Б. В. Поповъ,

(приватъ-доцентъ Императорскаго Харьковскаго Университета).

РАСПРЕДѢЛЕНІЕ ДОКАЗАТЕЛЬСТВЪ МЕЖДУ СТОРОНАМИ ВЪ ГРАЖДАНСКОМЪ ПРОЦЕССѢ.

КРИТИКО-ДОГМАТИЧЕСКОЕ ИЗСЛѢДОВАНІЕ.

ХАРЬКОВЪ.
Типографія и Литографія М. Зильберберга и С-вья.
(Рыбная улица, домъ № 30-й).
1905.

ПРЕДИСЛОВІЕ.

Наиболѣе спорные пункты намѣченнаго въ предлагаемой работѣ изслѣдованія лежатъ въ области матеріальнаго права. Сомнѣнія и разногласія возбуждаютъ въ литературѣ интересующаго насъ вопроса проблемы о томъ, какіе моменты въ расчлененномъ съ этою цѣлью на части *матеріально-правовомъ притязаніи* (Anspruch) надлежитъ доказывать истцу, какіе—отвѣтчику,—споренъ, въ зависимости отъ этого и самый вопросъ о томъ, какъ слѣдуетъ и вообще нужно ли расчленять различныя исковыя формулы...

Я произвольно ограничиваю тему изслѣдованія матеріально-правовой частью соотвѣтствующихъ проблемъ. Процессуальной же стороны института я предпочелъ пока не касаться вовсе; между тѣмъ вопросъ о распредѣленіи доказываній возникаетъ конечно и по поводу темъ, разбираемыхъ юридической наукой въ дисциплинѣ формальнаго права.

Я имѣю въ виду, напримѣръ, такъ называемыя „предположенія иска“ (Prozessvoraussetzungen)—но не матеріально-правовыя, а процессуальныя. Положимъ, споръ о данныхъ, обосновывающихъ подсудность. Forum solutionis—истецъ обращается съ искомъ въ судъ той мѣстности, въ районѣ которой обязательство должно быть исполнено (статья 209 уст. гражданскаго судопроизводства); а отвѣтчикъ возражаетъ, что соглашенія о мѣстѣ „исполненія“ не было или договоръ предполагалъ другое мѣсто, и проч. Кто несетъ бремя доказательствъ?

Безусловный отвѣтъ: „истецъ“—сталкивается со статьей 573 устава гражданскаго судопроизводства: „отводы должны быть подкрѣплены доказательствами или ссылкою на оныя“, и Сенатъ склоненъ толковать норму, можетъ быть, недостаточно осторожно, не ограничивая ея слишкомъ широкаго смысла необходимыми поправками и урѣзками [1]).

[1]) Чрезмѣрной категоричностью данной нормы объясняется взглядъ Сената, что, „обязанность доказать основательность отвода ле-

Во всякомъ случаѣ, media sententia Сената, который передвинулся нѣсколько отъ крайняго взгляда ст. 573 въ сторону противоположнаго тезиса, сталкивается еще съ неменѣе категорическимъ воззрѣніемъ нѣкоторыхъ представителей нѣмецкой науки, возлагающимъ onus probandi въ этой области in toto et pleno на истца. Таково мнѣніе R. Schmidt'a [1]). Когда рѣчь заходитъ на судѣ о доказательствахъ „процессуальныхъ предположеній", отъ наличности или отсутствія которыхъ зависитъ то или другое дѣйствіе судебной власти, тогда всѣ эти „предположенія" должны быть доказаны лицомъ, которое требуетъ отъ суда даннаго дѣйствія. Напримѣръ,—факты, обосновывающіе компетентность суда, процессуальную дѣеспособность сторонъ, допустимость судебнаго разсмотрѣнія для даннаго дѣла, а не административнаго, и т. д. И понятно,—потому что все это conditio sine qua non для процессуальной дѣятельности суда,—а судебную машину пустятъ въ ходъ не прежде, чѣмъ убѣдившись, что она должна быть пущена, что на лицо всѣ, предписанныя закономъ, условія. А кто же ихъ долженъ и доказать, какъ не чающій „движенія воды"?...

Наиболѣе сомнительнымъ является вопросъ о распредѣленіи между сторонами доказательствъ при негативномъ искѣ о признаніи правъ или правоотношеній (negative Feststellungsklage).

Характерной особенностью подобнаго процесса является то, что здѣсь не кредиторъ предъявляетъ къ должнику искъ о присужденіи, но—во избѣжаніе подобнаго иска въ будущемъ и предваряя подачу такого иска—мнимый должникъ проситъ судъ признать, что онъ обязаннымъ по отношенію къ кредитору изъ даннаго правоотношенія не состоитъ.

житъ на отвѣтчикѣ, заявляющемъ его; отводъ не можетъ быть уваженъ на томъ основаніи, что истецъ „не опровергъ" его (кассаціонныя рѣшенія 1872 г. № 760 и 1883 г. № 96) (цитирую по Боровиковскому, Уставъ гражданскаго судопроизводства, 1903 г., къ ст. 573). Впрочемъ, позднѣе Сенатъ нѣсколько смягчилъ крайній ригоризмъ: „Но если отвѣтчикъ, заявляя отводъ о неподсудности по 1 п. 571 ст., отрицаетъ фактическое основаніе, послужившее истцу для предъявленія иска въ данномъ судѣ",—то на истцѣ „лежитъ обязанность доказать, что принятое имъ основаніе... правильно" (Боровиковскій, тамъ же).

[1]) Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts, 1898, S. 446—447.

Такимъ образомъ—аттакующимъ здѣсь выступаетъ будущій отвѣтчикъ, аттакованнымъ—эвентуальный истецъ [1]).

Господствующее мнѣніе однако правильно возлагаетъ onus probandi на отвѣтчика, т. е. распредѣляетъ это процессуальное бремя не иначе, какъ вообще въ матеріальноправовыхъ притязаніяхъ даннаго типа, если бы при томъ поданъ былъ не искъ негативный о признаніи, а искъ обыкновенный о присужденіи, другими словами—если бы истцомъ выступилъ не теперешній мнимый должникъ, а нынѣшній отвѣтчикъ—мнимый кредиторъ.

Рѣшающій аргументъ приводится у профессора В. М. Гордона. Въ результатѣ поданнаго иска, имѣющаго предметомъ вопросъ объ установленіи правоотношеній, судебное рѣшеніе даетъ свой отвѣтъ—или въ смыслѣ существованія правъ, или въ смыслѣ ихъ отсутствія. Поданъ негативный искъ; onus probandi оспариваемая догма возлагаетъ на истца: положимъ, что ему не удалось доказать своей темы. Тогда судебное рѣшеніе провозглашаетъ, что правоотношеніе, которое опровергалъ истецъ, въ дѣйствительности существуетъ. Однако оно никѣмъ и ничѣмъ не было удостовѣрено: истецъ безплодно опровергалъ его—а отвѣтчикъ, свободный отъ процессуальнаго бремени, ограничился голословными утвержденіями. Между тѣмъ—обратись съ искомъ о присужденіи кредиторъ (теперешній отвѣтчикъ), ему пришлось бы доказывать, а не отрицать. Методъ распредѣленія доказательствъ, принимаемый оспариваемой доктриной, ведетъ къ тому, что процессуальное значеніе негативныхъ исковъ умаляется въ существенныхъ размѣрахъ, сводится на нѣть; система изобрѣтена чуть ли не съ спеціальной цѣлью отучить должниковъ предварять иски о присужденіи исками о признаніи. Пусть лучше потерпѣть—такъ долго, какъ того хочетъ кредиторъ—Дамокловы муки отъ висящаго надъ головой меча-процесса, чѣмъ, забѣжавъ

---

[1]) Относительно юридической природы „исковъ о признаніи“ вообще—см. В. Гордонъ, Вѣстникъ Права, 1900, IX, стр. 42—71. У него же въ частности можно найти и положеніе въ литературѣ спора по поводу onus probandi, при чемъ авторъ справедливо примыкаетъ къ господствующему мнѣнію, подкрѣпляя свой взглядъ прекраснымъ „доказательствомъ отъ противнаго“ (см. стр. 70 ibid.).

впередъ, сунуться съ негативнымъ искомъ, поднять на плечи невыносимое по тяжести бремя доказательствъ и въ результатѣ, не снеся ноши, доставить незаслуженную побѣду противнику, который не пошевелилъ въ процессѣ для нея и пальцемъ...

Если же принять ту точку зрѣнія, что негативный искъ о признаніи, хотя и окончившійся пораженіемъ мнимаго должника, еще не предрѣшаетъ содержанія судебнаго декрета въ искѣ о присужденіи, тогда, во-первыхъ, придется допустить процессы, въ которыхъ предметъ обсужденія не вступаетъ въ законную силу, и, во-вторыхъ, лишить иски о признаніи всякаго антиципарнаго дѣйствія. Любопытна также такая процессуальная возможность: въ негативномъ искѣ было отказано по недоказанности должнику, а въ послѣдующемъ позитивномъ—тоже по недоказанности—кредитору!...

Итакъ, правильнымъ надобно считать другой взглядъ, по которому истцу въ негативномъ искѣ придется доказывать предварительно только такъ называемый „юридическій интересъ"—послѣдующая судьба процесса стоитъ въ связи съ доказываніями уже отвѣтчика [1]).

Впрочемъ, вопросъ зависитъ скорѣе отъ взгляда на юридическую природу исковъ „о признаніи", чѣмъ отъ принциповъ той или другой системы распредѣленія доказательствъ, какъ это вѣрно замѣтилъ Leonhard (см. его соч. Die Beweislast, 1904, стр. 439).

Б. Поповъ.

Харьковъ,
6 іюня 1905 года.

---

[1]) Hamburger, Die Beweislast bei der negativen Feststellungsklage, S. 6 ff. (цитируется у Leonhard'a, который самъ держится противоположнаго въ контроверзѣ взгляда; см. Die Beweislast, 1904, S. 438—439).

ОГЛАВЛЕНІЕ.

Введеніе . . . . . стр. 1—16.

Понятіе „бремени представленія доказательствъ“ (стр. 1—2). Отношеніе къ оцѣнкѣ доказательствъ: non liquet, какъ условіе для примѣненія нашего института (стр. 2—6). Точки соприкосновенія съ презумпціями—фактическими и законными (стр. 6—7). Мѣсто ученія о распредѣленіи доказательствъ въ системѣ науки и кодификаціи: матеріальное право или гражданскій процессъ? (стр. 8—10). Необходимость въ частно-правовыхъ кодификаціяхъ попутной регламентаціи вопросовъ распредѣленія доказательствъ (стр. 10). Behauptungslast и Feststellungslast? (стр. 11—13). Положеніе изслѣдуемаго института въ русскомъ законодательствѣ (стр. 14—15). Pro domo sua (стр. 16).

Часть I. Изложеніе собственной теоріи . . . . . стр. 17—47.

Разсужденіе Глазера о возможности примѣнять норму, хотя бы и не всѣ предпосылки ея были установлены въ процессѣ (стр. 16—18). Ошибочныя упованія на законодателя, который, будто бы, въ каждой нормѣ далъ объ этомъ вопросѣ ясный отчетъ и для себя самого, и для своего судьи (стр. 19—20). Необходимость законодательной регламентаціи и болѣе удобные способы для нея (стр. 20—21). Основной тезисъ предлагаемой теоріи (стр. 21—22). Его частныя приложенія: а) исполненіе обязательства доказываетъ должникъ (стр. 23—27); б) vitia negotii (стр. 27—31); в) отклоненія отъ ординарной структуры правоотношенія (стр. 31—36); г) послѣдующія по времени соглашенія, измѣняющія содержаніе первоначальной договорной воли доказываетъ та сторона, которая на нихъ дѣлаетъ ссылку (стр. 36—38). Частичное обобщеніе: прекращеніе юрид. отношеній доказываетъ тотъ, кто утверждаетъ (стр. 38—39). Еще аргументы pro thesi: сопоставленіе съ уголовной юстиціей (стр. 39—40); мнимая жестокость защищаемаго принципа для истцовъ (стр. 41—43). Отсутствіе въ нашемъ принципѣ качествъ

легкой распознаваемости ad hoc; необходимость правно-политическаго анализа институтовъ матеріальнаго права, чтобы открыть правильный путь для проведенія этого принципа въ жизнь (стр. 43—44). Достигнутое на этомъ поприщѣ иностранной судебной практикой и положительными законодательствами: onus probandi для лицъ, обязанныхъ къ отчетности (стр. 45),—лицъ, которымъ лучше знать собственное имущественное положеніе (стр. 45), или доказать собственное дѣйствіе (стр. 46),—наконецъ, для лицъ, ссылающихся на т. н. „извиняющія обстоятельства“ въ процессѣ объ убыткахъ (стр. 47).

Часть II. Критическій анализъ предшествующихъ конструкцій . . . . . стр. 48—165.

Предварительная оріентировка (стр. 48—50).

Глава первая. Состояніе научной разработки вопроса до Fitting'a и выдвинутой имъ „теоріи возраженія“ . . . (стр. 50—66).

Періодъ вліянія римскихъ схемъ: „Negativa non probantur“ и „Actore non probante reus absolvitur“ (стр. 50—52). Weber—противникъ доктрины, что отрицательные факты не доказываются; Klötzer, Schneider и Rizy—ея сторонники (стр. 52—54). Опроверженіе доктрины (стр. 54—57). Bethmann—Hollweg (стр. 57—59). Unger (стр. 59—61). Langenbeck (стр. 62—64). Wetzell (стр. 64—65). Burckhard (стр. 65—66). Общая критика изложенныхъ ученій (стр. 66).

Глава вторая. Переломъ въ сторону „теоріи возраженія“ и попытки противодѣйствія . . . . . стр. 67—76.

Современное состояніе въ литературѣ спора относительно „контроверзъ“ института (стр. 68—69). Эпигоны „теоріи отрицанія“: Stölzel (стр. 69—72) и Litten (стр. 72—76).

Глава третья. Догма „дѣлимости“ и „нераздробляемости“ признанія . . . . . стр. 77—97.

Квалифицированное признаніе: понятіе (стр. 77—78). Попытки разрѣшить возникающія въ этой области вопросы теоріями „дѣлимости“ или, напротивъ, „нераздробляемости“ признанія (стр. 78—79). Brodmann (стр. 79—89). Французская юриспруденція (стр. 90—97).

Глава четвертая. „Теорія нормъ“ . . . . . стр. 98—143.

Основной тезисъ и основныя затрудненія (стр. 98—99). Отвѣты Fitting'a (въ связи съ модификаціями его послѣдователей): а) Презумпція въ пользу непрекращаемости разъ начав-

шихся правоотношеній и состояній (стр. 99—101); въ частности—выводы Beckha (стр. 102); б) Negativ'a non probantur—и взглядъ Fitting'a на condictio indebiti (стр. 103—107); послѣдователи того же принципа: Beckh (стр. 107—108) и Martinius (стр. 109—110); в) состязательное начало: quod non in actis non in mundo (стр. 110—122). Авторы, идущіе независимо отъ путей, проложенныхъ Fitting'омъ: Kress (стр. 122—125); Betzinger (стр. 125—128); Rosenberg (стр. 128—135). Общая критика „теоріи нормъ“ (стр. 135—143).

Глава пятая. Примирительныя тенденціи . . стр. 143—165.

Попытки сочетать „теорію нормъ“ съ „доктриною отрицанія“: Endemann (стр. 143—147) и Leonhard (147—165).

Часть III. Контроверзы института . . . . . стр. 166—238.

Предварительныя замѣчанія (стр. 166—167).

Глава первая. Контроверза по поводу диспозитивнаго права или naturalia negotii . . . . . стр. 167—202.

Понятіе диспозитивнаго закона (стр. 167—174). Onus probandi въ диспозитивной нормѣ такого содержанія: in dubio—secundum legem (стр. 175—176). Распространеніе найденнаго начала и на всѣ остальные случаи диспозитивнаго права (стр. 176—178). Staub и Stölzel (стр. 178—182, 182—188, 188—192). Контроверза съ диспозитивными сроками: Staub, Stölzel (стр. 192—196) и Rosenberg (стр. 196—202).

Глава вторая. Контроверза по поводу обычной въ оборотѣ покупной цѣны . . . . . стр. 203—217.

Диспозитивная норма, какъ условіе для возникновенія контроверзы (стр. 203—204). Возмездность, какъ essentiale для сдѣлки купли-продажи (стр. 204—205). Необходимость диспозитивнаго закона для сдѣлокъ по неопредѣленной сторонами цѣнѣ въ законодательствахъ, отвергающихъ начало: nulla venditio sine pretio (стр. 205—206). Мнѣніе Stölzel'я и полемика съ нимъ (стр. 206—214). Другіе случаи примѣненія т. н. pretium justum (стр. 215—217).

Глава третья. Контроверза по поводу условія (и срока) . . . . . стр. 217—238.

Споръ между доктринами „отрицанія“ и „возраженія“ (стр. 217—218). Аргументы первой: отрицаніе основаній иска или нераздробляемость возраженія (стр. 218—221), „aliud“ (стр. 221—223), „negotium imperfectum“ (стр. 222—223), „полнота изложенія“ истцомъ своей процессуальной претензіи (стр. 223—224). Взглядъ

Книрима (стр. 225—227). Аргументы pro thesi—и уступки, дѣлаемыя „теоріей отрицанія“ въ практическихъ выводахъ (стр. 228—230). Непослѣдовательность оспариваемой теоріи въ вопросѣ о резолютивномъ условіи (стр. 230—235). Кто доказываетъ исполненіе условія? (стр. 235—238).

Часть IV. Казуистика распредѣленія доказательствъ . . . . стр. 239—314.

