя на этой точки зрѣнія, наше законодательство опредѣляло процессуальную дѣеспособность расточителя. Такъ какъ процессуальныя дѣйствія имѣютъ своею цѣлью охраненіе существующихъ правъ, то, согласно своему принципиальному назначенію, они не могли быть разсматриваемы законодательствомъ, какъ такія дѣйствія, которыя могли бы служить удобнымъ поводомъ къ обнаруженію расточительности. Потому, въ принципѣ, процессуальныя дѣйствія расточителя, по нашему законодательству, должны считаться дѣйствительными. Это воззрѣніе во всей полнотѣ своей выражено въ сводѣ законовъ (Т. X, ч. 2, ст. 172) съ тѣмъ только ограниченіемъ, что расточители о каждомъ возникшемъ ихъ дѣлѣ должны были давать знать опекѣ. Но уставъ гражданскаго судопроизводства, исходя изъ этого же начала, стремится предусмотрѣть случаи, когда это начало можетъ подвергнуться нарушеніямъ, т. е. когда процессуальныя дѣйствія, по произволу расточителя, переста-

⁵⁶⁾ Demolombe, t. VIII, стр. 496, н. 752.

ють для него служить средствомъ защиты правъ, и въ нихъ начинается обнаруживаться расточительность его. Въ виду этихъ случаевъ уставъ дѣлаетъ такое ограниченіе процессуальной дѣеспособности расточителей, что они безъ согласія опекуна не могутъ избирать повѣреннаго, *оканчивая дѣло примиреніемъ, дѣлать на судъ какія либо уступки....* (ст. 20). Изъ изложеннаго нельзя не видѣть, что расточитель, являясь стороной въ процесѣ, можетъ дѣлать признаніе. Но, въ виду указанныхъ ограниченій процессуальной дѣеспособности расточителя, признаніе его можетъ быть оспариваемо; именно въ виду этихъ ограниченій, можно доказывать, что въ данномъ случаѣ признаніе, въ сущности, было уступкой, что оно обнаруживаетъ беззаботность расточителя въ представленіи доказательствъ съ своей стороны, или въ опроверженіи доказательствъ противника, обнаруживаетъ слабость и склонность къ расточительности. Потому для опроверженія признанія расточителя нельзя считать достаточнымъ представленіе доказательствъ одного только того, что признаніе не соотвѣтствуетъ дѣйствительнымъ обстоятельствамъ дѣла ⁵⁷⁾.

Третью категорію лицъ, процессуальная дѣеспособность коихъ ограничена, составляютъ *несостоятельные должники*. Въ ученіи о признаніи, которое дѣлается лицами этой категоріи, важно различать производства, въ коихъ сдѣлано признаніе, и именно а) производства объ объявленіи несостоятельности; б) производства, имѣющія мѣсто по объявленіи несостоятельности и касающіяся конкурсной массы; в) производства по дѣламъ несостоятельнаго внѣ конкурса.

а) Дѣло о несостоятельности не торговой можетъ быть возбуждено, между прочимъ, *заявленіемъ въ судъ самого должника о своей неоплатности* ⁵⁸⁾. Но одного такого заявленія, при производствѣ въ общихъ судебныхъ установленіяхъ, не

⁵⁷⁾ Сравни. Koch, Der preuss. Civ.-Process, стр. 420, п. 5.

⁵⁸⁾ Временныя правила о порядкѣ производства дѣлъ о несостоятельности. Ст. 27.

достаточно; судъ, получивъ такое заявленіе, долженъ вызвать *извѣстныхъ ему наличныхъ кредиторовъ*. Въ производствѣ, которое имѣетъ мѣсто по явкѣ кредиторовъ, вопросъ разъясняется на основаніи представленныхъ указаній и свѣдѣній ⁵⁹⁾; собственное заявленіе должника такимъ образомъ входитъ въ общій составъ указаній и свѣдѣній, и потому обсуждается судомъ съ точки зрѣнія большей или меньшей достовѣрности, правдоподобности предмета заявленій и слѣд., только какъ составная часть матеріала для обсужденія, можетъ служить основаніемъ для дальнѣйшаго движенія дѣла о несостоятельности. Если дѣлу дано будетъ дальнѣйшее движеніе, то отъ должника отбирается подписка въ томъ, что онъ будетъ дѣлать вѣрныя и добросовѣстныя заявленія о дѣйствительномъ состояніи своего имущества и не будетъ онаго скрывать ⁶⁰⁾. Но заявленія должника и послѣ этого имѣютъ значеніе только матеріала, подлежащаго свободному обсужденію суда. Такимъ образомъ, когда составится общій счетъ имущества и долговъ должника, вновь выслушиваются объясненія должника и заимодавцевъ, и опять только на основаніи всѣхъ представленныхъ свѣдѣній и указаній судъ постановляетъ рѣшеніе о признаніи должника несостоятельнымъ ⁶¹⁾. Что касается производства о несостоятельности торговой, то здѣсь признаніе должника о своей неоплатности имѣетъ рѣшительное значеніе. Должникъ считается несостоятельнымъ по собственному своему признанію ⁶²⁾: 1) когда онъ... въ судѣ по возникшему на него взысканію, самъ объявитъ, что имѣніе его къ удовлетворенію всѣхъ его долговъ

⁵⁹⁾ Ст. 22 врем. правилъ.

⁶⁰⁾ Ст. 23 и 7 врем. правилъ.

⁶¹⁾ Ст. 25, 24 врем. правилъ.

⁶²⁾ Сравни. Entwurf einer Konkurs-Ordnung nebst Motive zu dem Entwurf ein. Konk. Ordnung. Berlin 1875. § 96 и мотивы къ этому §, стр. 329. Bayer (Theorie des Konkurs-Processes nach gemeinem Rechte. 1850) считаетъ болѣе плѣсообразнымъ, чтобы судъ не довольствовался признаніемъ должника, но вызывалъ извѣстныхъ ему кредиторовъ и выслушивалъ ихъ объясненія, такъ какъ объявленіе должника несостоятельнымъ перѣдко можетъ вредить кредиторамъ, стр. 130. 131 п. 12. 13, стр. 135.

недостаточно; 2) когда тоже признаніе неоплатности или прекращенія всѣхъ платежей, учинить онъ до срока платежа, или же по наступленіи онаго предъ судомъ, или предъ однимъ, двумя или болѣе его займодавцами, а они о семъ донесутъ суду (ст. 1877, 1878 торг. уст.). При этомъ, по мысли торговаго устава, важно, чтобы у должника, дѣлающаго признаніе, было намѣреніе заявить именно о неоплатности по отношенію ко всѣмъ лежащимъ на немъ долгамъ. Потому, признаніе должника, что у него нѣтъ наличныхъ денегъ для покрытія даннаго взысканія не имѣетъ рѣшающаго значенія въ вопросѣ о несостоятельности ⁶³⁾. Если вопросъ о несостоятельности должника возникаетъ въ виду состоянія его имущества (ст. 1879 торг. уст.), то судъ вызываетъ должника и выслушиваетъ его словесныя объясненія. Оцѣнка этихъ объясненій предоставляется свободному усмотрѣнію суда. Изъ текста ст. 1881 (торг. уст.) видно, что судъ можетъ принять во вниманіе объясненія должника, опровергающія признаки неоплатности и не объявлять его несостоятельнымъ ⁶⁴⁾. Слѣд., если должникъ дѣлаетъ объясненія, которыя подтверждаютъ признаки неоплатности, дѣлаетъ признаніе, то это признаніе имѣетъ рѣшающее значеніе; судъ, на основаніи этого признанія, объявляетъ должника несостоятельнымъ. Такимъ образомъ, въ производствѣ по вопросу объ объявленіи несостоятельности, признаніе должника, на основаніи «временныхъ правилъ о порядкѣ производства дѣлъ о несостоятельности» неторговой, имѣетъ значеніе матеріала, подлежащаго свободному усмотрѣнію суда; но признаніе должника въ производствѣ о несостоятельности торговой, на основаніи торговаго устава, имѣетъ рѣшающее значеніе для коммерческаго суда.

6) Въ производствахъ, которыя имѣютъ мѣсто, относи-

⁶³⁾ Примѣчаніе къ 2 п. ст. 1878 торг. уст.

⁶⁴⁾ Сравни. вышеприведенный Entwurf § 97 и мотивы къ этому §, стр. 329. Въ случаѣ не признанія проектъ предписываетъ рѣшать вопросъ на основаніи доказательствъ, представленныхъ кредиторами. *Bayer, Theorie des Konkurs-Processes*, стр. 129 п. 8, стр. 132, 133.

тельно имущества должника по объявленіи несостоятельности, важно, по нашему законодательству, различать производства, имѣющія мѣсто до учрежденія конкурса, цѣль которыхъ констатированіе дѣйствительнаго состоянія имущества должника, и самое конкурсное производство. Прежде всего нужно замѣтить, что, по общему правилу, съ вступленіемъ опредѣленія суда о признаніи должника несостоятельнымъ въ законную силу, должникъ теряетъ процессуальную дѣеспособность: право его искать и отвѣчать на судѣ переходитъ къ конкурсному управленію ⁶⁵). Несмотря на такое ограниченіе процессуальной дѣеспособности, для насъ въ вопросѣ о признаніи, которое можетъ дѣлать должникъ, объявленный несостоятельнымъ, важно имѣть въ виду вышесказанное различіе производствъ до учрежденія конкурса и послѣ учрежденія. Въ первомъ случаѣ, по торговому уставу, имѣетъ мѣсто производство касательно констатированія дѣйствительнаго состоянія имущества должника. Въ этомъ производствѣ несостоятельный приводится къ присягѣ въ коммерческомъ судѣ относительно того, что онъ при описи имѣнія и счетѣ долговъ откроетъ все свое состояніе. Причемъ обнадеживается отъ суда, что если бы прежде присяги онъ и покусился бы на какое либо сокрытіе своего имущества, то настоящимъ признаніемъ изгладитъ покушеніе. Если такого признанія со стороны несостоятельнаго не будетъ, а подлогъ послѣ присяги откроется, то несостоятельный тѣмъ самымъ обличается въ злонавѣренный банкротствѣ ⁶⁶). Очевидно, здѣсь имѣется въ виду признаніе должника въ томъ, что онъ скрылъ свое имущество въ ущербъ кредиторами или не скрылъ. Признаніе — самообвиненіе, какъ мы видѣли, получаетъ вѣру, и то, что признано, вносится въ опись или смѣту. Признаніе отрицательное, отвергающее сокрытіе имущества или подлогъ также принимается за достовѣрное, пока не обнаружится подлогъ. Но задача сказаннаго

⁶⁵) Ст. 21 уст. гражд. судопр., ст. 1888 торг. устава.

⁶⁶) Ст. 1895 торг. устава.

производства не ограничивается вопросомъ, скрылъ или не скрылъ должникъ имущество свое, она требуетъ, далѣе, чтобы изъ книгъ должника и письменныхъ его документовъ *все положеніе*, какъ въ имуществѣ, такъ и въ долгахъ, было обнаружено съ возможною очевидностью. Съ этою цѣлью *распрашивается обо всемъ силѣ должника* ⁶⁷⁾. Распросы могутъ касаться, очевидно, имущественныхъ отношеній должника къ другимъ лицамъ, кому онъ долженъ и кто ему долженъ и т. д. Спрашивается, какое юридическое значеніе имѣютъ отвѣты должника, данные на этомъ вопросѣ? Эти отвѣты имѣютъ значеніе составной части матеріала, на основаніи котораго дѣлается *предварительный* валовой счетъ о состояніи актива и пассива конкурсной кассы; счетъ этотъ служить суду только для *вѣдома* ⁶⁸⁾. Слѣдовательно, отвѣты, вообще признаніе должника въ этомъ случаѣ не имѣютъ своего спеціальнаго юридическаго значенія ⁶⁹⁾; признаніе такое можетъ не получить никакого значенія при тѣхъ данныхъ, какія представляются въ дальнѣйшемъ производствѣ.

Далѣе, мы выдѣли, что, по общему правилу, по объявленіи должника несостоятельнымъ, право его вообще искать и отвѣчать на судѣ переходитъ къ конкурсному управленію. Но съ момента объявленія должника несостоятельнымъ до момента учрежденія конкурснаго управленія есть промежутокъ времени, и вотъ спрашивается, будетъ-ли процессуально дѣеспособнымъ должникъ въ этотъ промежутокъ времени, иначе говоря, какой моментъ считаютъ уничтожающимъ процессуальную дѣеспособность должника — моментъ объявленія его несостоятельнымъ, или моментъ учрежденія конкурснаго управленія? Въ

⁶⁷⁾ Ст. 1898 торг. устава.

⁶⁸⁾ Ст. 1899 торг. устава. Тоже предписываетъ Entwurf einer Konkurs-Ordnung germ. имперіи § 92, § 170.

⁶⁹⁾ Endemann, Das deutsche Civilprocessrecht, §§ 287, стр. 1116, п. 14, такое признаніе считаетъ однимъ изъ основаній для убѣжденія судьи въ принятіи предварительныхъ мѣръ констатированія имущества должника до учрежденія конкурснаго управленія.

рѣшеніи этого вопроса нужно имѣть въ виду различіе дѣлъ, неначатыхъ производствомъ до объявленія несостоятельности и уже начатыхъ. Въ первомъ случаѣ «всѣ имѣющіе на должника какіе либо иски по имуществу, какъ и тѣ, кои состоятъ ему чѣмъ либо должны..... обязаны въ томъ судѣ, гдѣ открылась несостоятельность, предъявить права свои и обязанности» ⁷⁰⁾. Во второмъ случаѣ производящееся уже дѣло остается для дальнѣйшаго производства въ томъ судѣ, гдѣ начато было ⁷¹⁾. Значить, въ нашемъ вопросѣ здѣсь рѣчь можетъ быть только о процессуальной дѣеспособности несостоятельнаго въ дѣлахъ уже производящихся. По ст. 23 уст. гражд. суд. «до учрежденія конкурса надъ несостоятельнымъ должникомъ каждому изъ его кредиторовъ предоставляется на свой счетъ *вступать въ производящееся уже дѣло объ имуществѣ несостоятельнаго*». Если законъ говоритъ, что кредиторъ можетъ *вступать* въ производящееся уже дѣло, то это можетъ дать основаніе предположенію, что, на время, съ момента объявленія должника несостоятельнымъ, до учрежденія конкурса законъ не считаетъ дѣло *пріостановленнымъ*. Всю эту рѣчь мы ведемъ къ тому, чтобы показать, что въ промежутокъ времени съ объявленія несостоятельности до учрежденія конкурса, несостоятельный по крайней мѣрѣ фактически, можетъ продолжать дѣйствовать въ качествѣ тяжущейся стороны и дѣлать признаніе ⁷²⁾. Признаніе это имѣетъ значеніе и не можетъ быть опровергаемо доказательствомъ одного того обстоятельства, что въ то время, когда должникъ дѣлалъ признаніе, онъ уже былъ объявленъ несостоятельнымъ; но нужно доказать, что признаніе не соответствуетъ действительнымъ обстоятельствамъ дѣла, а есть добровольное принятіе должникомъ на себя обязательства ⁷³⁾, тѣмъ болѣе такое признаніе можно опровергать, если оно сдѣлано *in fraude creditorum*.

⁷⁰⁾ Ст. 1888 торг. устава.

⁷¹⁾ Сравн. ст. 21 и 23 уст. гражд. судопр.

⁷²⁾ Сравн. Badisch. Processordn. §§ 757—759; 764—767; 769, 770.

⁷³⁾ Сравн. Seuffert, Archiv, B. XII, n. 222.

Только когда означенныя обстоятельства будутъ доказаны, признаніе несостоятельнаго можетъ потерять свою силу. И это потому, что объявленіе несостоятельности ограничиваетъ вообще дѣеспособность должника въ тѣхъ видахъ, чтобы охранить конкурсную массу отъ новыхъ отягченій и увеличенія пассива, но оно, само по себѣ, вовсе не даетъ основаній ослаблять выясненное уже на судѣ истинное положеніе спорныхъ правъ должника ^{73а}). При доказываніи и обсужденіи, что признаніе не соотвѣтствуетъ дѣйствительнымъ обстоятельствамъ дѣла, достовѣрность содержанія признанія можетъ умалаться въ глазахъ суда тѣмъ болѣе, чѣмъ ближе по времени къ открытію конкурса ⁷⁴) оно было сдѣлано и чѣмъ больше изъ обстоятельствъ обнаруживается, что признаніе могло имѣть для признавагося общій интересъ съ тѣмъ лицомъ, въ пользу котораго оно было сдѣлано ⁷⁵), такъ что одной простыя предположенія (*presumptio hominis*) и выводы могутъ опровергать признаніе несостоятельнаго: слѣд., въ результатѣ значеніе такого признанія является весьма ограниченнымъ ⁷⁶).

Вышеизложенныя начала опроверженія признанія несостоятельнаго должника могутъ быть прилагаемы и въ томъ случаѣ, когда, хотя признаніе было сдѣлано имъ прежде, чѣмъ онъ былъ объявленъ несостоятельнымъ, но когда въ томъ же производствѣ преемникомъ его сдѣлалось конкурсное управленіе ⁷⁷).

Что касается процессуальной дѣеспособности несостоятельнаго должника, по учрежденіи конкурса, то конкурсное

^{73а}) Слова ст. 484 уст. гражд. суд., что признаніе несостоятельнаго не имѣетъ силы, нужно понимать такъ: оно не имѣетъ силы такой, какую имѣетъ признаніе лица, необанкротившагося несостоятельнымъ.

⁷⁴) Günther, Weiske's Rechtslexikon, t. II, стр. 855.

⁷⁵) Bayer, Theorie des Konkurs-Processes. § 61, стр. 173, п. 5.

⁷⁶) Bayer, Theorie des Konk. Processes стр. 172 ниже п. 3.

⁷⁷) См. сказанное (стр. 44, 45 п. 6—11) о значеніи признанія кредитора вообще для преемника въ процессѣ. Сравни. еще Rühl, Über den rechtlichen Werth der Zugeständnisse des Gemeinschuldners hinsichtlich der an die Konkursmasse erhobenen Ansprüche. Zeitschrift für Civilrecht und Process. B. V, стр. 222, 223 Contra. Langenbeck, l. c. стр. 139.

управленіе можетъ выдать несостоятельному свидѣтельство въ томъ, что оно отказывается отъ веденія въ судѣ тѣхъ или другихъ дѣлъ его ⁷⁸⁾. Слѣд. въ веденіи этихъ дѣлъ за несостоятельнымъ остается полная процессуальная дѣеспособность. Такая же дѣеспособность остается при немъ въ искахъ и отвѣтахъ по дѣламъ, не входящимъ въ разрядъ имущественныхъ правъ. О признаніи, какое можетъ сдѣлать несостоятельный въ томъ или другомъ случаѣ, мы будемъ говорить нѣсколько ниже (в). Теперь же рассмотримъ, въ какомъ отношеніи можетъ находиться несостоятельный къ производствамъ, какія, въ качествѣ его преемника, ведетъ конкурсное управленіе, и затѣмъ къ самому конкурсному производству.

Относительно производствъ перваго рода возникаетъ вопросъ, можетъ-ли несостоятельный вступать въ эти производства въ качествѣ третьяго лица? Хотя прямого отвѣта въ нашемъ законодательствѣ мы не находимъ ⁷⁹⁾, но несмотря на ст. 21 уст. гр. суд., мы, въ виду ст. 663, въ пользу утвердительнаго отвѣта, такъ какъ въ производящемся дѣлѣ, ближайшимъ образомъ, могутъ быть затронуты интересы ⁸⁰⁾ несостоятельнаго какъ имущественные, такъ и тотъ интересъ, что данное производство можетъ имѣть вліяніе впоследствии на опредѣленіе свойства несостоятельности. Признаніе какое можетъ сдѣлать несостоятельный, дѣйствуя въ качествѣ третьяго вступившаго въ дѣло, подлежитъ опроверженію по тѣмъ же основаніямъ, какія имѣютъ мѣсто при опроверженіи признанія, сдѣланнаго несостоятельнымъ въ качествѣ стороны въ процессѣ ⁸¹⁾.

⁷⁸⁾ Ст. 21 уст. гр. судопр.

⁷⁹⁾ Code de commerce прямо постановляетъ: le Tribunal lorsqu'il le jugera convenable, pourra recevoir le failli partie intervenante, art. 443. Но Entwurf einer Konkurs-Ordnung герм. имперіи, хотя признаетъ, что въ производящемся дѣлѣ могутъ быть затронуты интересы несостоятельнаго, das wäre aber nur ein faktischer, kein rechtlicher Grund zu seiner Zulassung». Въмѣсто того, въ случаѣ ненадежнаго веденія дѣла конкурснымъ управленіемъ, предоставляетъ несостоятельному жаловаться въ подлежащій судъ на конкурсное управленіе. Стр. 45, мотивы къ §§ 8 и 9.

⁸⁰⁾ Renouard, Traité des faillites et banqueroutes t. I, стр. 327.

⁸¹⁾ См. выше п. 72—77.

Участіе несостоятельнаго должника въ качествѣ стороны въ самомъ конкурсномъ производствѣ, по существующему общему правилу, не допускается ⁸²⁾. Потому заявленія несостоятельнаго въ конкурсномъ производствѣ, если и могутъ имѣть мѣсто, то должны разсматриваться не какъ признаніе, но скорѣе какъ свидѣтельское показаніе; съ этой точки зрѣнія оно подлежитъ оцѣнкѣ по свободному усмотрѣнію суда ⁸³⁾.

в) О признаніи, которое можетъ быть сдѣлано несостоятельнымъ въ производствахъ по дѣламъ внѣ конкурса, намъ не многое приходится сказать, такъ какъ въ дѣлахъ, отъ веденія которыхъ конкурсное управленіе отказалось, несостоятельный сохраняетъ полную процессуальную дѣеспособность, и слѣд., признаніе сдѣланное имъ нисколько не можетъ быть ограничиваемо несостоятельностью должника. Тѣмъ болѣе это нужно сказать относительно тѣхъ дѣлъ, которыя по природѣ своей ⁸⁴⁾, или по закону не подлежатъ конкурсному управленію.

Теперь мы переходимъ къ вопросу о признаніи *представителей* тяжущихся сторонъ на судѣ.

Ульпіанъ, говоря о признаніи въ процессѣ, въ которомъ дѣйствуютъ представители сторонъ, выражается ⁸⁵⁾ въ такомъ

⁸²⁾ Bayer, *Theorie des Konkurs-Processes*, стр. 173, п. 6. Langenbeck, l. c. стр. 138.

⁸³⁾ Ruhl, l. c. *Zeitschrift für Civilrecht und Process*. B. V стр. 228, 229, 230. Endemann, *Das deutsche Civilprocessrecht*, § 289 п. 10. Нѣмецкая практика вообще не допускаетъ признанія въ этомъ случаѣ, хотя бы вмѣстѣ съ должникомъ и конкурсные кредиторы сдѣлали тѣже признанія (напр. въ пользу приоритета одного изъ нихъ). «Судъ долженъ ex officio разсмотрѣть, соответствуетъ ли признаніе дѣйствительнымъ обстоятельствамъ дѣла, такъ какъ приоритетъ долженъ быть устанавливаемъ не по согласному заявленію заинтересованныхъ, но по закону». Seuffert, *Archiv*. B. XIV, п. 86.

⁸⁴⁾ Renouard, l. c. стр. 318 п. 30.

⁸⁵⁾ Si quis absente adversario confessus sit, videndum numquid non debeat pro judicato haberi: quia nec qui jurat de operis, obligatur; nec soleat quis absenti condemnari? Certe procuratorem, tutorem curatoremve praesentem esse sufficit. Sed an et ipsos procuratores, vel tutores, vel curatores fateri sufficiat, videamus? et non puto sufficere, L. 6, §§ 3, 4, (42, 2) D. Ulpianus.

смыслъ: если самого тяжущагося въ судѣ нѣтъ на лицо, но есть представители его, признаніе, которое сдѣлаетъ противникъ, имѣетъ силу — *certe procuratorem, tutorem, curatoremve praesentem esse sufficit*; но если самого тяжущагося нѣтъ на лицо, а есть только его представители, и они не только выслушиваютъ признаніе противника, но сами дѣлаютъ признаніе, можетъ-ли ихъ признаніе имѣть юридическую силу, равную съ признаніемъ, какое дѣлаетъ правомочный субъектъ въ качествѣ тяжущейся стороны? Ульпіанъ отвѣчаетъ; *et non puto sufficere*, такое признаніе недостаточно для полной юридической силы судебного признанія. Таково мнѣніе Ульпіана относительно признанія, сдѣланнаго вообще представителями сторонъ на судѣ, безъ различія представителей по природѣ, содержанію и свойствамъ представительства. Это послѣднее обстоятельство указываетъ на то, что юристъ исходитъ изъ одного общаго начала, съ точки зрѣнія котораго и обсуждаетъ признаніе вообще представителей сторонъ на судѣ. Въ чемъ же состоитъ сущность этого общаго основнаго начала. Мнѣ кажется, сущность этого начала состоитъ въ томъ, что одна личность никогда не можетъ представлять собою всецѣло другую личность. Едва-ли кто захочетъ оспаривать въ принципѣ эту мысль. Но, далѣе, возникаетъ вопросъ, является-ли судебное признаніе такимъ дѣйствіемъ личности, совершая которое одна личность не можетъ представлять собою всецѣло другую личность? Изъ понятія о судебномъ признаніи мы знаемъ, что въ этомъ дѣйствіи проявляются тѣ разнообразныя элементы, которыми, между прочимъ, опредѣляется понятіе о данной конкретной личности, которые могутъ проявляться такъ въ одной личности, и иначе въ другой, — говоря другими словами, признаніе есть дѣйствіе чисто индивидуальное, есть такое проявленіе личности, въ которомъ одна личность не можетъ представлять собою всецѣло другую личность ⁸⁶⁾. Въ виду этихъ то индивидуальныхъ элементовъ при-

⁸⁶⁾ «Нѣкоторые утверждаютъ, говорятъ *Durantis*, что признаніе представителя все равно, что признаніе представляемаго, *quia ...ac si ego*

знанія, Ульпіанъ и могъ высказать вышеприведенное мнѣніе, о признаніи представителей сторонъ на судѣ. Принципъ, высказанный Ульпіаномъ, нисколько не подрывается въ своей истинности тѣмъ обстоятельствомъ, что вообще гражданскій процессъ является совокупностью дѣйствій, которыя могутъ быть совершаемы представителями въ такой же степени, какъ и самими представляемыми. Такимъ образомъ при конкретной комбинаціи данныхъ, представляющихся въ производствѣ, вообще умъ можетъ получать извѣстное убѣжденіе относительно дѣйствительности этихъ обстоятельствъ. Такого рода убѣжденіе можетъ быть одинаково у всякаго здравомыслящаго человѣка, если онъ будетъ обсуждать тѣ же данныя, и слѣдовательно оно можетъ быть у представителя такое же, какъ и у представляемаго ⁸⁷⁾. Потому, признаніе, которое будетъ заявленіемъ убѣжденія о дѣйствительныхъ обстоятельствахъ дѣла, можетъ и должно быть выражаемо представителемъ ⁸⁸⁾ и имѣть такую же силу все равно какъ бы оно было сдѣлано самой тяжущейся стороною. Право дѣлать такого рода признаніе необходимо предоставить представителю, иначе онъ не могъ бы защищать своего представляемаго, иначе ему, изъ опасенія сдѣлать признаніе, не пришлось бы вести состязаній, и тогда его можно было бы обвинять, что недостаточно защищаетъ ⁸⁹⁾. Это необходимо допустить и потому, что основной процессуальный принципъ требуетъ, чтобы на судѣ защищались только тѣ права, относительно которыхъ представитель убѣжденъ, что они принадлежатъ представляемому. Слѣд., въ силу принципа

ipse (тяжущійся) fuisset confessus. Ego puto contra. De confessionibus § 3 n 4. Такому толкованію мысли Ульпіана не противорѣчатъ L. 1 (2, 10). Cod. De errare advocatorum, seu preces concipientium: Ea, quae advocati, praesentibus his, quorum causae agantur allegant, perinde habenda sunt, ac si ab ipsis dominis litium proferantur, такъ какъ здѣсь имѣется въ виду случай, когда представляемый присутствуетъ (praesentibus his) при состязаніяхъ своего представителя Bethmann-Hollweg, Versuche, стр. 275, n. 35, стр. 276.

⁸⁷⁾ L. 5, § 3 (3, 3) D.

⁸⁸⁾ L. 39 (3, 3) D. princ.

⁸⁹⁾ L. 9, § 4, (XI, 1) D.

нельзя допускать, чтобы на судѣ представитель не признавалъ то, въ существованіи чего онъ убѣжденъ, или утверждалъ какъ истинное то, въ истинности чего не убѣжденъ ⁹⁰⁾. Противъ убѣжденія представитель не долженъ дѣйствовать ⁹¹⁾, и долгъ совѣсти требуетъ, чтобы онъ лучше отказался отъ представительства, чѣмъ шелъ бы противъ совѣсти ⁹²⁾. Такимъ образомъ, существуетъ принципъ относительно признанія процессуальнаго представителя, существуетъ и ограниченіе этого принципа. Спрашивается, сдѣланное представителемъ признаніе, трактуется-ли въ каждомъ данномъ случаѣ прямо съ точки зрѣнія принципа, т. е. считается ли неимѣющимъ юридическаго значенія, или-же съ точки зрѣнія ограниченія принципа, т. е. считается признаніемъ дѣйствительныхъ обстоятельствъ дѣла, и соотвѣтственно тому ему дается юридическое значеніе? Признаніе представителя трактуется съ послѣдней точки зрѣнія, такъ какъ, по общему процессуальному правилу, каждый въ процессѣ, и представитель и тяжущійся, долженъ давать истинныя объясненія и заявленія, слѣд., если представитель дѣлаетъ заявленіе, которое будетъ признаніемъ, это признаніе его, по общему правилу, предполагается какъ соотвѣтствующее дѣйствительнымъ обстоятельствамъ дѣла. Такимъ образомъ, если Ульпіанъ говоритъ, что признаніе представителя не имѣетъ полного юридическаго значенія, такого, какъ признаніе самого тяжущагося, это значить, что признаніе представителя не устраняетъ спора относительно признаннаго обстоятельства въ такой мѣрѣ, въ какой споръ устраняется признаніемъ стороны, т. е. признанный представителемъ предметъ не считается *pro judicato*. Главное значеніе *res judicata*, какъ извѣстно, состоитъ въ томъ, что *res judicata*, не можетъ уже быть оспариваема болѣе тѣми же лицами.

⁹⁰⁾ I. 77, (3, 3) D.

⁹¹⁾ I. 25, (3, 3) D.

⁹²⁾ Carré-Chauveau, *Lois de la procédure civile*, T. III. Question 1298 3°. Pigeau, *Traité de la procédure civile*. T. I, стр. 439; также мотивы къ § 75 проекта устава гражд. суд. герм. имперіи.

Итакъ, признаніе представителя не имѣетъ этого свойства, значить оно можетъ быть опровергаемо. А такъ какъ оно, мы видѣли, трактуется какъ заявленіе убѣжденія объ истинности данныхъ обстоятельствъ дѣла, то, слѣд., можетъ быть оспариваемо съ той точки зрѣнія, что оно не есть продуктъ и проявленіе истиннаго убѣжденія представителя о дѣйствительныхъ обстоятельствахъ дѣла, иначе говоря, можетъ быть опровергаемо ⁹³⁾ не только путемъ доказыванія его невѣрности съ дѣйствительными обстоятельствами дѣла ⁹⁴⁾, но и путемъ доказыванія того, что представитель въ данномъ случаѣ въ выработкѣ своего убѣжденія не дѣйствовалъ вообще добросовѣстно ⁹⁵⁾, напр. не воспользовался такъ, какъ слѣдовало бы, всѣми данными, какими онъ могъ располагать. Изъ вышеизложеннаго общаго обзорѣнія вытекаетъ 1), что признаніе представителей сторонъ на судѣ не имѣетъ того значенія, какое имѣетъ признаніе самой стороны, т. е. предметъ признанный представителемъ не считается *res judicata*, слѣд. признаніе это не имѣетъ свойства неопровержимости; но съ другой стороны 2), признаніе представителей имѣетъ за собою ту презумцію что

⁹³⁾ Glossa ad L. 6. § 3. (42. 2) D. Мнѣнія глосаторовъ, въ общемъ, сводятся къ тому, что признаніе представителей не можетъ вредить представляемымъ только тогда, когда оно будетъ опровергнуто. Глосаторы разсматриваютъ массу случаевъ, въ которыхъ признаніе представителей можетъ быть опровергаемо. Случаи эти, собранные Азономъ, приведены въ вышеуказанной Glossa. Кромя того въ *Additiones Ioanni. Andreae къ Durantis'y* (*De confessionibus* § 4, п. 2 подѣ буквою d.) приводится рядъ случаевъ опроверженія признанія представителя, заимствованныя у Сунуса^а. Многие изъ этихъ случаевъ касаются вообще основаній опроверженія признанія; тѣ же случаи опроверженія, которые относятся собственно къ опроверженію признанія представителей, будутъ приведены нами ниже.

⁹⁴⁾ *Sed quid est quod dicit domino non praejudicare? Ad hoc dicunt quidam hoc verum si contra probetur; et sic videtur generalis consuetudo.* Glossa ad L. 6, § 3 (42. 2) D. *Confessio procuratoris et curatoris absenti domino non obest. quod intellige verum, si dominus veniens paratus est probare contrarium, alias non, bene obest domino eorum confessio. si vero sit.* Durantis, *De confessionibus* § 2. n. 9, также § 4, n. 2, n. 5.

⁹⁵⁾ Glossa ad. L. 6, § 3 (42, 2) D... Tercii: *Si ipse tutor vel curator interrogatur, praesent minore. non respondeat calumniose quae minori non nocet.*

оно есть заявленіе о дѣйствительныхъ обстоятельствахъ дѣла; въ этомъ качествѣ оно имѣетъ силу и соотвѣтственно этому своему качеству можетъ быть опровергаемо съ точки зрѣнія неистинности, т. е. можетъ быть доказываема вообще неистинность убѣжденія или неистинность признанныхъ обстоятельствъ.

Мы видѣли, что Ульпіанъ, говоря о признаніи представителей, не дѣлаетъ различія между представителями: онъ одинаково говоритъ о признаніи *procuratores vel tutores vel cuitores*, безъ различія представителей физическихъ лицъ и представителей юридическихъ лицъ, безъ различія, является-ли процессуальный представитель въ силу того, что онъ служитъ представителемъ того же лица въ сферѣ гражданскихъ правоотношеній, или въ силу того, что ему дано полномочіе съ спеціальнымъ назначеніемъ искать и отвѣчать на судѣ. Мы видѣли, какимъ основнымъ началомъ можно объяснить это воззрѣніе Ульпіана и какимъ принципомъ опредѣляется значеніе признанія процессуальныхъ представителей. Этотъ послѣдній принципъ, въ свою очередь, вытекаетъ изъ другого болѣе общаго принципа, по которому, какъ скоро данное лицо является на судѣ представителемъ другого лица, оно должно дѣйствовать, т. е. искать или отвѣчать такъ, какъ того требуетъ задача процессуальныхъ дѣйствій, и слѣдовательно въ этомъ отношеніи, въ силу какого бы представительства данное лицо ни дѣйствовало, дѣйствія всѣхъ представителей должны одинаково обуславливаться задачей процессуальныхъ дѣйствій ⁹⁶). Потому различіе представительства, важное въ сферѣ матеріальныхъ правоотношеній, не существенно для опредѣленія значенія признанія представителей ⁹⁷). Въ современныхъ законодательствахъ и теоріи о каждомъ изъ вышеозначенныхъ родовъ процессуальнаго представительства трактуется отдѣльно; но если все ученіе законодательствъ и теоріи свести въ

⁹⁶) L. 35 § 3; L. 46 § 4; L. 60 (3. 3) D.

⁹⁷) Вышеприведенныя мѣста изъ источниковъ и глоссаторовъ достаточно указываютъ, что въ сущности здѣсь не различались основы представительства.

одно цѣлое, то въ результатѣ оказывается, что и къ современнымъ законодательствамъ римскій принципъ примѣнимъ ⁹⁸⁾, и существующее различіе въ процессуальныхъ представителяхъ имѣетъ значеніе только въ частностихъ и деталяхъ при опроверженіи признанія представителей того или другаго рода. На этихъ то особенностяхъ, обнаруживающихся при опроверженіи признанія того или другаго рода представителей, мы теперь и остановимся.

Процессуальные представители, какъ извѣстно, различаются на такихъ представителей, которые защищаютъ лицъ 1) не вполне дѣеспособныхъ (опекуны); 2) юридическихъ лицъ; 3) лицъ, кои ввѣрили представителямъ общее управленіе своимъ имуществомъ; 4) четвертый родъ представителей составляютъ адвокаты.

Прежде всего замѣтимъ, что признаніе представителей, не имѣя того юридическаго значенія, какое имѣетъ признаніе самого тяжущагося, можетъ получить такое же значеніе, если будетъ устранена та причина, по которой признаніе представителя не отождествляется по своему значенію съ признаніемъ самого тяжущагося, а эта причина устраняется двоякимъ способомъ, или тѣмъ, что самъ тяжущійся будетъ принимать участіе въ производствѣ, будетъ на лицо въ судѣ, когда представитель сдѣлалъ признаніе ⁹⁹⁾; если онъ не дѣлалъ возраженій ^{99a)} противъ признанія представителя, значить его воля совпадаетъ съ волею

⁹⁸⁾ См. напр. Laurent, *Principes de droit civil français*. T. XX, n. 171 — 174. Demolombe, *Cours de Code Napoléon* T. VII, n. 690 — 633. Boncenne, *Théorie de la procédure civile*. T. IV, стр. 523. Эти указанія мы дѣлаемъ въ видѣ примѣровъ, изъ коихъ явствуетъ, что римскій принципъ, хотя и не высказанъ прямо во французскомъ правѣ, но, по вопросамъ о значеніи признанія того или другаго рода представителей, обнаруживается съ достаточною ясностью. Подробности ниже.

⁹⁹⁾ L. 1 (2, 11) cod.

^{99a)} Замѣтимъ, что одного голословнаго заявленія стороны, что представитель не долженъ былъ дѣлать признанія, недостаточно. Сравни мнѣнія авторовъ ниже приведенныхъ (п. 100). Weber (стр. 52 ed. 3) считаетъ достаточнымъ голословное заявленіе стороны, но не приводитъ доказательствъ L. 1 (2, 11) cod.

представителя, значить признаніе представителя есть вмѣстѣ и признаніе тяжущагося ¹⁰⁰⁾, — или тѣмъ, что тяжущійся заранее заявить, что представитель его можетъ дѣлать признаніе ¹⁰¹⁾; такого рода заявленіе указываетъ на то, что воля тяжущагося въ этомъ отношеніи, отождествляется имъ самимъ съ волею представителя и слѣд., если послѣдній сдѣлаетъ признаніе, оно

¹⁰⁰⁾ Weber. Über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprocess. § 13, n. 24. Brackenhof, Archiv für die Civ.-Praxis. B. XX, стр. 367. Langenbeck, l. c. стр. 136, 137. Французская теорія обращаетъ вниманіе судей на то, что при обсужденіи, насколько фактъ присутствія стороны въ засѣданіи суда можетъ считаться согласіемъ ея на признаніе повѣреннаго, нужно основываться на томъ, знала ли сторона о признаніи, нужно различать предметы признанные, качества стороны тяжущейся и т. под. Carré-Chauveau, l. c. T. VII, стр. 356, 364, Question 1319 quater.

¹⁰¹⁾ Donnelus ad. tit. De confessis n. 4. Французское законодательство прямо устанавливаетъ, что судебное признаніе можетъ быть сдѣлано стороной ou son fondé de pouvoir spécial (art. 1356 cod. civ.); no art. 352 du cod. de procéd. civ. вносятъ нѣкоторое измѣненіе, онъ говоритъ: *Aucun aveu ne pourra être fait sans un pouvoir spécial, à peine de désaveu.* Такимъ образомъ, если признаніе сдѣлано безъ pouvoir spécial, его можно опровергать, значить, пока не опровергнуто, считается дѣйствительнымъ; и наоборотъ, если дано съ pouvoir spécial, его нельзя уже опровергать. Новые проекты нѣмецкаго гражданскаго процесса представляютъ въ этомъ случаѣ ту особенность, что различаютъ (прусскій и сѣверогерманскій) признаніе представителемъ фактическихъ обстоятельствъ дѣла и признаніе притязаній противника; признаніе въ послѣднемъ случаѣ тогда только дѣйствительно, когда представителю дано специальное полномочіе. Entwurf... für das deutsch. Reich считаетъ представителя имѣющимъ право дѣлать вообще признаніе; въ обезпеченіе же довѣрителя проектъ даетъ ему право въ довѣренности указать ограниченія полномочія, и между прочимъ, точно означить, что онъ не даетъ представителю право дѣлать признаніе притязаній противника (§ 77), иначе, значить, сторона, не сдѣлавъ этого ограниченія, не можетъ послѣ опровергать признанія своего представителя. Въ мотивахъ § 75 (Entwurf 1875 ed. 3 стр. 432), это постановленіе выводится изъ широкаго понятія о полномочіи на веденіе дѣла, и оправдывается практическими выводами; но эти выводы едва ли можно предпочитать интересамъ довѣрителя. Наше законодательство не упоминаетъ о специальномъ полномочіи для признанія, не требуетъ также, чтобы въ довѣренности было сказано, что дѣлать признаніе представитель не можетъ, и затѣмъ, считаетъ обязательными для вѣрителя всѣ дѣйствія повѣреннаго, совершенныя въ предѣлахъ данной ему довѣренности. Какія пачала по этому вопросу можно извлечь изъ нашего законодательства, мы увидимъ ниже въ п. 117.

есть вмѣстѣ и признаніе самаго тяжущагося. Но, очевидно, что такое отождествленіе воли можетъ имѣть мѣсто только тогда, когда самъ субъектъ представляемый *можетъ*, имѣетъ право проявлять свою волю. Вопросъ о такомъ правомочіи субъекта возникаетъ относительно признанія представителей лицъ состоящихъ подъ опекою, и признанія представителей государственныхъ и общественныхъ учреждений, являющихся юридическими лицами ¹⁰²). Далѣе, въ нашемъ вопросѣ важно различать, является-ли данное лицо процессуальнымъ представителемъ въ силу права представлять данный субъектъ въ сферѣ матеріальныхъ гражданскихъ правоотношеній, или же данное представительство установлено съ спеціальною цѣлю искать и отвѣчать на судѣ за данный субъектъ. Въ первомъ случаѣ, въ силу правъ и обязанностей опеки, или въ силу основныхъ законовъ или статутовъ юридического лица, или же наконецъ въ силу договора объ управленіи имуществомъ, означенные представители могутъ, въ сферѣ матеріальныхъ гражданскихъ правоотношеній, поступать по своему усмотрѣнію, могутъ такъ или иначе устанавливать извѣстныя правоотношенія. Являясь въ процессѣ, они, въ кругу предоставленныхъ имъ правъ, имѣютъ всѣ условія, чтобы дѣлать признаніе. Отсюда, если и можно опровергать ¹⁰³) ихъ признаніе, то спеціально нужно доказать, что означенные представители, дѣлая признаніе, нарушили обязанности или добросовѣстнаго опекуна ¹⁰⁴) или администратора — представителя

¹⁰²) Вопросъ долженъ рѣшаться соответственно тому, какъ въ гражданскихъ законахъ опредѣляются права опеки или права органовъ управленія того или другаго государственнаго или общественнаго учрежденія. Но и то и другое уже выходитъ за предѣлы процессуальной стороны вопроса.

¹⁰³) Laurent, l. c. T. XX, стр. 203, п. 173; стр. 204, п. 174 отвергаетъ въ принципѣ признаніе означенныхъ представителей, приводя то основаніе, что представители эти не имѣютъ права распоряженія спорнымъ предметомъ.

¹⁰⁴) При опроверженіи признанія опекуна обсуждается, не выходитъ ли признаніе его по предмету своему за предѣлы правъ, предоставленныхъ ему по опека; затѣмъ, въ этихъ предѣлахъ опекунъ можетъ дѣлать признаніе; но оно берется во вниманіе *par le tribunal tel égard que de raison*.

государственного или общественного учреждения ¹⁰⁵). Въ частности, признаніе опекуна можетъ быть опровергаемо, пока рѣшеніе не вошло въ законную силу, самимъ несовершеннолѣтнимъ ¹⁰⁶), и судъ долженъ принять во вниманіе основанія опроверженія. Далѣе, по нашему законодательству ¹⁰⁷), прокуроръ долженъ давать свое заключеніе по дѣламъ лицъ, перечисленныхъ въ законѣ. И вотъ, имѣя въ данномъ случаѣ своей задачей охранять интересы подопечныхъ, прокуроръ, оставаясь въ предѣлахъ своей обязанности, можетъ въ своемъ заключеніи опровергать признаніе опекуна, приводя основанія, по коимъ оно можетъ быть опровергаемо. Тоже право принадлежитъ прокурору и относительно признанія представителей тѣхъ юридическихъ лицъ, по дѣламъ которыхъ прокуроръ долженъ давать свое заключеніе ¹⁰⁸). Относительно признанія послѣдняго рода представителей нужно имѣть въ виду, что повѣренные казенныхъ управленій, по закону, (ст. 1285 и 1289) не могутъ кончать порученныхъ имъ судебныхъ дѣлъ примиреніемъ: очевидно, законъ хочетъ ограничить повѣреннаго, хочеть, чтобы всѣ процессуальныя дѣй-

Demolombe, T. VII, стр. 461. Въ частности указывается на признаніе опекуномъ личныхъ его дѣйствій, входящихъ въ спорное правоотношеніе; такое признаніе получаетъ значеніе, насколько оно соотвѣтствуетъ дѣйствительнымъ обстоятельствамъ дѣла. Demolombe: T. VII, стр. 467. Aubry et Rau, T. VI, § 751, n. 15. 16. T. I. § 115, n. 19. Dalloz. I. c. Obligations n. 5086 1°.

¹⁰⁵) Французская практика совершенно отвергаетъ за представителемъ государственныхъ и общественныхъ учреждений право дѣлать признаніе, такъ что можно думать, что такое признаніе не можетъ имѣть значенія въ глазахъ суда даже какъ одно изъ средствъ разъясненія фактическихъ обстоятельствъ. Община отыскивала право проѣзда; въ состязаніяхъ представитель общины сдѣлалъ признаніе, на которое постѣ ссылался противникъ. Судья рѣшилъ, что претензіи исковыя не могутъ быть combattus par des aveux qui auraient été passés à l'audience par le maire, aveux qui, dans aucun cas, ne pourraient préjudicier à la commune. Dalloz, I. c. Obligations, n. 5086 (1).

¹⁰⁶) Если припомнить сказанное (стр. 55—60) нами о процессуальной дѣеспособности несовершеннолѣтняго.

¹⁰⁷) Ст. 343 уст. гр. судопр.

¹⁰⁸) Ст. 343 п. 1 и 2 уст. гражд. судопр.

ствія повѣреннаго направлялись бы къ тому, чтобы дѣло рѣшалось на основаніи тѣхъ данныхъ, которыя имѣются для защиты спорнаго права. Отсюда понятно, что признаніе можетъ имѣть цѣну настолько, насколько оно соотвѣтствуетъ дѣйствительнымъ обстоятельствамъ дѣла. Это воззрѣніе по аналогіи можетъ быть отнесено къ случаямъ признанія представителей всѣхъ вообще общественныхъ учрежденій ¹⁰⁹⁾.

Чтобы покончить съ вопросомъ о признаніи процессуальныхъ представителей, дѣйствующихъ на основаніи представительства по матеріальнымъ гражданскимъ правоотношеніямъ, намъ нужно сказать нѣсколько словъ о признаніи представителей торговаго дома и товарищества полного. Представители эти являются на судъ въ качествѣ уполномоченныхъ непосредственно управлять и *распоряжаться* дѣлами товарищества, и отъ нихъ не требуется особаго полномочія на веденіе дѣла (ст. 26 уст. гр. суд.), такъ что въ силу своего положенія въ данномъ учрежденіи (товариществѣ, торговомъ домѣ и т. д.) они на судѣ по дѣламъ этого учрежденія являются полномочными представителями, какими они есть въ матеріальной сферѣ даннаго учрежденія. Отсюда, понятно, что они могутъ дѣлать признаніе въ процессѣ, и оно имѣетъ значеніе неопровержимаго, исключая случая *dolus* со стороны представителя ¹¹⁰⁾.

Особаго рода представителями являются присяжные попечители и кураторы надъ несостоятельнымъ. Признаніе, какое мо-

¹⁰⁹⁾ Рѣш. гражд. касс. деп. 1869 г. № 1081 указываетъ на то, что признаніе повѣреннаго городской думы можетъ имѣть значеніе, на сколько оно подтверждается другими доказательствами (въ данномъ случаѣ купчей). Но только редакція рѣшенія не вполне выдерживаетъ эту мысль; прибавка, что признаніе считается не требующимъ дальнѣйшихъ доказательствъ, совершенно излишня и только затемняетъ вѣрную мысль рѣшенія.