Условія дѣйствительности договора (стр. 239—240). Perfectio (стр. 241—244). Отсутствіе серьезнаго animus contrahendi (стр. 244—246). Симуляція, обманъ и принужденіе (стр. 246—248). Разстройство нормальной психики (стр. 248—250). Aliud gestum—въ особенности ссылка отвѣтчика на datio n solutionem (стр. 250—253). Индивидуализація исполненія въ текстѣ договора (стр. 253—254). Возраженіе истца, что исполненіе имѣло мѣсто, но относилось къ другому требованію (стр. 254—257). Нѣсколько случаевъ изъ германской судебной практики (стр. 257—260). Срочныя сдѣлки (стр. 261—265). Договоръ довѣренности (стр. 265—268). Вознагражденіе германскому маклеру изъ условной слѣлки (казусъ въ практикѣ Reichsgericht'a) (стр. 268). Купля „на пробу“, lex commissoria, pactum displicentiae и т. п. „оговорки“ (стр. 269—270). Особыя качества объекта сдѣлки (стр. 270—271). Onus probandi въ двухсторонихъ договорахъ и exceptio non adimpleti contractus (стр. 271—275). Искъ къ поручителю (стр. 275—276). Ссылка стороны на пропускъ преклюзивнаго срока или давности; наша судебная практика (стр. 276—278). Ссылка на „извиняющія обстоятельства“, помѣшавшія должнику исполнить договоръ; въ частности, на случайную гибель объекта, на mora creditoris (стр. 278). Baarkauf (стр. 278—281). Ссылка правонарушителя на извиняющія обстоятельства въ нашей судебной практикѣ (стр. 281—283). Кассац. рѣш. 1877 г. № 128 (стр. 283). Condictio (стр. 283—285). Владѣльческіе процессы (стр. 285—289). Виндикація (стр. 289—296); въ частности—вещей, описанныхъ судебнымъ приставомъ (стр. 296—302). Казусы изъ наслѣдственнаго права; кассац. рѣшенія: 1867 г. № 347 (стр. 302—304); 1876 г. № 66 (стр. 304—306); 1877 г. № 330 (стр. 306); 1877 г. № 56 (стр. 307); 1869 г. № 1266 (стр. 307—309). Onus probandi для лицъ, обязанныхъ отчетностью, въ нашей судебной практикѣ (стр. 309—310). Споръ о подлинности домашнихъ документовъ—ст. 542 уст. гражд. суд. (стр. 310—314).

Часть V. Кассаціонная практика . . . . . стр. 315—378.

Глава первая. Сенатъ въ поискахъ за объединяющими началами . . . . . стр. 315—354.

Затруднительное положеніе Сената при отсутствіи руководящихъ законовъ и первыя начинанія: пріоритетъ истца (стр. 315—316). Вопросъ не подлежитъ кассаціонной повѣркѣ (стр. 316—317). Смягченіе „теоріи невмѣшательства“ (стр. 317—318). Догма „нераздробляемости признанія“ и ея несостоятельность (стр. 318—325). Конструкція „кредитной сдѣлки“ (стр. 326—333). Принципъ: negativa non probantur (стр. 333—335). Исполненіе обязательства доказываетъ должникъ? (стр. 335—338). Иски домохозяевъ къ квартирантамъ (стр. 338—350). Итоги (стр. 350—354).

Глава вторая. „Боевая практика“ Сената по желѣзно-дорожнымъ дѣламъ. . . . . стр. 354—379.

Цѣль новой программы (стр. 354—355). Желѣзная дорога не доказываетъ, что грузъ прибылъ въ томъ самомъ видѣ, въ которомъ былъ сданъ къ отправкѣ: кассац. рѣш. 1901 г. № 38 (стр. 356). Доказательное значеніе различныхъ грузовыхъ бумагъ (стр. 356—357). Толкованіе Сенатомъ и г. Змирловымъ нашего Общаго Устава по вопросу о доказательной силѣ накладной (стр. 357). Аргументы contra (стр. 357—358); аргументы изъ природы накладной и дубликата, какъ простыхъ домашнихъ документовъ (стр. 359—360) и какъ распорядительныхъ бумагъ (стр. 360—364); противоположное воззрѣніе г. Змирлова (стр. 364—366). Сопоставленіе г. Змирловымъ нашихъ желѣзно-дорожныхъ порядковъ съ иностранными и отсутствіе усматриваемыхъ авторомъ несоотвѣтствій (стр. 366—367). Чѣмъ объясняется появленіе въ западныхъ кодификаціяхъ презумпцій: а) упаковка принятаго груза предполагается удовлетворительной, и б) неповрежденная тара ручается за тождество груза (стр. 367—369); чѣмъ оправдывается отсутствіе въ нашемъ уставѣ особой статьи, которая бы содержала in expressis verbis презумпцію а), и дѣйствуетъ ли презумпція б) въ нашемъ правѣ? (стр. 369—373). Нарушеніе очереди отправки грузовъ: кассац. рѣшенія 1902 г. №№ 15 и 16 (стр. 373—378). Кассац. рѣшеніе 1902 г. № 11 (стр. 378—379).

ВВЕДЕНІЕ.

Огромная практическая важность ученія о распредѣленіи между сторонами доказываній стоитъ внѣ сомнѣній. Спорныхъ дѣлъ, въ которыхъ вся фактическая сторона вопроса была бы признана установленной обѣими заинтересованными сторонами согласно, и недоразумѣнія возбуждали только вопросы „права“ (quid est juris), очень немного: „lis nulla est, cui probatione opus non est“, выражается римскій юристъ. Въ подобномъ случаѣ работа судьи была бы дѣломъ безконечно болѣе легкимъ, нежели какимъ она бываетъ при обычныхъ условіяхъ. „Da mihi facta, dabo tibi jus“. Къ сожалѣнію, этого именно облегченія и не встрѣчаетъ обыкновенно судья, постановляя рѣшеніе.

Среди обстоятельствъ спорнаго казуса часто, чтобы не сказать всегда, оказываются такія, относительно которыхъ судъ не знаетъ истины: фактъ, на который сослался истецъ или отвѣтчикъ, является для сторонъ спорнымъ, для правосудія сомнительнымъ. Какую позицію долженъ занять судъ относительно загадочнаго обстоятельства, это зависитъ отъ той или иной системы, составляющей содержаніе интересующей насъ проблемы; во всякомъ случаѣ правосудіе должно высказаться объ этомъ фактѣ въ смыслѣ его признанія или отрицанія, къ выгодѣ въ одномъ случаѣ истца, въ другомъ случаѣ отвѣтчика. Въ результатѣ—чтобы не пострадать отъ невыяснившагося обстоятельства—сторонѣ приходится доставлять правосудію доказательства тѣхъ фактовъ, которыхъ сомнительность будетъ истолкована противъ нея [1]).

[1]) Относительно юрид. „обязанности“ говорить здѣсь, конечно, нѣтъ смысла. Впрочемъ, я буду употреблять терминъ: „обязанность доказывать“ въ смыслѣ несенія соотвѣтствующаго процессуальнаго бремени promiscue, вмѣсто трудно переводимаго на русскій языкъ выраженія: onus probandi или Beweislast. Названной терминологіи держится и сенатъ.

„Non jus tibi deficit, sed probatio“,—а въ итогѣ, такъ какъ недоказанный стороною фактъ считается судомъ небывшимъ, она изъ-за отсутствія доказательствъ теряетъ и самое право. Этимъ отношеніемъ къ интересамъ истца или отвѣтчика объясняется общеупотребительная научная терминологія, квалифицирующая проблему „ученіемъ о распредѣленіи доказательствъ“, которое трактуетъ вопросъ о „бремени представленія ихъ“ (onus probandi). Прежде, чѣмъ завязать процессъ, истцу важно знать, какихъ доказательствъ потребуютъ отъ него на судѣ; раньше вступленія въ отвѣтъ противной сторонѣ интересно быть освѣдомленной, на какія обстоятельства, говорящія въ ея пользу, ей позволено будетъ сослаться, создавая обязанность опроверженія у истца,—и на какія опираться безнаказанно не допустимо; когда можно голословно отрицать утвержденія,—и когда надобно свои отрицанія доказывать.

Только при полной ясности въ этой области[1]) веденіе процесса перестанетъ быть игрой „въ темную“, какую оно напоминаетъ при теперешней неразработанности нашего ученія и въ русской, и въ иностранной судебной практикѣ. Впрочемъ, и ученая литература характеризуется той же неустановленностью руководящихъ принциповъ.

Необходимо, впрочемъ, оговориться, что свое практическое значеніе вопросъ о распредѣленіи доказательствъ получаетъ только тогда, если спорное обстоятельство продолжаетъ оставаться для правосудія загадочнымъ вопреки всѣмъ усиліямъ разъяснить его[2]). А своихъ обязанностей въ этомъ послѣднемъ смыслѣ,—относительно поисковъ за матеріальной истиной—судъ не долженъ забывать: ему предстоитъ экспло-

---

[1]) Пожеланія въ томъ же направленіи высказываютъ въ особенности часто въ нѣмецкой литературѣ: Stölzel, Schulung für die civilistische Praxis, 5-te Aufl. (1902) S. XI; R. Schmidt, Prozessrecht und Staatsrecht, 1904, S. 37, 47 и прим.; S. 48; 51; Leonhard, Die Beweislast, 1904, S. 191; Wach, Zeitschrift für Civilprozess, Bd. 29 (1901) S. 367.

[2]) Fitting, Die Grudlagen der Beweislast (Zeitschrift für Civilprozess, Bd. 13, 1889) S. 12 ff; R. Schmidt, Lehrbuch des deûtschen Civilprozess rechts, 1898, S. 434 ff; Rosenberg, Die Beweislast, 1900, S. 8, 12; Kress, Zur Lehre von der Beweislast, 1899, S. 16 ff; Wach, Zeitschrift für Civilprozess, Bd. 29 (1901) S. 360 ff; Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 1 (8-te Aufl.) S. 479; Leonhard, Die Beweislast, 1904, S. 144.

атировать всѣ для того пригодныя и допускаемыя закономъ средства. Сперва онъ въ правѣ даже требовать доказательствъ отъ того изъ тяжущихся, кто по обстоятельствамъ конкретнаго случая въ состояніи ихъ представить (ст. 368 уст. гр. суд.),—хотя бы иногда onus probandi лежалъ и не на этой сторонѣ [1]). Однако, въ случаѣ неуспѣха разъяснить вопросъ дѣлами рукъ даннаго лица, судъ обязанъ истолковать фактъ сомнительный противъ другой изъ тяжущихся сторонъ, какъ того требуетъ система распредѣленія доказательствъ.

Между тѣмъ иногда оцѣнка представленнаго сторонами фактическаго матеріала позволяетъ суду сдѣлать тотъ или иной выводъ относительно присутствія спорнаго обстоятельства,—и тогда условій для примѣненія правилъ распредѣленія доказательствъ нѣтъ, потому что нѣтъ невыясненнаго момента. Судья долженъ тщательно изслѣдовать съ этой стороны фактическую сторону дѣла предварительно,—и обращаться за помощью къ институту, призванному восполнять судейское: „non liquet“, только въ послѣднемъ случаѣ.

Чтобы иллюстрировать свой тезисъ, приведу примѣръ изъ казуистики, собранной Іерингомъ. Въ тридцатыхъ годахъ прошлаго столѣтія въ рулеткѣ, помѣщавшейся въ Баденъ-Баденѣ, банкъ оказался сорваннымъ при несовсѣмъ обычной обстановкѣ. Нѣкто Z. поставилъ свою ставку на rouge и не снималъ выигрыша, который удваивался съ каждымъ новымъ поворотомъ рулетки,—до тѣхъ поръ, пока банкъ не былъ сорванъ.

Когда наконецъ обратили вниманіе на обладателя милліоннаго выигрыша, то оказалось, что онъ мертвъ. Опираясь на вѣроятность, что игрокъ умеръ до момента окончательнаго выигрыша, и, быть можетъ, задолго,—а съ минуты смерти юридическія отношенія по поводу игры между рулеткой и ея контрагентомъ прекратились, администрація предпріятія отказалась выдать выигрышъ наслѣдникамъ.

---

[1]) Спорно. Ср. Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 1 (1901), S. 480: „Der grosse Vortheil.... ist der, dass der Richter zur Beweiserhebung schreiten darf, ohne zuvor über die Beweislast entscheiden zu müssen. Contra—Stölzel, Schulung für die Civilistische Praxis, Bd. 1, 5-te Aufl. (1902) S. 134 Anm. 2.

Всѣ усилія правосудія установить моментъ, въ который умеръ Z., оставались тщетными. Впрочемъ, нѣкоторые изъ свидѣтелей припоминали, что ихъ еще незадолго до конца игры поражала мертвенная неподвижность и устремленный въ одну точку взоръ счастливаго игрока.

Вопросъ шелъ на судѣ о томъ, кому доказывать моментъ смерти наслѣдователя: рулеткѣ или наслѣдникамъ,— и кому, слѣдовательно, проиграть судебный процессъ въ силу невозможности выяснить загадку?

Мнѣ кажется, что на основаніи свободной оцѣнки свидѣтельскихъ показаній судъ могъ бы прійти къ слѣдующему выводу.

Свидѣтели не могутъ сказать положительно, былъ ли живъ игрокъ до самого послѣдняго оборота рулетки: и лишь послѣ того, какъ банкъ былъ сорванъ, ближайшій анализъ констатировалъ смерть. Однако, разсуждая психологически, колоссальное счастье человѣка, который нѣсколько разъ подрядъ бралъ максимальныя ставки, обыгрывая и рулетку, и другихъ участниковъ игры, естественно должно было приковать къ нему вниманіе окружающихъ: сотни глазъ впивались въ его лицо,—то съ завистью, то съ отчаяніемъ или тревогой. Малѣйшія подробности въ его поведеніи не могли ускользнуть отъ наблюденій соперниковъ. Правда, все это дѣлалось въ одно мгновеніе, ничего не сохранилось въ памяти свидѣтелей нынѣ: болѣе глубокія впечатлѣнія послѣдующихъ минутъ заслонили и изгладили только что пережитое; однако, несомнѣнно, что наблюденія были и не возбудили никакихъ подозрѣній,—иначе, игра была бы прервана по иниціативѣ лица, замѣтившаго смерть, и въ тотъ именно моментъ, когда смерть была замѣчена. Этого не случилось,—значитъ положеніе человѣка, не внушившее подозрѣній массѣ наблюдателей, заинтересованныхъ—и живѣйшимъ образомъ,—не должно дать матеріала для подозрѣній и правосудію. Правда, нѣкоторые свидѣтели утверждаютъ, что извѣстныя черты въ поведеніи умершаго показались уже тогда имъ странными: но, во-первыхъ, все-таки не настолько, чтобы заподозрѣть смерть раньше,—иначе они бы остановили игру во-время,—а, во-вторыхъ, полная достовѣрность этихъ показаній является нѣсколько подорванной тѣмъ психоло-

гическимъ фактомъ, что въ силу добросовѣстной аберраціи или самовнушенія всегда находятся пророки „задняго числа“, которые предугадывали, если вѣрить ихъ словамъ, а иногда и предсказывали самыя невѣроятныя случайности задолго до осуществленія.

Какъ бы то нибыло, бо́льшая вѣроятность говоритъ за то, что счастливый игрокъ находился въ живыхъ до самого послѣдняго момента: и судъ въ правѣ счесть названный фактъ установленнымъ на основаніи свободной оцѣнки свидѣтельскихъ показаній.

Такимъ образомъ, до вопроса, на комъ onus probandi, можетъ и не дойти дѣло.

Возвращаюсь къ прежней темѣ.

Итакъ, только послѣ того, какъ спорное обстоятельство такъ и осталось для правосудія сомнительнымъ, вступаютъ въ дѣйствіе правила о бремени представленія доказательствъ. Однако, въ формулѣ судебнаго рѣшенія ни въ коемъ случаѣ не можетъ стоять то „non liquet“, которому интересующій насъ институтъ обязанъ своимъ примѣненіемъ. Для судей вопросъ о фактѣ является загадочнымъ; однако судебное рѣшеніе провозглашаетъ его бывшимъ или не имѣвшимъ мѣста въ зависимости отъ постулятовъ института. И только въ мотивахъ судебной резолюціи можно и слѣдуетъ найти основанія, почему фактъ, не взирая на его недоказанность, или фактъ неопровергнутый, тѣмъ не менѣе считается установленнымъ въ положительномъ или отрицательномъ смыслѣ [1]). Тамъ судьи скажутъ, что нѣтъ данныхъ для выясненія вопроса: но такъ какъ упомянутый фактъ долженъ былъ доказать истецъ или, наоборотъ, долженъ опровергнуть отвѣтчикъ, правосудіе признаетъ фактъ неустановленнымъ и небывшимъ въ первомъ случаѣ, и наличнымъ во второмъ.

Въ этомъ смыслѣ вполнѣ правъ Книримъ, говоря: „для судей могутъ остаться подъ сомнѣніемъ многіе факты, но судебное рѣшеніе всегда знаетъ все, что оно обязано знать“ [2]).

Примѣненіе правилъ о тяжести доказываній и въ зависимости отъ этого установленіе въ томъ или другомъ

---

[1]) Ср. Rosenberg, Die Beweilast, 1900, S. 14.

[2]) Knieriem, Behauptungspflicht und Beweislast bei der Klage auf Zahlung eines angemessenen Kaufpreises, 1896, S. 2.

смыслѣ сомнительнаго факта есть актъ обязательный для суда, какъ примѣненіе закона; судья можетъ такъ или иначе взглянуть на вопросъ о доказанности извѣстнаго обстоятельства („свободная оцѣнка доказательствъ"),—но, однажды, постановивъ въ душѣ приговоръ о немъ въ смыслѣ non liquet, судъ уже долженъ eo ipso рѣшиться на примѣненіе правилъ распредѣленія доказательствъ.

Впрочемъ, въ этомъ отношеніи принципы бремени доказываній не отличаются отъ законныхъ или даже фактическихъ презумпцій. Когда законъ связываетъ съ наличностью одного факта умозаключеніе къ факту другому, какъ сопутствующему, то ити въ судебной логикѣ путемъ, указаннымъ у законодателя, неизбѣжно для судьи. Точно тоже и въ случаѣ, если за бо́льшую вѣроятность умозаключенія отъ одного факта къ другому говоритъ „фактическая презумпція", т. е. индуктивное правило, выведенное изъ массы наблюдаемыхъ явленій наукой, техникой, искусствомъ и т. д. Судья обязанъ подчиниться in scrinio pectoris sui логикѣ вещей,—поскольку, конечно, признаетъ состоятельность даннаго заключенія въ сторону бо́льшей вѣроятности, иначе говоря, не отрицаетъ того, что вообще существуетъ въ наукѣ, техникѣ или иной отрасли человѣческаго знанія или дѣятельности опредѣленное правило (Erfahrungssatz).

По своей юридической природѣ правила о распредѣленіи доказательствъ однородны съ законными презумпціями [1]).