¹¹⁰⁾ Съ такимъ же характеромъ являются представители вообще торговыхъ товариществъ. Hahn, l. c. T. I, zu art. 111, 112, 164, 227, 234, 235, des Handelsgesetzbuchs. Представительство ихъ обнимаетъ всѣ предметы, по которымъ оно возможно по общему и спеціальному полномочію и sie kann nicht beschränkt, noch so lange dem Gesellschafter die Befugniß die Gesellschaft zu vertreten nicht überhaupt entzogen ist, zurückgezogen werden. Hahn, l. c. art. 117, § 2.

жетъ быть сдѣлано ими въ конкурсномъ производствѣ, подлежащее опроверженію не только со стороны несостоятельнаго, но и конкурсныхъ кредиторовъ ¹¹¹⁾.

Наконецъ, что касается процессуальныхъ представителей, которые вмѣстѣ съ тѣмъ имѣютъ полномочіе на общее управленіе имуществомъ, то нашъ законъ ¹¹²⁾ требуетъ отъ нихъ довѣренности на веденіе въ судѣ дѣлъ тѣхъ лицъ, у кого они состоятъ управителями и слѣд., эта категорія, по нашему вопросу относится въ категоріи адвокатовъ.

Мы рассмотрѣли основанія опроверженія признанія возможныхъ въ гражданскомъ процессѣ представителей тяжущихся сторонъ; намъ остается рассмотреть опроверженіе признанія *повѣренныхъ на судъ*. Мнѣнія писателей по этому вопросу несогласны. Одни ¹¹³⁾ утверждаютъ, что повѣренный не иначе можетъ дѣлать признаніе, какъ только имѣя специальное на то полномочіе отъ довѣрителя; въ противномъ случаѣ признаніе его не дѣйствительно ¹¹⁴⁾. Другіе ¹¹⁵⁾, напротивъ, для признанія повѣреннаго не считаютъ необходимымъ такое специальное полномочіе. Мы должны прежде всего обратить вниманіе на то, есть-ли какія нибудь особенныя основанія, по которымъ бы вышеизложенные (ст. 72 — 79) общіе принципы оказывались несостоятельными въ примѣненіи къ признанію повѣренныхъ на судъ? Такихъ основаній нѣтъ. Общеизвѣстныя соображе-

¹¹¹⁾ Сравн. Code de commerce art. 487: «Les syndics pourront avec l'autorisation de juge commissaire et le failli dument appelé transiger sur toutes contestation qui intéressent la masse». Renouard, Traité des faillites et banqueroutes. t. I, стр. 515. Entwurf einer Konkurs-Ordnung репр. чиперія § 176, 179, 121.

¹¹²⁾ Ст. 389 учрежд. суд. установленій.

¹¹³⁾ Bayer, Vorträge über den deutschen gemeinen Ordentl. Civilprocess. стр. 349. Renaud, Lehrbuch des gem. deutsch. Civilprocessrechts. § 69 n. 9.

¹¹⁴⁾ Сравн. Laurent, Principes de droit civil français t. XX, стр. 202 n. 172.

¹¹⁵⁾ Wetzell, System des ordentl. Civilprocesses, § 10 стр. 69. Stellter, Der Preuss. Civilprocess. стр. 79. Koch, Der preuss. Civilprocess, стр. 420.

нія ¹¹⁶⁾, что полномочіе повѣреннаго дѣлать признаніе вытекаетъ изъ понятія о довѣренности на веденіе дѣла, также изъ обязанности повѣреннаго не отрицать въ производствѣ то, что дѣйствительно вѣрно и т. д. Всѣ эти соображенія блистательнымъ образомъ подтверждаютъ ту мысль, что повѣренный можетъ дѣлать признаніе; но изъ этихъ соображеній никоимъ образомъ нельзя вывести заключенія о неопровержимости этого признанія въ смыслѣ неопровержимости признанія самой стороны. И съ процессуальной точки зрѣнія не будетъ нецѣлесообразнымъ допускать опроверженіе признанія повѣреннаго; особеннаго замедленія въ производствѣ опроверженіе не можетъ причинять. Если однимъ, подлежащимъ разсмотрѣнію суда вопросомъ въ производствѣ и больше будетъ, за то интересъ довѣрителя будетъ гарантированъ отъ произвола повѣреннаго; законъ вовсе не ставитъ быстроты производства выше интересовъ тяжущихся сторонъ, въ ущербъ имъ; извѣстно, что законъ позволяетъ въ одномъ и томъ же производствѣ соединять нѣсколько производствъ, если того требуетъ интересъ тяжущагося; тѣмъ болѣе въ нашемъ случаѣ производство опроверженія должно быть допущено, такъ какъ, въ самомъ дѣлѣ, произвольнымъ, недобросовѣстнымъ признаніемъ можетъ быть существеннымъ образомъ нарушенъ интересъ довѣрителя, и искъ его къ повѣренному, который онъ можетъ предъявить послѣ, вовсе не представляетъ для него достаточнаго обезпеченія за нарушенное признаніемъ право. Другое дѣло, когда признаніе повѣреннаго въ принципѣ уравнено съ признаніемъ самаго тяжущагося, именно когда въ процессѣ воля его будетъ тождественна съ волею довѣрителя. Болѣе частнымъ и обыкновеннымъ внѣшнимъ признакомъ такого тождества, служить, какъ мы видѣли, специальное полномочіе, данное довѣрителемъ повѣренному, дѣлать признаніе ¹¹⁷⁾;

¹¹⁶⁾ Они съ достаточной подробностью изложены въ мотивахъ къ § 75 проекта устава гр. суд. герм. имперіи.

¹¹⁷⁾ Наше законодательство, перечисляя случаи, когда повѣренный необходимо долженъ имѣть специальное полномочіе, не упоминаетъ, что и для признанія повѣренному необходимо имѣть специальное полномочіе.

въ такомъ случаѣ признаніе повѣреннаго можетъ быть опровергаемо только въ томъ смыслѣ, въ какомъ можетъ быть опровергаемо признаніе самаго тяжущагося. Такимъ образомъ, постановка вопроса по отношенію къ ученію о судебномъ признаніи повѣреннаго такова: повѣренный являясь въ процессѣ представителемъ тяжущагося, можетъ дѣлать признаніе; но это признаніе его довѣритель можетъ опровергать въ томъ же производствѣ; признаніе повѣреннаго тогда только можетъ быть неопровергаемо въ смыслѣ неопровергаемости признанія самой стороны, когда повѣренный имѣетъ спеціальное полномочіе дѣлать признаніе. Спрашивается, по какимъ основаніямъ и какъ можетъ быть опровергаемо довѣрителемъ признаніе повѣрен-

Потому, говорятъ, повѣренный можетъ дѣлать признаніе. Конечно можетъ. Но наше законодательство нигдѣ не говоритъ, чтобы довѣритель не могъ опровергать признанія повѣреннаго. На это возражаютъ, что по ст. 2326 (Т. X, ч. I) «довѣритель въ довѣренности изъясняетъ, что онъ въ всемъ, что повѣренный его по довѣренности сдѣлаетъ, ему вѣрить, спорить и прекословить не будетъ». Поэтому, все сдѣланное повѣреннымъ «на основаніи данной ему довѣренности... остается въ своей силѣ». Но эта статья указываетъ вѣсѣтъ и условія, при которыхъ дѣйствіе повѣреннаго не подлежитъ опроверженію со стороны довѣрителя, именно говорить, что остается въ силѣ все, *сдѣланное на основаніи довѣренности, по точному содержанию оной*. Въ виду этихъ, указанныхъ самимъ закономъ, условій неопровержимости дѣйствій повѣреннаго, на какомъ основаніи можно запретить довѣрителю доказывать, что повѣренный не исполнилъ довѣренности, вышедъ за предѣлы ея точнаго содержанія? Въ нашемъ случаѣ довѣритель даетъ полномочіе повѣренному на защиту въ судѣ *данныхъ* его, довѣрителя, правъ, значить — даетъ полномочіе совершать всѣ тѣ процессуальныя дѣйствія, которыя должны имѣть своей цѣлью защиту этихъ правъ. Если, потому, довѣритель видитъ, что повѣренный дѣлаетъ признаніе, которое вовсе не вызывалось данными, имѣющимися въ дѣлѣ, и скорѣе есть результатъ небрежности, нерадѣнія или прямо недобросовѣстности, на какомъ основаніи можно недопускать довѣрителя къ доказыванію, что данное признаніе повѣреннаго не соответствуетъ точному содержанію довѣренности? Наконецъ, право довѣрителя опровергать признаніе своего повѣреннаго находить себѣ подтвержденіе въ ст. 2328 (Т. X, ч. I), по которой «за лживое показаніе, повѣреннымъ učinенное, довѣритель не отвѣчаетъ, если онъ къ сему показанію повѣреннаго именно не уполномочилъ». Прямой смыслъ статьи по отношенію къ нашему вопросу такой: довѣритель можетъ избавиться отъ юридическихъ послѣдствій признанія, učinеннаго на судѣ его повѣреннымъ, если докажетъ, что признаніе это ложно, невѣрно, неистинно.

наго? Если въ довѣренности есть специальное ограниченіе не дѣлать признанія, или если нѣтъ ни полномочія, ни ограниченія, то довѣритель, узнавъ о признаніи повѣреннаго, которое вредитъ защитѣ правъ его, довѣрителя, можетъ заявить при словесныхъ состязаніяхъ, если же признаніе было сдѣлано въ состязательной бумагѣ, то въ слѣдующей состязательной бумагѣ или въ засѣданіи суда, что повѣренный не имѣлъ *основанія* дѣлать признанія. Мы знаемъ ¹¹⁸⁾, что въ пользу признанія повѣреннаго существуетъ презумпція, что оно соответствуетъ дѣйствительнымъ обстоятельствамъ дѣла. Потому, обязанность доказывать въ этомъ случаѣ лежитъ на довѣрителѣ; онъ долженъ доказывать, что при данныхъ комбинаціяхъ производства не было необходимости дѣлать признаніе ¹¹⁹⁾, что тѣ документы, которые онъ далъ повѣренному не представляютъ къ тому никакихъ данныхъ ¹²⁰⁾, равно не даютъ такихъ данныхъ документы представленные противникомъ ¹²¹⁾ что вообще, если взять во вниманіе всѣ данныя, представляющіяся въ дѣлѣ, то признаніе не является необходимымъ логическимъ выводомъ изъ этихъ данныхъ ¹²²⁾. Такимъ образомъ, довѣритель можетъ опровергать признаніе повѣреннаго, не будучи обязанъ доказывать противное тому, что признано ¹²³⁾, развѣ самъ найдетъ

¹¹⁸⁾ Упр. 73, 74.

¹¹⁹⁾ Сравни. Brackenhof, Archiv fur die Civil-Praxis, B. XX, стр. 391.

¹²⁰⁾ Carré-Chauveau, Lois de la procédure civile, t. III, Question 1297 10°. Berriat-Saint-Prix, Cours de procédure civile стр. 243 2°.

¹²¹⁾ Prigeau, Traité de la procédure civile, стр. 229 (2), на основаніи французской практики, утверждаетъ, что признаніе можетъ быть опровергаемо, если документы были получены повѣреннымъ не отъ довѣрителя, а отъ кого нибудь другаго.

¹²²⁾ Carré-Chauveau, l. c. question 1298 a 3°. Сравни. Seuffert, Archiv B. 1, n. 146.

¹²³⁾ Dalloz. Obligations, n. 5090. Touiller, Le droit civil français t. X, n. 294. Avoué не можетъ доказывать, что фактъ признанный вѣренъ. И понятно. Иначе повѣренный перешелъ бы на сторону противника и защищалъ его, что по общему правилу нелепимо. Эти доказательства могутъ быть представляемы повѣреннымъ послѣ, если онъ будетъ привлеченъ къ дисциплинарной отвѣтственности. Сравни. Carré-Chauveau, l. c. question 1317 bis.

въ этомъ доказываніи болѣе удобное средство опроверженія признанія. Само собою разумѣется, опроверженіе будетъ тѣмъ сильнѣе, чѣмъ болѣе изъ доказательствъ довѣрителя будетъ видно, что повѣренный, дѣлая признаніе, поступалъ нерадиво, небрежно, или недобросовѣстно, злоумышленно, словомъ, что повѣренный дѣйствовалъ не такъ, какъ слѣдовало бы добросовѣстному защитнику, и признаніе его есть скорѣе произвольное распоряженіе спорнымъ правомъ, на что по довѣренности онъ вовсе не имѣлъ права ¹²⁴). Опроверженія свои довѣритель можетъ представлять какъ при производствѣ его дѣла въ первой инстанціи, какъ и въ апелляціонной, и суду принадлежитъ полная свобода въ обсужденіи оснований опроверженія ¹²⁵). Можетъ-ли вопросъ объ опроверженіи признанія повѣреннаго быть поводомъ кассачіи? На практикѣ мыслимы такіа комбинаціи, что будутъ въ наличности всѣ требуемыя закономъ признаки повода кассачіи. Напр. поводы кассачіи будутъ на лицо, если въ довѣренности было сказано, что повѣренный не долженъ дѣлать признанія, а онъ сдѣлалъ, и судъ принялъ во вниманіе это признаніе и мало того — изъ производства видно, что на этомъ признаніи основалъ свое рѣшеніе ¹²⁶).

~ ~ ~ ~ ~

¹²⁴) Сравни. Endemann, Das deutsche Civilprocessrecht. § 89 n. 25. Koch, der preuss. Civilprocess. стр. 420.

¹²⁵) Напр. касс. рѣшеніе 1870 г. № 764. Вообще касс. сенатъ признаетъ за судомъ право свободнаго обсужденія степени обязательности (въ процессуальномъ смыслѣ) для довѣрителя дѣйствія повѣреннаго, см. Думашевскій, сводъ Т. II, № 595.

¹²⁶) Кассационный сенатъ выражается по этому поводу слѣдующимъ образомъ, говоря, что рѣшеніе вопроса объ опроверженіи признанія повѣреннаго довѣрителемъ относится къ существу дѣла и разсмотрѣнію въ касс. порядкѣ не подлежитъ; см. вышеприведенное рѣшеніе.

IV.

Основныи принципъ, опредѣляющій предметы признанія. Ограниченія судебного признанія по отношенію къ предметамъ физически и юридически невозможнымъ, по отношенію къ дѣламъ о законности рожденія, къ дѣламъ о правахъ на недвижимое имущество. Ограниченія въ области предметовъ, подлежащихъ признанію: относительно юридического элемента предмета, относительно предметовъ второстепенныхъ, добавочныхъ въ признаніи.

Изъ понятія о судебномъ признаніи мы видѣли, что оно, будучи согласнымъ заявленіемъ сторонъ о данномъ предметѣ, устраняетъ споръ между ними объ этомъ предметѣ, дѣлаетъ предметъ въ этомъ смыслѣ въ глазахъ суда юридически извѣстнымъ. Отсюда слѣдуетъ, что предметъ признанія можетъ быть только такой, юридическое отношеніе сторонъ къ которому можетъ быть опредѣляемо судомъ на основаніи одного только ихъ заявленія. Такимъ образомъ, все ученіе о предметѣ судебного признанія въ гражданскихъ дѣлахъ сводится къ вопросу, къ какимъ предметамъ юридическое отношеніе тяжущихся опредѣляется судомъ на основаніи только ихъ заявленій, и къ какимъ предметамъ отношеніе ихъ опредѣляется судомъ не на основаніи ихъ заявленій, но на основаніи доказательствъ? Къ первой категоріи относятся всѣ тѣ предметы, которые подлежатъ свободному распоряженію частныхъ лицъ, имѣютъ частный гражданскій характеръ; ко второй категоріи принадлежатъ тѣ правоотношенія, которыя не могутъ быть предметомъ свободныхъ распоряженій частныхъ лицъ и болѣе имѣютъ государственный характеръ. Къ этой же категоріи, по нашему мнѣнію, нужно отнести недвижимыя имущества. Предметы первой категоріи могутъ быть предметами судебного признанія, и оно имѣетъ по отношенію къ нимъ свое полное юридическое значеніе, по отношенію же къ предметамъ второй категоріи такового значенія оно не имѣетъ ¹⁾.

¹⁾ Wetzell, System, § 14 n. 9. Bethmann-Hollweg, Versuche. стр. 274, 275 и 309. Французскіе писатели не допускаютъ признанія по этимъ предметамъ главнымъ образомъ въ виду того, что они близко ка-

Мы рассмотрим предметы, относительно которых судебное признаніе не может быть дѣлаемо, по крайней мѣрѣ не имѣетъ полного своего юридическаго значенія. Затѣмъ, относительно предметовъ, подлежащихъ признанію, мы укажемъ, что въ нихъ можетъ быть признаваемо, какія части и элементы.

Къ предметамъ, къ которымъ юридическое отношеніе сторонъ не можетъ быть опредѣляемо судомъ на основаніи одного только судебного ихъ признанія, принадлежатъ вообще *права состоянія* ²⁾. Такимъ образомъ, предметомъ признанія не можетъ быть то обстоятельство, что рожденіе было незаконно или законно. Римское право въ этомъ случаѣ исходило изъ того естественнаго соображенія, что одно заявленіе, т. е. признаніе, само по себѣ, не можетъ создать факта рожденія даннаго ребенка отъ данныхъ лицъ, равно признаніе отрицательное не можетъ уничтожить такового факта, если онъ есть ³⁾. Въ частности тоже нужно сказать и о признаніи законности рожденія ⁴⁾, т. е. о признаніи относительно тѣхъ условій, при которыхъ, по закону, рожденіе отъ данныхъ лицъ называется законнымъ рожденіемъ. Такимъ образомъ, если ребенокъ былъ рожденъ внѣ условій законности рожденія ⁵⁾, напр. до брака или былъ вовсе чужой, то претендующіе быть законными родителями этого ребенка, хотя бы и сдѣлали признаніе, что онъ рожденъ ими въ законныхъ условіяхъ, признанія этого недостаточно для суда, на немъ нельзя основать рѣшенія о законности рожденія ⁶⁾. Но за то, когда есть условія для презумпціи законности рожденія, тогда признаніе мужа, что ребенокъ, рожденный его женою, есть законный, это при-

саются государственнаго интереса. Pigeau, l. c. стр. 81. Carré-Chaudeau, l. c. t. III question 1226. Bonnier, Traité des preuves t. I n. 352 Dalloz, l. c. Obligations, n. 5061.

²⁾ Wetzell, l. c. § 19 n. 6. Endemann, Beweislehre, стр. 155 n. 28.

³⁾ L. 5 (6, 23) Cod. Соображенія Marcadé, Explications théoriques et pratiques du code Napoléon. t. II, стр. 35 и 76.

⁴⁾ L. 14 (4, 9) Cod.

⁵⁾ L. 1 (7, 16) Cod.

⁶⁾ L. 12 (37, 14) D.

знаніе имѣетъ весьма важное значеніе. «Если младенецъ въ метрической книгѣ записанъ законнорожденнымъ и при сей записи росписался мужъ матери младенца или кто либо другой по его просьбѣ, то споръ противъ законности рожденія младенца не долженъ быть допускаемъ» ⁷⁾. Далѣе, если мужъ ⁸⁾ матери объявилъ ⁹⁾, что признаетъ младенца ея законнымъ ¹⁰⁾, то по ст. 130 (Т. X, ч. 1), наследники уже не могутъ предъявить искъ о незаконности рожденія. Если мужъ матери призналъ законность рожденія ея ребенка, то, по смыслу ст. 127 Т. X, ч. 1, это признаніе имѣетъ такую рѣшительную силу, что даже самъ мужъ ни по какимъ основаніямъ ¹¹⁾ не можетъ послѣ оспаривать законность рожденія ребенка, котораго онъ разъ призналъ законнорожденнымъ. Что же касается отрицательнаго признанія, т. е. признанія незаконнорожденности ребенка, то, если это дѣлаетъ мужъ матери, онъ не имѣетъ никакого значенія, нужны доказательства ¹²⁾; равнымъ образомъ нельзя на признаніи матери, что ребенокъ зачатъ ею отъ посторонняго мужчины, не отъ мужа, основывать рѣшенія о незаконнорожденности ребенка, рожденнаго въ законномъ бракѣ ¹³⁾. По нашему законодательству ¹⁴⁾ матери младенца, родившагося при существованіи законнаго брака, дозволяется объявлять о незаконности его рожденія лишь въ томъ случаѣ, когда, при производствѣ начатаго уже о томъ дѣла, отъ нея

7) Ст. 127 Т. X, ч. 1 ст. 1349 уст. гражд. суд.

8) Заявленіе родильницы, при записѣ въ метрическую книгу, что новорожденный есть ея ребенокъ, служитъ основаніемъ презумпціи дѣйствительности факта рожденія ею этого младенца, пока не будетъ обнаруженъ подлогъ.

9) Признаніе это можетъ быть сдѣлано въ самыхъ разнообразныхъ формахъ, Сравни. ст. 125 Т. X, ч. 1. Marcadé, l. c. t. II, стр. 16.

10) Ст. 130 Т. X, ч. 1. ст. 1352 уст. гражд. судопр. Сравни. Code civil art. 336, 337.

11) Нѣмецкая практика допускаетъ въ этомъ случаѣ споръ о законности рожденія, если такимъ признаніемъ нарушены права состоянія другаго лица. Seuffert, Archiv, B. XIII, n. 232.

12) Ст. 127, Т. X, ч. 1. Seuffert, Archiv, B. II, n. 296; B. V, n. 176.

13) L. 29 § 1 (22, 3) D. Seuffert, Archiv, B. XII, n. 36.

14) Ст. 128, Т. X, ч. 1.

будетъ требуемо судомъ, въ подкрѣпленіе представленныхъ доказательствъ, признаніе въ винѣ ея. Но уставъ гражд. судопр. не повторяетъ этой статьи; строго держась принципа состязательности, онъ не могъ допустить, чтобы въ производствѣ о законности рожденія судъ требовалъ отъ матери признанія въ ея винѣ. Но и по своду законовъ, какъ видно изъ текста 128 ст., признаніе матери о незаконности рожденного ею ребенка не имѣло рѣшительнаго значенія, а только могло подкрѣплять другія доказательства ¹⁵⁾. Но въ виду того, что уставъ гражд. судопр. не упоминаетъ о признаніи матери, признанію ея, въ случаѣ оно фактически было бы сдѣлано ею, тѣмъ болѣе нельзя придавать рѣшительнаго значенія въ вопросѣ о законности рожденія ¹⁶⁾, и если въ дѣлѣ нѣтъ другихъ болѣе или менѣе вѣскихъ доказательствъ, то признаніе матери не должно считаться восполняющимъ доказательства въ такой мѣрѣ, чтобы склонять колеблющееся убѣжденіе судьи къ произнесенію рѣшенія о незаконности рожденія ¹⁷⁾. Изъ всего вышеизложеннаго слѣдуетъ, что въ случаѣ спора о незаконности рожденія признаніе (мужа матери) имѣетъ значеніе въ предѣлахъ указаннымъ закономъ; кромѣ этихъ случаевъ вопросъ рѣшается на основаніи представленныхъ доказательствъ согласно убѣж-

¹⁵⁾ Förster, Theorie und Praxis des heut. gemein. preuss. Privatrechts. B. III, стр. 595, п. 8, утверждаетъ, что признаніе матери ни за, ни противъ законности рожденія ея ребенка не должно имѣть никакого значенія.

¹⁶⁾ Въ нѣмецкой практикѣ въ искѣ объ алиментахъ такое признаніе можетъ имѣть рѣшающее значеніе даже когда искъ предъявленъ при живомъ мужѣ. Seuffert, Archiv. B. II, п. 186.

¹⁷⁾ L. 29, § 2 (22, 3) und L. 11, § 9 (48, 5) D. über die unzureichende Beweiskraft von Bekenntnissen der Ehefrau, welche nicht aussprechen, dass solchen Bekenntnissen unter allen Umständen keinerlei Gewicht beigelegt werden solle, sind, der Natur der Sache und allgemeinen Principien nach, nur dahin zu verstehen, dass durch Geständnisse der Ehefrau der Beweis der Illegitimität des Kindes nicht erbracht werden kann, enthalten aber nicht, dass dergleichen Bekenntnisse überhaupt ganz unerheblich sind, womit aber nicht ausgeschlossen ist, dass dieselben nach den Umständen eine unterstützende gemeine Vermuthung begründen können. Такъ рѣшаетъ нѣмецкій судъ вопросъ о значеніи признанія матери о незаконности ея ребенка. Seuffert, Archiv, B. XXIX, п. 4.

денію въ матеріальной истинѣ ¹⁸⁾ и роль признанія совѣтъ ничтожная: оно не даетъ перевѣсъ убѣжденію судьи въ незаконности рожденія. Что касается судебного признанія въ дѣлахъ о законности брака и о разводахъ, то, такъ какъ эти дѣла изъяты изъ вѣдомства общихъ судебныхъ установленій и подлежатъ вѣдомству духовнаго суда, мы ограничимся только однимъ общимъ замѣчаніемъ, что и въ этихъ дѣлахъ признаніе сторонъ не имѣетъ своего юридическаго значенія; рѣшеніе постановляется на основаніи доказательствъ.

Что касается судебного признанія относительно правъ на недвижимое имущество, то въ римскомъ правѣ мы находимъ указаніе на то, что признаніе дѣлалось о владѣніи недвижимостью, размѣрахъ владѣемой земли ¹⁹⁾, вообще извѣстны были случаи, когда отвѣтчикъ *fundum dare se oportere confiteatur* ²⁰⁾, и такое признаніе имѣло полное значеніе, вопросъ о недвижимомъ имуществѣ рѣшался въ смыслѣ признанія ²¹⁾. Въ современныхъ законодательствахъ мы не находимъ прямыхъ указаній, что предметомъ судебного признанія могутъ быть права на недвижимое имущество, равно нѣтъ и прямо выраженного запрещенія рѣшать споры объ этихъ правахъ на основаніи одного судебного признанія. Въ судебной практикѣ мы встрѣчаемъ случаи, когда въ производствѣ дѣлалось судебное признаніе о правахъ на недвижимое имущество и полагалось въ основу рѣшенія ²²⁾. Мы позволяемъ себѣ высказать сомнѣ-

¹⁸⁾ L. 1 (7. 16) cod.: ut causa agatur secundum ordinem juris. L. 22 47, 16) con.: Ratione certa non confessione constituentur. Seuffert, Archiv, B. I. n. 162, B. XX, n. 198. Вообще доказательства должны быть таковы, чтобы дѣлали очевиднымъ, что данный субъектъ не могъ быть отцомъ ребенка, законность рожденія котораго оспаривается. Seuffert, Archiv, B. II, n. 296. Endemann, Beweislehre, стр. 157.

¹⁹⁾ L. 20 § 1 п 2 (XI. I) D.

²⁰⁾ L. 6, § 1 (42. 2) D.

²¹⁾ L. 6. § 2 (42, 2) D.

²²⁾ Dalloz, l. c. Interrogatoire sur les faits et articles n. 22 3°. Касс. рѣшеніе сената 1869 г. № 1081. Думашевскій, Сводъ, т. II, высказываются за судебное признаніе о такихъ правахъ. Стр. 319, 320.

ніе ²³⁾ относительно правильности такого возрѣнія. Если нѣтъ постановленій закона, запрещающихъ судебное признаніе о правахъ на недвижимое имущество, если нѣтъ постановленій, дозволяющихъ такое признаніе, за то есть постановленія, точно опредѣляющія основанія, по которымъ права на недвижимое имущество могутъ переходить отъ одного лица къ другому. Такимъ образомъ, при утвержденіи актовъ о недвижимомъ имуществѣ старшій нотаріусъ обязанъ удостовѣриться, что данное недвижимое имущество дѣйствительно принадлежитъ сторонѣ, его отчуждающей, или соглашающейся на ограниченіе своего права собственности (ст. 167 нотар. положенія). Для такого удостовѣренія старшій нотаріусъ обязанъ справиться въ крѣпостныхъ запретительныхъ и разрѣшительныхъ книгахъ, а также въ реестрахъ крѣпостныхъ дѣлъ и въ указателяхъ къ этимъ книгамъ и реестрамъ, или потребовать представленія другихъ доказательствъ на принадлежность имущества, согласно съ правилами, въ гражданскихъ законахъ установленными ²⁴⁾. Слѣд., если такихъ доказательствъ не будетъ, ограниченіе или отчужденіе не должно имѣть мѣста. Мотивы, по которымъ законъ требуетъ такого удостовѣренія, вполне примѣнимы и къ тому случаю, когда вопросъ объ ограниченіи или отчужденіи права на недвижимое имущество рѣшается не у нотаріуса, но въ судѣ ²⁵⁾. Иначе цѣль закона, лежащая въ основаніи приведенныхъ статей, не достигалась бы; всегда будетъ возможность обойти законъ, и отчужденіе или ограниченіе, котораго нельзя сдѣлать у нотаріуса, будетъ достигаться путемъ предъявленія иска; въ

²³⁾ Малышевъ. Курсъ гражд. судопр. Т. I, стр. 303, не высказывается прямо объ этомъ вопросѣ; можно, однако, думать, что онъ допускаетъ судебное признаніе о правахъ на недвижимое имущество.

²⁴⁾ Ст. 168 нотар. положенія.

²⁵⁾ Прямое примѣненіе этихъ мотивовъ въ судопроизводствѣ мы видимъ въ статьяхъ закона, требующихъ въ спорахъ о недвижимомъ имуществѣ письменныхъ доказательствъ, и не допускающихъ свидѣтельскихъ показаній (за немногими исключеніями), также присяги, которая, замѣтимъ, по уставу вообще допускается только по взаимному согласію сторонъ.

такимъ искѣ одна сторона, предварительно условившись съ противникомъ, можетъ дѣлать признаніе (фиктивное), на основаніи котораго судъ и будетъ присуждать за истцомъ права на недвижимое имущество. Что подобнаго рода заранѣе условленные иски и фиктивные признанія могутъ имѣть мѣсто, если допустить полное юридическое значеніе судебного признанія о правахъ на недвижимое имущество, это несомнѣнно. Но въ такомъ разѣ практика не будетъ отвѣчать основной мысли нашего законодателя ²⁶⁾, именно той, чтобы обставить всякіе переходы права на недвижимое имущество отъ одного лица къ другому, всякія ограниченія этого права строгими формами, поставить вѣтъ всякихъ случайностей, неопредѣленности и колебаній. Съ другой стороны, допуская полную силу судебного признанія о правахъ на недвижимое имущество, судебная практика даетъ возможность тяжущимся дѣйствовать прямо въ ущербъ третьимъ лицамъ, напр. можетъ быть предъявленъ искъ объ арендѣ на извѣстное время, за извѣстную плату, отвѣтчикъ, собственникъ имущества, предварительно условившись съ истцомъ, дѣлаетъ признаніе исковыхъ требованій, и вотъ судебное рѣшеніе, постановленное на основаніи такого признанія, можетъ повредить интересамъ тѣхъ лицъ, которыя имѣютъ, положимъ, залоговое право на это имущество. Наконецъ, могутъ быть фиктивные иски и признаніе относительно недвижимаго имущества, которое вовсе не принадлежитъ ни истцу, ни отвѣтчику, а между тѣмъ рѣшеніе, состоявшееся на основаніи признанія, будетъ приводиться въ исполненіе, спокойствіе дѣйствительнаго собственника будетъ нарушено, теченіе его хозяйственныхъ предпріятій будетъ пріостановлено и т. д., словомъ, будутъ причинены убытки, для отысканія вознагражденія которыхъ дѣйствительному собственнику нужны лишніе хлопоты, время, новыя издержки, а надежда на полученіе вознагражденія въ этихъ случаяхъ, обыкновенно, очень плохая.

²⁶⁾ Та же мысль болѣе и болѣе обнаруживается въ реформахъ современныхъ европейскихъ законодательствахъ.

Итакъ, по нашему мнѣнію, судебное признаніе не можетъ имѣть своего полнаго юридическаго значенія относительно правъ на недвижимое имущество и ограниченій права собственности на эти имущества, по крайней мѣрѣ относительно тѣхъ правъ и ограниченій, какія указаны въ ст. 158 и 159 нотаріальнаго положенія.

О предметахъ, относительно которыхъ можно дѣлать признаніе, нужно сдѣлать то общее замѣчаніе, что каждая данная комбинація изъ области этихъ предметовъ должна быть физически ²⁷⁾ и юридически ²⁸⁾ возможной. Затѣмъ, по отношенію къ предметамъ и юридически и физически возможнымъ, важно установить различіе элементовъ, изъ коихъ они состоятъ, именно элемента фактическаго и элемента юридическаго. Въ сферѣ гражданскихъ правоотношеній, съ одной стороны представляются извѣстныя фактическія обстоятельства, съ другой стороны юридическія нормы, къ которымъ, по положительному законодательству, должны приурочиваться эти фактическія обстоятельства; въ силу того, что данное фактическое обстоятельство приурочивается къ извѣстной юридической нормѣ, оно получаетъ юридическое значеніе, сопровождается извѣстными юридическими послѣдствіями. Въ этомъ смыслѣ можетъ быть признаніе о правѣ, или юридическомъ фактѣ, о томъ, что было установлено такое-то правоотношеніе ²⁹⁾. Признаніе здѣсь касается правоотношенія въ его цѣльномъ видѣ — фактической и юридической его стороны; можетъ быть признано, что было такое-то правоотношеніе между данными лицами, безъ означенія,

²⁷⁾ L. 13 (XI, I) D. et si eum, qui in potestate patris esset, respondissem, filium meum esse, ita me obligari, si actus ejus pateretur, ut filius meus esse possit, quia falsae confessiones naturalibus convenire deberent.

²⁸⁾ L. 11, особенно § 1 (XI, I) D. In totam autem confessiones ita ratae sunt, ti id, quod in confessionem venit et jus et naturam recipere potest.

²⁹⁾ L. 9 § 6 (XI, I) D. Illud quaeritur, an quis cogatur, respondere, utrum ex testamento an heres sit, et utrum suo nomine ei quaesita sit hereditas, an per eos, quos suo juri subjectos habet, vel per eum, cui heres extitit? Summatim igitur praetor cognoscere debet, cum quaeretur, an quis respondere debeat, quo jure heres sit. Bethmann-Hollweg, Versuche, стр. 304

приэтомъ, тѣхъ обстоятельствъ, которыя составляютъ фактическую сторону правоотношенія, и которые въ такомъ разѣ подразумѣваются ³⁰⁾, и наоборотъ, признаніе фактическихъ обстоятельствъ въ томъ видѣ, съ тѣми признаками, въ какомъ и по какимъ они составляютъ по закону извѣстное правоотношеніе,— такое признаніе заключаетъ въ себѣ вмѣстѣ и признаніе этого правоотношенія ³¹⁾. Но бываютъ такія комбинаціи фактическихъ обстоятельствъ, къ которымъ можетъ быть приложена или та, или другая юридическая норма, и слѣд., то, или другое правоотношеніе можетъ имѣть мѣсто по произволу тяжущихся. Здѣсь опять юридическая сторона правоотношенія можетъ быть предметомъ признанія. Только въ вышеуказанныхъ предѣлахъ, только въ вышесказанномъ смыслѣ признаніе можетъ имѣть своимъ предметомъ право. Потому не можетъ быть и рѣчи о признаніи въ томъ случаѣ, когда сторона признаетъ, что, при данныхъ фактическихъ обстоятельствахъ, было установлено такое-то правоотношеніе, между тѣмъ, по закону, изъ этихъ фактическихъ обстоятельствъ непременно должно возникнуть не то правоотношеніе, которое признается стороной, но другое (напр. не ссуда, а заемъ). И это совершенно понятно. Иначе такимъ признаніемъ сторона посягала бы на отѣну дѣйствія положительнаго закона ³²⁾. Равнымъ образомъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ рѣчь въ производствѣ идетъ объ интерпретаціи закона, признаніе что должно такъ, а не иначе прилагать законъ, не имѣетъ своей юридической силы ³³⁾. Это

³⁰⁾ Savigny, System des heut, röm. Rechts. B. VII, стр. 17.

³¹⁾ Savigny, System l. c.

³²⁾ Bonnier, Traité des preuves, T. I, n. 352. Larombière Théorie et pratique des obligations, T. V, стр. 386, n. 2.

³³⁾ Marcadé, Explications théorique et pratique du code Napoléon. T. V, art. 1356, n. 2. Seuffert, Archiv, B. VIII, n. 193. Въ нѣмецкой практикѣ при производствѣ одного дѣла возникалъ вопросъ, торговое-ли данное товарищество или нѣтъ? Открытое или командитное? Для рѣшенія этихъ вопросовъ требуется изслѣдованіе другаго вопроса, можно-ли назвать торговыми дѣйствія, совершаемыя даннымъ товариществомъ, можно-ли ихъ назвать дѣйствіями, свойственными открытому товариществу или командитному въ смыслѣ торговаго закона. Изслѣдованіе этихъ

не будетъ признаніе въ смыслъ гражданскаго судопроизводства, но выраженіе личныхъ юридическихъ воззрѣній стороны ³⁴⁾. Когда въ данномъ случаѣ юридическая норма относится не къ положительному, дѣйствующему въ государствѣ закону, а къ обычному праву, то вопросъ о признаніи сторонами этой нормы долженъ рѣшаться соотвѣтственно тому, какъ въ законѣ опредѣляется значеніе обычнаго права ³⁵⁾.

Разсматривая психическіе моменты въ признаніи, мы видѣли что, при разсказѣ стороны объ исторіи даннаго спорнаго правоотношенія, въ психическомъ отношеніи представляются два отѣнка; на однихъ обстоятельствахъ мысль тяжущагося болѣе останавливается, на констатированіи ихъ болѣе направлено намѣреніе; другія обстоятельства являются въ разсказѣ добавочными, объясняющими; намѣреніе здѣсь направлено главнымъ образомъ не на то, чтобы констатировать дѣйствительность этихъ обстоятельствъ, но на то, чтобы подтвердить и разъяснить ими главные пункты разсказа. По отношенію къ этимъ предметамъ, второстепеннымъ, добавочнымъ въ признаніи, оно не должно имѣть полного юридическаго значенія ³⁶⁾, но за судьей остается право оцѣнить силу заяв-

вопросовъ не можетъ быть навязано судѣ. Если же здѣсь допустить признаніе, то приговоръ судьи не былъ бы результатомъ изслѣдованія, судья былъ бы поставленъ въ необходимость, независимо отъ собственныхъ соображеній, принять правовое воззрѣніе, признанное сторонами. Senffert. Archiv. B. XXVII, n. 73.

³⁴⁾ Senffert. Archiv. B. XIII. n. 196. B. I. n. 146. Гражд. касс. рѣш. 1869 г. № 138. 1875 г. № 1061.

³⁵⁾ По уставу гражд. судопр. ст. 130, при постановленіи рѣшенія мировымъ судьею можетъ по смыслу одной или обѣихъ сторонъ руководствоваться общезвѣстными мѣстными обычаями, но лишь въ томъ случаѣ, когда прикрѣпленіе мѣстныхъ обычаевъ дозволяется именно закономъ, или въ случаяхъ положительно не разрѣшаемыхъ закономъ. Очевидно здѣсь признаніе сторонъ можетъ имѣть значеніе для убѣжденія судьи только при наличности другихъ условий, т. е. общезвѣстности обычая и дозволенія закона прилагать обычай или при отсутствіи постановленій закона по данному предмету. См. по теоріи вопроса о признаніи по отношенію къ обычному праву Ubertus de Bobio, l. c. n. 53, 54. Brinckmann, Das Gewohnheitsrecht im gem. Civilrechte und Civilprocesse. стр. 33—35.

³⁶⁾ Dalloz l. c. (Obligations n. 5059. „Часто въ системѣ преній предъ

ній о такихъ предметахъ ³⁷⁾. Равнымъ образомъ нужно имѣть въ виду психическіе моменты признанія, когда оно сдѣлано въ шутиливомъ тонѣ или въ формѣ ироніи ³⁸⁾; не всегда шутка или иронія даютъ основаніе предположенію, что предмета шутки или ироніи не было; сторона можетъ въ шутиливомъ тонѣ или съ ироніей говорить о томъ, что дѣйствительно было, и шутка или иронія указываютъ только на субъективное отношеніе стороны къ данному предмету.

V.

Сила и юридическое значеніе судебного признанія по аналогіи съ силой судебного рѣшенія. Юридическое значеніе судебного признанія съ матеріальной стороны и съ процессуальной — при коллизіи съ доказательными средствами, представленными признавшимся, именно свидѣтельскими показаніями, домашними, нотаріальными и тому подобными документами, съ присягой. Судебное признаніе не устраняетъ постановленія судебного рѣшенія по дѣлу.

Приступая къ изложенію ученія о силѣ и юридическомъ значеніи судебного признанія, мы должны предварительно замѣтить, что въ этой главѣ мы не будемъ останавливаться на тѣхъ особенностяхъ признанія, которыя имѣютъ влияніе на опредѣленіе его силы и юридическаго значенія. Особенности эти нами были разсмотрѣны въ предшествующихъ главахъ, и тамъ каждый разъ мы указывали влияніе ихъ на юридическое значеніе признанія. Потому въ настоящей главѣ намъ придется сказать не многое; мы ограничимся ученіемъ объ общихъ основныхъ началахъ, опредѣляющихъ силу и юридическое значеніе признанія, предполагая его удовлетворяющимъ всѣмъ условіямъ необходимымъ для полной его силы. Такъ какъ судебное признаніе есть чисто процессуальный актъ, то и рѣчь о

судомъ факты *avancés* стороною, или *moyens discutés* ne le sont que *hypothétiquement* et dont on peut se *departir ensuite*. Aubry et Rau, l. c. T. VI, стр. 344.

³⁷⁾ Marcadé, l. c. T. V, стр. 211.

³⁸⁾ Larombière, l. c. T. V, стр. 387.

его силъ и юридическомъ значеніи можетъ быть только по отношенію къ тому судебному производству, въ которомъ оно было сдѣлано. Римское право такъ опредѣляетъ силу судебного признанія: *confessi debitores pro judicatis habentur* ¹⁾. Такимъ образомъ признавшійся трактуется въ процессѣ, по вопросу о признанномъ предметѣ точно такъ же, какъ трактуется тяжущійся, по отношенію къ которому судебное рѣшеніе вошло въ законную силу. Отсюда судебное признаніе имѣетъ юридическое значеніе въ производствѣ по отношенію къ тяжущимся сторонамъ, предмету признанія и суду аналогичное ²⁾ съ тѣмъ, какое имѣетъ судебное рѣшеніе ³⁾, говоря другими словами — юридическое значеніе признанія состоитъ въ томъ, что предметъ признанный ставится внѣ спора между сторонами, и слѣд., оказываются излишними дальнѣйшія доказательства ⁴⁾ онаго, съ другой стороны предметъ признанный становится юридически извѣстнымъ въ глазахъ судьи. Въ этомъ заключается суть юридическаго значенія судебного признанія ⁵⁾ по современнымъ законодательствамъ и теоріи ⁶⁾. При такомъ юридическомъ значеніи судебного признанія само собою опре-

¹⁾ Pauli sententiae Lib. V, tit. 5a, § 2, также L. 11, § 1 (XI, I) D.

²⁾ Donellus, Opera omnia, Comment. ad tit. de confessis n. 12: Et primum illud animadvertatur, hoc dici, confessum *pro judicato esse*, non autem *esse judicatum*. Дарбе, Donellus развиваетъ ту же мысль, n. 13—20.

³⁾ Endemann, Beweislehre, стр. 158.

⁴⁾ Litigatoribus *sufficiant ad probationes* ea quae ab adversa parte expressa fuerint apud judices. L. 1, § 1. (XI, I) D. L. 56 (42, I) D.

⁵⁾ Мы здѣсь ограничиваемся изложеніемъ вопроса, въ чемъ состоитъ и какъ обнаруживается юрид. значеніе судебного признанія. На внутреннюю основу такого значенія мы указывали выше. Здѣсь мы приведемъ только слова Вебера въ которыхъ кратко и ясно опредѣляется эта основа. Das Bekenntniss ist verpflichtend, insofern Jemand *dadurch* schuldig wird, das als wahr und richtig gelten zu lassen, *was er selbst*, oder der, an dessen Fakta er gebunden ist, *einmal dafür anerkannt hat*. Weber, Über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprocess. T. IV, § 6.

⁶⁾ Code civil, art. 1356: L'aveu judiciaire fait *pleine foi* contre celui qui l'a fait. Entwurf einer Civ.-Pr. Ordn. für d. Reich, § 251: Die von einer Partei behaupteten Thatsachen bedürfen insoweit *keines Beweises*, als sie im Laufe des Rechtsstreits von dem Gegner... zugestanden sind. Уст. гражд. судопр. ст. 480.

дѣляется. далѣе, юридическое положеніе сторонъ въ производствѣ. Сторона признавшаяся ⁷⁾ *tenetur, obligatur*. Въ чемъ же состоитъ это обязательственное отношеніе? Съ матеріальной стороны оно прежде всего состоитъ въ томъ, что признавшійся долженъ въ производствѣ подчиняться всѣмъ тѣмъ послѣдствіямъ, которыя будутъ вытекать изъ того, что данный предметъ сталъ юридически извѣстнымъ; если отвѣтчикъ въ искѣ о легатѣ призналъ, что онъ дѣйствительно наслѣдникъ въ такой то части, онъ тѣмъ самымъ обязался нести послѣдствія этого признанія, т. е. обязался отдать истцу должное, соотвѣтственно своей наслѣдственной части. Въ этомъ смыслѣ имѣетъ значеніе для современной процессуальной теоріи слова римскаго юриста, что признавшійся считался *quasi ex contractu obligatus* ⁸⁾. Но матеріальное значеніе судебного признанія, по современной теоріи, проявляется въ связи съ его *процессуальнымъ значеніемъ*. Процессуальное значеніе признанія, какъ мы сказали, состоитъ въ томъ, что предметъ признанный считается состоящимъ внѣ спора между сторонами, а въ глазахъ судьи — юридически извѣстнымъ. Отсюда, коль скоро есть судебное признаніе, противникъ освобождается отъ обязанности доказывать ⁹⁾. Но этимъ не исчерпывается вопросъ о процессуальномъ значеніи признанія. Относительно одного и того же предмета въ производствѣ могутъ находиться на лицо другія доказательныя средства, представленные признавшимися, и, главное, такія, которыя констатируютъ противное тому, что

7) Что касается до противной стороны, она также *tenetur, obligatur*, но если признаніе не вполне соотвѣтствуетъ ея заявленіямъ, и она не довольствуется тою юридическою извѣстностью, какая создается даннымъ признаніемъ, она обязана тогда представить доказательства въ смыслѣ своихъ заявленій. См. о квалифицированномъ признаніи.

8) По римскому праву *confessio* еще ближе подходит къ обязательству, (*qui interrogatus responderit, sic tenetur, quasi ex contractu obligatus, pro quo pulsabitur, dum ab adversario interrogatur*. I. 11, § 9. (XI, 1) D.). такъ какъ *confessio* могло служить основаніемъ для предъявленія иска, какъ служить обязательство. Langenbeck. I. с. стр. 122.

9) Насколько это общепринятое начало терпитъ ограниченія, вытекающія изъ ученія о квалифицированномъ признаніи.

признано. Каково въ такомъ случаѣ процессуальное значеніе признанія? Значеніе судебного признанія въ этомъ случаѣ опредѣляется соотвѣтственно тому, съ какимъ доказательнымъ средствомъ оно вступаетъ въ коллизію. Свидѣтельскія показанія, заключенія свѣдующихъ людей, осмотръ на мѣстѣ должны уступить въ силѣ признанію, т. е. по отношенію къ признанному предмету берется во вниманіе, признаніе, какъ опредѣляющее юридическую извѣстность предмета, а не эти доказательныя средства; они направляются къ констатированію матеріальной истины, но, по принципу состязательности, не болѣе какъ въ той мѣрѣ, въ какой направлено къ тому усиліе самого тяжущагося и при этомъ не обнаруживается ограниченій съ его стороны въ пользованіи ими. Дѣлая признаніе тяжущійся тѣмъ самымъ указываетъ, что онъ не считаетъ нужнымъ дальнѣйшее раскрытіе матеріальной истины по данному предмету. Такимъ образомъ моментъ воли тяжущагося играетъ опредѣляющую роль, и отношеніе стороны къ тому, что уже сдѣлано указанными средствами опредѣляется этимъ, вновь наступающимъ моментомъ воли ¹⁰⁾. Судебное признаніе можетъ прійти въ коллизію съ домашнимъ документомъ. Если болѣе выгодно для противной стороны судебное признаніе, если оно полнѣе отвѣчаетъ требованіямъ ея, то оно, а не документъ берется судомъ за основаніе рѣшенія по признанному предмету ¹¹⁾, въ противномъ случаѣ основой берется документъ. Что касается нотаріальныхъ и подобныхъ документовъ, то, по общему правилу, все, что констатируется ими, считается вѣрнымъ и спору не подлежитъ, развѣ будетъ предъявленъ споръ о подлогѣ документа. И вотъ можетъ быть коллизія судебного признанія съ такимъ документомъ: относительно одного и того же предмета документъ констатируетъ одно, судебное признаніе — другое. Для разрѣшенія коллизіи представляется существеннымъ установить различіе, таково-ли разногласіе между

¹⁰⁾ Сравн. Weber, l. c. T. IV, § 6.

¹¹⁾ Сравн. рус. рѣшеніе 1867 г. № 287.