---

[1]) Contra—Leonhard, S. 140—141, который настаиваетъ на невозможности употреблять терминъ: „предполагается", когда рѣчь идетъ о слѣдствіи недоказанности факта со стороны несущаго onus probandi лица. Едва ли есть надобность въ подобной строгости терминологіи. Вѣроятно, многія изъ презумпцій, стоящихъ на страницахъ существующихъ кодексовъ, представляютъ результатъ установившейся уже практики распредѣленія доказательствъ, суть частныя примѣненія общаго въ этомъ ученіи принципа. Но такъ какъ этотъ общій принципъ не дошелъ до сознанія законодателя, то указано общепризнанное разрѣшеніе частнаго случая. Выдѣленіе презумпцій въ „исключенія" изъ общаго ученія о бремени доказываній есть слѣдствіе нашего неумѣнія открыть обобщающій критерій (Ср. Hedemann, Die Vermutung, 1904, S. 298—300). Поэтому нельзя согласиться съ тѣми учеными, которые трактуютъ презумпціи, какъ „исключенія" (напр., Hedemann, S. 256: впрочемъ, въ др. мѣстахъ онъ выражается менѣе категорически). Правильно —Beckh, Die Beweislast (1899) S. 75, 76; ср. еще S. 89.

Первыя, какъ и вторыя обязываютъ судью *предполагать* нѣкоторые недоказанные факты [1]). Различіе можетъ сказаться въ мотиваціи законодательнаго предположенія: тогда какъ руководящимъ основаніемъ въ институтѣ распредѣленія доказательствъ является—по крайней мѣрѣ по теоріи автора настоящихъ строкъ—бо́льшее удобство собрать доказательства данныхъ фактовъ для одной изъ сторонъ,—мотивы, по которымъ законодатель создаетъ свои презумпціи, крайне разнообразны. Фактическія презумпціи въ свою очередь отличаются отъ законныхъ тѣмъ, что однѣ попали въ законодательный кодексъ, другія не попали; слѣдовательно, однѣхъ судья можетъ не знать или не признавать, другія же обязанъ примѣнять къ соотвѣтствующимъ казусамъ [2]).

Какъ увидитъ читатель ниже, основнымъ принципомъ, опредѣляющимъ излагаемое ученіе, я считаю слѣдующій: та изъ сторонъ призвана доказывать сомнительный для правосудія фактъ, для которой легче представить соотвѣтствующія доказательства. Когда бываетъ, что вопросъ для текущаго момента не разрѣшимъ въ предѣлахъ поставленной проблемы, то слѣдуетъ обратиться къ прошлому и взглянуть, не было ли возможности какой либо изъ сторонъ запастись доказательствами своевременно; и за отсутствіе заботливости къ интересамъ личнымъ и правосудія судъ караетъ нерачительнаго гражданина, истолковавъ сомнительный фактъ противъ него. Не онъ ли въ самомъ дѣлѣ виноватъ въ безсиліи правосудія найти правду? Въ его рукахъ была бы возможность раскрыть истину теперь, если бы онъ внимательно относился къ своимъ дѣламъ тогда. Punietur, ut de jure suo probare necesse haberet. Наконецъ, если ни одной изъ сторонъ нельзя поставить въ вину отсутствіе доказательствъ и если нѣтъ указаній въ законѣ или судебной практикѣ на то, какое положеніе вещей слѣдуетъ считать болѣе вѣроятнымъ, тогда проигрываетъ дѣло истецъ. Въ цѣлесообразности послѣдней нормы, общепризнанной въ процессахъ всѣхъ странъ, нѣтъ надобности убѣждать читателя: конечно, судебное рѣшеніе лишь тогда возьметъ на себя рискъ вынести тотъ приговоръ относительно юридическихъ отношеній, котораго до-

[1]) Ср. R. Schmidt, Z. f. C. P., Bd. 32 (1903) S. 447.

[2]) Противъ смѣшенія предостерегаетъ Leonhard, S. 142.

бивается истецъ, если ему правота возможнаго декрета будетъ доказана. Безъ достаточныхъ основаній юстиція не вмѣшается со своими мѣропріятіями въ status quo сложившагося частно-правового уклада.

Много споровъ возбуждаетъ въ литературѣ предмета вопросъ о томъ, къ какой дисциплинѣ относится ученіе о распредѣленіи доказательствъ,—къ матеріальному праву или къ наукѣ гражданскаго процесса? [1]).

Съ точки зрѣнія излагаемой доктрины институтъ слѣдуетъ помѣстить въ матеріальномъ правѣ. Основные принципы можно намѣтить въ т. н. „общей части“, а частныя примѣненія ихъ,—различныя въ зависимости отъ разнообразія отдѣльныхъ институтовъ,—надобно развивать совмѣстно и въ связи съ нормами матеріальнаго закона.

Въ силу указанныхъ между прочимъ основаній читатель не найдетъ въ настоящей работѣ примѣненія выставленной точки зрѣнія на onus probandi ко всѣмъ матеріямъ гражданскаго права: для послѣдней цѣли потребовалось бы вмѣстить въ область изслѣдованія и изложенія еще и курсъ русскаго матеріальнаго права.

Нѣмецкій ученый Leonhard выходитъ изъ аналогичнаго затрудненія тѣмъ, что, указавъ на статью гражданскаго уложенія и не упоминая о ея содержаніи, просто указываетъ, на истцѣ или отвѣтчикѣ лежитъ onus probandi.

---

[1]) Перваго мнѣнія: Unger, System des österreichischen Privatrechts, Bd. II. 1892, S. 455, Anm. 22; Motive zur deutschen Civilprozessordnung zu den §§ 240—243, 245—248 des Entw. Nr. 3, 1; Wilmowski und Levy, Kommentar zur Civilprozessordnung. 7 Aufl., 1895, Bd. 1 S. 449; Schurter. Grundzüge des materiellen Beweisrechts in der schweizerischen Civilprozessgesetzgebung, 1890, S. 15.

Второго мнѣнія: Wach, Handbuch des deutschen Civilprozessrechts, 1885, Bd. 1, S. 125 f; Zeitschrift, Bd. 29 (1901) S. 362 f; Betzinger, Die Beweislast, 1894, S. 296; Reinhold, Zur Lehre von der Beweislast, Z. f. C. P., Bd. XX, S. 153; Regelsberger, Paudekten, Bd. 1, 1893, S. 694; R. Schmidt, Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts, 1898, S. 436; Rosenberg, Die Beweislast, 1900, S. 38; Hellwig, Lehrbuch des deutschen Civilprozesses, Bd. 1, 1903, S. 6.

Относятъ институтъ къ обѣимъ дисциплинамъ сразу: Beckh, Die Beweislast, 1899, S. 1 ff; Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 8-te Aufl. (1901) S. 481.

Въ силу редакціонныхъ несовершенствъ нашего X тома, который нельзя читать, не комментируя въ то же время дополняющей, разъясняющей и отмѣняющей кассаціонной практикой, методъ подобныхъ ссылокъ закрытъ для русскаго юриста.

Впрочемъ, въ отдѣлѣ: „казуистика распредѣленія доказательствъ“ я старался коснуться болѣе или менѣе спорныхъ проблемъ распредѣленія доказательствъ въ разныхъ институтахъ гражданскаго права.

При законодательной регламентаціи вопроса по моему мнѣнію слѣдовало бы поступать точно такимъ же образомъ: послѣ указаній на общіе принципы распредѣленія доказательствъ въ общей части, слѣдуетъ регулировать onera probandi при изложеніи разныхъ институтовъ гражданскаго права, если они почему нибудь представляютъ особенности. Основной принципъ, призванный служить руководствомъ, не отличается той ясностью, которая бы позволяла примѣнять его безъ затрудненій ко всѣмъ случаямъ практики.

Проф. Петражицкій [1]) упрекаетъ цивилистовъ за смѣшеніе разнородныхъ точекъ зрѣнія, допускаемое многими при изложеніи гражданска гоправа, гдѣ матеріальныя правомочія изслѣдуются только съ точки зрѣнія процессуальныхъ функцій.

Если почтенный ученый и правъ, указывая на игнорированіе чисто цивилистическихъ проблемъ, которое отсюда происходитъ [2]), то съ другой стороны процессуалистъ можетъ въ свою очередь претендовать на разработку вопроса о распредѣленіи доказательствъ по поводу каждаго матеріальноправового института, а сдѣлать это въ наукѣ процессуальнаго права представляется немыслимымъ въ силу чисто техническихъ основаній. Въ обособленную дисциплину, трактующую о достаточномъ числѣ собственныхъ матерій, нельзя вмѣстить еще цѣлый курсъ гражданскаго права, гдѣ каждый институтъ разбирался бы съ точки зрѣнія вопроса, какихъ доказательствъ требуетъ правосудіе отъ истца, какихъ отъ отвѣтчика и проч.

---

[1]) Въ статьѣ: „Право и судъ“, журн. Право, 1901 г., № 1, 3, 6.

[2]) Или на одностороннее пониманіе институтовъ: относит. „владѣнія“ я вполнѣ согласенъ съ его анализомъ и конструкціей проблемы.

Логика, конечно, допускала бы и подобное размѣщеніе научнаго матеріала, но соображенія техническаго удобства требуютъ параллельнаго изложенія въ матеріальномъ правѣ сперва правомочій и обязанностей лица, а затѣмъ—ученія о тѣхъ доказательствахъ, которыя оно должно будетъ доставить правосудію при осуществленіи ихъ путемъ судебной защиты. Въ процессуальной дисциплинѣ можно только указать на общія начала: а такъ какъ провозгласить ихъ еще не значитъ дать безспорное руководство къ разрѣшенію соотвѣтствующихъ проблемъ, то вопросъ о примѣненіи принципа переносится по необходимости на страницы руководствъ по гражданскому праву [1]).

Перелистывая кодексъ или учебникъ, частное лицо должно, конечно, узнать о своихъ обязанностяхъ и правахъ и о средствахъ мирнаго разрѣшенія разнаго рода возможныхъ конфликтовъ [2]); но съ другой стороны нельзя забывать и боевой функціи права: каждый долженъ быть поставленъ въ извѣстность,—что ему, привлеченному или привлекающему къ суду по данной статьѣ, придется доказывать въ процессѣ?

Я безъ колебаній настаиваю на мысли, что законодательство нашихъ дней не должно оставлять безъ освѣщенія тотъ институтъ, которому посвящено настоящее изслѣдованіе. Практика давно уже ждетъ руководящихъ идей отъ законодателя. Германское уложеніе посвятило вопросу серьозное вниманіе. И принятая законодателемъ метода должна проникать все гражд. право: по поводу каждаго института кодификаторы должны задаваться вопросомъ о томъ, кто изъ сторонъ долженъ доказывать разныя themata probandi. Мало составить справедливое матеріальное право,—это одна половина работы. Надобно еще серьезно считаться и съ тѣми затрудненіями, которыя долженъ матеріальный законъ встрѣтить при проведеніи своемъ въ жизнь: а изъ нихъ наиболѣе важнымъ препятствіемъ является вопросъ о томъ, какая изъ сторонъ должна доказывать обстоятельства дѣла, и подвергнуться обвиненію въ гражд. судѣ въ случаѣ неудачи.

---

[1]) Такъ же: Unger, System, Bd. II (1892), S. 455 Anm. 22.

[2]) Ср. Право, 1901, № 1, стр. 119—120.

Я оперировалъ въ своемъ изслѣдованіи съ понятіемъ „тяжести представленія доказательствъ“ (onus probandi, Beweislast) исключительно, не прибѣгая къ подраздѣленіямъ, которыя принимаются нѣкоторыми нѣмецкими учеными. Среди такихъ лишнихъ по моему мнѣнію понятій, появленіе которыхъ объясняется только склонностью нѣмецкой науки къ классифицированію, надобно указать, напр., на терминологію Endemann'a [1]). Онъ вводитъ кромѣ „необходимости доказыванія“ (Beweislast) еще „необходимость утвержденія“ (Behauptungslast), какъ совершенно особое понятіе, и говоритъ въ одной половинѣ своего „ученія о доказательствахъ“ относительно послѣдняго понятія, въ другой—по поводу перваго [2]).

Повидимому, оба термина покрываются. Если стороны въ процессѣ должны утверждать то, что имъ придется впослѣдствіи въ случаѣ спора и доказывать, и доказывать то, что предварительно утверждали, а такова, кажется, точка зрѣнія Endemann'a [3]),—о чемъ же можетъ ити дальше рѣчь?...

Зачѣмъ Endemann'у понадобилось вводить особое понятіе „обязанности утверждать извѣстные факты“, не совсѣмъ ясно. Если понимать терминологію въ буквальномъ, не техническомъ смыслѣ, то на мой взглядъ каждая сторона должна утверждать всѣ факты, изъ которыхъ вытекаютъ ея права. Какъ извѣстно (и въ этомъ смыслъ теоріи „распредѣленія доказательствъ“), не все, что на судѣ говорилось, тяжущемуся придется доказывать. Быть противнаго мнѣнія, думать, что законъ освобождаетъ истца отъ необходимости утверждать неисполненіе отвѣтчикомъ обязательства или годность

---

[1]) Contra: Rosenberg, Archiv für die Civilistische Praxis, Bd. 44 (1903), S. 10 Anm. 8.

[2]) Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 8-te Aufl. (1901): § 87 c: „Behauptungslast nach dem B.G.B.“; § 87 d: „Umfang und Begrenzung der Beweislast“; § 87 e: „Beweislast unter dem Einflusse der prozessualen Einlassung“.

[3]) S. 479: формула ученія о распредѣленіи доказательствъ: Wen von den Prozessgegnern trifft für die wesentlichen Thatsachen die Behauptungslast und für die bestrittenen die Beweislast.

вещи служить объектомъ данной сдѣлки [1]), мнѣ кажется, нельзя, не насилуя здраваго смысла [2]). Наконецъ, вѣдь подобное положеніе вещей противорѣчило бы праву судьи задавать тяжущимся вопросы (ст. 335 уст. гр. суд.), добиваясь выясненія фактическихъ подробностей дѣла,—постановленіе, расчитанное на то, что стороны обязаны по закону говорить на судѣ всю правду, ничего не утаивая и не скрывая [3]). Судъ можетъ „требовать положительныхъ объясненій отъ стороны, выражающейся неясно или неопредѣленно, или же когда изъ словъ ея не видно: признаетъ ли она или отвергаетъ обстоятельства и документы. на коихъ основано требованіе или возраженіе противной стороны". Такъ выражаются наши Судебные Уставы.

Ни о какой необходимости „утверждать" одни факты, скрывая или замалчивая другіе, говорить по крайней мѣрѣ по нашему праву нѣтъ смысла. Утверждать каждый долженъ на судѣ все, что было,—этого требуетъ bona fides. А доказывать придется лишь то, чего требуетъ onus probandi: послѣднимъ понятіемъ и занимается ученіе о распредѣленіи доказательствъ.

Мнѣ представляется совершенно излишнимъ и другое понятіе, вводимое рядомъ съ общепринятымъ: „onus probandi" нѣмецкимъ ученымъ Rosenberg'омъ. Онъ упоминаетъ о „необходимости установленія извѣстныхъ фактовъ" для стороны, требующей примѣненія извѣстнаго закона,—необходимости, подкрѣпляемой угрозою, что въ противномъ случаѣ не послѣдуетъ этого примѣненія [4]). Но въ названной функціи и состоитъ дѣйствіе того института, который наука издавна называетъ терминомъ: onus probandi. Относя по-

---

[1]) Какъ увидимъ, утверждать эти факты долженъ истецъ, но доказывать свои ссылки на обратное обязанъ отвѣтчикъ.

[2]) Sic: Weismann, Lehrbuch des Zivilprosessrechts, Bd. 1 (1903), S. 127 VI; Wach, Zeitschrift für Civilprozess, Bd. 29 (1901) S. 387.

[3]) Ср. по этому вопросу соч. Trutter'a, Bona fides im Civilprozesse, 1892. Pro (кромѣ Trutter'a): Degenkolb, Einlassungszwang und Urteilsnorm, 1877; Schwarz, Die Novelle von 1898 und die künftige Civilprozessreform, 1902, S. 40, 156, 179; contra: Wach, Zeitschrift für öffentliches und Privatrecht, Bd. VI S. 547 ff.

[4]) Die Beweislast, 1900, S. 8 ff; 39 ff; Archiv für die Civilistische Praxis, B. 44 (1903), S. 6—8.

слѣднюю терминологію къ состязательному процессу исключительно, Rosenberg желаетъ дать понятіе болѣе всеобъемлющаго значенія, примѣнимое и къ слѣдственному судопроизводству,—для чего и выдвигаетъ названную категорію [1]).

Въ своемъ изслѣдованіи я не задавался вопросами о постройкѣ мостовъ черезъ пропасть, отдѣляющую гражданское судопроизводство отъ уголовнаго,—даже не заглядывалъ въ эту пропасть. А для гражданскаго процесса вполнѣ довольно и одного понятія: onus probandi.

Указываютъ еще, что конкретное положеніе взаимныхъ позицій на судебномъ состязаніи часто индивидуализируетъ onera probandi въ томъ смыслѣ, что сторона бываетъ избавлена отъ необходимости доказывать факты, составляющіе an sich ея процессуальное бремя: потому, напр., что они и безъ того признаются противникомъ. Это изъятіе заставляетъ говорить о тяжести представленія доказательствъ въ болѣе узкомъ смыслѣ: onus probandi, какъ necessitas probandi, обнаруживаетъ свою „тяжесть“ лишь въ послѣднемъ случаѣ: вотъ когда только и можно принимать дѣйствіе института. Его вліяніе на вопросъ открывается не раньше, чѣмъ выяснится in concreto status causae et controversiae. Поэтому, независимымъ отъ индивидуальныхъ подробностей состязательной борьбы можетъ и долженъ быть институтъ другой,—тотъ, который носитъ по терминологіи Endemann'a свое имя: Behauptungslast, ученіе о необходимости утверждать каждому свои факты на судѣ [2]).

Мнѣ кажется, проще объяснить вліяніе различныхъ процессуальныхъ возможностей на вопросъ о бремени доказываній тѣмъ, что отъ представленія ихъ иногда избавляютъ тѣ данныя, изъ которыхъ и безъ того обнаруживается матеріальная правда: какъ то,—признаніе обстоятельствъ противникомъ, дѣятельность суда ef officio по выясненію спора (въ предѣлахъ, гдѣ таковая допускается) [3]) и проч. In concreto—бремя процесса оказалось легкимъ для отвѣтчика или истца, но in abstracto—оно имъ грозило: эти эвентуальныя onera

[1]) Противъ Rosenberg'a высказался R. Schmidt, Z. f. C. P., Bd. 32 (1903) S. 447 Anm. 6.

[2]) Ср. Endemann, S. 502—503.

[3]) Укажу для примѣра на случай примѣненія ст. 444 уст. гр. суд.

probandi и разбираются въ занимающемъ насъ ученіи. Для чего тутъ вводить новое понятіе, я не представляю себѣ въ достаточной степени ясно [1]).