признаніемъ и документомъ, что можетъ служить обвиненіемъ напр. нотариуса въ неисполненіи своихъ обязанностей при совершеніи документа, или такихъ уликъ не будетъ вытекать изъ разногласія ¹²⁾. Въ послѣднемъ случаѣ документъ теряетъ свою силу въ спорѣ, и вопросъ рѣшается на основаніи признанія ¹³⁾; въ первомъ случаѣ признаніе не можетъ уничтожить силы документа ¹⁴⁾; для этого необходимо обвиненіе въ подлогѣ. Но по нашему законодательству ¹⁵⁾, по предъявленіи спора о подлогѣ акта, сторонѣ, представившей актъ, дается возможность изъять его изъ производства, онъ устраняется изъ производства и въ томъ случаѣ, когда эта сторона въ срокъ не предъявитъ отзыва, хочетъ или не хочетъ она воспользоваться актомъ. Подобное нежеланіе стороны воспользоваться актомъ можно усматривать и въ ея признаніи обстоятельствъ несогласныхъ съ актомъ, — обстоятельствъ даже криминальнаго характера. Потому, въ нашемъ вопросѣ, если сторона сдѣлала признаніе, несогласное съ актомъ, представленнымъ ею, это признаніе должно быть взято судомъ за основанія рѣшенія по предмету признанія, такъ какъ здѣсь можно видѣть молчаливое устраненіе стороной акта, представленнаго ею. Наконецъ, можетъ быть коллизія судебного признанія съ присягой. Здѣсь вопросъ о юридическомъ значеніи признанія рѣшается соотвѣтственно исключительному характеру присяги, какъ доказательнаго средства. По закону ¹⁶⁾ присяга принимается *въ доказательство* того, въ чемъ она учинена, и не можетъ быть опровергаема никакими другими доказательствами. Такимъ обра-

¹²⁾ Pigeau приводитъ слѣдующій примѣръ: si Pierre a souscrit une obligation devant notaire au profit de Paul sans en recevoir la valeur, et que ce dernier le poursuive pour le payement, Pierre peut le faire interroger sur les circonstances du prêt pour tirer des ses reponses un aveu qu'il n'a pas fait ce prêt: et s'il parvient à obtenir cet aveu de Paul, l'obligation sera anéantie.

¹³⁾ Berriat-Saint-Prix, Cours de Procédure civile, стр. 218 (6). Carre-Chauveau, l. c. T. III, question 1226, стр. 156.

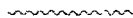
¹⁴⁾ Dalloz, l. c. Interrogatoire sur les faits et articles, n. 23.

¹⁵⁾ Ст. 558 уст. гражд. судопр. .

¹⁶⁾ Ст. 498 уст. гражд. судопр.

зомъ, еслибы и послѣдовало признаніе противнаго тому, въ чемъ принесена присяга, оно не можетъ имѣть юридическаго значенія, и спорное обстоятельство должно быть рѣшено на основаніи присяги, а не признанія. Оно можетъ служить только основаніемъ для уголовного преслѣдованія за клятвопреступленіе.

Что касается юридическаго значенія судебного признанія въ дальнѣйшемъ, за доказательствами, производствѣ, то по современнымъ законодательствамъ ¹⁷⁾ оно не устраняетъ необходимости судебного рѣшенія по тому дѣлу, по которому было сдѣлано, хотя бы все цѣликомъ исковое притязаніе было признано ¹⁸⁾. Такимъ образомъ рѣшеніе, хотя бы постановленное на основаніи одного только судебного признанія, можетъ быть обжаловано въ апелляціонномъ порядкѣ, и затѣмъ, если будутъ поводы, то можно просить и о кассаци. Таково юридическое значеніе судебного признанія въ производствѣ того дѣла, въ которомъ оно было сдѣлано. Значеніе его въ другихъ производствахъ, равно значеніе его хотя и въ томъ же производствѣ, но послѣ пріостановки производства или по возобновленіи уничтоженнаго производства или въ случаѣ преемства въ роли стороны — всѣ эти случаи, модифицирующіе значеніе судебного признанія, были уже рассмотрѣны нами.



¹⁷⁾ Въ нѣмецкой литературѣ ведется съ давняго времени споръ, если есть признаніе всего искового притязанія, нужно-ли еще постановлять рѣшеніе. См. указанія на литературу у Brackenhöft'a Archiv für d. s. Praxi: B. XX, стр. 387, 388 п. 7—9. Изъ новѣйшихъ см. Langenbeck I. с. стр. 124, 125. Конечно, то или другое рѣшеніе этого вопроса было бы весьма важно по своимъ послѣдствіямъ, еслибы положительныя законодательства давали возможность такого или иного рѣшенія по усмотрѣнію суда, но за не многими исключеніями, приведенными Langenbeck'омъ (стр. 126 а) законодательства не указываютъ, чтобы признаніе устраняло судебное рѣшеніе, какъ они это указываютъ относительно мировой сдѣлки.

¹⁸⁾ Иначе было по римскому праву. Bethmann-Hollweg, Versuche, стр. 262—264. Wetzell, System, § 14. п. 6—8. Brackenhöft, Archiv für die Civ.-Praxis B. XX, стр. 278, 279.

VI.

Исходная точка зрѣнія въ вопросѣ объ опроверженіи судебного признанія. Особенныя основанія опроверженія по различію признанія, констатирующаго дѣйствительныя обстоятельства дѣла, и признанія, имѣющаго договорный характеръ: различіе въ опроверженіи до постановленія рѣшенія по дѣлу и послѣ рѣшенія, вошедшаго въ законную силу. Постановленія законодательствъ нѣмецкаго, австрійскаго и французскаго по вопросу объ опроверженіи судебного признанія; особенности русскаго законодательства.

Эту главу, какъ и предшествующую, мы начинаемъ оговоркой, что въ ней будемъ излагать только общія основныя начала опроверженія судебного признанія; особенности опроверженія, вызываемыя особенностями, которыя иногда бываютъ въ судебномъ признаніи, указаны нами въ своемъ мѣстѣ. Основной принципъ, опредѣляющій силу судебного признанія, устанавливаетъ, что, по общему правилу, оно не подлежитъ опроверженію — *nimis enim indignum esse judicamus, quod suavisque voce dilucide protestatus est, id in eundem causam infirmare testimonioque proprio resistere* ¹⁾. Принципъ этотъ трактуетъ тяжущагося съ точки зрѣнія нравственныхъ требованій ²⁾. Въ юридической сферѣ приложение его обнаруживается ³⁾ въ томъ, что признавшійся не можетъ по одному своему произволу опровергать признаніе. Положимъ, что тяжущійся сдѣлалъ признаніе въ отвѣтной бумагѣ, затѣмъ, вслѣдствіе представившихся благоприятныхъ для него данныхъ, онъ чувствуетъ себя въ силѣ оспаривать тотъ предметъ, который призналъ. Но вотъ въ силу вышесказаннаго принципа такое простое противудоказываніе и не допускается въ процессѣ ⁴⁾.

¹⁾ L. 13 (4, 30) Cod.

²⁾ Сравни. Laurent, Principes de droit civil français. T. XX. стр. 209.

³⁾ Въ юридической сферѣ этотъ нравственный принципъ прилагается вообще не столько, чтобы дѣйствія одного тяжущагося не нарушали бы правъ противной стороны. Эту именно особенность нравственнаго принципа въ процессуальномъ правѣ хочетъ выразить Celsus, говоря о тяжущемся, сдѣлавшемъ въ своемъ отвѣтѣ признаніе: *licere respondere poenitere, si nulla captio ex ejus poenitentia sit actoris*. L. 11, § 12 (XI, 1) D.

⁴⁾ Puchta. Pandekten § 97, 3. «Mit Unrecht lassen die neueren Processualisten ohne weiteres einen Gegenbeweis des Geständigen». Lan-

Стало бытъ нужны особенныя основанія, по которымъ бы опроверженіе судебного признанія могло бытъ допущено ⁵⁾. Разсмотрѣнію этихъ основаній мы предпошлемъ одно общее замѣчаніе: такъ какъ признаніе имѣетъ свое юридическое значеніе только для производства того дѣла, по которому оно сдѣлано, то и вопросъ объ опроверженіи признанія можетъ имѣть мѣсто только до постановленія рѣшенія по существу дѣла ⁶⁾, коль скоро постановлено рѣшеніе вопросъ объ опроверженіи признанія усложняется условіями опроверженія состоявшагося рѣшенія ⁷⁾. Итакъ, по какимъ особеннымъ основаніямъ признаніе можетъ бытъ опровергаемо?

Въ римскомъ правѣ исходнымъ моментомъ въ обсужденіи основаній опроверженія брались основанія, по которымъ тяжущійся дѣлалъ то или другое заявленіе или признаніе; бралось во вниманіе, руководствовался ли тяжущійся, дѣлая признаніе, *justa ratione* ⁸⁾, былъ *scriptura dictus*, вообще дѣлалъ-ли признаніе на основаніи имѣющихся данныхъ, *quod in praesentiarum videbatur* ⁹⁾, значитъ бралось во вниманіе, было-ли признаніе констатированіемъ дѣйствительныхъ обстоятельствъ дѣла. Но если нѣтъ признаковъ того, что, дѣлая признаніе, тяжущійся хотѣлъ констатировать дѣйствительныя обстоятельства, тогда, значитъ, основаніемъ его признанія считается то, что

genbeck, l. c. § 9. стр. 131 — 134. Marcadé, l. c. T. V, стр. 215. Aubry et Rau, l. c. T. VI, стр. 338. Dalloz, l. c. Obligations n. 5144. Указанные французскіе писатели опровергаютъ установившееся во французской практикѣ и поддерживаемое нѣкоторыми учеными воззрѣніе, что признаніе можно брать обратно, безъ всякихъ опроверженій, пока не было *asserptio* его съ противной стороны. Къ нѣмецкимъ авторамъ, противъ которыхъ говоритъ Пухта, относятся Bethmann-Hollweg, *Ver-suche*, стр. 311, 312, Brackenhof, l. c. стр. 377 и нѣкоторые другіе.

⁵⁾ L. 11, § 8 (XI. I) D.: *Ex causa succuri ei, qui interrogatus respondit. non dubitamus.*

⁶⁾ Wetzell. System, § 19. n. 4. 5.

⁷⁾ Если есть въ наличности условія апелляціи, то судебное признаніе можетъ бытъ опровергаемо и въ апелляціонной инстанціи. Seuffert, Archiv. B. XXVIII, n. 174: Weber, l. c. стр. 49, 50.

⁸⁾ L. 11, § 3 (XI. I) D.

⁹⁾ L. 11, § 8 (XI. I) D.

онъ хотѣлъ добровольно принять на себя юридическія послѣдствія признаннаго обстоятельства ¹⁰⁾. Въ первомъ случаѣ, т. е. когда есть признаки, что признаніемъ своимъ тяжущійся хотѣлъ констатировать дѣйствительныя обстоятельства дѣла, основаніемъ опроверженія можетъ быть то, что признавшійся *не зналъ* точно объ обстоятельствахъ, относящихся къ дѣлу, и потому высказалъ невѣрное, ошибочное признаніе ¹¹⁾. Приэтомъ, обязанностию опровергающаго признаніе было представить доказательства того факта, по невѣдѣнію о которомъ онъ вообще сдѣлалъ признаніе ¹²⁾. Съ другой стороны при обсужденіи этого основанія опроверженія бралось во вниманіе, не было-ли недобросовѣстности, умышленнаго искаженія въ изложеніи фактовъ; это главное, а затѣмъ незнаніе, на которое ссылается сторона не было-ли въ данномъ случаѣ результатомъ *culpa*; *culpa* въ этомъ случаѣ не могла служить препятствіемъ къ опроверженію признанія только тогда, когда она была извинительна ^{12a)},

¹⁰⁾ Larombière, théorie et pratique des obligations. T. V, стр. 425.

¹¹⁾ Quid enim si nescit sibi partem aderevisse, vel ex incerta parte fuit institutus, cur ei responsum noceat? L. 11, § 3 (XI. I) D.

¹²⁾ Напр. отвѣтчикъ призналъ, что онъ наслѣдникъ, но потомъ въ опроверженіе своего признанія указываетъ, что, послѣ его признанія, обнаружилось духовное завѣщаніе, которымъ онъ лишенъ былъ наслѣдства — hic quidem et alia ratione, quod ea, quae postea emegunt auxilio indigent. L. 11, § 8 (XI, I) D. Bethmann-Hollweg, Civil-Process. T. II, стр. 547, 549.

^{12a)} Seuffert, Archiv, B. IX, n. 261. Нѣмецкая практика въ опредѣленіи *извинительной* ошибки исходитъ изъ того общаго соображенія, что «знаніе безмолечнаго разнообразія фактовъ, взятыхъ въ ихъ взаимодѣйствіи, не можетъ быть ни въ комъ предполагаемо. Достаточно, если тяжущійся знаетъ тѣ факты, которые имѣютъ отношеніе къ его собственной правовой сферѣ, и здѣсь можно предполагать въ немъ знаніе только такихъ фактовъ, которые отъ него исходили. Кромѣ того отъ него можно требовать знанія тѣхъ, гдѣ онъ самостоятельно хочетъ осуществлять какія либо права, въ этомъ случаѣ онъ долженъ знать тѣ фактическіе моменты, которые могутъ оказывать вліяніе на значеніе и послѣдствіе его дѣйствій. Во всѣхъ этихъ случаяхъ достаточно, если признавшійся былъ на столько осмотрителенъ и внимателенъ, насколько это можно ожидать отъ человѣка не вполнѣ безпечнаго. Если признавшійся будетъ ссылаться на фактическую ошибку, на незнаніе фактовъ, и эти факты, по исключенію, не были такого рода, чтобы знанія о нихъ можно было требовать отъ признавашагося, то презумція всегда служитъ въ пользу извинительности ошибки.

не была *culpa dolu proxima* ¹³). Въ ученіи объ основаніяхъ опроверженія судебного признанія римское право различаетъ, далѣе, было-ли незнаніе, слѣд., и ошибка относительно фактическихъ обстоятельствъ дѣла, или же относительно права, юридическихъ нормъ. Въ первомъ случаѣ незнаніе и ошибка могли служить основаніемъ опроверженія признанія, во второмъ случаѣ только при особенномъ условіи ¹⁴). Предположимъ такую комбинацію: тяжущійся сдѣлалъ признаніе о фактическихъ обстоятельствахъ, вообще невыгодныхъ для него; но существуютъ юридическія нормы, пользуясь которыми тяжущійся могъ бы игнорировать эти обстоятельства и не подвергаться невыгоднымъ послѣдствіямъ. Зная, что обстоятельства дѣйствительно были, но не зная, что существуютъ выгодныя для него юридическія нормы, онъ сдѣлалъ признаніе. Узнавъ о юридическихъ нормахъ, онъ предъ судомъ ссылается на свою ошибку въ правѣ. Но можетъ ли такая ссылка служить основаніемъ опроверженія признанія? — Факты, признанные не являются не дѣйствительными, остаются по прежнему вѣрными, и ссылка на ошибку въ правѣ оказывается только прикрытіемъ недобросовѣстнаго отрицанія истины ¹⁵).

Если же при этомъ противникъ настаиваетъ на неизвинительности незнанія, онъ и долженъ доказывать основательность своего заявленія и грубую небрежность или безпечность признавашагося.» Сравни. однако Seuffert, Archiv. B. XV, n. 89.

¹³) L. 11, § 8 (XI, I) Сравни. Savigny, System, T. VII, § 308, стр. 42.

¹⁴) L. 2 (42, 2) D. Non fateatur qui errat, nisi jus ignoravit.

¹⁵) Cujacius (ad. L. 2, de confessis) въ томъ смыслѣ говоритъ что незнаніе права не можетъ уничтожать силы признанія, иначе вышло бы такъ — я положимъ, причинилъ ущербъ чужому имуществу, и въ то же время, какъ будто не причинялъ ущерба. Domat, Les lois civiles, livr. III, Section VI, § 3. Сравни. Donellus ad L. non fateatur, t. t. de confessis. Этому воззрѣнію держатся и новѣйшіе французскіе ученые Toullier. l. c. n. 310. Bonnier, Traité des preuves, T. I, n. 355; Dalloz, l. c. Obligations, n. 5147. Также Laurent, l. c. n. 183. Между тѣмъ при обсужденіи, въ законодательномъ порядкѣ, code civil, ораторы Bigot-Prie-meney и Jaubert, слѣдуя Pothier. (obl. n. 834) признаніе, основанное на ошибкѣ въ правѣ, считали неопровержимымъ потому, что каждый долженъ знать законы своей страны и если не знаетъ, долженъ нести невы-

Мы видѣли, что основаніемъ, по которому было сдѣлано признаніе можетъ быть вовсе не то, что дѣйствительно таковы были фактическія обстоятельства, но одно согласіе съ заявленіями противника, причемъ подразумѣвается согласіе принять на себя юридическія послѣдствія признанныхъ обстоятельствъ; основаніе признанія имѣетъ здѣсь характеръ договора. Потому, когда, какъ мы сказали, въ производствѣ не будетъ признаковъ того, что признавшійся хотѣлъ заявить о дѣйствительныхъ обстоятельствахъ, тогда и опроверженіе не можетъ имѣть мѣста по тѣмъ основаніямъ, по какимъ опровергается признаніе о дѣйствительныхъ обстоятельствахъ ¹⁶⁾. Такимъ образомъ послѣдняго рода признаніе можетъ быть опровергаемо доказательствомъ незнанія и ошибки, вслѣдствіе которыхъ въ признаніи обстоятельства являются иными, чѣмъ они были на самомъ дѣлѣ. Но признаніе, являющееся результатомъ одного формальнаго согласія, независимо отъ реальной истины, очевидно не можетъ быть опровергаемо доказательствомъ ошибки въ этой истинѣ, такъ какъ послѣдняя, часто умышленно, не берется во вниманіе, при такого рода признаніи ¹⁷⁾. Потому, нисколько не опровергаетъ этого признанія то, что будетъ доказана недѣйствительность признанныхъ фактическихъ обстоятельствъ ¹⁸⁾. Если ошибка и незнаніе и могутъ служить основаніемъ опроверженія (договорнаго) признанія, то только въ томъ смыслѣ, насколько ошибка препятствовала или опорочиваетъ процессуальное соглашеніе; (договорное) признаніе можетъ быть опровергаемо, если отвѣтчикъ призналъ совсѣмъ не то, о чемъ дѣйствительно заявлялъ истецъ ¹⁹⁾. Здѣсь основаніемъ опроверженія будетъ ошибка именно относительно заявленій противника, но не ошибка относительно дѣйствительныхъ свойствъ спорнаго обстоя-

годы за свое незнаніе. Въ смыслѣ возрѣнія Куадія мы встрѣчаемъ рѣшенія нѣмецкихъ судовъ. Seuffert, Archiv. B. XIV, n. 183.

¹⁶⁾ Endemann, Das deutsche Civilprocessrecht, § 198, n. 17.

¹⁷⁾ Savigny, System, T VII, стр. 32.

¹⁸⁾ L. 13 (XI, 1) D. L. 20 (42, 2) D.

¹⁹⁾ Сравни. L. 116, § 2 (50, 17) D. особенно L. 76 (50, 17) D.

тельства ²⁰⁾). Въ рискомъ правѣ мы находимъ еще нѣсколько *lex'овъ*, затрагивающихъ вопросъ объ опроверженіи договорнаго признанія. Такъ, если въ искѣ о вознагражденіи за вредъ и убытки, причиненные работою, отвѣтчикъ признаетъ, что рабъ его, между тѣмъ рабъ чужой, такого рода признаніемъ онъ беретъ на себя обязанность вознагражденія ²¹⁾, вступаетъ въ обязательственное отношеніе и трактуется какъ одинъ изъ соучастниковъ общаго права (собственности на раба) ²²⁾. Опровергать этого признанія онъ не могъ тѣмъ, что сталъ бы доказывать одно то, что рабъ не его, но чужой; нѣтъ, для опроверженія онъ долженъ доказать, что ошибался относительно заявленій истца, ошибался въ томъ, что понялъ ихъ не въ томъ смыслѣ, въ какомъ они высказаны были истцемъ ²³⁾. Вообще нужно имѣть въ виду, что судебное признаніе есть процессуальный актъ, а потому, хотя представляетъ собою нѣкоторые элементы договорнаго свойства, но въ опроверженіи его нельзя всецѣло проводить тѣ же начала, какія имѣютъ

²⁰⁾ Bethmann-Hollweg. Versuche, стр. 272.

²¹⁾ L. 13. (XI. I) D. Confessionibus falsis re-pondentes, ita obligantur si ejus nomine, de quo quis interrogatus sit, cum aliquo sit actio: quia quae cum alio actio esset, si dominus esset, *in nosmet confessione nostra conferemus*.

²²⁾ L. 20 (XI, I) D.

²³⁾ Сравн. два несогласныхъ между собою мнѣнія — Weber'a, I. с. Т. IV, § 10, стр. 46 и Bethmann-Hollweg'a, Versuche, стр. 272. Мы позволяемъ себѣ выписать слова Brackenhöft'a, (Archiv für die Civ.-Praxis, B. XX, стр. 372): „Es lässt sich beim Geständnisse auch darin ein Irrthum denken, dass der eine Theil die Behauptung des andern richtig und in seinem Sinne versteht, und eben dasselbe zum Gegenstande seiner Erklärung macht, also mit ihm übereinstimmt, aber darin irrt, dass *er es für wahr hält*. Da der Gegenstand der confession in jure eine Verbindlichkeit ist, so kann dieser Irrthum entweder.... oder ein error facti sein, so dass der Gestehende über ein *natürliches factum irrt*, oder ohne darüber zu irren, *dasselbe falsch*, wie wohl *nach* in thesi richtigen *Rechtsregeln, beurtheilt*. Подчеркнутыя нами слова показываютъ, что Brackenhöft имѣетъ въ виду ошибку въ дѣйствительныхъ обстоятельствахъ. Но тогда опроверженіе договорнаго признанія сводится къ основаніямъ опроверженія вообще признанія о дѣйствительныхъ обстоятельствахъ. Между тѣмъ мы видѣли, что въ ученіи объ опроверженіи общія теорія различаетъ эти два рода признанія.

мѣсто при измѣненіи, отмѣнѣ, или опроверженіи договоровъ ²⁴⁾. Его значеніе, какъ процессуальнаго акта, имѣющаго свое спеціальное юридическое значеніе, должно браться во вниманіе всякій разъ, когда возникаетъ вопросъ объ опроверженіи его ²⁵⁾. Наконецъ, по какимъ бы основаніямъ ни было сдѣлано признаніе, признавшійся можетъ въ свою пользу приводить всякаго рода *exserptiones*, которые имѣютъ мѣсто вообще въ гражданскомъ процессѣ ²⁶⁾.

Разсмотримъ, насколько вышеизложенныя начала проводятся въ современныхъ европейскихъ законодательствахъ. Если взять прусское законодательство, то оно хотя и не содержитъ точной формулировки вышеприведенныхъ началъ, но въ теоріи прусскій процессъ ²⁷⁾ въ общихъ чертахъ очень приближается къ нимъ. По новому проекту устава гражданского судопроизводства германской имперіи «опроверженіе имѣетъ вліяніе на значеніе судебного признанія только тогда, когда опровергающій докажетъ, что признаніе не соответствуетъ истинѣ и было сдѣлано вслѣдствіе ошибки. Въ этомъ случаѣ признаніе теряетъ свое значеніе» ²⁸⁾. Такимъ образомъ требуется на личность одновременно двухъ условій для опроверженія — несоотвѣстствія съ истиной и ошибки, первое безъ послѣдней недостаточно для опроверженія. Но въ чемъ можетъ заключаться ошибка, въ фактическихъ ли обстоятельствахъ дѣла или въ томъ, что признавшійся ошибался относительно *заявленій* противника? Вопросъ остается открытымъ, и слѣдовательно, теоретическія начала опроверженія судебного признанія соотвѣтственно тому, какое оно — констатирующее дѣйствительныя обстоятельства или договорное — эти начала сохраняютъ свое полное значеніе и при новомъ проектѣ. Далѣе, не упоминается

²⁴⁾ Renard, Lehrbuch des gem. deutsch. Civilprocessrecht. § 104 n. 23.

²⁵⁾ Savigny, System, T. VII, стр. 30, 31.

²⁶⁾ L. 12, § 1 (XI, I) D.

²⁷⁾ Ewelt, Die Gerichts-Verfassung und der Civil-Process. стр. 115; Koch, Der preuss. Civil-Process. стр. 421.

²⁸⁾ Entwurf einer Civil-Process-Ordnung fürs deutsche Reich. art. 253.

различіе ошибки относительно фактовъ и относительно права, слѣд., и здѣсь опредѣляющими должны являться теоретическія начала. Въ дѣйствующемъ австрійскомъ *Gerichts-Ordnung* ²⁹⁾ нѣтъ никакихъ особыхъ постановленій объ опроверженіи судебного признанія. Но по новому проекту ³⁰⁾ предоставляется свободному усмотрѣнію суда каждый разъ опредѣлять на сколько опроверженіе основательно. Французское законодательство допускаетъ опроверженіе судебного признанія, если будетъ доказано, что признаніе было слѣдствіемъ d'une erreur de fait ³¹⁾. Конечно, можно думать, что законъ здѣсь говоритъ объ ошибкѣ въ фактическихъ обстоятельствахъ дѣла, но французская теорія ³²⁾ различаетъ опроверженіе признанія констатирующаго дѣйствительность и признанія договорнаго; въ послѣднемъ случаѣ, значить, берется во вниманіе ошибка признавашагося касательно именно заявленій противника. Но далѣе французское законодательство формулируетъ извѣстное въ римскомъ правѣ, затѣмъ принятое и развитое Куяціемъ, особенное основаніе, по которому по одной ошибкѣ въ правѣ нельзя опровергать судебное признаніе: *il ne pourrait être révoqué sous prétexte d'une erreur de droit* ³³⁾.

Русское законодательство ³⁴⁾ въ вопросѣ объ опроверженіи судебного признанія представляетъ ту особенность, что различаетъ, относится-ли предметъ признанія къ личнымъ дѣйствіямъ признавашагося или нѣтъ; признаніе свое онъ можетъ опровергать только въ томъ случаѣ, когда оно относилось не къ личнымъ его дѣйствіямъ. Подъ дѣйствіями личными, конечно, прежде всего нужно понимать дѣйствія, совершенныя самимъ признавшимся. Уставъ исходитъ изъ того предположенія, что, если человѣкъ предъ судомъ говоритъ о дѣйствіяхъ, со-

²⁹⁾ Föger-Wessely, Gerichtliches Verfahren. стр. 95. Österr. allg. G. Ordn. 1781, §§ 107 — 110.

³⁰⁾ Entwurf einer Civil-Process-Ordnung für Österr. 1876 §, 294.

³¹⁾ Code civil, art. 1356.

³²⁾ Larombière, Théorie et pratique des obligations, T. V, стр. 425.

³³⁾ Code civil art. 1356 и вышеприведен. п. 15.

³⁴⁾ Ст. 482 уст. гражд. судопр.

вершенныхъ имъ самимъ, то эти заявленія его, это признаніе имѣетъ данныя въ пользу достовѣрности признаннаго; здѣсь человѣкъ говоритъ о томъ, что ему должно быть хорошо извѣстно — о своихъ собственныхъ дѣйствіяхъ. Съ другой стороны если и можно допустить, что и свои собственные дѣйствія иногда изглаживаются изъ памяти, по крайней мѣрѣ нѣкоторыя черты, нѣкоторыя подробности этихъ дѣйствій, то законъ предполагаетъ, что, не помня хорошо о своихъ дѣйствіяхъ, тяжущійся не долженъ о нихъ заявлять ничего положительнаго; если же дѣлаетъ заявленіе, признаніе, то дѣлаетъ или по небрежности или изъ желанія принять на себя юридическія послѣдствія признанія. И въ томъ и въ другомъ случаѣ нельзя видѣть основаній къ допущенію опроверженія признанія. Мы видѣли, по какимъ основаніямъ допускается опроверженіе договорнаго признанія. Но въ признаніи тяжущагося о своихъ собственныхъ дѣйствіяхъ, хотя и можетъ проявляться договорный характеръ, основанія же опроверженія вообще договорнаго признанія не могутъ имѣть приложенія; основанія эти, какъ мы видѣли, заключаются въ томъ, что признавшійся ошибается относительно заявленій противника; при опроверженіи признанія тяжущагося о своихъ собственныхъ дѣйствіяхъ, если бы онъ сталъ ссылаться, что ошибался относительно заявленій противника объ этихъ дѣйствіяхъ, то вопросъ, все таки сводился бы къ тому, что онъ ошибся въ своихъ заявленіяхъ относительно своихъ собственныхъ дѣйствій. А такая ошибка можетъ разсматриваться не иначе какъ результатъ небрежности признавашагося къ своимъ собственнымъ интересамъ, за что онъ и долженъ нести невыгоды, не допускаться къ опроверженію своего признанія. Другое дѣло, когда тяжущійся хотя сдѣлалъ признаніе о своихъ собственныхъ дѣйствіяхъ, но желаетъ опровергать признаніе въ томъ смыслѣ, что самыя признанныя имъ его дѣйствія должны быть, по его мнѣнію, опровергнуты. Вопросъ въ этомъ случаѣ долженъ рѣшаться соотвѣтственно тому, покрываются-ли въ конкретномъ случаѣ судебнымъ при-

знаніемъ тѣ недостатки, по которымъ можно было бы уничтожить разъ совершенное частно-гражданское правоотношеніе.

Далѣе, къ личнымъ дѣйствіямъ, признаніе о которыхъ не подлежитъ, по уставу, опроверженію, нельзя исполнѣ относить то, что, хотя и не было совершено самимъ признавшимся, но составляетъ его личное дѣйствіе въ томъ смыслѣ, что было воспринято имъ посредствомъ его внѣшнихъ чувствъ. Здѣсь возможна ошибка, которая не можетъ быть поставлена въ вину признавшемуся въ одинаковой мѣрѣ съ ошибкой въ признаніи о своихъ дѣйствіяхъ; потому опроверженіе признанія на основаніи таковой ошибки могутъ быть допускаемы. Затѣмъ, заисключеніемъ опроверженія признанія тяжущагося о своихъ личныхъ дѣйствіяхъ, признаніе о прочихъ предметахъ можетъ быть опровергаемо въ томъ случаѣ, когда признавшійся докажетъ, что онъ былъ введенъ въ заблужденіе невѣдѣніемъ того обстоятельства, которое открылось лишь впоследствии. Сравнительно съ вышеизложенной общей теоріей и съ положительными законодательствами уставъ представляетъ только ту особенность, что болѣе точно опредѣляетъ, какого рода заблужденіе признавагося можетъ быть извинительно и слѣд., признаніе, сдѣланное по такому заблужденію можетъ быть опровергаемо. Заблужденіе считается, по уставу, извинительнымъ, когда оно произошло отъ извинительнаго невѣдѣнія; невѣдѣніе же будетъ извинительнымъ тогда, когда произошло не отъ нерадѣнія и невниманія, но когда самое обстоятельство, предметъ невѣдѣнія, было во время производства *въ* матеріаловъ, подлежащихъ воспріятію признавагося, и *открылось*, т. е. стало возможнымъ матеріаломъ для воспріятія со стороны признавагося только *впоследствии*, т. е. послѣ сдѣланнаго признанія. Здѣсь мы прежде всего должны замѣтить, что этотъ моментъ возможности опроверженія признанія дѣлится только до постановленія рѣшенія по дѣлу въ апелляціонной инстанціи. Послѣ, вопросъ объ опроверженіи можетъ разсматриваться только съ точки зрѣнія тѣхъ основаній, какія допускаются закономъ для отмены

рѣшенія, вошедшаго въ законную силу. Такимъ образомъ, законъ имѣетъ въ виду опроверженіе признанія только до рѣшенія апелляціонной инстанціи ^{34a)}. При опроверженіи признанія въ этотъ періодъ времени въ понятіе объ обстоятельствахъ, невѣдѣніе коихъ было причиной заблужденія признавагося, входятъ не только обстоятельства, относящіеся къ фактической сторонѣ спорнаго правоотношенія, но и обстоятельства составляющія доказательныя средства. Что касается опроверженія признанія послѣ того, какъ рѣшеніе по дѣлу вошло въ законную силу, то нужно руководствоваться ст. 794 уст. гр. судопр., по которой просьба о пересмотрѣ рѣшенія возможна въ случаѣ *открытія новыхъ обстоятельствъ по дѣлу или въ случаѣ подлога, обнаруженнаго въ актахъ, на коихъ рѣшеніе основано*. Нужно замѣтить, что законъ специально указываетъ одинъ случай пересмотра на основаніи порока доказательнаго средства. Такимъ образомъ, можно думать, что законъ подъ новыми обстоятельствами не разумѣетъ обстоятельствъ, относящихся къ доказательнымъ средствамъ, иначе онъ не говорилъ бы специально объ обнаруженіи подлога въ актѣ, на коемъ рѣшеніе основано. Эту же мысль мы встрѣчаемъ и въ римскомъ правѣ, по которому рѣшеніе, вошедшее въ законную силу, не могло быть отмѣнено по одному тому основанію, что послѣ найденъ новый, бывший неизвѣстнымъ при производствѣ, документъ ³⁵⁾. Такимъ образомъ, основаніемъ пересмотра рѣшенія не можетъ быть заблужденіе признавагося, проистекавшее отъ невѣдѣнія того доказательнаго средства, которое открылось лишь впоследствии.

^{34a)} Такимъ образомъ признаніе, сдѣланное въ первой инстанціи, можетъ быть опровергаемо въ апелляціонной инстанціи, *nam appellatio suspenditur pronunciatum, et ita non potest adhuc negotium dici finitum. Nec potest dici res judicata, ubi est a sententia appellatum. Durantis, l. c. De confessionibus § 4 n. 9* См. выше, стр. 105 n. 7.

³⁵⁾ L. 4 (7, 52) Cod. Сравн. L. 27, (44, 2) D. Bethmann-Hollweg, Civil-Process, T. II, стр. 716. n. 37.

VII.

ПРИБАВЛЕНІЕ.

Теорія законодательствъ римскаго, французскаго, нѣмецкихъ и русскаго по вопросу о квалифицированномъ признаніи. Его сущность и юридическое значеніе; условія такого юридическаго значенія.

Ученіе о *квалифицированномъ признаніи* съ давнихъ поръ въ юридической литературѣ вызывало спеціальныя изслѣдованія. Въ нѣмецкой литературѣ такихъ изслѣдованій въ настоящее время можно насчитать нѣсколько десятковъ *). Несмотря на безчисленное множество спеціальныхъ изслѣдованій, вопросъ о квалифицированномъ признаніи остается спорнымъ въ самихъ существенныхъ своихъ частяхъ. Нѣкоторые изъ новѣйшихъ процессуалистовъ пришли наконецъ къ тому убѣжденію, что начиная съ глоссаторовъ, всѣ многочисленныя попытки ученыхъ по этому вопросу представляютъ собою рядъ ошибокъ ¹⁾. Въ виду такого положенія вопроса въ ученой литературѣ, мы считаемъ необходимымъ еще строже слѣдовать разъ принятой нами системѣ, т. е. изложить ученіе только на основаніи положительныхъ законодательствъ, не входя въ разборъ отдѣльныхъ мнѣній ученыхъ, но пользуясь трудами ихъ только въ той мѣрѣ, въ какой они объясняютъ положительныя законодательства.

Въ римскомъ правѣ мы находимъ указанія на то, что въ гражданскомъ процессѣ не рѣдко одна тяжущаяся сторона дѣлала такія заявленія ²⁾, которыя *не вполне* соответствовали заявленіямъ противной стороны. Такимъ образомъ, на вопросъ

*) Укажу только главнѣйшія изъ этихъ изслѣдованій. бывшихъ у меня подъ рукою: Bornemann, Confessio qualificata, 1806 Linde, Abhandlungen I, 3. Schütz, Dissertatio de confessione qualificata 1826, Francke, Versuche über das qualifizierte Geständniss 1832. Mittermayer, въ Archiv für die Civ.-Praxis B. XVI. Breckenhöft тамъ же B. XXII. Pöschmann: Über die Natur des s. g. qualificierten Geständnisses im Civ.-Process, 1863. Bolgiano, Gesammelte Abhandlungen 1869 VII.

¹⁾ Renaud, l. c. § 104, n. 42 — 45. Bolgiano, l. c. стр. 138.

²⁾ L. 4, l. 9, §§ 5 и 6 (XI, I) D.

наслѣдникъ—ли всего имущества наслѣдодателя, отвѣтчикъ могъ сказать да, наслѣдникъ, и прибавить ³⁾, что не всего имущества, а только той или другой части имущества, или прибавить, по какому праву онъ наслѣдникъ и т. под. Какое юридическое значеніе имѣла эта прибавка, эта кваликація? Прежде всего замѣтимъ, что, по римскому праву, если отвѣтчикъ сдѣлалъ заявленіе, согласно съ заявленіемъ истца, *pec adjecerit ex qua parte heres est*, онъ считается признавшимъ заявленіе истца *вполнѣ ex asse respondisse dicendum est*. Отсюда *вполнѣ* правильнымъ будетъ выводъ, что, если отвѣтчикъ сдѣлалъ прибавку, то обязывается не въ объемъ заявленія истца, но въ предѣлахъ своего заявленія ⁴⁾. Такимъ образомъ, если въ данномъ спорѣ основной рѣшенія должно было служить только признаніе, то правоотношеніе спорное устанавливалось въ такомъ видѣ, въ какомъ оно является въ признаніи отвѣтчика. Далѣе, въ римскомъ правѣ мы встрѣчаемъ не мало случаевъ, когда сдѣланная отвѣтчикомъ въ признаніи прибавка оказывается болѣе выгодной для него, чѣмъ даютъ на то ему право дѣйствительныя обстоятельства дѣла, оказывается невѣрной. Какимъ образомъ обнаруживалось въ процессѣ, что признаніе отвѣтчика невѣрно? Для насъ этотъ вопросъ важенъ потому, что онъ ведетъ къ рѣшенію вопроса, кто, по римскому праву, долженъ былъ доказывать, если противникъ выражалъ сомнѣніе относительно прибавки въ признаніи отвѣтчика. Въ случаѣ, когда прибавка оказывалась невѣрной—признаніе отвѣтчика называется ложью, признавшійся лжецомъ ⁵⁾. Если предположить, что, въ случаѣ сомнѣнія относительно прибавки, доказывать вѣрность ея долженъ былъ признавшійся, то въ такомъ разѣ одно бы могло послѣдовать, что онъ или доказалъ бы ея вѣрность, или не доказалъ бы; но въ послѣднемъ случаѣ можно было бы говорить только о бездоказательности заявленія, но никоимъ об-

³⁾ I. 11, § 6 (XI, I) D. и друг.

⁴⁾ L. 20, §§ 1 и 2. L. 11 § 1 и 2 (XI, I) D. h. 25 (22, 3) D.

⁵⁾ L. 11, § 3 (XI, I) D.

разомъ нельзя было выражаться о немъ, какъ выражается римское право, что онъ лгалъ, говорилъ недобросовѣстно. Если же о немъ римское право такъ выражается, то болѣе правильнѣе, намъ кажется, сдѣлать такой выводъ, что, если противникъ подвергалъ сомнѣнію вѣрность признанія и по разсмотрѣніи оно дѣйствительно оказывалось ложнымъ и недобросовѣстнымъ, то это могло произойти только вслѣдствіе того, что истецъ доказывалъ не вѣрность признанія. Это мнѣніе о доказываніи истцемъ невѣрности признанія отвѣтчика подтверждается тѣмъ, что невѣрное признаніе, считаясь недобросовѣстнымъ, влекло по римскому праву, невыгодныя, карательныя послѣдствія для отвѣтчика: съ него тогда взыскивалась вся сумма иска, безъ всякаго отношенія къ тому, сколько онъ дѣйствительно долженъ. Такая кара представлялась бы крайне несправедливой, если бы была послѣдствіемъ только одного того, что отвѣтчикъ не доказалъ вѣрность своего признанія, когда оно было подвергнуто сомнѣнію истцемъ, не представившимъ, съ своей стороны никакихъ доказательствъ. Наконецъ, изложенное мнѣніе, что противникъ долженъ былъ доказывать, въ случаѣ если выражалъ сомнѣніе относительно достовѣрности квалифицированного признанія, подтверждается тѣмъ, что въ римскомъ правѣ, представляются однозначущими, тождественными случаи, когда квалифицированное признаніе оказывалось ложнымъ, недобросовѣстнымъ и когда простое прямое отрицаніе оказывалось ложнымъ, недобросовѣстнымъ ⁶⁾. Мы не находимъ въ данномъ *lex*’ѣ указаній, чтобы производство въ этихъ двухъ случаяхъ было неодинаково; напротивъ, какъ прямое отрицаніе, такъ и квалифицированное признаніе, если оказывались ложными, влекли одно и тоже послѣдствіе — взысканіе всей суммы иска. Но, само собою разумѣется, что, если отвѣтчикъ заявлялъ прямое отрицаніе претензій истца, ни съ чѣмъ несообразно было бы требовать отъ него доказательствъ его отрицанія, и за неуспѣхомъ оныхъ обвинять его въ недобросо-

⁶⁾ L. 17, (XI, I) D.

вѣстности и наказывать, тѣмъ болѣе, если претензіи истца были бездоказательны. Такъ какъ оба сказанные случая отождествляются, то, если въ одномъ случаѣ оказывается крайней несообразностью, при отрицаніи со стороны отвѣтчика, требовать отъ него представленія доказательствъ, точно также въ случаѣ сомнѣнія о его квалифицированномъ признаніи представлялось несообразнымъ требовать отъ него доказательствъ этого признанія. Такимъ образомъ противникъ, подвергающій признаніе сомнѣнію, долженъ съ своей стороны доказывать основательность своихъ заявленій, въ чемъ они не согласны съ признаніемъ.

Итакъ, римскому праву извѣстно было такого рода судебное признаніе, которое не вполнѣ соответствовало заявленіямъ противника, но заключало въ себѣ нѣкоторыя измѣненія, прибавки, квалифицировало данный предметъ нѣсколько иначе, чѣмъ какимъ онъ является по заявленіямъ противника. Далѣе, въ случаѣ возраженія противника противъ этихъ квалифицирующихъ пунктовъ, онъ, противникъ признавагося, долженъ доказывать основательность своихъ возраженій. Такимъ образомъ, спорное правоотношеніе устанавливалось рѣшеніемъ или на основаніи судебного признанія, и въ такомъ случаѣ устанавливалось въ томъ видѣ, въ какомъ представлялось оно въ признаніи, — или, если признаніе оспаривалось, тогда вопросъ рѣшался уже не на основаніи однихъ заявленій, но на основаніи доказательствъ, какія приводились сторонами, каждой въ пользу своихъ заявленій ^{6a)}).

Вопросъ, есть-ли въ наличности доказательства у тяжущагося въ пользу вообще его заявленій, въ частности, въ пользу тѣхъ пунктовъ его заявленій, съ которыми не вполнѣ согласно признаніе, сдѣланное противникомъ, — этотъ вопросъ представляется, такимъ образомъ, весьма важнымъ въ ученіи

^{6a)} Сравни. напр. Francke, *Versuche über das qualif. Geständniss* стр. 8. Linde, *l. c.* стр. 115, 116. У него же можно найти изложеніе воззрѣній нѣмецкихъ ученыхъ по этому вопросу; самъ онъ въ свою очередь предпочитаетъ имѣть свое воззрѣніе.

о юридическомъ положеніи квалифицированнаго признанія. Здѣсь берутся во вниманіе не одни только доказательныя средства, но вообще всѣ тѣ основанія, по которымъ данное обстоятельство можетъ считаться дѣйствительнымъ, каковы напр. презумпціи. Презумпція достовѣрности, вообще доказанность заявленій, положимъ, истца въ томъ ихъ видѣ, въ какомъ они сдѣланы, можетъ существовать въ производствѣ или до момента квалифицированнаго признанія, независимо отъ онаго, или же возникаетъ съ момента этого признанія. Для насъ особенно важенъ второй случай, когда *вслѣдствіе самаго квалифицированнаго признанія* отвѣтчика возникаетъ презумпція въ пользу заявленія истца въ томъ ихъ видѣ, въ какомъ они имъ сдѣланы. При наличности такой презумпціи оказывается, что заявленіе истца имѣетъ правдоподобность, между тѣмъ квалифицирующіе пункты признанія отвѣтчика остаются голословными. Отсюда слѣдуетъ измѣненіе въ распредѣленіи обязанности доказывать: отвѣтчикъ долженъ доказывать квалифицирующія части своего признанія. Вопросъ, значить, въ томъ, въ какихъ случаяхъ, съ квалифицированнымъ признаніемъ соединяется большая или меньшая доказанность заявленій истца въ ихъ первоначальномъ видѣ.

Въ римскомъ правѣ мы находимъ нѣкоторыя указанія на эти случаи. Такъ, если часть квалифицированнаго признанія, согласная съ заявленіемъ истца, имѣетъ своимъ предметомъ такого рода фактъ, съ наличностью котораго возникаетъ презумпція достовѣрности и другихъ фактовъ, которые въ другой части того же квалифицированнаго признанія отрицаются или видоизмѣняются, то оказывается, что одна часть его создала презумпцію, другая же часть противна этой презумпціи; какъ голословное заявленіе эта часть сама по себѣ не можетъ разрушить презумпціи, потому, если признавшійся хочетъ настаивать на своемъ признаніи во всей его цѣлости, то на него должна быть возложена обязанность доказывать ⁷⁾. Замѣтимъ,

⁷⁾ I. 5, § 1 (22, 3) D.

что, при обсужденіи этого вопроса судомъ, могутъ имѣть значеніе не только презумціи законныя, но и простыя ⁸⁾).

Другая существенная для нашего вопроса сторона, обращающая на себя вниманіе въ вышеприведенныхъ *lex*'ахъ, заключается въ томъ, что квалифицирующія части признанія представляются имѣющими юридическую связь съ даннымъ спорнымъ правоотношеніемъ, входящими въ юридическое понятіе о спорномъ дѣлѣ; въ противномъ случаѣ эти квалифицирующія части признанія могутъ быть отдѣлены отъ тѣхъ частей признанія, которыя согласны съ заявленіемъ противника, и засимъ признаніе трактуется какъ простое, неквалифицированное. Въ объемъ юридическаго понятія о спорномъ правоотношеніи входятъ вопросы о лицахъ — субъектахъ правоотношенія, объектѣ его, количествѣ, свойствахъ, родахъ и видахъ объекта, о мѣстѣ, времени и моментахъ возникновенія, продолженія и прекращенія правоотношенія, наконецъ о свойствахъ и родѣ самого правоотношенія. Если возраженія и отводы (*exceptioes*) которые, положимъ, будутъ составлять квалифицирующую часть признанія, если они будутъ также имѣть юридическую связь съ спорнымъ правоотношеніемъ, будутъ входить въ юридическое понятіе о немъ, они также не составляютъ исключенія и должны трактоваться по изложеннымъ началамъ квалифицированного признанія. Утверждая, что возраженія и отводы, при указанныхъ условіяхъ, не составляютъ исключенія изъ общихъ началъ, опредѣляющихъ юридическую природу квалифицированного признанія, мы считаемъ нужнымъ сказать нѣсколько словъ относительно одного *lex*'а ⁹⁾, на который обыкновенно ссылаются подтвержденіе того мнѣнія, что если квалифицирующая часть признанія есть, сама по себѣ, возраженіе или отводъ

⁸⁾ L. 25 (22, 3) D.

⁹⁾ L. 9 (8, 36) Cod. Si quidem intentionem actoris probationem deficere confidit, nulla tibi defensio necessaria est. Si vero de hac confitendo exceptione te munitum asseveras, de hac tantum agi convenit. Nam si etiam de intentione dubitas: habita exceptionis contestatione, tunc demum, cum intentionem (suam) secundum asseverationem suam petitor probaverit, huic esse locum monstrari convenit.

(*exsertio*), то другая часть признанія должна быть принята въ пользу противника, а эта отдѣлена, и ее долженъ доказывать признавшійся. Буквальный смыслъ означеннаго *lex*'а тотъ, что въ гражданскомъ процессѣ отвѣтчику нѣтъ необходимости въ какой бы то ни было защитѣ, если онъ находитъ, что притязанія истца не имѣютъ въ свою пользу доказательствъ. *Si vero de hac confitendo* — если же отвѣтчикъ признаетъ ихъ доказанными, значитъ основательными въ томъ ихъ видѣ, въ какомъ они представлены истцомъ, но затѣмъ защищается посредствомъ *exsertio*, то объ этой только *exsertio* и должна быть рѣчь въ производствѣ, т. е. притязанія истца считаются установленными, констатированными, *exsertio* же должна быть доказываема отвѣтчикомъ. *Nam si etiam de intentione dubitas*, т. е. (въ виду первыхъ словъ *lex*'а) если отвѣтчикъ имѣлъ сомнѣнiе также о самыхъ исковыхъ притязанiяхъ, т. е. не признавалъ ихъ такими, какими заявлялъ ихъ истецъ то онъ обязанъ подтверждать свои сомнѣнiя только тогда, когда истецъ доказалъ свои исковыя требованiя въ томъ видѣ, въ какомъ онъ ихъ заявлялъ, *secundum asseverationem suam*. Мнѣ кажется, буквальный смыслъ закона даетъ право утверждать, что здѣсь вовсе нѣтъ изъятiя изъ вышеизложеннаго ученiя о юридической природѣ квалифицированнаго признанiя. Если квалифицирующая часть признанiя будетъ представлять собою *exsertio*, то она отдѣляется отъ другой части признанiя и должна быть доказываема отвѣтчикомъ только тогда, когда въ этой другой части отвѣтчикъ признаетъ, что исковыя притязанiя въ томъ видѣ, въ какомъ заявлены истцемъ, имѣютъ доказательства въ свою пользу ^{9a}). Въ такомъ смыслѣ понимали этотъ *lex* нѣкоторые изъ глоссаторовъ ¹⁰). Съ другой стороны, независимо отъ та-

^{9a}) Такимъ образомъ нужно думать, что здѣсь рѣчь идетъ о такого рода *exsertio*, которое можетъ имѣть мѣсто тогда, когда исковое право съ своей стороны имѣетъ презумпцiю дѣйствительности.