Обращаясь къ законодательнымъ источникамъ, которые могли бы лечь въ основу юридической конструкціи занимающаго насъ вопроса, изслѣдователю приходится констатировать полное отсутствіе сколько-нибудь опредѣленныхъ правоположеній.

Ст. 366 уст. гр. суд. говоритъ очень немногое. „Истецъ долженъ доказать свой искъ. Отвѣтчикъ, возражающій противъ требованій истца, обязанъ съ своей стороны доказать свои возраженія". Если бы понятія: „иска" и „возраженія" въ примѣненіи къ обязанностямъ доказыванія являлись точно опредѣленными величинами, то ст. 366 могла бы служить руководящей нитью,—но это условіе къ сожалѣнію отсутствуетъ. Не все то, что говоритъ на судѣ истецъ, и не все, о чемъ пишетъ онъ въ своемъ прошеніи, обязанъ доказать этотъ тяжущійся, какъ всѣмъ извѣстно. Но если такъ, тогда смыслъ ст. 366 сводится на нѣтъ.

Въ мотивахъ составителей Судебныхъ Уставовъ подъ ст. 366 говорится, что она представляетъ видоизмѣненіе римскаго аѳоризма: affirmanti incumbit probatio. Но римскій тезисъ страдаетъ, какъ увидимъ ниже, той же неопредѣленностью. Впрочемъ, вѣроятно не безъ вліянія этой замѣтки редакторовъ, въ сенатской практикѣ водворилось другое „видоизмѣненіе" того же римскаго принципа,—что факты отрицательные не доказываются.

По поводу „квалифицированнаго признанія",—наиболѣе спорной области изъ всего ученія о бремени доказываній,—мы имѣемъ опять таки разсужденія редакторовъ устава. Мотивы подъ ст. 479 подвергаютъ анализу и отвергаютъ модную въ то время систему,—французскую доктрину о „недѣлимости признанія".

„Былъ возбужденъ вопросъ, пишетъ Зарудный, не слѣдуетъ ли у насъ ввести правило о нераздробляемости признанія, по примѣненію къ ст. 1356-й франц. гражд. устава". „Правило о нераздробляемости признанія имѣетъ важное зна-

---

[1]) Sic: Wach, Z. f. C. P., Bd. 29 (1901) S. 364.

ченіе съ теоретической точки зрѣнія, но безусловное его примѣненіе на практикѣ было бы не только неудобно, но почти невозможно. Съ перваго взгляда кажется весьма справедливымъ обязать судью принимать признаніе отвѣтчика въ соображеніе не иначе, какъ во всей его полнотѣ, не разбивая его на части и не извлекая изъ него только то, что приводитъ въ свою пользу истецъ; но, съ другой стороны, такое правило можетъ стѣснить судъ въ правильномъ разрѣшеніи дѣла. Если отвѣтчикъ въ признаніи по одному предмету приводитъ другія. неимѣющія существенной съ нимъ связи обстоятельства, то правило о нераздробляемости признанія могло бы иногда привести къ невѣрному результату. Такимъ образомъ, если отвѣтчикъ-должникъ сознается въ томъ, что онъ долженъ истцу 100 рублей, но въ то же время прибавляетъ, что истецъ со своей стороны ему долженъ по другому условію 200 руб., то примѣненіе правила о нераздробляемости признанія обратило бы должника въ кредитора".

За исключеніемъ неудачной reductio ad absurdum въ концѣ разсужденія, редакторы развиваютъ вполнѣ правильныя идеи. Но какъ ни основательно ихъ критическое отношеніе къ французской доктринѣ, одно опроверженіе теоріи ложной не даетъ еще полнаго знанія. Такимъ образомъ, изслѣдователю проблемы не приходится отправляться отъ законодательнаго матеріала.

Поэтому необходимость вынуждала вмѣсто нормъ писаннаго права оперировать съ общепризнанными положеніями судебной практики (usus fori) или дознанными истинами юрид. науки (communis opinio doctorum),—отвергая тѣ доктрины, которыя имъ противорѣчатъ. Конечно, только разногласіе съ такими положеніями, цѣлесообразность которыхъ будетъ доказана при изложеніи собственной доктрины, служитъ „отрицательной инстанціей" для оспариваемыхъ теорій; впрочемъ, большинство авторовъ принимаютъ эти общепризнанные выводы безпрекословно сами и для опроверженія ихъ конструкцій оставалось только вскрыть несовмѣстимость этихъ дедукцій съ отправными точками зрѣнія доктринъ.

Въ заключеніе—нѣсколько словъ pro domo sua. Изслѣдователя не можетъ не преслѣдовать мысль о возможной

ошибочности его выводовъ. „Быть можетъ, истина не съ нами“... Не представляется невѣроятнымъ, что высказанная въ текстѣ теорія окажется ошибочной, какъ и многія другія. Юридическія конструкціи въ этомъ отношеніи являются особенно непрочными сооруженіями человѣческой мысли. Но—даже допуская ошибку—я готовъ отстаивать плодотворность своей точки зрѣнія, какъ мотиваціи ряда законодательныхъ (de lega ferenda) или фактическихъ (de lega lata) презумцій.

Мой принципъ гласитъ: „та изъ сторонъ должна дать правосудію потребныя доказательства, которой запастись ими легче теперь или было удобнѣе въ прошломъ“,—и мнѣ казалось съ его помощью возможнымъ разрѣшить всю проблему распредѣленія доказательствъ. Если бы обнаружилось, что онъ не всеобъемлющъ, что есть контроверзы, которыя обходитъ онъ мимо, то я упорно сталъ бы отстаивать свой послѣдній оплотъ—безусловную примѣнимость принципа въ тѣхъ случаяхъ, которые имъ все-таки затрагиваются. Слѣдуетъ сдѣлать изъ указаннаго начала законную презумпцію; и пусть не всѣ (какъ я ошибочно считалъ), но по крайней мѣрѣ многія проблемы занимающаго науку и практику ученія будутъ удачно разрѣшены—сообразно правно-политическимъ постулятамъ—при его посредствѣ.

ЧАСТЬ ПЕРВАЯ.

Изложеніе собственной теоріи.

Glaser начинаетъ свою главу, посвященную вопросу о распредѣленіи доказываній между сторонами, слѣд. образомъ [1]). „Всѣ старанія суда и сторонъ пролить свѣтъ на спорное обстоятельство могутъ остаться безуспѣшными; въ результатѣ представленія доказательствъ тогда окажется, что фактъ является сомнительнымъ для судьи".

Фактъ недоказанъ, продолжаетъ Глазеръ. Но съ наличностью его законъ соединяетъ примѣненіе извѣстной нормы. Значитъ—и та не получитъ примѣненія. А фактъ недоказанный проявляетъ для лица, заинтересованнаго въ примѣненіи этой нормы, дѣйствіе равносильное отсутствію факта, если бы таковое было съ очевидностью обнаружено. Юридическая жизнь останавливается передъ конфликтомъ: логика требуетъ, чтобы опредѣленія закона примѣнялись только къ предусмотрѣннымъ ими фактамъ,—ограниченность человѣческихъ средствъ нахожденія истины дѣлаетъ возможными случаи, когда факты истинны и дѣйствительны, — между тѣмъ не могутъ быть доказаны заинтересованнымъ лицомъ. Non jus tibi deficit, sed probatio. Наука и законодательство должны съ своей стороны удѣлить этой дилеммѣ полное вниманіе и поставить себѣ категорическій вопросъ: что предпочтительнѣй,—дать ли примѣненіе нормѣ, хотя, быть можетъ, ея предпосылки не существуютъ въ дѣйствительности, или лучше отклонить опредѣленія закона, пусть предпосылки его, можетъ быть, и окажутся на лицо?

Итакъ, что лучше? Объ отвѣтѣ не долженъ забывать законодатель, перечитывая каждое узаконеніе, которое выпускаетъ въ свѣтъ; и судья долженъ принимать, что законодатель помнилъ о своей задачѣ. Поэтому, если законъ молчитъ о дозволеніи прилагать норму *при сомнительности* даже нѣкоторыхъ ея предположеній, судья сочтетъ себя въ

[1]) Beiträge zur Lehre vom Beweis im Strafprozess, (1883), S. 85—88.

правѣ распространить ея велѣніе на судебный казусъ только въ томъ случаѣ, когда всѣ до одной предпосылки будутъ удостовѣрены надлежащими доказательствами. Si paret, condemna; si non paret, absolve!

Австрійскій процессуалистъ исходитъ изъ обычной тезы „теоріи нормъ“: законодательный императивъ примѣняется только послѣ установленія на судѣ всѣхъ его предпосылокъ. Оставляемъ въ сторонѣ *πρῶτον ψεῦδος*: что понятіе „нормы“ не есть нѣчто въ самомъ себѣ заключенное логически, а равнозначно съ этой стороны понятію „фразы“: сколько составныхъ элементовъ—словъ—можетъ содержать въ себѣ грамматическое предложеніе, столько и норма,—запрета на этотъ счетъ нѣтъ.

Но Glaser совершенно правъ тамъ, гдѣ онъ говоритъ о возможности примѣненія нормы—даже при недоказанности нѣкоторыхъ ея предпосылокъ. Подобная ситуація представляется вполнѣ мыслимой: правосудіе въ силу тѣхъ или другихъ гносеологическихъ основаній предполагаетъ наличность правоотношенія, хотя фактическій составъ понятія,—насколько онъ доказанъ,—представляется недоконченнымъ, не всѣ фактическіе моменты восполненными для примѣненія статьи. Объясненіе въ томъ, что гносеологія гражданскаго процесса и онтологія матеріальнаго права расходятся въ существенныхъ пунктахъ: законъ предполагаетъ установленіе (n+1) признака, чтобы примѣнить данную норму, а судопроизводство обходится наличностью n фактическихъ моментовъ, принимая признакъ недостающій даннымъ, donec contrarium probatur. Неисполненіе обязательства недоказано: было оно исполнено или не было, non liquet для суда,—между тѣмъ искъ присуждается кредитору; значитъ, процессъ предполагаетъ отсутствіе исполненія, хотя это существеннѣйшій моментъ, отъ котораго зависитъ примѣненіе законодательной нормы: „плати“ или „сдѣлай“. Съ другой стороны, можно согласиться, что судъ долженъ составить себѣ опредѣленный взглядъ на присутствіе или отсутствіе фактическихъ предпосылокъ примѣняемаго закона: однако матеріальное право не затрагиваетъ вопроса,—откуда вынесетъ судъ это убѣжденіе: изъ того ли, что извѣстнаго признака не доказалъ истецъ, или изъ того, что противоположнаго утвержденія не успѣлъ

обосновать отвѣтчикъ. Вопросъ рѣшается ученіемъ о распредѣленіи доказательствъ.

Еще менѣе удачны размышленія Глазера о необходимости для судьи свято вѣрить, будто законодатель, создавая нормы матеріальнаго права, всякій разъ потрудился отдать себѣ отчетъ въ томъ, можно ли примѣнять императивъ при сомнительности нѣкоторыхъ его предпосылокъ. Конечно, слѣдовало бы писать нормы такія, чтобы по поводу составныхъ элементовъ каждой не оставлять судью въ сомнѣніи,—всѣ ли они имѣютъ быть доказаны по мысли законодателя истцомъ, или же наличность иныхъ предполагается правосудіемъ, пока противнаго не установитъ отвѣтчикъ. Поэтому, когда Глазеръ даетъ судьѣ наставленіе: вѣрить, что законодатель помнилъ о своей въ этомъ отношеніи задачѣ, то его слова носятъ характеръ платоническихъ пожеланій. Ни законодатель не былъ сверхъестественно рачителенъ, выпуская нормы, ни судья не обязанъ закрывать глаза на его легко допустимую оплошность. Это въ особенности вѣрно въ примѣненіи къ гражданскому праву, гдѣ и наука, и судебная практика расходятся въ разрѣшеніи проблемы распредѣленія доказательствъ,—гдѣ опредѣленнаго принципа или руководящихъ правоположеній не выработано,—гдѣ наконецъ современный законодатель обыкновенно выпускалъ свой матеріально-правовой кодексъ, не давая себѣ по поводу каждой нормы предварительнаго отчета, какіе моменты должны быть установлены по его мнѣнію истцомъ для примѣненія статьи, какіе опровергнуты отвѣтчикомъ для отклоненія ея дѣйствія. Предполагать, что законодатель,—единственный источникъ мудрости,—одинъ сумѣлъ разрѣшить для себя всѣ этого рода затрудненія и, приноровивъ, какъ слѣдуетъ, признаки выработанныхъ нормъ, издалъ въ назиданіе судьѣ писанное право, „весьма отчаянная“ гипотеза. Даже кодификаторы германскаго гражданскаго уложенія, которые опредѣленно задались означенной цѣлью[1]), вырабатывая

[1]) Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, B. I, 3-te Aufl. (1903), S. 48 удостовѣряетъ, что „bei der Redaktion des Bürgerlichen Gesetzbuch ist grosse Sorgfalt darauf verwendet, die einzelnen Vorschriften so zu fassen, dass durch die Fassung zugleich die Entscheidung über die Beweislast gegeben wird“.

нормы, не всегда успѣшно справились съ задачей,—то оставивъ нѣкоторыя проблемы неразрѣшенными въ положительномъ правѣ, ожидая отвѣта отъ юридическаго творчества судебной практики и науки [1]),—то неудачно формулировавъ въ своей искусственной терминологіи безспорныя даже положенія [2]),—то не выразивъ своихъ идей достаточно опредѣленнымъ образомъ [3]).

Другіе законодатели даже и не имѣли въ сердцѣ „благихъ намѣреній", обнаруженныхъ германскими кодификаторами.

Конечно, законодатель долженъ былъ бы не оставлять практику въ невѣдѣніи: какіе признаки его предписаній, или (что то же) какіе моменты спорнаго правоотношенія должны доказываться истцомъ,—и какіе предполагаются, будучи опровергаемы отвѣтчикомъ.

И удобнѣе сдѣлать это, мнѣ кажется, преподавъ общія руководящія начала, какъ то хотѣлъ осуществить проектъ германскаго гражданскаго уложенія первой его редакціи, а не разрѣшая указанный вопросъ по поводу каждаго законодательнаго постановленія въ отдѣльности, что предпочелъ гражданскій кодексъ во второмъ чтеніи проекта. Одно изъ двухъ: или были у законодателя опредѣленные принципы, которыми онъ при этой операціи руководствовался,—но тогда лучше установить ихъ открыто и ясно, а не держать въ тайнѣ, подобно свѣтильнику подъ спудомъ,—или такихъ объединяющихъ началъ не было: но тогда чутьемъ что-ли или—по ученому—интуиціей нащупывали кодификаторы свой способъ для подѣленія доказательствъ въ разныхъ правовыхъ случаяхъ?...

Если бы даже законодатель, лишенный поученій со стороны науки и практики, не умѣлъ дать исчерпывающихъ нормъ по поводу вопроса, лучше было бы установить тѣ начала, которыя, не смотря на разногласіе въ другихъ пунктахъ, признаются все-таки и теоретической, и практи-

---

[1]) Такъ,—въ вопросѣ относительно суспензивнаго и резолютивнаго условія и срока; см. протоколы коммиссіи у Planck'a, Bürgerliches Gesetzbuch, B. 1, 3-te Aufl. (1903), S. 47.

[2]) См. Wach, Z. f. C. P., Bd. 29, S. 374 ff; Leonhard, S. 126.

[3]) Ср. Endemann, Lehrbuch, S. 485 Anm. 18. См. вообще критику интересной попытки германскихъ кодификаторовъ у Leonhard'a, S. 120—139.

ческой юриспруденціей безспорно (таковы: что исполненіе обязательства или иной способъ прекращенія его, ссылку на vitiaii negot, на наступленіе условія, на послѣдующія измѣненія договорной воли доказываетъ отвѣтчикъ), а по поводу остальныхъ недоумѣнныхъ случаевъ предоставить дѣло судебному творчеству. Наконецъ, если законодатель, руководствуясь требованіями цѣлесообразности,—положимъ, удобства доказыванія отдѣльныхъ моментовъ для той или другой стороны,—старался отыскать разрѣшеніе нашей проблемы для каждаго нормируемаго случая ad hoc, то и тогда слѣдовало выставить этотъ, хотя и не вполнѣ опредѣленный критерій, чтобы практика могла восполнить или исправить законъ съ тѣмъ фонаремъ въ рукахъ, который свѣтилъ и законодателю (adjuvare, supplere, corrigere legem).

Въ противномъ случаѣ судамъ придется ловить, примѣняя нормы, китайскія тѣни, если они не будутъ подозрѣвать о внутреннемъ механизмѣ, производящемъ законодательные свѣтовые эффекты.

Однако по вопросу объ этихъ руководящихъ для законодателя началахъ слѣдуетъ прійти къ заключенію, что выставить одинъ принципъ, который при проведеніи черезъ всю систему законодательной регламентаціи могъ бы дать скорый и простой отвѣтъ на проблемы распредѣленія доказываній, едва-ли возможно. По крайней мѣрѣ, всѣ попытки ученаго міра до сихъ поръ оставались тщетными. Излагаемая въ текстѣ теорія даетъ критерій, но примѣненіе котораго къ разнымъ институтамъ есть столь сложная и тонкая операція, что требуетъ не умѣнья судьи, а искусства законодателя. Этотъ принципъ будетъ нѣкоторой модификаціей Бентамовскаго афоризма: „L'obligation de la preuve doit être dans chaque cas individuel imposée à celle des parties, qui peut la remplir avec le moins d'inconvénient, c'est-à-dire le moins de délai, de vexations et de frais. Cette connaissanse....sera facilement obtenue á la séance initiale de deux parties devant le juge“ [1]). Неправильность мнѣнія Бентама состоитъ въ допущеніи возможности передать вопросъ о томъ, какой сторонѣ удобнѣе представить доказательства въ разныхъ случаяхъ, всецѣло на усмотрѣніе

[1]) Traité des preuves judiciaires, T. 2 (1830) p 172.

судовъ въ зависимости отъ обстановки конкретнаго казуса. Знакомство съ судебной практикой говоритъ, что разрѣшить затрудненіе, не опираясь на общіе руководящіе принципы, для нея вовсе нелегкая задача, и что надобность въ законодательныхъ указаніяхъ чувствуется при отправленіи правосудія, какъ настоятельная необходимость. Законодатель долженъ предусмотрѣть самъ in abstracto, въ какихъ институтахъ какіе факты должна доказывать каждая сторона: конкретныя обстоятельства единичнаго дѣла въ большинствѣ случаевъ не даютъ ключа къ разрѣшенію проблемы.