¹⁰) *Salicetus Ad L. 9 (8, 36) Cod. ista est difficilis lex et quasi difficilior in materia, nec reperitur utilior ista. Si reus est certus quod actor non potest probare, debet denegare, non excipere; sed si dubitatur, potest*

кого толкованія, означенный *lex* представляет и другія данныя въ пользу общихъ началъ ученія о квалифицированномъ признаніи. Такимъ образомъ, *lex* говоритъ, что если отвѣтчикъ будетъ сомнѣваться также относительно исковыхъ притязаній, тогда истецъ долженъ доказывать ихъ *secundum asseverationem suam*, и только послѣ этого наступаетъ и для отвѣтника обязанность доказывать свои сомнѣнія. Если мы возьмемъ любое квалифицированное признаніе, имѣющее свои существенныя черты и условія, то оно будетъ непременно заключать въ себѣ сомнѣніе относительно претензій истца въ томъ ихъ видѣ и значеніи, въ какомъ они представлены истцемъ. А если такъ, то означенный *lex* не только не противорѣчитъ вышеизложеннымъ началамъ, но вполнѣ подтверждаетъ ихъ. Такимъ образомъ, въ результатъ, начала, опредѣляющія юридическую природу квалифицированного признанія сводятся къ одному основному процессуальному принципу — равенства тяжущихся сторонъ при доказываніи. Въ силу этого принципа вопросъ о фактическихъ обстоятельствахъ дѣла рѣшается или на основаніи однихъ заявленій сторонъ, и тогда заявленіямъ обѣихъ сторонъ должна даваться равная вѣра, или же вопросъ рѣшается на основаніи не однихъ только голословныхъ заявленій но на основаніи доказательствъ, и тогда принципъ равенства обнаруживается въ томъ, что обѣ стороны одинаково обязаны представлять доказательства, каждая въ пользу своихъ заявленій.

Современныя законодательства по вопросу о квалифицированномъ признаніи представляютъ, при сравненіи ихъ другъ съ другомъ, слѣдующія особенности; французское законодательство ¹¹⁾ выставляетъ основной принципъ ученія о квалифицированномъ признаніи въ видѣ такой формулы: *l'aveu judiciaire ne peut être divisé contre celui qui l'a fait*. Что лежитъ въ

utrumque culmare, scilicet negando, et si probetur excipiendo (secundum Baldum). Vel sic: reo non expedit exceptionem opponere, si credit actorem non probare; alias debet exceptionem sub conditione opponere, et post probatam intentionem actoris illam probare. Тоже Vivianus, ad. L. 9 (8, 36) Cod.

¹¹⁾ Cod. civil. art. 1356.

основѣ такой заботливости законодателя объ интересахъ признавашагося, по какимъ мотивамъ законодатель хотѣлъ общій принципъ формулировать въ нормѣ положительнаго закона? Появленіе такой принципіальной нормы закона легко объясняется тѣмъ, что, по идеѣ законодателя, признавшійся представляется достойнымъ особенной защиты: законодатель имѣлъ въ виду такого тяжущагося, который, несмотря на отсутствіе доказательствъ противъ него, несмотря, слѣд., на то, что онъ легко могъ бы отрицать притязанія противника и безъ хлопотъ избавиться отъ взысканія, тѣмъ не менѣе заявляетъ о своихъ обязательствахъ по отношенію къ противнику, въ томъ ихъ видѣ, въ какомъ они должны быть по его убѣжденію, дѣйствуетъ, слѣд., добросовѣстно. Въ виду этого законодатель считалъ несправедливымъ, противнымъ принципу равенства тяжущихся сторонъ на судѣ, если бы судъ, основываясь на однихъ только заявленіяхъ сторонъ, неподкрѣпленныхъ другими доказательствами, сталъ бы дѣлать квалифицированное признаніе, бралъ во вниманіе то, что согласно съ заявленіями противника и на этомъ основывалъ свое рѣшеніе, а то, что несогласно, оставлялъ бы безъ вниманія или требовалъ отъ признавашагося доказательствъ; въ результатѣ оказалось бы, что судъ безъ всякаго основанія и въ противность справедливости отдалъ бы предпочтеніе заявленіямъ и интересамъ одной стороны и игнорировалъ бы заявленія, наносилъ ущербы интересамъ другой стороны. По означеннымъ мотивамъ французскій законодатель въ огражденіе добросовѣстнаго тяжущагося и формулировалъ принципъ недѣлимости судебного признанія. Но само собою разумѣется, что принципъ недѣлимости не можетъ имѣть приложенія тамъ, гдѣ не будетъ существеннаго условія его приложенія — т. е. гдѣ въ пользу заявленій противника или противъ квалифицирующихъ частей признанія будутъ въ наличности доказательства. Съ другой стороны принципъ, выраженный во французскомъ законодательствѣ, подразумеваетъ и другое условіе, необходимое для его приложенія: *l'aveu ne peut*

être divisé contre celui qui l'a fait. Рѣчь о *недѣлимости* непремѣнно предполагаетъ, что предметъ признанія представляетъ собою *одно цѣлое*. Единство, цѣлостность правоотношенія обуславливается юридическою связью всѣхъ частей его, о которыхъ говоритъ признаніе. Въ чемъ состоитъ эта связь — опредѣлить ее дѣло процессуальной теоріи.

Составители проекта гражданского судопроизводства германской имперіи высказались противъ принципа недѣлимости судебного признанія, говоря, что онъ не имѣетъ въ свою пользу убѣдительныхъ доказательствъ ¹²⁾. Мы съ своей стороны должны замѣтить, что едвали это мнѣніе основательно, такъ какъ въ нѣмецкой юридической литературѣ, несмотря на многочисленныя изслѣдованія о квалифицированномъ признаніи, научной критики принципа недѣлимости, формулированнаго во французскомъ законодательствѣ, мы не встрѣчаемъ ^{12a)}.

Такимъ образомъ по мнѣнію составителей проекта принципъ долженъ быть совсѣмъ устраненъ изъ тѣхъ мѣстностей имперіи, въ которыхъ онъ былъ извѣстенъ. Нѣмецкіе законодатели думаютъ устранить этотъ принципъ слѣдующимъ постановленіемъ: «значеніе судебного признанія не ослабляется тѣмъ, что къ нему будетъ присоединено заявленіе, которое заключаетъ въ себѣ самостоятельное основаніе иска или защиты». «Насколько заявленіе, сдѣланное предъ судомъ, должно, независимо отъ другихъ добавочныхъ и ограничивающихъ его заявленій, рассматриваться какъ судебное признаніе—это опредѣляется по свойствамъ каждаго отдѣльнаго случая» ¹³⁾. Если первой половинѣ параграфа и можно дать нѣкоторое значеніе въ вопросѣ о квалифицированномъ признаніи, за то вторая половина не имѣетъ никакого значенія, не даетъ никакихъ руководящихъ началъ для суда. Съ другой стороны, мнѣніе составителей проекта объ устраненіи изъ нѣмецкаго процесса

¹²⁾ Мотивы къ новому проекту, стр. 476.

^{12a)} Напр. вышеприведенные мотивы (н. 12) ограничиваются одной голословной фразой; или напр. Linde, Abhandlungen. стр. 100—109.

¹³⁾ § 252 Entwurf einer Civil-Process-Ordnung für d. Reich.

принципа недѣлимости оказывается пустой фразой, обличающей одно только желаніе составителей во что бы то ни стало заявить о своей самостоятельности и независимости отъ французской теоріи. Такимъ образомъ, въ результатъ, мы должны сказать, что проектъ уст. гражд. судопр. герм. имперіи не внесъ свѣта въ ученіе о квалифицированномъ признаніи; § 252, можно сказать, одинъ изъ самыхъ слабыхъ въ проектъ.

Итакъ, французское законодательство смѣло формулируетъ съ положительной стороны основной принципъ ученія о квалифицированномъ признаніи; только что разсмотрѣнный проектъ гражданского судопроизводства герм. имперіи старается указать ограниченія этого принципа. И отъ того и отъ другаго отличаются законодательства *прусское* и *русское*.

Въ прусскомъ законодательствѣ нѣтъ постановленій, прямо относящихся къ квалифицированному признанію. Но вопросъ стоитъ такъ: судья долженъ установить, какіе пункты между сторонами спорны и какіе внѣ спора ¹⁴⁾, если какіе либо пункты остаются спорными между сторонами, эти пункты должны быть доказываемы въ обыкновенномъ порядкѣ ¹⁵⁾. Такимъ образомъ, вопросъ о томъ, насколько квалифицированное признаніе ставить заявленія противника внѣ спора, иначе говоря, вслѣдствіе того, что заявленія противника признаны съ извѣстными ограниченіями и прибавками, дѣлаются-ли эти заявленія безспорными, и остаются-ли прибавки подлежащими спору. словомъ можетъ-ли быть дѣлимо квалифицированное признаніе и при какихъ условіяхъ — всѣ эти вопросы при дѣйствующемъ прусскомъ законодательствѣ должны быть разрѣшаемы теоріей ¹⁶⁾. Тоже воззрѣніе мы встрѣчаемъ въ новѣйшихъ (1864 г.) работахъ по реформѣ прусскаго гражданского процесса. Исходнымъ пунктомъ также принято воззрѣніе, что коль скоро заявленія сторонъ о

¹⁴⁾ All. Ger. Ordn. tit. X, § 27. c.

¹⁵⁾ All. Ger. Ordn. tit. VIII, §§ 17, 18. Linde, Abhandlungen, § 14.

¹⁶⁾ Насколько разнообразны и противорѣчивы взгляды теоріи прусскаго процесса, см. напр. Koch, Der preuss. Civil-Process, стр. 417, 418. Сравни. Linde, Abhandlungen, стр. 123.

данныхъ обстоятельствахъ несогласны между собою, значить это обстоятельство остается спорнымъ, и какъ таковое должно разсматриваться и доказываться обыкновеннымъ порядкомъ. Поэтому прусскій проектъ 1864 г. не заключаетъ въ себѣ постановленій о квалифицированномъ признаніи, предоставляя суду и теоріи рѣшать вопросы, при какихъ условіяхъ тѣ пункты, о которыхъ трактуетъ квалифицированное признаніе, могутъ считаться юридически извѣстными ¹⁷⁾. Что касается русскаго законодательства, то коммиссія, составлявшая уставъ гражданского судопроизводства, «признала, что правило о нераздробляемости признанія имѣетъ *важное значеніе съ теоретической точки зрѣнія*, но безусловное его примѣненіе на практикѣ было бы не только неудобно, но почти невозможно» ¹⁸⁾. Самъ собою представлялся вопросъ, въ чемъ же заключаются условія, при которыхъ примѣненіе правила о нераздробляемости можетъ быть вполне справедливымъ. Существующее разнообразіе, шаткость и непрочность мнѣній въ западной литературѣ по этому вопросу были причиной того, что составители устава, отказались отъ мысли формулировать въ законѣ какія либо руководящія начала по вопросу ¹⁹⁾. Такимъ образомъ, по нашему процессуальному праву, все ученіе о квалифицированномъ признаніи нуждается въ теоретическихъ началахъ, которые были бы въ этомъ случаѣ руководящими началами для суда. Потому, мы считаемъ необходимымъ нѣсколько подробнѣе изложить общіе основныя принципы о квалифицированномъ признаніи. Изъ анализа римскаго и французскаго права по этому вопросу, хотя въ общихъ чертахъ, но достаточно выяснились предъ нами эти начала; въ нѣмецкомъ правѣ мы не находимъ опроверженія ихъ; въ русскомъ правѣ составители устава признали весьма *важное значеніе* этихъ началъ.

¹⁷⁾ Motive zu dem Entwurf einer Process-Ordnung in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten für den preuss. Staat. 1864. Стр. 93 — 95. Тоже и въ австр. проектъ § 294.

¹⁸⁾ Объяснительная записка къ уставу гражданского судопроизводства. Стр. 283.

¹⁹⁾ Объяснительная записка. Стр. 284.

Въ ученіи о квалифицированномъ признаніи мы должны рассмотретьъ; 1) юридическую природу и процессуальное значеніе его; 2) условія, при которыхъ квалифицированное признаніе можетъ имѣть свое юридическое значеніе.

1) Существенное, чѣмъ квалифицированное признаніе отличается отъ вообще признанія, заключается въ томъ, что оно есть заявленіе тяжущагося о данномъ обстоятельстве спорнаго дѣла *не вполне* тождественное съ заявленіями о томъ же противника ²⁰⁾, такъ что эти заявленія въ признаніи являются въ такомъ видѣ, съ такой квалификаціей, какой они не имѣли. Специальное юридическое значеніе квалифицированного признанія состоитъ въ томъ, что предметъ его считается юридически извѣстнымъ не только въ тѣхъ частяхъ и отношеніяхъ, которые согласны съ заявленіями противника, но и въ тѣхъ, которые составляютъ собственно квалификацію ²¹⁾. Въ силу такого юридическаго значенія квалифицированного признанія въ производствѣ, въ которомъ оно сдѣлано, обязанность доказывать опредѣляется такъ: противникъ признавагося, если не желаетъ, чтобы спорное правоотношеніе устанавлилось согласно съ квалифицированнымъ признаніемъ, долженъ доказывать свои притязанія въ томъ ихъ видѣ, въ какомъ они были первоначально заявлены имъ, или же долженъ доказывать ихъ въ тѣхъ частяхъ, въ коихъ признаніе представляется несогласнымъ съ ними, или же, наконецъ, долженъ опровергать эти части признанія. Мы уже имѣли случай говорить, какимъ основнымъ принципомъ опредѣляется указанное юридическое значеніе квалифицированного признанія. Потому повторять сказанное о немъ считаемъ излишнимъ.

2) Что касается *условій*, при которыхъ квалифицированное

²⁰⁾ Laurent l. c. T. XX, стр. 212 такъ опредѣляетъ его: *tout aveu qui n'est pas pur et simple est un aveu qualifié.*

²¹⁾ Pothier, l. c. n. 833. Laurent, l. c. T. XX. стр. 212. Рѣшеніе гражд. касс. сената. 1870 г. № 788: «судебное признаніе надлежитъ принимать во всея составъ, и въ такомъ видѣ оно можетъ служить доказательствомъ въ пользу противной стороны того событія, которое имъ признано».

признаніе имѣетъ свое юридическое значеніе, то они представляютъ собою строго логическіе выводы и приложеніе сказаннаго принципа. Принципъ этотъ есть принципъ равенства тяжущихся сторонъ на судѣ; потому, если суду приходится рѣшать споръ о данномъ обстоятельстве на основаніи *однихъ только заявленій сторонъ*, онъ долженъ давать одинаковую вѣру какъ заявленіямъ истца, такъ и заявленіямъ отвѣтника; тѣмъ болѣе заслуживаетъ довѣрія сторона признавшаяся, — предполагается, что она сказала правду, такъ какъ дѣлаетъ заявленіе все таки невыгодное для себя, между тѣмъ могла бы просто отрицать притязанія противника, даже вовсе ничего не говорить, такъ какъ эти притязанія бездоказательны ²²⁾. Отсюда означенный принципъ не можетъ имѣть приложенія, если судъ въ производствѣ дѣла имѣетъ не одни только голословныя заявленія сторонъ, не одно признаніе, но и другія данныя, могущія служить основаніемъ для рѣшенія. Въ такомъ случаѣ принципъ равенства будетъ заключаться въ томъ, чтобы судъ какъ по отношенію къ одной, такъ и по отношенію къ другой сторонѣ, въ рѣшеніи о данномъ обстоятельстве основывался на доказательствахъ. Изъ сказаннаго слѣдуетъ, что первымъ существеннымъ, необходимымъ условіемъ для полнаго юридическаго значенія квалифицированного признанія служить отсутствіе всякихъ другихъ, кромѣ признанія, основаній юридической извѣстности о тѣхъ обстоятельствахъ, о которыхъ сдѣлано квалифицированное признаніе ²³⁾. Не представляется

²²⁾ Carré-Chauveau l. c. T. III. question 1262 n. 2. On doit présumer que celui-là a rendu hommage à la vérité qui a déposé contre lui-même, lorsqu'il pouvait contester ou se dispenser de parler, aucune preuve ne lui étant opposée et conséquemment on devait admettre l'indivisibilité de la confession.

²³⁾ Pothier (l. c. n. 833) такъ формулируетъ это условіе: Lorsque *je n'ai d'autre preuve que votre confession, je ne puis la diviser*». Cour de Cassation въ послѣднее время (Dalloz, 1873, I, 135) въ такомъ видѣ трактуетъ это условіе: *L'avou, quand il est la seule preuve produite, ne peut être divisé contre celui qui l'a fait*». Laurent (l. c. T. XX, стр. 215) по поводу этого вопроса замѣчаетъ: «La question à décider était très simple et ne méritait pas d'être portée devant la cour suprême». Въ

затруднений въ разсмотрѣніи вопроса о юридическомъ значеніи квалифицированнаго признанія, если заявленія противника имѣютъ въ производствѣ доказательства въ свою пользу помимо и независимо квалифицированнаго признанія.

Здѣсь для насъ представляютъ интересъ только два вопроса: 1) какіе наиболѣе извѣстны случаи, когда, съ наличностью квалифицированнаго признанія, заявленія противника получаютъ большую или меньшую юридическую извѣстность, или, говоря другими словами, когда, съ наличностью квалифицированнаго признанія, заявленія противника являются болѣе доказанными, а квалифицирующія части признанія остаются безъ всякаго юридическаго значенія; далѣе, 2) для насъ важенъ вопросъ, если заявленія противника имѣютъ въ пользу своей юридической извѣстности нѣкоторыя основанія, но недостаточныя, можетъ-ли квалифицированное признаніе восполнять этотъ недостатокъ?

1) Извѣстно, что въ гражданскомъ судопроизводствѣ, при установленіи вопроса, какіе пункты спорны въ данномъ дѣлѣ, какіе нѣтъ, важную роль играютъ факты очевидные (*notorium*), и вотъ квалифицирующая часть признанія можетъ отрицать или видоизмѣнять такого рода фактъ. Здѣсь прибавка не можетъ имѣть юридическаго значенія, между тѣмъ въ остальномъ признаніе устанавливаетъ юридическую извѣстность заявленій противника ²⁴⁾.

русской кассационной практикѣ также придается полное юридическое значеніе квалифицированному признанію при означенномъ условіи. «Судъ при совершенномъ отсутствіи доказательствъ со стороны истца, раздѣливъ признаніе отвѣтчика и на этомъ собственно основаніи обвинивъ его по иску..... очевидно поступилъ въ явное нарушеніе точнаго смысла 81 и 366 ст. уст. гражд. судопр. и тѣхъ разъясненій, какія указаны были въ рѣшеніяхъ гражд. касс. департ. правит. сената». Рѣш. 1869 г. № 366, также 1870 г. № 165.

²⁴⁾ Напр. по вопросу о несвоевременной доставкѣ товаровъ отвѣтчикъ призналъ, что онъ дѣйствительно не доставилъ товаръ, но прибавилъ, что онъ обязался доставить товаръ ко времени наступленія ярмарки, а это время не совпадаетъ съ тѣмъ временемъ, когда, по мнѣнію истца, долженъ быть доставленъ товаръ. Но въ данномъ случаѣ въ глазахъ суда

Далѣ, квалифицированное признаніе можетъ служить основаніемъ законной презумпціи въ пользу заявленія противника въ томъ ихъ видѣ, въ какомъ они были имъ сдѣланы. Возникшая законная презумпція устраняетъ квалифицирующія части признанія, онѣ, являясь голословными, не могутъ имѣть юридической силы, ограничивающей законную презумпцію, и получаютъ эту силу, только если будутъ доказаны признавшимся ²⁵⁾. Что касается тѣхъ случаевъ, когда квалифицированное признаніе служитъ основаніемъ простой презумпціи въ пользу заявленій противника, то здѣсь вопросъ сводится къ тому, какое вообще значеніе имѣютъ въ гражданскомъ процессѣ простыя презумпціи ²⁶⁾. Судебная практика и теорія указываютъ болѣе выдающіеся случаи, когда въ силу простой презумпціи квалифицирующія части признанія теряютъ свое юридическое значеніе. Такимъ образомъ, если квалифицирующая часть признанія стоитъ въ явномъ противорѣчій съ фактами, заявленными тою же стороною, то эта часть не получаетъ юридическаго значенія, между тѣмъ другія части признанія принимаются въ пользу заявленія противника. Явное противорѣчіе по необходимости уничтожаетъ то довѣріе, которымъ по основному принципу должно пользоваться квалифицированное признаніе, при отсутствіи доказательствъ со стороны противника; явное проти-

былъ очевиднымъ фактъ, что временемъ наступленія ярмарки былъ день подторжъя, въ который по заявленію истца не былъ доставленъ товаръ. Здѣсь квалифицирующая часть признанія, какъ противная очевидному факту, не можетъ имѣть юридическаго значенія, между тѣмъ вслѣдствіе другой части признанія обязанность доставить товаръ устанавливается въ смѣстѣ заявленій истца. См. Dalloz l. c. n. 5107 n° 5.

²⁵⁾ Linde, Abhandlungen, § 13, стр. 119. Положимъ отвѣтчикъ, мужъ призналъ, что, истица есть его жена, что онъ не былъ въ отсутствіи въ тотъ періодъ времени, въ который должно было послѣдовать зачатіе ребенка, но прибавляетъ, что ребенокъ зачатъ не отъ него. Здѣсь квалифицированное признаніе подтверждаетъ законную презумпцію; вслѣдствіе чего прибавка не имѣетъ никакого юридическаго значенія, и слѣд., первая половина должна быть принята, вторая — отвергнута. См. также Lagombière, l. c. T. V, стр. 419 (2); Dalloz, l. c. n. 5107 n° 7 и n. 5136.

²⁶⁾ Code civil, art. 1353. Lagombière l. c. T. V, стр. 418. Сравни. однако Carré-Chauveau, l. c. T. III, question 1262, стр. 186.

ворѣіе подрываетъ вѣру въ совершенную искренность признанія ²⁷⁾. Съ другой стороны юридическое значеніе квалифицирующей части признанія подрывается, если по предмету своему она будетъ *неправдоподобна*. Понятіе о неправдоподобности въ высшей степени относительное, эластичное, если каждый будетъ опредѣлять его по своему усмотрѣнію; въ такомъ случаѣ открывается широкій просторъ произволу. Потому, въ нашемъ вопросѣ недостаточно, чтобы квалифицирующая часть признанія судѣ казалась неправдоподобной ²⁸⁾; нужно, чтобы эта неправдоподобность была такого рода, чтобы въ глазахъ всякаго здравомыслящаго человѣка она представлялась абсурдомъ и дѣйствительной невозможностью ²⁹⁾.

Кромѣ того квалифицирующая часть признанія можетъ быть оставлена судомъ безъ вниманія, а другимъ частямъ придано полное юридическое значеніе въ томъ случаѣ, когда изъ производства дѣла судѣ усмотритъ *обманъ* и вообще *недобросовѣстность* стороны, сдѣлавшей квалифицированное признание. Убѣдившись въ такомъ обстоятельствѣ, судѣ не можетъ имѣть того довѣрія къ признавшемуся ³⁰⁾, въ силу котораго заявленіямъ его дается юридическое значеніе ³¹⁾.

Вторымъ существеннымъ вопросомъ мы поставили во-

²⁷⁾ Dalloz, l. c. n. 5135. Напр. отвѣтчикъ сдѣлалъ заявленіе, что получилъ уплату по закладной, послѣ онъ призналъ, что получилъ уплату, но прибавилъ, что это была уплата другаго долга.

²⁸⁾ Devilleneuve et Carrette, Recueil général des lois et des arrêts 1851 — 1860. Aven, № 12.

²⁹⁾ Такого воззрѣнія держится французская практика. Dalloz, l. c. n. 5134.

³⁰⁾ Devilleneuve et Carrette, l. c. n. 67. Dalloz, l. c. n. 5138. Larombière l. c. T. V, стр. 111 (1).

³¹⁾ Французской практикѣ извѣстенъ еще одинъ случай, когда квалифицированное признание не имѣетъ своего юридическаго значенія, именно когда въ производствѣ даннаго дѣла есть *commencement de preuve par écrit* противъ признавагося, и когда въ силу этого противникъ можетъ представлять свидѣтельскія показанія въ пользу своихъ заявленій или въ опроверженіе квалифицирующихъ частей признанія. Dalloz, l. c. n. 5139. Что во французскомъ процессѣ понимается подъ *commencement de preuve par écrit* увидимъ ниже.