Однако опредѣляющимъ отвѣтъ на нее будетъ такое начало: та сторона, которой удобнѣе представить соотвѣтствующія доказательства, должна сдѣлать это подъ угрозою потери процесса. Только не всегда удобства настоящаго момента являются рѣшающими,—потому что часто невозможность справиться съ задачей одинаково обнаруживаютъ обѣ стороны: тогда правосудіе обращаетъ вниманіе на то, который изъ тяжущихся имѣлъ легкій случай запастись доказательствами данныхъ фактовъ до процесса, чтобы потребовать ихъ отъ него на судѣ и, отнеся отсутствіе доказательствъ къ его оплошности, поставить невозможность выясненія истины при теперешнихъ условіяхъ на его счетъ, разрѣшить дѣло противъ него. Такимъ образомъ, подготовивъ себѣ надежнаго помощника въ собираніи доказательствъ,—и при томъ въ тотъ моментъ, когда добыть и заготовить ихъ всего удобнѣе,—правосудіе будетъ работать надъ задачей примѣненія права болѣе удовлетворительнымъ образомъ.

Однако для того, чтобы распредѣлить цѣлесообразно обязанности собиранія доказательствъ до суда, отъ законодателя требуется глубокій соціологическій анализъ. Вѣроятно, что вопросъ объ урегулированіи обязанностей сторонъ относительно заготовленія доказательствъ есть дѣло будущаго въ такой же степени, какъ и вопросъ объ улучшеніи матеріальнаго права вообще.

Возвращаясь къ темѣ относительно руководящихъ законодательныхъ принциповъ, я бы намѣтилъ слѣдующіе изъ нихъ.

Первое правило, выработанное въ результатѣ долгаго опыта судебной практикой разныхъ народностей, гласитъ

слѣдующее: истецъ доказываетъ возникновеніе у него правомочія, отвѣтчикъ въ своемъ возраженіи—прекращеніе его исполненіемъ.

Такого начала держится юриспруденція въ Германіи и Австріи, далѣе—Англіи [1]); нашъ кассаціонный Сенатъ тоже высказывалъ и примѣнялъ его неоднократно, хотя такъ и не рѣшился формулировать въ общемъ видѣ [2]); напротивъ, во Франціи господствуетъ противоположный взглядъ, обязанный своимъ происхожденіемъ неудачной догмѣ „недѣлимости признанія", адоптированной статьей 1356 Code Civil [3]).

Бремя доказываній распредѣляется такимъ образомъ между кредиторомъ и должникомъ согласно постулятамъ цѣлесообразности. Истцу нелегко было бы доказать, что исполненіе отсутствовало,—тогда какъ средства доказать наличность исполненія находятся обыкновенно въ рукахъ должника. Квитанція (ст. 2054 X т. 1 ч.) выдается ему кредиторомъ при полученіи долга,—или взамѣнъ возвращается немедленно долговой документъ (ст. 2050 X т. 1 ч.): а если нѣтъ, то онъ въ правѣ себѣ то и другое потребовать [4]).

Если мы поднимемся еще ступенью выше въ область правно-политическихъ размышленій, то можно прибавить, что законодателю вообще цѣлесообразно обратить вниманіе кредиторовъ на то, чтобы они позаботились о доказательствахъ возникновенія правъ требованія, а вниманіе должниковъ—на доказательства того, что права, къ нимъ обращенныя, погашены исполненіемъ.

Такимъ образомъ, то обстоятельство, что сдѣлка дѣйствительно заключена, право требованія возникло, станетъ

---

[1]) См. Best, Grundzüge des englischen Beweisrechts, 1851, S. 298.

[2]) Ср. руководящія рѣшенія: 1879 г. № 336 и 1882 г. № 3.

[3]) Ср., напр., Zachariä v. Lingenthal, Handbuch des Französischen Civilrechts (bearbeitet von Crome), 8-te Aufl., B. 1 (1894) S. 442 Anm. 18; Planiol, Traité élémentaire de droit civil t. 2 (1902), стр. 20 прим. 2.

[4]) Даже и по суду: см. по крайней мѣрѣ германское гражданское уложеніе, § 371: „Если въ удостовѣреніе требованія былъ выданъ долговой документъ, то должникъ можетъ потребовать, сверхъ выдачи росписки, возвращенія долгового документа. Если кредиторъ утверждаетъ, что возвращеніе документа для него невозможно, то должникъ можетъ потребовать засвидѣтельствованнаго въ установленномъ порядкѣ признанія, что долгъ погашенъ". Ср. еще § 368 тамъ же.

доказывать кредиторъ: онъ поэтому вынужденъ будетъ похлопотать, чтобы заранѣе заручиться всѣми доказательствами упомянутыхъ событій. За то, исполняя сдѣлку, должникъ въ свою очередь будетъ вынужденъ смотрѣть за тѣмъ, есть ли у него средства доказать свой фактъ исполненія, если бы въ будущемъ возникъ объ этомъ процессъ. Онъ потребуетъ отъ кредитора квитанцію или уничтожитъ возвращенный ему документъ, онъ пригласитъ свидѣтелей, чтобы заручиться очевидцами событія, и проч. Возложить двойной трудъ на вѣрителя: держать на чеку доказательства и того, что сдѣлка опредѣленнаго содержанія осуществилась, и того, что исполненія не послѣдовало, было бы слишкомъ отяготительнымъ и жестокимъ по отношенію къ правообладателю: уже по тому, что доказывать положительный фактъ: „нѣчто (въ нашемъ случаѣ—исполненіе обязательства) произошло“ гораздо легче, нежели отрицательный,—„чего то (исполненія) не было, не случилось“. Изъ двухъ лицъ: кредитора, отрицающаго исполненіе, и должника, настаивающаго на фактѣ, отвѣтчику удобнѣе подтвердить свои утвержденія данными, нежели истцу.

А если должникъ съ своей стороны будетъ внимателенъ къ своимъ правамъ—чего въ правѣ отъ него требовать правопорядокъ (vigilantibus jura scripta),—то никакого ущерба для кредитныхъ отношеній въ оборотѣ не произойдетъ, тогда какъ правосудіе несомнѣнно выиграетъ отъ рачительнаго веденія своихъ дѣловыхъ расчетовъ должниками. Запасаясь доказательствами исполненія, должникъ самъ идетъ на встрѣчу будущему торжеству правосудія, способствуя выясненію судебной правды. Отъ кредитора ждать и требовать какого-нибудь содѣйствія въ этомъ отношеніи даже и невозможно для юстиціи: если бы онъ и хотѣлъ, то при всемъ желаніи не былъ бы въ состояніи подарить суду точныхъ доказательствъ неисполненія обязательства должникомъ. Значитъ, процессуальная политика должна воздѣйствовать на должника, ища себѣ помощника именно въ его лицѣ.

Да и какимъ образомъ могъ бы кредиторъ получить искомыя доказательства? Мнѣ вспоминается только одинъ остроумный способъ, о которомъ разсказъ мнѣ случилось услышать. Кредиторъ выждалъ случая, когда у должника

были гости,—и тогда ворвался въ квартиру, требуя платежа долга. Смущенный хозяинъ сталъ успокаивать раскричавшагося кредитора евангельскимъ: „потерпи на мнѣ, и вся ти воздамъ“.—„Значитъ, Вы признаете долгъ“! (обращаясь къ гостю:) „Licet te antestari“? Но конечно, такой пріемъ дарового пріобрѣтенія доказательствъ врядъ ли можно рекомендовать въ видѣ универсальнаго средства.

Изъ сказаннаго слѣдуетъ, что, если законодатель своими правилами о распредѣленіи доказательствъ направитъ вниманіе кредиторовъ на доказываніе наличности сдѣлки, а отвѣтчиковъ на подтвержденіе ея исполненія, онъ въ концѣ концовъ привьетъ и закрѣпитъ въ оборотѣ тотъ modus agendi, который способствуетъ выясненію правды юрид. отношеній на будущемъ судоговореніи. Юстиція станетъ работать при такихъ условіяхъ успѣшнѣе, находя соотвѣтствующія доказательства у сторонъ, надлежащимъ образомъ распредѣлившихъ между собой заботу о ихъ своевременномъ пріобрѣтеніи; и задача законодательства въ томъ, чтобы мало-помалу развить въ указанномъ направленіи заботливость у кредиторовъ и должниковъ, которая такъ выгодна правосудію. А рекомендуемая норма тѣмъ удачнѣе, что требуемая ею тактика и безъ того является широко распространенной въ оборотѣ: до такой степени она естественна [1]). Обыкновенно, должникъ безъ всякихъ побужденій со стороны закона требуетъ опредѣленныхъ удостовѣреній объ исполненіи отъ кредитора: такимъ образомъ, даже statu quo юрид. навыковъ и привычекъ, даже согласно заведеннымъ уже въ оборотѣ обыкновеніямъ, ему легче доказывать свое исполненіе. Указанный выше методъ распредѣленія доказательствъ уже проникаетъ, если не проникъ, въ правосознаніе.

Примѣчаніе. Приведу нѣсколько цитатъ изъ показаній большею частью практическихъ юристовъ въ подтвержденіе мысли, что доказывать исполненіе для кредитора немыслимо.

Knieriem, Behauptungspflicht, 1896, S. 62: „Den Grund der Klage, Kauf und Lieferung, könnte Kläger durch Zeugen, Handelsbücher und die geführte Korrespondenz leicht darthun; für die

[1]) Поступая согласно ея постулятамъ, каждый изъ контрагентовъ только „ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est“ (перефразируя выраженіе изъ L. 32 Dig. depos. 16,3).

Thatsache der Nichtzahlung hat er kein anderes Beweismittel, als den Eid... Die positive Thatsache, dass etwas geschehen ist, ist immer leichter zu beweisen, als die „Thatsache", dass etwas nicht geschehen ist".

Гюнсбургъ, Судебная Газета, 1888 года, № 47, стран. 6: „Свидѣтели только въ очень рѣдкихъ случаяхъ могутъ подтвердить неуплату отвѣтчикомъ долга, и то только удостовѣреніемъ внѣсудебнаго признанія отвѣтчика въ неплатежѣ. Немыслимо также требовать отъ истца письменнаго удостовѣренія неплатежа, которое можетъ исходить, конечно, только отъ самого отвѣтчика. Каждому извѣстно, что не только по словеснымъ, но и по письменнымъ сдѣлкамъ должники въ исключительныхъ только случаяхъ выдаютъ расписку въ неуплатѣ долга за работу, по общему же обычаю кредиторы выдаютъ квитанцію въ полученіи платежа. Поэтому, естественно требовать отъ отвѣтчика представленія квитанціи или иныхъ доказательствъ уплаты, не возлагая на истца обязанности доказывать неучиненіе расчета, что равносильно постановленію исхода процесса въ зависимость отъ доброй воли и сознанія отвѣтчика".

Анненковъ, Судебный Журналъ, 1874 г. № 3, стр. 24—25, развиваетъ тѣ же мысли, только по частному случаю: „(Если) требовать (отъ истца наемщика доказательствъ), что хозяинъ ему денегъ не заплатилъ, слѣдующихъ за его услуги, значитъ поставить наемщика въ такое положеніе, въ которомъ онъ не въ состояніи доказать свой искъ, ибо какими средствами онъ будетъ въ состояніи доказать свой искъ, если хозяинъ его не будетъ столь великодушенъ, что признаетъ себя должнымъ... Дабы наемщикъ въ приведенномъ мною примѣрѣ могъ запастись другими доказательствами не расчета съ нимъ хозяина, онъ долженъ былъ бы чуть не каждый день требовать отъ своего хозяина расписокъ въ подтвержденіе того, что онъ ему долженъ за истекшій день работъ; понятно, что никакой хозяинъ не согласится брать на себя этотъ трудъ, да и никакимъ закономъ онъ къ тому не обязанъ... Совершенно правильно требовать отъ квартирантовъ, доказательствъ, что ими деньги за квартиру уплачены, такъ какъ они имѣютъ полную возможность запастись доказательствами объ уплатѣ при самой отдачѣ денегъ хозяину дома. Въ настоящее время, дѣйствительно, рѣдко кто въ подобныхъ случаяхъ запасается доказательствами на случай могущаго въ будущемъ возникнуть иска; но это зависитъ частью

отъ безпечности, а частью отъ незнанія общихъ правилъ, опредѣляющихъ обязанность сторонъ доказывать спорныя обстоятельства. Но необходимо, конечно, чтобы эти правила постепенно проникали въ жизнь и были усвоены по возможности всѣми, дабы каждый во время могъ запастись нужными доказательствами, чтобы избавиться отъ неправильныхъ претензій".

L. 1 C. de prob. (4, 19): Ut creditor, qui pacuniam petit, numeratam implere cogitur, ita rursum debitor, qui solutam affirmat, ejus rei probationem praestare debet.

L. 25 § 2 D. 22, 3. Secundum generalem requlam, quae eos, qui... solvisse debita contendunt, haec ostendere exigit.

Кромѣ указаннаго случая, гдѣ onus probandi лежитъ на отвѣтчикѣ, литература и судебная практика установили еще слѣдующее правило. Ссылку на такъ называемыя vitia negot (пороки волеизъявленія) доказываетъ та сторона, которая ее дѣлаетъ.

Законодательство каждой правовой системы знаетъ типическіе, нормальные образы для своихъ юридическихъ явленій,—и исключительные, неправильные.

Такъ: нормальнымъ возрастомъ считается совершеннолѣтіе, нормально—дѣйствующія лица обладаютъ дѣеспособностью; нормальная психика—душевнаго здоровья; только по исключенію и въ отступленіе отъ нормы предметъ не можетъ служить объектомъ всякаго рода сдѣлокъ; въ качествѣ нормальнаго порядка вещей словесное или письменное заявленіе, имѣющее внѣшній видъ волеизъявленія, считается выраженнымъ съ серьознымъ намѣреніемъ и при томъ въ такой формѣ, что буквальный смыслъ выраженнаго дѣйствительно соотвѣтствуетъ истинной волѣ контрагента: постановленія же объ обманѣ, симуляціи, угрозѣ и т. п. имѣютъ въ виду уклоненія отъ нормальнаго типа [1]).

Конечно, законы расчитаны на нормальнаго человѣка, развивающаго свою дѣятельность при нормальныхъ правовыхъ условіяхъ, въ здоровой правовой атмосферѣ. Кто ссылается на то, что дѣйствительность противорѣчитъ ожиданіямъ законодателя, что имѣется отклоненіе отъ здорового типа правового явленія, что правоотношеніе вышло изъ условій нор-

[1]) Sic: Fitting, Z. f. C. P., B 13 (1889) S. 49—50; Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 6-e und 7-e Aufl. (1901) S. 23 Anm. 57.

мальнаго круга и порядка вещей,—не тотъ ли и долженъ будетъ доказывать свои основанія? [1])

Это правило, вполнѣ объяснимое изъ нашего основного критерія, что приводимые факты доказываетъ та сторона, которой удобнѣе это сдѣлать. Правопорядокъ принимаетъ, что дѣйствующія лица развиваютъ свою дѣятельность при нормальныхъ условіяхъ: не съ большей недовѣрчивостью они относятся къ своимъ операціямъ и сношеніямъ съ окружающими сами; нельзя требовать отъ контрагентовъ предусмотрительности въ обыденномъ оборотѣ чрезмѣрной, которая была бы расчитана и направлена на распознаваніе и устраненіе всяческихъ экстраординарныхъ аномалій въ основаніяхъ возникновенія права,—могутъ быть ошибки, но рискъ встрѣтить неожиданность слишкомъ невеликъ. И если бы дозволить отвѣтчику злоумышленному требовать отъ истца доказательствъ нормальной обстановки, среди которой осуществлялись въ оборотѣ ихъ сдѣлки, то истцамъ пришлось бы часто проигрывать процессы изъ-за отсутствія подходящихъ доказательствъ.

Отвѣтчикъ ссылается, что воля выраженная представлялась симулированной, что настоящая воля была иной у сторонъ: если возложить опроверженія на истца, то позиція его окажется зачастую слабой. И развѣ не было бы естественнѣй требовать въ этомъ случаѣ удостовѣреній отъ отвѣтчика? Онъ указываетъ на опредѣленный дефектъ; онъ самъ знаетъ факты, изъ которыхъ данное слѣдствіе выводитъ: пусть съ этими аргументами въ рукахъ убѣдитъ въ справедливости своихъ подозрѣній судъ. Отвѣтчикъ говоритъ, что настоящая „воля къ сдѣлкѣ“ была закулисной: но, если такъ, то, рискнувъ разыграть передъ публикой мнимую сдѣлку, въ которой взялъ на себя роль обязаннаго лица,—подвергаясь опасности, что сцена будетъ принята въ серьозъ, что контрагентъ, обманувъ довѣріе, обратитъ къ реализаціи притворное соглашеніе,—благоразумный должникъ долженъ былъ гарантировать себя противъ неожиданностей, заручившись документомъ или свидѣтелями

[1]) См. объ этомъ у Малинина, Записки Новороссійскаго Университета, т. 25 (1878 г.), „Комментарій къ 366 ст. уст. гражд. суд.“, стр. 104—106.

на случай вѣроломства противной стороны: вотъ почему этихъ именно разоблаченій и ждетъ отъ него правосудіе.

Отвѣтчикъ ссылается на принужденіе, ошибку или обманъ, жертвой которыхъ ему пришлось оказаться; и объявляетъ по этой причинѣ недѣйствительной свою сдѣлку [1]). Снова онъ имѣетъ въ виду опредѣленное положеніе вещей: ссылаясь на факты, онъ долженъ имѣть для подтвержденія данныя,—пусть доставитъ ихъ суду. Онъ говоритъ о „насиліи, лишеніи свободы, истязаніи“ или угрозахъ со стороны другого контрагента: неужели отъ послѣдняго требовать суду доказательствъ, что ничего подобнаго не было и въ поминѣ? И если не удадутся доказательства, то in dubio отказать истцу? Для суда оказалось сомнительнымъ, было или не было насилія при составленіи домашняго документа,—фактъ, на который ссылается должникъ: неужели in dubio—въ искѣ отказать! Какъ же поступать послѣ того предусмотрительному человѣку, совершая сдѣлки: не приглашать ли всегда свидѣтелей, чтобы послѣ удостовѣрить на судѣ, что не было побоевъ, домашняго ареста, угрозъ и др. мѣръ воздѣйствій относительно контрагента? [2])

Или,—не угодно ли истцу установить, что отвѣтчикъ не ошибался относительно „тождества или существенныхъ качествъ предмета сдѣлки“, не принималъ своего контрагента за совершенно другое лицо [3]) и проч.? Тоже приходится сказать и по поводу обмана. Если бы отсутствіе всѣхъ этого рода дефектовъ въ сдѣлкѣ вынужденъ былъ доказывать каждый, кто считаетъ свою сдѣлку дѣйствительной, то каждый вѣроятно вынесъ бы изъ суда впечатлѣніе, что тамъ совершаются акты не справедливости, а „насилія“,—что онъ до сихъ поръ ошибался въ правосудіи,—что онъ вѣроломно „обманутъ“ юстиціей!

Одно изъ договорившихся лицъ увѣряетъ судъ, что контрагентъ или оно само находилось при совершеніи сдѣлки „въ состояніи умственнаго разстройства или вообще въ такомъ состояніи, въ которомъ человѣкъ не могъ дѣйствовать

---

[1]) Ст. 60—66 Проекта гр. ул. (кн. I, положенія общія).

[2]) При чемъ по поводу угрозъ onus probandi въ особенности тяжелое бремя: ихъ отсутствія не доказать никакими свидѣтелями.

[3]) Ср. ст. 62 проекта.

разсудительно и понимать значеніе своихъ дѣйствій“ [1]), а потому заключенная сдѣлка является недѣйствительной. Но при обычныхъ условіяхъ люди дѣйствуютъ сознательно, нормальная психика—душевнаго здоровья. Если бы каждый изъ контрагентовъ обязанъ былъ доказывать на судѣ, что находился въ здравомъ умѣ и твердой памяти при заключеніи сдѣлки, тогда обычнымъ способомъ совершенія ихъ сталъ бы такой, къ какому прибѣгаютъ теперь только при написаніи завѣщаній; и результатомъ судебнаго педантизма было бы всего вѣроятнѣе то явленіе, что оборотъ вовсе пересталъ бы обращаться для устраненія недоразумѣній къ судебной помощи, обходясь своими средствами. Въ силу изложенныхъ соображеній тотъ доказываетъ, объявляя сдѣлку недѣйствительной, кто ссылается на ненормальность психическихъ функцій у одного изъ контрагентовъ.

Въ томъ же положеніи находится и тяжущійся, который не признаетъ сдѣлку дѣйствительной по случаю недѣеспособности другой стороны. Конечно, было бы страннымъ требовать, чтобы каждый, вступающій въ договоръ, наводилъ справки относительно возраста, несостоятельности и расточительности своего контрагента: обыкновенно сдѣлки заключаются съ извѣстной степенью риска въ указанномъ отношеніи. Изъ этого, разумѣется, не слѣдуетъ, что надобно отрицать всякое вліяніе на дѣйствительность сдѣлки такъ называемыхъ „ограниченій дѣеспособности“: но въ интересахъ прочности и обезпеченности кредита справедливо требовать доказательствъ возраста и другихъ обстоятельствъ отъ лицъ, опровергающихъ свою сдѣлку въ силу указанныхъ основаній. Противоположная точка зрѣнія привела бы къ тому, что ни одинъ торговецъ не продалъ бы самой пустячной вещи, не потребовавъ отъ покупателя доказательствъ его совершеннолѣтія, и ни одинъ покупатель не рѣшился бы взять вещи у лица, не удостовѣрившись и не обезпечивъ себя доказательствами того, что его контрагенту больше 21 года [2]).

---

[1]) Ст. 88 проекта граж. улож., кн. I.

[2]) Перефразируя слова Васьковскаго, Учебникъ гражд. пр, вып. I, 1894 г., стр. 104.

Ограниченія въ правоспособности также доказываются тѣмъ изъ тяжущихся, который на нихъ основываетъ свои права. Каждый человѣкъ предполагается полноправнымъ. То же самое относится и къ вопросу о годности вещей служить объектами всякаго рода сдѣлокъ: общая презумпція—за отсутствіе ограниченій въ указанномъ отношеніи.

Изложенный масштабъ распредѣленія доказательствъ при ссылкѣ одной изъ тяжущихся сторонъ на такъ называемыя vitia negotii является общепризнаннымъ и въ наукѣ, и въ судебной практикѣ [1]). Но расширеніе признака „юридической аномаліи" на другія сферы отношеній, не вытекающихъ изъ сдѣлокъ, не встрѣтило пока общаго признанія, почему осторожнѣе будетъ не распространять дѣйствіе правила за предѣлы очерченнаго круга явленій.

Пойдемъ въ своемъ анализѣ порядка распредѣленія доказательствъ въ сдѣлкахъ еще далѣе. Однако здѣсь приходится, покинувъ почву установившихся взглядовъ, перейти въ область спорныхъ матерій,—гдѣ однако я считаю возможнымъ примкнуть къ опредѣленной группѣ ученыхъ мнѣній, которой выводы представляются мнѣ вполнѣ основательными.

Между составными моментами, изъ которыхъ слагается понятіе правоотношенія, надо сдѣлать и еще одно подраздѣленіе. Существуютъ *типы* и въ области сдѣлокъ,—въ томъ смыслѣ, что извѣстная формула волеизъявленія является самой обыкновенной, наиболѣе простой и стереотипной для данной сдѣлки: но возможны и отклоненія [2]). Что нормально и что

[1]) Contra - одинъ Leonhard, Die Beweislast, 1901, S. 161; также Stölzel (хотя и противорѣча себѣ самъ въ другомъ мѣстѣ), S. XXIV; ср. S. 181 Anm.

[2]) Ср. Staub, S. 24, который о значеніи присоединяемаго къ сдѣлкѣ условія говоритъ, что это „ein Istitut, welches jedem einzelnen Rechtsgeschäfte, dem sie hinzugefügt wird, einen besonderen, eigenartigen, von seinem allgemeinen, glatten Aussehen abweichenden Charakter giebt". Къ сожалѣнію, Staub недостаточно подчеркиваетъ разницу между этой группой правовыхъ явленій и предыдущей, которая имѣетъ въ виду vitia negotii. Онъ объединяетъ обѣ группы въ одну категорію: нормальнаго и исключительнаго, за что подвергся справедливой критикѣ, напримѣръ, Staudinger'a, который отказывается считать второе подраздѣленіе относящимся къ области „юридической патологіи" (Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuche, 1903, B. 1 S. 394).

неестественно, этотъ вопросъ не поднимается здѣсь, по отношенію къ даннымъ подраздѣленіямъ изъ области сдѣлокъ. То и другое одинаково нормальны: но одно—стереотипная форма, другое—форма особенная [1]). Напримѣръ, присоединеніе къ сдѣлкѣ условія или срока, договора о поручительствѣ, неустойкѣ, залогѣ; далѣе отступленія отъ диспозитивнаго права съ его naturalia negotii; договоръ съ представителемъ вмѣсто принципала, и т. д.—все это сдѣлки экстра-ординарной структуры.

Мнѣ кажется, что и здѣсь отступленія долженъ былъ бы доказывать тотъ, кто на нихъ ссылается: но не потому, что указываетъ на ненормальность и утверждаетъ положеніе вещей, противуположное тому, для котораго расчитывалъ свои „нормальныя“ правила законодатель,—нѣтъ, по другимъ основаніямъ.

Посмотримъ, какой выигрышъ получило бы правосудіе въ результатѣ, если бы законодатель предписалъ, что истецъ, ссылаясь на стереотипную конфигурацію правоотношенія, имѣетъ преимущество предъ отвѣтчикомъ, который выводитъ свои права изъ необыкновеннаго вида сдѣлки.

Прежде всего результатомъ будетъ то, что тѣмъ самымъ будетъ достигнута ясность въ судьбѣ процесса—по крайней мѣрѣ для истца. Не надобно быть пророкомъ, чтобы угадать, какой оборотъ приметъ вопросъ о доказываніяхъ, когда дѣло поступитъ на разсмотрѣніе суда, снабженное возраженіями отвѣтчика: истцу заранѣе уже видно, какіе факты придется доказывать; большаго количества ихъ не потребуетъ отъ него правосудіе, какія бы эксцепціи ни изобрѣталъ противникъ.

Такимъ образомъ, истецъ можетъ предварительно высчитать, сколько доказательствъ и какія должны быть въ его распоряженіи, чтобы выиграть процессъ: онъ можетъ обсудить, utrum cedere an contendere ultra debeat, et si contendendum putat, veniet instructus ad agendum [2]).

Между тѣмъ, при противоположной точкѣ зрѣнія, которую проводитъ такъ называемая „теорія отрицанія“, истцу

[1]) Ср. въ этомъ отношеніи редакцію ст. 1691 X т. 1 ч. (ср. также и ст. 1707 ib.); 1426 и слѣд.: „условія необходимыя и произвольныя“.

[2]) Перефразировка l. 1 pr. D. de edend. (2, 13.).

немыслимо даже предвидѣть, какихъ только доказательствъ ни потребуютъ отъ него на судѣ въ опроверженіе тѣхъ многочисленныхъ возраженій, которыя можетъ выдвинуть съ цѣлью защиты тароватый на выдумки противникъ. Уклоненій отъ типической формы правоотношеній много и они разнообразны; доказать, что ихъ не было,—трудно; даже предугадать, на какихъ остановится съ цѣлью защиты увертливый отвѣтчикъ, мудрено: слѣдовательно, и высчитать шансы на побѣду въ судѣ нѣтъ средствъ. Изволь опровергать, что не было ни условія въ сдѣлкѣ, ни срока,—что контрагентъ заключалъ сдѣлку отъ собственнаго имени, а не въ качествѣ представителя,—что никакихъ отступающихъ отъ naturalia negotii соглашеній не существовало,—что въ словесной сдѣлкѣ стороны не поставили необходимымъ условіемъ дѣйствительности договора закрѣпленіе его на бумагѣ,—что умолчаніе договора объ извѣстномъ пунктѣ не равносильно отсутствію всякаго соглашенія, такъ какъ контрагенты здѣсь видѣли центральный пунктъ своей „воли къ сдѣлкѣ“,—что не была прибавлена къ договору clausula cassatoria, и т. д.

Однимъ словомъ,—предусмотрѣть все и обезопасить себя отъ случайностей, которыя сулитъ здѣсь будущее, напоминаетъ игру въ шахматы.... съ самимъ собой. Много комбинацій при наличномъ расположеніи фигуръ на доскѣ: какую выберетъ противникъ, предсказать нѣтъ данныхъ,—остается предвидѣть всѣ мыслимые ходы и изобрѣсти такіе отвѣты на каждый, чтобы, куда ни пойдетъ противникъ, онъ остался бы проигравшимъ.

Между тѣмъ, если истцу достаточно обосновать правоотношеніе хотя бы въ его общихъ, специфическихъ для всѣхъ даннаго сорта сдѣлокъ, чертахъ,—и онъ можетъ быть покойнымъ, что всѣ свои ссылки на необыкновенныя конфигураціи правоотношеній вынужденъ будетъ доказывать отвѣтчикъ, тогда истецъ высчитываетъ шансы на успѣхъ безъ ошибки и вчинаетъ свою тяжбу смѣло.

Итакъ, возможность для истца предопредѣлить исходъ предъявляемой на судъ претензіи есть первая выгода, которую обезпечиваетъ правопорядку защищаемая въ текстѣ система распредѣленія доказательствъ.

Между тѣмъ, въ настоящее время юридическая литература, а отчасти и практика [1]) начинаютъ сознавать, что здѣсь—одинъ изъ основныхъ устоевъ нормальной юрисдикціи и прочнаго правопорядка [2]).

Второго рода выгодныя послѣдствія рекомендуемой здѣсь системы, находящіяся въ связи съ первыми, состоятъ въ бо̀льшемъ удобствѣ взысканія. Если отвѣтчикъ своими ссылками на необыкновенныя конфигураціи, якобы принятыя сдѣлкой по согласію контрагентовъ, былъ бы въ состояніи вынуждать истца къ опроверженію, тогда процессуальное производство часто бы стало принимать для истца роковой исходъ.

Между тѣмъ, нужно ли упоминать, что существуетъ потребность оборота (въ особенности обязательственнаго) въ томъ, чтобы изъ сдѣлки вытекали послѣдствія, невызываю-

---

[1]) См., напр., у Leonhard'a, Die Beweislast, 1904, S. 191.

[2]) См., напр., Stölzel, Schulung, S. XI: „Als ein Erforderniss der möglichst zu schaffenden Rechtssicherheit ist es anzusehen, dass bei dem Abschluss ihrer Geschäfte und bei der Abwickelung dieser Geschäfte die Parteien nicht im Dunkel darüber bleiben, in welcher Richtung ihnen, wenn Streit entsteht, die Beweislast obliegt".

См. также тѣ пожеланія, которыя высказалъ на Съѣздѣ нѣмецкихъ юристовъ Hamm (Verhandlungen der 23. deutschen Juristentages Bd. II S. 317—цитирую по Rosenberg'y, Archiv, S. 60): идеалъ системы распредѣленія доказательствъ „der Förderung der Rechtssicherheit durch Konsequenz in der Beweislastverteilung zu dienen".

См. R. Schmidt, Prozessrecht und Staatsrecht, 1904, S. 37: „Deutlicher als früher wurde erkannt, dass eine bestimmte Form des Rechtsschutzes nur dann brauchbar ist, wenn ihre Vorbedingungen klar und mühelos vom Kläger bezw. von seinem Anwalt überschaut werden können. Ср. также S. 47 и прим., S. 48.

Или S. 51: (недостаточно оцѣнивать процессуальные институты исключительно съ точки зрѣнія ихъ непосредственной полезности для судебнаго рѣшенія)...Vielmehr muss ein jeder Bestandteil des Prozesssystems auch daraufhin geprüft werden, ob er dem klaren, festen, berechenbaren Gang der Prozesstätigkeit und damit dem Sicherheitsgefühl der Rechtssuchenden förderlich ist, von dem wiederum das Vertrauen des Volks auf die Rechtspflege—den Beteiligten oft unbewusst - mit psychologischer Notwendigkeit abhängen muss. Wer sich nicht methodisch dazu erzieht, alle Dinge des Prozesslebens unter diesem doppelten Gesichtspunkt anzusehen, wird in seinem Urteil stets einseitig bleiben.

ція безконечныхъ судебныхъ возраженій и споровъ? Съ этой цѣлью возникли и существуютъ абстрактныя сдѣлки,—вексель; и значительное распространеніе его въ обще-гражданскомъ оборотѣ доказываетъ, что онъ отвѣчаетъ извѣстнымъ запросамъ оборота не только въ торговыхъ операціяхъ. Той же потребности удовлетворяетъ и особое производство по актамъ съ устраненіемъ извѣстнаго сорта возраженій отвѣтчика.

Итакъ, если по крайней мѣрѣ возложить на отвѣтчика, изобрѣтающаго исключительнаго характера правоотношенія, которыя будто бы присваиваютъ ему преимущества и права, обязанность доказывать свои ссылки, то тѣмъ самымъ интересы взысканія и кредиторовъ будутъ обезпечены больше, чѣмъ при противоположныхъ условіяхъ.

А на вопросъ, поскольку съ этой привилегіей въ пользу истцовъ совмѣщается справедливость, отвѣчаетъ дальнѣйшій анализъ,—находя оправданіе принятой системѣ въ установленномъ выше критеріи. Та сторона представляетъ доказательства утверждаемыхъ событій, которой всего легче, естественнѣй и удобнѣе запастись ими заранѣе, т. е. до процесса.

Если правосудіе, вліяя путемъ опредѣленнаго разложенія доказательствъ, будетъ сбивать сдѣлки на простыя и несложныя конфигураціи наиболѣе стереотипной формы, какъ бы благопріятствуя появленію такихъ въ оборотѣ,—такъ какъ заключать и ссылаться на эти выгоднѣе, чѣмъ на отступленія въ сторону оригинальнаго,—то, разсуждая отвлеченно, можно добиться двоякаго рода послѣдствій. Или оборотъ получитъ тенденцію во что бы то ни стало заключать общія фигуры сдѣлокъ,—однако послѣдняго бояться нечего, такъ какъ контрагентамъ всегда важнѣе извѣстныя матеріально-правовыя выгоды и, стало быть, сдѣлки, рельефно выражающія эти договорныя намѣренія, чѣмъ большая или меньшая легкость доказываній ихъ въ будущемъ процессѣ, до котораго, можетъ быть, и не дойдетъ дѣло. А если и придутъ въ голову подобнаго рода опасенія заранѣе, то самымъ естественнымъ будетъ позаботиться о надлежащихъ доказательствахъ, нежели—во избѣжаніе оныхъ—предпочесть сдѣлку общей структуры. Или-же (и это вторая

возможность) должнику придется обратить особое вниманіе и заботливость на доказательства тѣхъ уклоненій отъ стереотипной сдѣлки, тѣхъ особыхъ дополнительныхъ соглашеній и подробностей, которыя говорятъ въ его пользу [1]).

Вѣдь иначе—стоитъ кредитору сослаться на общую схему, и судья повѣритъ ему; а указанія на исключительныя особенности сдѣлки изъ устъ отвѣтчика поставятъ въ необходимость доказывать ихъ этого послѣдняго.

А на вопросъ, не будетъ ли эта квалифицированная заботливость о доказательствахъ, которую наша теорія возлагаетъ на должника и отвѣтчика, чрезмѣрно для него жестокой, отвѣчаетъ отрицательно то соображеніе, что и кредиторъ заботится о будущихъ доказываніяхъ тѣхъ уклоненій отъ стереотипной формы сдѣлки, которыя говорятъ въ его пользу: потому что, если отвѣтчикъ сошлется на типъ, то судья даетъ вѣру его словамъ. Такимъ образомъ, обязанности доказываній распредѣлены для отвѣтчика не тяжелѣе, чѣмъ для истца.

Содержаніе слѣдующаго тезиса въ интересующемъ насъ ученіи должно коснуться вопроса о томъ, кто доказываетъ въ случаѣ ссылки той или другой стороны на послѣдующія по времени соглашенія между ними, которыя по словамъ выдвигающаго ихъ отмѣнили или измѣнили въ его пользу пер-

---

[1]) „Иногда при заключеніи договора ни одной изъ сторонъ неизвѣстно, кому окажется благопріятствующей оговорка объ условіи въ сдѣлкѣ“, возражаетъ Stölzel (S. 180 Anm. 1). Допустимъ, рѣчь идетъ о суспензивномъ условіи, присоединенномъ къ договору купли-продажи: оно благопріятно покупателю, если онъ, ссылаясь на условіе, возражаетъ противъ иска по поводу платежа покупной цѣны; но оно благопріятствуетъ въ той же степени и продавцу, если тотъ, опираясь на условіе, возражаетъ по иску о доставкѣ товара. Кто изъ двоихъ можетъ упрекнуть другого: „ты долженъ бы былъ позаботиться о томъ, чтобы облечь договоръ въ письменную форму: поэтому неси ты onus probandi“?... Выходъ изъ дилеммы, поставленной Stölzel'емъ, кажется мнѣ весьма простымъ: такъ какъ условіе можетъ быть выгодно обоимъ, то оба же и должны были позаботиться о доказательствахъ. А если не сдѣлали этого—виноваты оба: въ конкретномъ же случаѣ платится за оплошность тотъ, кто въ процессѣ на условіе для защиты своихъ интересовъ сошлется. Могли пострадать отъ взаимнаго нерадѣнія оба, попался одинъ. Но потерпѣлъ по заслугамъ, такъ какъ не выполнилъ своихъ обязанностей передъ правопорядкомъ: de se queri debet...