прось, насколько квалифицированное признаніе можетъ служить къ пополненію недостаточныхъ доказательныхъ средствъ противника, иначе говоря, насколько квалифицированное признаніе даетъ основаніе, открываетъ возможность противнику представлять доказательныя средства, которыя иначе не могли бы быть допущены. Во французскомъ процессѣ существуетъ, въ системѣ доказательствъ, особое доказательное средство, такъ называемое *commencement des preuves par écrit*. Этимъ терминомъ обозначается всякое письменное доказательство, исходящее отъ того лица, противъ котораго оно представляется или отъ того, кого это лице представляетъ или къъмъ это лице представляется, — такое доказательство, которое по природѣ своей дѣлаетъ заявляемый фактъ правдоподобнымъ ³²⁾. Коль скоро есть такого рода документъ, сторонѣ, которая хочетъ воспользоваться этимъ документомъ, открывается возможнымъ представлять свидѣтельскія показанія и въ тѣхъ случаяхъ, когда, по общему правилу, свидѣтельскія показанія не допускаются ³³⁾. Такимъ *commencement de preuve par écrit* можетъ быть для противника квалифицированное признаніе ³⁴⁾, такъ какъ оно можетъ заключать въ себѣ такого рода указанія, которыя дѣлаютъ заявленія противника до нѣкоторой степени *вѣроятными* ³⁵⁾. Квалифицированное признаніе такимъ образомъ даетъ возможность противнику представлять въ пользу своихъ заявленій свидѣтельскія показанія, которыя, сами по себѣ, не могли бы быть представляемы въ пользу этихъ заявленій ³⁶⁾. Хотя

³²⁾ Code civil, art. 1347.

³³⁾ Aubry et Rau l. c. Т. VI, § 764.

³⁴⁾ Aubry et Rau § 764 n. 16, 17.

³⁵⁾ Aubry et Rau l. c. § 764 n. 38, 43 — 45.

³⁶⁾ Carré-Chauveau, l. c. Т. III, question 1262 стр. 186, 187. Впрочемъ мы должны замѣтить, что нѣкоторые французскіе писатели отрицаютъ за квалифицированнымъ признаніемъ значеніе *commencement de preuve par écrit*, допуская такое значеніе только въ томъ случаѣ, когда противникъ хочетъ опровергать квалифицирующія части признанія и когда вѣстѣ съ тѣмъ есть вышеупомянутыя презумпціи. Dalloz, l. c. n. 5120. Сравни. Devilleneuve l. c. n. 11.

въ русскомъ законодательствѣ нѣтъ постановленій ³⁷⁾ по которымъ бы признаніе разсматривалось какъ commencement de preuve par écrit, но нѣтъ основаній, почему бы не допускать подобнаго же значенія квалифицированного признанія и въ русскомъ гражданскомъ процессѣ. Только, по нашему мнѣнію, нужно при этомъ брать во вниманіе слѣдующее соображеніе: уставъ гражданского судопроизводства говоритъ, что свидѣтельскія показанія могутъ быть признаваемы доказательствомъ тѣхъ только событій, для которыхъ по закону не требуется письменныхъ удостовѣреній. Потому, гдѣ требуется письменное удостовѣреніе, тамъ свидѣтельскія показанія не могутъ быть допускаемы. Положимъ квалифицированное признаніе относится къ такому спорному праву, которое по закону должно быть удостовѣрено письменными документами; строго логическое примѣненіе этого закона нисколько не пострадаетъ, если, въ виду квалифицированного признанія, будутъ допущены свидѣтельскія показанія *въ опроверженіе* квалифицирующихъ частей признанія. Строгое требованіе закона о письменномъ удостовѣреніи нарушалось бы въ томъ случаѣ, если допускались бы свидѣтельскія показанія *въ подтвержденіе*, положимъ, той сдѣлки, которая должна быть удостовѣряема письменными документами ³⁸⁾.

³⁷⁾ Но уставъ гражд. судопр. допускаетъ свидѣт. показанія въ нѣкоторыхъ такихъ случаяхъ, гдѣ вообще требуются письменныя доказательства (ст. 409).

³⁸⁾ Объяснимся примѣромъ. Въ кассационной практикѣ сената встрѣчается такое дѣло: купецъ С. предъявилъ искъ въ Е. о деньгахъ за отпущенный чай, отвѣтчикъ призналъ, что онъ забиралъ чай, но прибавилъ, что слѣдующія деньги уплатить. Изъ сенатскаго изложенія дѣла видно, что при наличности такого признанія судъ допустилъ истца доказывать заборъ чая свидѣтельскими показаніями и копіею неподписаннаго отвѣтчикомъ счета и на основаніи этихъ доказательствъ призналъ доказаннымъ заборъ чая. Сенатъ кассировалъ это рѣшеніе 1870 г. № 911. Кассанія согласна съ изложенными въ нашемъ текстѣ соображеніями; сенатъ, очевидно не придаетъ квалифицированному признанію того значенія, по которому оно могло бы давать возможность истцу представить доказательства спорнаго правоотношенія, недопускаемыя закономъ для подтвержденія даннаго рода правоотношеній. Но, далѣе, въ объясненіе нашего

Мы рассмотрѣли одно существенное условіе, опредѣляющее собою юридическое значеніе квалифицированного признанія. Теперь перейдемъ къ рассмотрѣнію другаго условія, которое въ опредѣленіи юридическаго значенія квалифицированного признанія можетъ имѣть самостоятельное значеніе, независимо отъ перваго условія. Мы уже имѣли ³⁹⁾ случай замѣтить, въ чемъ заключается это второе условіе, именно оно состоитъ въ томъ, что части признанія, составляющія его квалификацію, должны, по предмету своему, представляться имѣющими *юридическую связь* съ спорнымъ правоотношеніемъ, входящими въ юридическое понятіе о спорномъ правоотношеніи ⁴⁰⁾. Опредѣлимъ точнѣе понятіе о юридической связи, какъ условіи юридическаго значенія квалифицированного признанія. Анализъ тѣхъ *lex'овъ* изъ римскаго права, въ которыхъ мы указывали признаки квалифицированного признанія, прежде всего приводитъ къ мысли, что квалифицирующія части признанія по предмету своему относились къ той или другой составной части спорнаго правоотношенія, вообще такъ или иначе представляются связанными съ спорнымъ правоотношеніемъ, безъ различія важенъ ли нѣтъ предметъ квалифицирующей части при-

теста, предположимъ, что купецъ С. послѣ того какъ отвѣтчикъ заявилъ, что онъ забиралъ чай, но деньги уплатилъ, сталъ-бы просить судъ допросить свидѣтелей въ подтвержденіе того, что отвѣтчикъ въ то время, когда, по его заявленію, онъ произвелъ уплату, положимъ отсутствовалъ; здѣсь доказательства направлены не къ тому, чтобы подтвердить заборъ чая (для этого законъ требуетъ письменныхъ документовъ), но къ тому, чтобы констатировать нарушеніе договора; для доказыванія нарушенія правоотношенія по общему правилу, законъ не требуетъ письменныхъ документовъ. Слѣд. судъ могъ бы допустить такого рода доказательства и на основаніи ихъ отвергнуть вторую часть признанія отвѣтника.

³⁹⁾ Стр. 120, 123.

⁴⁰⁾ Французскіе писатели слишкомъ неопредѣленно выражаются объ этомъ второмъ условіи. Напр. *Marcadé l. c. T. V, стр. 214*, называетъ эту связь *liaison intime et naturelle*; *Dalloz, l. c. n. 5118*, считаетъ ее существующей, если есть *rapport intime, une connexité toute naturelle ou bien lorsque les différentes parties forment un tout continu, unique et complet*. Такого рода опредѣленія не указываютъ существенныхъ признаковъ юридической связи. Впрочемъ ниже мы увидимъ, что въ отдѣльныхъ случаяхъ французскіе писатели вѣрно рѣшаютъ вопросъ.

знанія ⁴¹⁾. Такимъ образомъ если квалифицирующая часть признанія будетъ заключать въ себѣ заявленіе, что не вѣрно указанъ субъектъ спорнаго правоотношенія ⁴²⁾, именно, что указанъ не тотъ, кто есть на самомъ дѣлѣ субъектъ, или указанъ не въ томъ качествѣ, то такая прибавка должна считаться имѣющей юридическую связь съ спорнымъ правоотношеніемъ. Далѣе прибавка можетъ относиться къ размѣру или количеству и качеству объекта спорнаго правоотношенія ⁴³⁾. Квалифицирующая часть признанія можетъ указывать, что объектъ спорнаго правоотношенія не тотъ, какой указываетъ истецъ, а другой ⁴⁴⁾, что самое правоотношеніе не то, которое указывается истцомъ ⁴⁵⁾. Во всѣхъ означенныхъ случаяхъ квалифицирующія части признанія представляются имѣющими юридическую связь съ спорнымъ правоотношеніемъ потому именно, что являются частями, входящими въ юридическое понятіе *одного и того же* спорнаго правоотношенія. Какими же признаками, съ процессуальной точки зрѣнія, въ данномъ вопросѣ, опредѣляется понятіе о единствѣ спорнаго правоотношенія, о томъ, что части квалифицированнаго признанія имѣютъ своимъ предметомъ части единого, одного и того же спорнаго правоотношенія? Это опре-

⁴¹⁾ Сравни. Bornemann, Über die confessio qualificata im Civil-Process, § 14. Linde, l. c. стр. 115.

⁴²⁾ Сравни. L. 14 и 19 (XI, I) D. Приэтомъ въ избѣжаніе всякихъ недоразумѣній напомнимъ, что очень часто прибавка признанія, говорящая о субъектѣ спорнаго правоотношенія не имѣетъ значенія, но только потому, что часто въ такихъ случаяхъ бываетъ законная презумпція въ пользу заявленія противника. Сравни. Savigny, Obligat. Recht B. II, стр. 61. Тутъ руководящими началами въ каждомъ данномъ случаѣ чаще всего бываютъ начала гражданскаго права.

⁴³⁾ L. 20 § 1, L. 4, L. 9 § 4 и 5, L. 11 § 3 и 6 (XI, I) D. Dalloz, l. c. n. 5118 n° 3. Seuffert, Archiv, B. XVIII, n. 185.

⁴⁴⁾ L. 7 (XI, I) D. Code civil art. 1924: Lorsqu'il n'y a pas de preuve par écrit du dépôt le dépositeur est cru sur sa déclaration soit sur *le fait* même du dépôt, soit pour *la chose* qui en faisait l'objet soit pour le fait de sa *restitution*. Dalloz, l. c. n. 5131.

⁴⁵⁾ L. 9. § 6 и 8 (XI, I) D. Dalloz, l. c. n. 5114 n° 4: отвѣтчикъ призналъ, что получилъ отъ истца известную сумму денегъ, *mais en toute propriété moyennant une rente viagère et à titre de prêt*. Также n. 5116, 5115 n° 1.

дѣляется единствомъ правоваго момента, тѣмъ, что части признанія относятся, по своему предмету, къ одному и тому же правовому моменту ⁴⁶⁾. Единство правоваго момента опредѣляется понятіемъ воли и намѣренія, какія служили внутреннимъ основаніемъ правоотношенія, въ томъ ихъ видѣ, въ какомъ они являются регуляторами этого правоотношенія.

Коль скоро квалифицирующія части признанія будутъ относиться, по своему предмету, къ этому элементу, опредѣляющему въ данное время понятіе правоотношенія, коль скоро признавшійся утверждаетъ, что, по волѣ субъектовъ правоотношенія, оно должно было возникнуть, съ такими то частями, въ такомъ, а не въ иномъ видѣ, съ такими, а не съ иными качествами и свойствами и т. д. составныя части его признанія будутъ имѣть юридическую связь съ спорнымъ правоотношеніемъ; связующимъ элементомъ, дающимъ цѣльность и единство правовому моменту является *воля субъектовъ правоотношенія* ⁴⁷⁾. Воля эта, опредѣляющая понятія о правовомъ моментѣ и слѣд. понятіе о юридической связи отдѣльныхъ обстоятельствъ, заявляемыхъ въ квалифицированномъ признаніи, воля эта не можетъ быть разсматриваема такъ, что была вообще воля вступить въ данное правоотношеніе, и затѣмъ воля болѣе конкретная, напр. вступить въ правоотношеніе, ограниченное такими-то условіями; въ данный моментъ воля можетъ быть по содержанию своему такая или иная. Если отвѣтчикъ признаетъ, что въ данный моментъ воля была такая, что создала правоотношеніе, обставивъ его такими то условіями,—это значитъ, что воля была условная. Фактъ этотъ есть единый цѣльный фактъ ⁴⁸⁾. Потому, признаніе здѣсь должно разсматриваться какъ выраженіе той воли субъектовъ, которая была основой правоотношенія, сдѣлавшагося потомъ спорнымъ, и какъ выраженіе та-

⁴⁶⁾ Сравн. Linde, Abhandlungen, § 13.

⁴⁷⁾ Сравн. мнѣніе грейфсвальдскаго юридическаго факультета по поводу вопроса, приведенное у Seuffert'a, въ его Archiv, B. XIV n. 173, въ концѣ. Также Seuffert, Archiv, B. XIV n. 253.

⁴⁸⁾ Windscheid, § 86 n. 4. Seuffert, Archiv, B. X, 300.

ковой единой, цѣльной воли должно братья во всей его полнотѣ, иначе значило бы исказить и отрицать эту волю, которая установила правоотношеніе ⁴⁹⁾). Взявши исходнымъ пунктомъ анализъ тѣхъ мѣстъ изъ источниковъ, которые трактуютъ о квалифицированномъ признаніи, мы пришли къ тому результату, что вторымъ существеннымъ условіемъ юридическаго значенія квалифицированного признанія въ полномъ его объемѣ, служить юридическая связь квалифицирующихъ, частей признанія съ спорнымъ правоотношеніемъ. Дальнѣйшимъ шагомъ было установленіе понятія, что юридическая связь опредѣляется единствомъ правового момента, которое въ свою очередь опредѣляется единствомъ, цѣльностью воли субъектовъ права, служившей основаніемъ правоотношенія ^{49a)}). Получивъ путемъ сказаннаго анализа основной принципъ, мы въ частности скажемъ нѣсколько словъ о тѣхъ случаяхъ квалифицированного признанія, которые или въ судебной практикѣ, особенно русской или въ литературѣ болѣе всего возбуждали сомнѣнія и споры.

По вышеизложенному принципу воля субъектовъ права, лежащая въ основѣ даннаго правоотношенія, должна разсматриваться какъ единый цѣльный, недѣлимый моментъ, въ томъ ея видѣ, въ какомъ она относится къ данному спорному правоотношенію. Потому, весьма важно точно опредѣлить, какова та воля, о которой говоритъ квалифицированное признаніе; основаніемъ для такого опредѣленія служить это признаніе, слѣд.,

⁴⁹⁾ Seuffert, Archiv, B. XIII n. 189: Willenserklärungen gestatten nur in ihrer Vollständigkeit die Auffassung der wahren Bedeutung des Gewollten und können nur in dieser Bedeutung für die Begründung von Rechtsverhältnissen in Betracht kommen.

^{49a)} Это мнѣніе находитъ себѣ подтвержденіе въ извѣстной Glossa ad. l. 9 (8, 36) Cod. Glossa указываетъ два мнѣнія; по одному нужно дѣлить квалиф. признаніе во вредъ признавшемуся—*duo videtur dicisse*, и что имъ признано *contra se*—*ei habetur fides*; по другому мнѣнію и истину и отвѣтчику должно оказывать одинаковое довѣріе. Но Glossa заключаетъ такъ: *Ita si diceremus esse duo, scilicet puram et conditionalem, hoc non potest esse, nisi alternative, nam conjuncta scriptura, scilicet promisi: sed sub conditione, faceret tantum, ac si diceret hoc aut illo modo promisi.*

прежде всего долженъ быть точно установленъ смыслъ признанія. Съ этой точки зрѣнія должно разсматривать юридическое значеніе признанія, если квалифицирующія части его будутъ заключать въ себѣ указаніе на несогласныя съ заявленными противникомъ условія и обстоятельства ⁵⁰⁾ возникновенія продолженія и прекращенія даннаго спорнаго правоотношенія. Такимъ образомъ, если отвѣтчикъ говоритъ, что данное спорное правоотношеніе должно было возникнуть при такихъ то условіяхъ, которыя въ моментъ иска еще не наступали, то это его признаніе трактуется, по предмету своему, объ одномъ и томъ же правовомъ моментѣ, т. е. и квалифицирующія части признанія характеризуютъ ту правовую волю, которая лежитъ въ основѣ правоотношенія. Слѣд., это признаніе должно быть принято въ полномъ своемъ объемѣ, съ квалифицирующими частями ⁵¹⁾. Тоже нужно сказать о томъ признаніи, квалифицирующія части котораго будутъ имѣть предметомъ своимъ условія и обстоятельства продолженія ⁵²⁾ и прекращенія ⁵³⁾

⁵⁰⁾ Сравн. Francke, l. c. стр. 43—49. Dalloz. l. c. n. 5113. Que la vente n'a été faite que sous conditions — un tel aveu ne peut être scinder, cela résulte de la nature même des choses et n'a besoin de démonstrations. Bonnier, l. c. n. 293. Aubry et Rau, l. c. T. VI стр. 360.

⁵¹⁾ Bayer. G. Ordn. Cap. 12 § 1, № 10. Seuffert Archiv. B. VIII n. 311 третье изъ приведенныхъ рѣшеній; B. XIV, n. 173 въ концѣ, B. XIV n. 253. B. XIII, n. 189. Въ этомъ рѣшеніи въ видѣ общаго положенія, принятаго нѣмецкой практикой, высказывается, «что истецъ долженъ доказывать безусловность, если она оспаривается». Но мы должны сказать, что положеніе это не всеми нѣмецкими судами принято, см. Seuffert, Archiv, B. I, 370. B. VIII n. 311 второе рѣшеніе. Въ литературѣ за обязанность признавагося доказывать заявленныя имъ суспензивныя и резолютивныя условія, также *exceptio non rite adimpleti contr.* и *non ad. contr.* высказывается Bornemann, l. c. стр. 41, 48. Французская теорія единогласно проводитъ воззрѣніе, изложенное въ текстѣ. Dalloz, l. c. n. 5113 n. 1 — 4 n. 1163.

⁵²⁾ Seuffert, Archiv B. III, n. 223.

⁵³⁾ Dalloz l. c. n. 5114 n° 8 (2). Отвѣтчикъ призналъ, что взялъ въ наемъ домъ у истца, но прибавилъ, что, при заключеніи словеснаго о томъ договора, онъ точно обозначилъ условіе, по которому оставилъ за собою право прекратить договоръ, въ случаѣ, если домъ будетъ продаваться. Касс. судъ рѣшилъ, «что обѣ части признанія имѣютъ между собою *evidence correlation*, что онѣ относятся à un point de contestation unique и что судъ,

спорнаго правоотношенія, напр. будутъ относиться къ условіямъ мѣста и времени совершенія или исполненія обязательства ⁵⁴). Далѣе, мы должны замѣтить, что квалифицирующія части признанія имѣютъ свое юридическое значеніе и тогда, когда предметъ ихъ относится ко времени послѣ возникновенія правоотношенія, но такъ или иначе, непосредственно приурочивается къ тому же правоотношенію ⁵⁵). Такъ напр. когда отвѣтчикъ признаетъ, что долговое отношеніе существовало, но что оно послѣ замѣнено новымъ словеснымъ обязательствомъ, или что отвѣтчикъ подписалъ новый долговой документъ, въ сумму котораго вошло и прежнее обязательство ⁵⁶). Наконецъ, судъ, рассматривая квалифицированное признаніе съ точки зрѣнія той правовой воли, которая въ немъ выражена, безъ особенныхъ затрудненій можетъ рѣшать и тѣ случаи, когда квалифицирующія части признанія будутъ указывать на совершенное прекращеніе того правоотношенія, которое служить предметомъ иска. Судъ въ этихъ случаяхъ изъ точнаго смысла заявленій отвѣтника непременно придетъ къ убѣжденію, что смыслъ его заявленій, намѣреніе, которое въ нихъ заключается, направлены къ отрицанію претензій; признаніе, здѣсь относится къ тому, что *было* такое то правоотношеніе, но смыслъ всего заявленія таковъ, что въ моментъ иска такого правоотношенія *болѣе не существуетъ* ⁵⁷). Но коль скоро

возлагая на отвѣтника обязанность доказывать эту вторую часть признанія подъ *предполож.* что въ ней заключается самостоятельное *возраженіе*, поступилъ прямо въ нарушение той юридической нормы, которая подлежала его обсужденію». Seuffert, Archiv, B. XII n. 203, въ этомъ рѣшеніи высказано ничѣмъ не мотивированное мнѣніе, что при квалифицированномъ признаніи признавшійся долженъ доказывать заявленныя имъ резолютивныя условія.

⁵⁴) Seuffert, Archiv, B. III n. 222.

⁵⁵) Aubry et Rau l. c. T. VI, стр. 342 n. 25. Larombière, art. 1356 n. 15 стр. 406.

⁵⁶) Dalloz, l. c. n. 5132.

⁵⁷) Это скорѣе *мотивированное отрицаніе*, какъ его и называютъ нѣкоторые процессуалисты напр. Langenbeck l. c. стр. 331. Сравн. Wetzell, System, § 19. Въ этомъ же смыслѣ было множество рѣшеній гражд. касс. деп. сената. Напр. 1869 г. №№ 364, 436, 691, 856.

при разсмотрѣніи квалифицирующихъ частей признанія окажется, что онѣ по предмету своему не имѣютъ сказанной юридической связи съ спорнымъ правоотношеніемъ, тогда, понятно, эти части признанія не могутъ имѣть юридическаго значенія въ производствѣ; иначе отвѣтчика пришлось бы, въ силу одного только его заявленія, признавать кредиторомъ истца ⁵⁸⁾. Послѣ всего вышеизложеннаго объ условіяхъ юридическаго значенія квалифицированнаго признанія. мы ограничимся однимъ общимъ замѣчаніемъ относительно того, очень распространеннаго воззрѣнія ⁵⁹⁾, что если квалифицирующая часть признанія въ сущности есть *exsertio* (*Einrede*), возраженіе, то эта часть должна быть отдѣлена, и ея долженъ доказывать отвѣтчикъ. Съ этимъ мнѣніемъ нельзя согласиться, если при обсужденіи квалифицированнаго признанія брать за основу понятіе объ *Einrede*; понятіе это не всегда можетъ привести къ справедливому рѣшенію. По нашему мнѣнію при обсужденіи всякой квалифицирующей части признанія нужно брать исходнымъ пунктомъ не понятіе объ *Einrede*, но два вышесказанные условія, и насколько въ каждомъ данномъ случаѣ будутъ приложимы они, настолько *Einrede* будетъ имѣть то или другое значеніе, т. е. или какъ часть признанія съ юрид. значеніемъ, или какъ самостоятельное средство защиты, нуждающееся въ доказательствахъ.

Въ заключеніе ученія о квалифицированномъ признаніи намъ остается сказать нѣсколько словъ о томъ чисто *процессуальномъ* дѣйствіи, которое должно имѣть мѣсто, если противникъ признавагося не будетъ представлять доказательствъ въ пользу своихъ первоначальныхъ заявленій, равно не будетъ

⁵⁸⁾ Напр. отвѣтчикъ признавалъ, что онъ былъ долженъ, но что долгъ его погашенъ тѣмъ, что истецъ ему долженъ равную сумму; прибавка не имѣетъ юридическаго значенія, *car la créance qui fait naître cette compensation n'a aucun rapport avec la dette avouée*. Dalloz, l. c. 5133; см. также другіе примѣры, приведенные у Larombière l. c. T. V, стр. 413. Въ этомъ смыслѣ были рѣшенія сената.

⁵⁹⁾ См. напр. Pöschmann, l. c. § 18 — 20. Bolgiano, l. c. стр. 143.

представлять доказательствъ, опровергающихъ прибавочныя части признанія. Въ этихъ случаяхъ, какъ мы видѣли, дѣло должно рѣшаться соответственно признанію. Но мы видѣли также, что квалифицирующая часть признанія можетъ измѣнять исковыя притязанія въ существенныхъ частяхъ, напр. измѣнять основанія иска, самое право спорное, объектъ и т. д. слѣд. въ этихъ случаяхъ исковое прошеніе подлежитъ существеннымъ измѣненіямъ, которыя, по принципу состязательности, судомъ не могутъ быть допущены на основаніи заявленія одного отвѣтчика; молчаливаго соглашенія со стороны истца здѣсь нельзя допустить; потому, въ случаѣ такого рода признанія истецъ долженъ точно предъ судомъ заявить о своемъ согласіи рѣшить спорное дѣло на основаніи признанія.