воначальную сдѣлку (общѣе—правоотношеніе). Отвѣтъ дается наукой въ томъ смыслѣ, что доказываетъ утверждающій эти соглашенія,—и понятно, почему: иначе для недобросовѣстныхъ лицъ открывался бы легкій способъ защищаться противъ самыхъ солидныхъ, обставленныхъ безспорными доказательствами исковъ. Кредиторъ постарался запастись всевозможными доказательствами, что обязательство у него возникло. А должникъ возражаетъ: „Совершенно вѣрно. Но нѣсколько дней спустя контрагенты измѣнили свою первоначальную волю и согласились на передѣлки договора въ пользу его, отвѣтчика“. И если бы истцы несли здѣсь onus probandi, всѣ иски оказались бы висящими въ воздухѣ: доказательства самыя сильныя явились бы ничтожными, потому что стоитъ отвѣтчику сослаться на побочное соглашеніе, временемъ отдѣленное отъ фактовъ, приводимыхъ истцомъ, и послѣдній предсталъ бы передъ правосудіемъ беззащитнымъ: нельзя же доказывать, что ни въ одинъ изъ послѣдующихъ дней контрагенты не измѣнили своего правоотношенія.

Чтобы предохранить дѣло выясненія судебной истины отъ подобныхъ передержекъ, и выставлено упомянутое правило.

Примѣчаніе. Оно до такой степени безспорно, что признается наукой безъ дальнѣйшихъ разсужденій, хотя въ мотивировкѣ такого вывода и расходятся между собой ученые разныхъ направленій. „Теорія нормъ“, конечно, объясняетъ случай дѣйствіемъ особой нормы, по которой первоначальная воля сторонъ можетъ быть измѣнена послѣдующими соглашеніями: кто на данную статью дѣлаетъ ссылку, тотъ и доказываетъ ея основанія. Это вполнѣ логичное примѣненіе основныхъ посылокъ упомянутой теоріи. Къ сожалѣнію, не всегда можно сказать того же самаго о другихъ научныхъ теченіяхъ. Доктрина „отрицанія“ (въ лицѣ Stölzel'я) признаетъ интересующее насъ правоположеніе, но безъ всякой мотивировки [1]), и только Litten [2]) объяснилъ его тѣмъ, что противникъ самъ же признаетъ правоотношеніе возникшимъ и нѣкоторое время существовавшимъ въ томъ

---

[1]) Хотя иначе рѣшилъ казусъ, оперируя съ основными положеніями самого же Stölzel'я, одинъ изъ его слушателей,—Stölzel не приводитъ въ своемъ сочиненіи сколько-нибудь основательныхъ опроверженій заблуждающагося (см. Schulung, S. 181—182).

[2]) Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Bd. IX (1904), S. 301—302.

видѣ, какъ описываетъ другая сторона: и въ силу презумпціи неизмѣнности однажды возникшихъ отношеній и состояній, несетъ onus probandi. Доктрина „недѣлимости признанія" (проф. Малининъ [1]) заодно съ французской доктриной [2]) высказывается въ данномъ случаѣ даже въ пользу обязанности доказывать у истца,—что уже совершенно невѣрно съ правно-политической точки зрѣнія.

Нѣмецкая литература считаетъ однимъ изъ основныхъ положеній системы распредѣленія доказательствъ правило, что прекращеніе юридическихъ отношеній доказываетъ та сторона, которая это утверждаетъ.

Правильность данной точки зрѣнія была установлена выше въ примѣненіи къ частному случаю прекращенія,—именно: исполненіемъ обязательства.

Разберемъ другіе способы прекращенія. Съ согласія кредитора непосредственный объектъ обязательства можетъ быть подмѣненъ другимъ, который должникъ и доставляетъ вѣрителю (datio in solutionem). Юридически—мы имѣемъ, во-первыхъ, новацію сдѣлки, т. е. соглашеніе о замѣнѣ ея объекта другимъ, а, во-вторыхъ,—исполненіе новаго обязательства врученіемъ вещи [3]).

Но послѣдующія по времени измѣненія первоначальной договорной воли доказываетъ сторона, дѣлающая на нихъ ссылки. А исполненіе обязательства доказываетъ снова отвѣтчикъ. Такимъ образомъ, если должникъ говоритъ, что не обязанъ удовлетворять вѣрителя по иску, такъ какъ тотъ уже получилъ исполненіе—только другимъ способомъ, то свою ссылку на datio in solutionem долженъ будетъ доказывать онъ, должникъ.

Новацію, договоръ о прощеніи долга (pactum de non petendo) или о прекращеніи прежнихъ правовыхъ отношеній въ силу противоположнаго соглашенія (contrarius consensus, mutuus dissensus), какъ перемѣны въ первоначальныхъ обязательственныхъ отношеніяхъ,—опять-таки доказываетъ сторона, выводящая отсюда свои права.

---

[1]) Записки Новороссійскаго Университета, т. 22 (1877 г.), стр. 139.

[2]) См. цитированныхъ у него авторовъ: Aubry et Rau, T. VI, p. 342, n. 25; Larombière, art. 1356, n. 15, p. 406.

[3]) Ср. Endemann, Lehrbuch, S. 804 Anm. 4.

Компенсацію, т. е. указаніе на претензію, принадлежащую должнику по адресу вѣрителя, и погашающую требованіе послѣдняго путемъ зачета, доказываетъ опять-таки тотъ, кто новую претензію выдвигаетъ. Ея возникновеніе, какъ и всякаго правомочія, лицу принадлежащаго, доказываетъ правообладатель.

Погашеніе требованія посредствомъ депозиціи, т. е. передачи объекта обязательства въ судебное мѣсто на имя вѣрителя, долженъ доказывать должникъ, у котораго въ рукахъ находится соотвѣтствующее удостовѣреніе.

Случайности, вліяющія на прекращеніе юридическихъ отношеній, какъ то: смерть одного изъ контрагентовъ въ сдѣлкахъ, расчитанныхъ на личныя и потому незамѣнимыя качества того или другого, сліяніе долга и требованія въ одномъ и томъ же лицѣ, невозможность исполненія, происшедшую въ результатѣ гибели объекта или инымъ образомъ,—все это доказываетъ та сторона, которая изъ названныхъ обстоятельствъ уничтоженіе своихъ обязанностей выводитъ. Ей лучше, чѣмъ кому другому, извѣстны причины прекращенія, ей легче собрать соотвѣтствующія данныя и доказательства; противникъ, наоборотъ, утверждаетъ, что никакихъ случайностей этого рода не произошло: его thema probanbum неопредѣленна и потому недоказуема.

Въ результатѣ изслѣдованія можно установить то же общее правило, которое принимаетъ нѣмецкая литература. прекращеніе юрид. отношеній доказываетъ тотъ, кто на этотъ фактъ указалъ.

Я хотѣлъ бы еще въ короткихъ словахъ развить и обосновать главную мысль настоящей работы,—что правосудіе должно требовать представленія доказательствъ отъ той стороны, которой подготовить ихъ заранѣе было въ силу особенностей правоотношенія легче.

Можетъ быть, умѣстнымъ будетъ оттѣнить разницу въ этомъ отношеніи съ уголовной юстиціей. Послѣдняя разсматриваетъ свой объектъ—совершонное преступленіе,—какъ нѣчто извнѣ данное, какъ истину прошлаго, которую требуется возстановить rebus sic stantibus, наличными пріемами и средствами судебнаго анализа. Предусмотрѣть преступленіе частнымъ лицамъ нельзя, и правосудію требовать отъ нихъ,

чтобы они запаслись доказательствами заранѣе, до учиненія преступнаго акта, карать за отсутствіе предусмотрительности въ этомъ отношеніи невыгодными послѣдствіями,—нѣтъ смысла. Если кто и предвидитъ преступленіе, то не потерпѣвшій, а правонарушитель: но тотъ старается дѣйствовать не въ пользу, а во вредъ правосудію, пытаясь всѣми средствами скрыть слѣды.

Въ другомъ положеніи стоитъ гражданская юстиція. Она можетъ воздѣйствовать на контрагентовъ, требуя отъ нихъ, чтобы, запасаясь своевременно доказательствами совершаемыхъ правовыхъ актовъ, они шли навстрѣчу интересамъ правосудія, подготовляя торжество ему въ смыслѣ выясненія истины въ будущемъ возможномъ процессѣ. Требуя же заготовленія доказательствъ отъ тѣхъ, кому это легче, заранѣе, оно имѣетъ возможность и карать за отступленіе отъ своихъ постулятовъ невыгодными послѣдствіями: именно тѣмъ, что грозитъ потерей процесса лицу, не имѣющему доказательствъ, требуемыхъ отъ его предусмотрительности правосудіемъ для актовъ, въ которыхъ онъ обязанъ запастись таковыми. Punietur, ut de jure suo probare necesse haberet...

Такимъ образомъ, гражданское правосудіе имѣетъ то преимущество передъ уголовнымъ, что можетъ требовать отъ тяжущихся приноровленія къ своимъ средствамъ разслѣдованія, а воздѣйствуя въ этомъ направленіи на волю будущихъ сторонъ въ процессѣ, оно готовитъ торжество матеріальной истинѣ предъ трибуною своего судьи. Уголовная юстиція должна брать обстановку, изъ анализа которой выясняется правда, какъ данную: гражданская—имѣетъ возможность подготовить до извѣстной степени почву. Дѣятельность гражданскаго судьи относительно нахожденія истины поставлена въ болѣе узкія рамки,—болѣе формальна,—нежели изслѣдованіе судьи уголовнаго; но, требуя приноровленія къ своимъ средствамъ отысканія правды со стороны заинтересованныхъ лицъ, гражданскій процессъ располагаетъ такими пріемами для нахожденія истины, которые способны оказать могущественное воздѣйствіе въ смыслѣ предупрежденія и пресѣченія гражданской неправды.

Защищаемая въ текстѣ система распредѣленія доказательствъ, точно также, какъ и нѣмецкая „теорія возраженія“,

создаютъ болѣе тяжелыя обязанности для отвѣтчика въ процессѣ, чѣмъ предшествовавшая юриспруденція [1]),—теоретическая и практическая безразлично. Доказательства требуются отъ отвѣтчиковъ чаще, чѣмъ то дѣлалось раньше, когда onus probandi для истцовъ былъ, наоборотъ, трудно осуществимой задачей. И „теоріи возраженія", въ выводахъ сходной съ нашей, иногда дѣлается упрекъ за ея покровительство истцамъ, за притѣсненія относительно отвѣтчиковъ,—политику, каторая противорѣчитъ основному принципу судопроизводства: melior est positio rei.

Этого рода нареканія исходятъ, вѣроятно, изъ той идеи, что обязанности представленія доказательствъ должны быть непремѣнно тяжелѣе для истца для того, чтобы ни одинъ неправомѣрный процессъ не имѣлъ шансовъ на удачу.

Но если бы проводить эту точку зрѣнія послѣдовательнымъ образомъ, то пришлось бы просто установить ту квалифицированную обязанность доказыванія для истца, которую еще средневѣковые юристы называли: „probatio diabolica",—другими словами не *разложить*, а *совмѣстить* всѣ доказыванія на одномъ лицѣ. Этого теперешній процессъ не дѣлаетъ. Значитъ, не боится посягнуть иногда и на привилегированное положеніе отвѣтчика, отступаетъ отъ начала: „только бы не осудить невиннаго" въ опасную область возможныхъ погрѣшностей въ данномъ отношеніи. Почему дѣлается такъ? Подъ давленіемъ постулятовъ необходимости: приходится брать на себя подобную опасность и рискъ,—иначе процессъ оказался бы совершенно безполезнымъ для дѣла правопорядка учрежденіемъ, потому что абсолютно непригоднымъ для успѣшнаго проведенія тяжбы на сторонѣ истца. И правосудіе давно уже дѣлаетъ шаги въ противоположномъ направленіи: напримѣръ, ссылки на такъ называемыя vitia negotii по общепринятому взгляду доказываетъ отвѣтчикъ.

Точка зрѣнія т. н. „теоріи отрицанія" объясняется не какимъ нибудь кореннымъ началомъ, недопускающимъ себѣ противорѣчія, а только боязнью итти дальше на пути облегченія процессуальной участи истца: первыя робкія начинанія и ею сдѣланы или приняты, но дать имъ какое-нибудь

---

[1]) Такъ называемая „доктрина отрицанія".

принципіальное оправданіе, привести въ ясность вопросъ, слѣдствіями какого же постулята являются исключенія, идущія въ пользу истца, наконецъ, отправляясь изъ того же принципа, продолжить и развить кругъ этихъ ограниченій, мѣшаетъ страхъ предъ принципомъ: melior est positio rei.

„Искъ долженъ быть доказанъ не абстрактными возможностями, а конкретными истинами", говоритъ Stölzel [1]), требуя возложенія доказательствъ на истца; добиваясь возстановленія нарушеннаго права, лицо обязано обосновать его in concreto, защитивъ свои утвержденія отъ всѣхъ возраженій, ему представленныхъ,—вторитъ ему Litten [2]).

Повидимому, сторонники указаннаго взгляда въ особенности боятся того, чтобы правосудіе иногда не осудило невиннаго отвѣтчика, требуя отъ него доказательствъ, избавивъ отъ доказываній истца [3]). Если на нихъ дѣйствуетъ (болѣе или менѣе безсознательно) указанная точка зрѣнія, то ей можно противопоставить вѣскіе аргументы. Процессуальные порядки, при которыхъ правосудіе возстановляло бы нарушенныя права, только убѣдившись предварительно (и самымъ тщательнымъ образомъ) въ правотѣ истца, поставивъ всякое сомнѣніе въ справедливости претензіи въ его пассивъ, никоимъ образомъ нельзя предпочесть инымъ, при которыхъ правосудіе брало бы на себя рискъ осудить иногда и невиннаго отвѣтчика, только бы въ массѣ случаевъ названные порядки обезпечивали справедливыя рѣшенія.

Можетъ быть, надѣются, что въ первомъ случаѣ невинность не будетъ страдать, а неправда не восторжествуетъ, обманомъ привлекая на свою сторону помощь правосудія? Да, неправда со стороны истцовъ не одержитъ побѣды надъ ни въ чемъ неповинными отвѣтчиками: за то правонарушенія, учиненныя именно послѣдними, часто окажутся безнаказанными. Требовать, чтобы истецъ досконально доказалъ свое право, значитъ играть обоюдоострымъ оружіемъ: тщетно было бы расчитывать въ результатѣ на безграничное торжество правосудія; чрезмѣрная рачительность въ указанномъ

---

[1]) Schulung, S. XXIV.

[2]) Krit. Vierteljahrsschrift, Bd. IX (1904) S. 306.

[3]) Ср. Leonhard, Die Beweislast, 1904. S. 201—202.

отношеніи юстиціи заградила бы двери правосудія и для дѣйствительно обиженныхъ въ своихъ правахъ. Правда, ни одинъ не проникнетъ внутрь подъ маскою мнимо-обиженнаго лица, за то часто и дѣйствительно потерпѣвшій будетъ стучаться туда напрасно.

Гражданское правосудіе есть соціальное учрежденіе,— и оно должно давать свои отвѣты на обращенія къ нему такъ, чтобы въ результатѣ получилось дѣйствительное умиротвореніе оборота, а не академическое изслѣдованіе со столь частымъ „ignoramus“, которое по логикѣ процесса идетъ непремѣнно не въ пользу истца. Что въ результатѣ подобнаго гипотетическаго судоговоренія не будетъ осужденъ невинный, весьма возможно; но чтобы гражданской неправдѣ были подрѣзаны когти или чтобы имѣла мѣсто дѣйствительная ассенизація оборота, болѣе чѣмъ сомнительно.

Правосудіе должно искать вѣрныхъ путей къ цѣлесообразному „подѣленію“ доказываній между противными сторонами: иногда ошибаясь in abstracto, обременивъ въ цѣломъ институтѣ тяжестью доказательствъ лицъ, по справедливости не обязанныхъ нести такое бремя (это болѣе опасная ошибка), иногда ошибаясь in concreto, потребовавъ доказательствъ отъ стороны, которая по обстоятельствамъ даннаго случая является свободной отъ нихъ, такъ какъ за нее говоритъ большая вѣроятность. Но только путемъ неизбѣжныхъ ошибокъ вырабатываются вѣрныя точки зрѣнія: здѣсь умѣстно изреченіе: qui ne risque, ne gagne pas.

Предлагаемый въ настоящемъ сочиненіи критерій не даетъ самъ по себѣ такого признака, который бы въ приложеніи къ каждому правовому институту и къ каждой нормѣ ясно могъ указать, кто изъ спорящихъ лицъ несетъ onus probandi [1]). Требуется еще долгій и продолжительный трудъ

[1]) Ср. Rich. Schmidt, Lehrbuch des Civilprozessrechts, 1898, S. 439: „Der bisherige Streit ist grösstenteils dadurch verschuldet, dass alle Schriftsteller sich bemühen, das Beweislastprinzip als ein logisch notwendiges nachzuweisen. Die Beweislastverteilung ist Billigkeitseinrichtung, bestimmt, den an sich gleichstehenden Interessenten des Civilprozesses gleiche Rechte und Lasten zu geben, und es kommt für positive Recht nur darauf an, diese Verteilung so vorzunehmen, dass die in der natürlichen Sachlage begründeten verschiedenen Interessen sämtlich Berücksichtigung erfahren“.

отъ законодателя и науки, глубокое и вдохновенное проникновеніе въ сокровенную средину соціальныхъ отношеній, чтобы согласовать основное требованіе нормальнаго порядка распредѣленія доказательствъ съ обстоятельствами нормируемаго въ кодексѣ явленія: чтобы найти сторону, стоящую или стоявшую въ свое время въ болѣе благопріятной обстановкѣ относительно собиранія доказательствъ и которую можно было бы сдѣлать отвѣтственной за отсутствіе ихъ передъ правосудіемъ. Вѣроятно, что вокругъ проблемъ о бремени доказываній въ отдѣльныхъ институтахъ будетъ итти впослѣдствіи такая же упорная соціальная—иногда классовая—борьба, какая предшествуетъ другимъ кодификаторскимъ начинаніямъ,—какая еще недавно велась около вопроса о томъ, кто доказываетъ въ спорѣ о виновникѣ причиненія вреда въ случаѣ увѣчья или смерти рабочаго при эксплоатаціи большихъ предпріятій.

Однако, судебная практика—въ особенности германская—выработала уже и теперь рядъ правилъ о распредѣленіи доказательствъ въ разныхъ институтахъ гражданскаго права и при различныхъ ситуаціяхъ процессуальной драмы. При чемъ общимъ объединяющимъ принципомъ ко всему послѣдующему изложенію можетъ послужить слѣдующее правило англійскаго права: „Во всѣхъ случаяхъ призвана доказывать сторона, основывающая свой процессъ на такомъ обстоятельствѣ, которое ей самой лучше всего знать“ [1]).

Напримѣръ, onus probandi несомнѣнно лежитъ на той сторонѣ, которая обязана къ представленію отчета,—потому

Въ томъ же духѣ, но съ бо́льшимъ пессимизмомъ къ объединяющему критерію, Kisch въ рецензіи на Rosenberg'a, Zeitschr. f. Civilprozess, Bd. 30 (1902) S. 536: „Vielmehr wird.... die Lehre von der Beweislast auf die Ermittelung einer einheitlichen Grundformel verzichten müssen. Sie wird sich mit der Einsicht zu bescheiden haben, dass hier mannigfache, zum Theil sehr verschiedenartige Gesichtspunkte massgebend sind. Einige dieser leitenden Gedanken wird sie herausarbeiten können, welche bei der Entscheidung von Einzelfragen, wenn auch keine unabänderliche Regel, so doch eine Richtschnur geben werden. Doch wird sie hierdurch keineswegs einer eindringlichen Untersuchung aller Spezialfälle enthoben sein, wobei auf praktische Erwägungen das Hauptgewicht zu legen sein wird.

[1]) Best, Grundzüge des Englischen Beweisrechts, 1851, S. 263.

что правильная отчетность немыслима, не снабженная оправдательными документами и другими доказательствами: поэтому опекунъ, повѣренный, negotiorum gestor, товарищъ-распорядитель, залогодержатель или должникъ, принявшій описанное имѣніе въ управленіе до публичной продажи [1]), душеприказчикъ и владѣлецъ (все равно, добросовѣстный или нѣтъ, по поводу полученныхъ съ имѣнія доходовъ) [2]) должны представить не только отчетъ, но и доказательства справедливости показанныхъ тамъ свѣдѣній [3]).

Далѣе, когда вопросъ касается имущественной состоятельности какого-нибудь лица, то подтвердить доказательствами свои показанія о собственномъ достаткѣ лежитъ на обязанности заинтересованной стороны: ей лучше знать положеніе своихъ дѣлъ и дать правосудію потребныя свѣдѣнія и данныя. Подобное правило содержится въ германскомъ гражданскомъ уложеніи [4]). Итакъ, лица, обязанныя къ доставленію содержанія (алиментовъ) другимъ, несутъ onus probandi относительно достаточности для цѣли своего имущества. Управомоченное лицо въ правѣ претендовать на приличное его состоянію, соразмѣрное съ имуществомъ обязаннаго, содержаніе [5]): отсюда, размѣръ „приличнаго состоянію“ продовольствія устанавливаетъ добивающійся такового на судѣ, а несоразмѣрность указанныхъ платежей своимъ средствамъ—тотъ, на кого они наложены.

Если возникновеніе или, наоборотъ, прекращеніе права зависитъ отъ предпринятія извѣстнаго дѣйствія лицомъ, то

---

[1]) Ст. 1128—1131 уст. гр. суд.

[2]) Ст. 626 (X т. 1 ч.), 622 и др.

[3]) См. у Leonhard'a, S. 203, который конечно приходитъ къ этому выводу на основаніи свободной оцѣнки судьей взаимныхъ позицій контрагентовъ въ процессѣ.

[4]) См., напр., у Rosenberg'a, Die Beweislast, 1900, S. 137—143. Ср. взглядъ составителей герм. уложенія: Kommissionsprotokolle Bd. IV S. 480, 481, Prot. 300 XIII (цитирую по Beckh'y, S. 240): „Für den Unterhaltsberechtigten sei es häufig schwierig, die Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen darzulegen, weil er keinen Einblick in dessen Vermögensverhältnisse habe; sein Anspruch könne möglicherweise an der Schwierigkeit der Beweisführung scheitern“.

[5]) Ср., напр., ст. 657, 663, 664 (X т. 1 ч.).

осуществленіе даннаго акта удобнѣе доказать этому именно лицу, почему на него и ложится onus probandi [1]).

Поэтому перерывъ давности соотвѣтствующимъ протестомъ (подачей иска или иначе) доказываетъ совершившее это дѣйствіе лицо; если сдѣлка представляется условной, при чемъ исполненіемъ условія должно послужить дѣйствіе извѣстнаго лица, тогда, ссылаясь на осуществленіе условія, тяжущійся обязанъ доказать и свое дѣйствіе.

Какъ извѣстно, въ современной ученой литературѣ (германской и нашей) [2]) ведется горячій споръ по вопросу о томъ, требуется ли наличность вины у лица, присуждаемаго къ возмѣщенію вреда и убытковъ, причиненныхъ его дѣйствіемъ, или же каждый отвѣчаетъ за вредъ даже случайный, только бы можно было установить причинную связь съ собственнымъ дѣяніемъ правонарушителя. Это проблема матеріальнаго права и цивильной политики: но процессуалистъ въ правѣ извлечь отсюда показатель о тенденціи современнаго правосознанія,—и сдѣлать заключеніе, что во всякомъ случаѣ не потерпѣвшій долженъ доказывать отсутствіе причинъ, устраняющихъ виновность правонарушителя. Да послѣднему легче и удобнѣе справиться съ задачей представленія соотвѣтствующихъ своимъ интересамъ доказательствъ: вопросъ касается его собственныхъ дѣйствій, его личнаго состоянія, причинъ и условій, только ему хорошо извѣстныхъ.

Такимъ образомъ, ссылку на недѣеспособность въ области правонарушеній и потому невмѣняемость, на воздѣйствіе случая (ст. 647 X т. 1 ч.), (въ частности—„стеченіе такихъ обстоятельствъ, которыхъ онъ не могъ предотвра-

---

[1]) Ср. Leonhard, S. 208, который считаетъ правоположеніе правиломъ оцѣнки доказательствъ.

[2]) См. обзоръ иностранныхъ доктринъ въ статьѣ проф. Покровскаго: „Возмѣщеніе вреда и разложеніе его“, Вѣстн. Права, 1899, № 9.

Въ русской литературѣ выразителями противоположныхъ воззрѣній являются: Анненковъ, Система русскаго гражд. права, т. I (1894), стр. 535, и Пирвицъ, Ж. М. Ю., 1895, январь: первый отрицаетъ необходимость вины правонарушителя по русскому праву, второй, наоборотъ, признаетъ Schuldmoment.

тить“, ст. 684 X т. 1 ч.), на требованія „закона или правительства“ (ст. 684 ib.), на необходимую личную оборону (ibid.) и проч., доказываетъ лицо, уклоняющееся отъ возмѣщенія убытковъ (exculpans) [1]).

Такого же взгляда держится и германское гражданское уложеніе [2]).

---

[1]) Beckh, S. 212—213; Wach. Z. f. C. P., Bd. 29, S. 389; отчасти — Betzinger, 2-te Aufl., S. 172; Rosenberg, Die Beweislast, 1900, S. 128—130. Contra—Weismann, Lehrbuch des Zivilprozessrechtes, Bd. I (1903), S. 122; Leonhard, S. 408.

[2]) Въ этомъ смыслѣ интерпретируетъ наши Гражданскіе Законы проф. Малининъ, Записки Новороссійскаго Университета, 1878 г., т. 26, стр. 209—211.

ЧАСТЬ ВТОРАЯ.

Критическій анализъ предшествующихъ конструкцій.

Предварительная оріентировка.

При изложеніи литературныхъ теченій съ ихъ разнообразными принципами и точками зрѣній я счелъ за лучшее приводить каждую теорію въ отдѣльности—съ ея особенностями, проблемами, на которыя было направлено преимущественное вниманіе авторовъ, съ затрудненіями, встрѣчавшимися при этомъ, и проч. Выработать для всѣхъ весьма разнородныхъ системъ одну классификацію, которая бы позволила легко обозрѣть и логически стройно изложить всѣ развѣтвлѣнія научной мысли въ интересующей насъ области, едва-ли представляется возможнымъ. Leonhard и Hedemann,—два ученыхъ, которые шли этимъ путемъ,—оказались вынужденными относить одного и того же автора и къ одной, и къ другой группѣ мнѣній [1]). Затѣмъ, для цѣлей изслѣдованія, какъ нахожденія истины, погоня за классификаціей въ этомъ смыслѣ едва-ли не безплодное занятіе: ибо неправильные взгляды предшественниковъ, конечно, ничего не выиграютъ отъ того, какимъ образомъ,—по системѣ или безъ системы,—они будутъ изложены. Кромѣ того, начиная съ появленія доктрины Fitting'а (въ 1889 году) въ разработкѣ ученій начинается новая эра: „теорія нормъ", имъ

[1]) См., напр., у Hedemann'a, Die Vermutung, 1904: § 28. „Normentheorie": Betzinger, Rosenberg, Burckhard; § 29. „Legitimationstheorie": Nochmals Burckhard, Fitting. Или Leonhard, Die Beweislast, 1904, у котораго Fitting упоминается послѣдователемъ слѣдующихъ теорій: 1) Negativentheorie (см. Leonhard, S. 54), 2) Fortdauertheorie (ib., S. 66), 3) доктрины, утверждающей, что не доказывается Abwesenheit besonderer (Ausnahme)= Tatsachen (S. 71), 4) Kausaltheorie (S. 85), 5) Minimaltheorie (S. 98), 6) Wahrscheinlichkeitstheorie (S. 115), 7) Satzbaulehre (S. 120). Не опасно-ли, что въ результатѣ подобной классификаціи читатель получитъ о Fitting'ѣ представленіе, какъ о какомъ-то неуловимомъ Протеѣ?...

выдвинутая и снабженная солидными аргументами, заняла центральное мѣсто. Вотъ почему я сгруппировалъ всѣхъ послѣдователей Fitting'а въ отдѣльной главѣ, не обращая вниманія на тотъ фактъ, что хронологическая непрерывность работъ, шедшихъ въ томъ же направленіи, въ дѣйствительности нарушалась появленіями писателей противоположныхъ взглядовъ. Мнѣ казалось важнымъ отмѣтить „блужданія мысли" въ лагерѣ однородныхъ теченій, объединенныхъ общимъ девизомъ,—ихъ попытки разрѣшенія однѣхъ роковыхъ для „теоріи нормъ" проблемъ: глава, посвященная доктринѣ Fitting'а и его сторонниковъ, такимъ образомъ представляетъ единое цѣлое, жертвовать нераздѣльностью котораго въ интересахъ хронологическаго порядка я не счелъ цѣлесообразнымъ.

Предшествовавшіе изслѣдователи до Fitting'а держались въ подавляющемъ большинствѣ случаевъ (за исключеніемъ, Helmolt'а, Maxen'а и Betzinger'а-отца[1]), оставшихся безъ всякаго вліянія на науку) такъ называемой „теоріи отрицанія", т. е. системы распредѣленія доказательствъ, болѣе тяжелой для истца: во всѣхъ сомнительныхъ случаяхъ, которые теперь являются ареною ученыхъ споровъ, доктрина „отрицанія" освобождаетъ отъ бремени представленія доказательствъ отвѣтчика. Fitting,—а за нимъ Betzinger-сынъ (въ 1894 г.) выдвинули противоположную точку зрѣнія: полемическія конструкціи Stölzel'я и его послѣдователя Litten'а заняли въ нашемъ изложеніи вторую главу, открывая эру послѣ начавшагося перелома въ пользу „теоріи возраженія". Попытки разрѣшить проблемы такъ называемаго „квалифицированнаго признанія",—т. е. отдѣла въ ученіи, наиболѣе возбуждавшаго споры,—съ помощью доктрины то „дѣлимости", то, напротивъ „нераздробляемости" признанія, занимаютъ 3-ю главу нашего изложенія, при чемъ мнѣ показалось умѣстнымъ разсмотрѣть попутно и тѣ теоріи, которыя, оперируя съ „недѣлимостью признанія" исключительно, думали найти отвѣтъ на всѣ вопросы института распредѣленія доказательствъ in toto et pleno. Такова основная точка зрѣнія французской юриспруденціи.

---

[1]) См. Leonhard, S. 97—98.

Затѣмъ идетъ изложеніе „теоріи нормъ“ и ея критика (глава 4-я), далѣе—конструкціи, характерныя своей тенденціей примирить основные тезисы „доктрины нормъ“ съ прежними традиціями теоретиковъ „отрицанія“ (глава 5-я).

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Состояніе научной разработки вопроса до Fitting'a и выдвинутой имъ „теоріи возраженія“ [1]).

Первоначальныя доктрины средне-вѣковыхъ юристовъ развились на почвѣ толкованія источниковъ римскаго права. Corpus juris civilis не оставилъ цѣльнаго ученія относительно распредѣленія доказательствъ между тяжущимися сторонами: рѣшенія отдѣльныхъ казусовъ также довольно незначительны по числу [2]). Вниманіе послѣдующихъ юристовъ привлекъ особенно пресловутый текстъ: „ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat“ (l. 2 Dig. de prob. XXII, 3), который вмѣстѣ съ другимъ тезисомъ: „affirmanti incumbit probatio, non neganti“ и былъ положенъ въ основу судебнаго примѣненія права [3]). Передъ другимъ, болѣе правильнымъ, хотя и менѣе опредѣленнымъ афоризмомъ: actore non probante reus absolvitur, или: prima fronte aequius videtur, ut petitor probet, quod intendit, sed nimirum probationes quaedam a reo exiguntur [4]), этотъ выше упомянутый принципъ имѣлъ одно то большое преимущество, что давалъ въ руки хоть сколько-нибудь годный и удобопримѣнимый критерій для разрѣшенія проблемы. Сперва долженъ доказывать истецъ: не докажетъ своего иска, рано требовать доказательствъ отъ отвѣтчика,—справедливо; но до какихъ же границъ долженъ доказывать свои положенія истецъ? И затѣмъ,—что долженъ доказывать отвѣтчикъ? „Экцепціи“: но въ кон-

[1]) Историческій очеркъ сдѣланъ по Sattelmacher'y, Ueber die Gültigkeit und Bedeutung der gemeinrechtlichen Prozessregel: Affirmanti non neganti incumbit probatio, 1902, S. 17—41, и Leonhard'y, S. 34—41.

[2]) См. у Sattelmacher'a, S. 17.

[3]) Ib., S. 19.

[4]) L. 12 Dig. de prob. et praesumpt. XXII, 3.

струированіи этого понятія,—стоитъ перейти отъ грубаго опредѣленія „въ общихъ чертахъ“ къ болѣе детальному анализу составныхъ признаковъ,—встрѣчались опять-таки затрудненія. Поэтому болѣе поклонниковъ имѣло то другое начало, которое искало критерія въ утвердительномъ или отрицательномъ характерѣ положеній, выставляемыхъ тяжущимися. Только положительные моменты требуютъ доказательствъ, не отрицательные. Но, какъ увидимъ, опять впереди получалась неопредѣленность....

Объясненіе и обоснованіе тезису: „negativa non probantur“ видѣли прежде всего in natura rerum: отрицательные факты вообще не подлежатъ доказыванію, такъ какъ и не допускаютъ такового по своей природѣ. (Cic., cap. 30 de part. orat.: Nemo ejus, quod negat factum, rationem aut debet, aut potest, aut solet reddere. Діоклетіанъ и Максиміанъ въ l. 23 C. de prob. IV, 19: „....cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit“).

Въ противоположность Bulgarus'у, который исходилъ изъ вышеприведенныхъ слишкомъ общихъ и потому мало опредѣленныхъ положеній: actori incumbit probatio, и in excipiendo reus actor est [1]), еще Irnerius остановился въ поискахъ основного принципа на противоположности между утвержденіемъ и отрицаніемъ; Accursius въ l. 23 Cod. de prob. пишетъ о его теоріи: alii ut Irnerius dicunt, per rerum naturam, ut affirmatum: quia quod affirmatur, est; et ita potest probari per differentias et species. Sed illud, quod negatur, non est; et sic non potest probari, cum non habeat species vel differentias.

За Ирнеріемъ той же доктринѣ слѣдовали Placentinus, Bassianus, Azo, Phillius [2]).

Глосса стала различать negativa juris, qualitatis и facti: не доказывается только послѣдняя категорія. Однако изъ нея снова выдѣлили скрытые „отрицательные факты“: negativa praegnans,—тѣ подлежатъ доказыванію. Мало того: если negativa facti индивидуализированы по времени или по мѣсту, то опять таки могутъ быть доказаны: dic melius quod negativa facti infiniti tempore et loco non limitati non est proba-

[1]) См. у Sattelmacher'a, S. 20; Leonhard, S. 37.

[2]) Leonhard, S. 35.

bilis. Такимъ образомъ то, что было правиломъ, обратилось въ концѣ концовъ въ исключеніе de facto,—и обратно [1]).

Каноническій процессъ, усваивая въ принципѣ тезисъ: negativa non probantur, считался и съ рядомъ изъятій: statuimus, ut positiones negativas (quae probari non possunt nisi per confessionem adversarii), judices admittere possint, si *aequitate suadente* viderint expedire [2]).

Наконецъ, доктрина „отрицательныхъ фактовъ" стала возбуждать противъ себя и теоретическія возраженія: итальянскіе юристы (Bartolus; позднѣе—Lanfrancus, Franciscus Herculanus и др.) стали учить, что на обязанности каждой стороны лежитъ доказать „основанія" своихъ домогательствъ,—безразлично, положительный или отрицательный фактъ попадетъ въ число этихъ основаній [3]).

„Элегантная" французская и голландская юриспруденція оказалась также безсильной разрѣшить проблему распредѣленія доказательствъ. Cujacius вообще относился скептически къ попыткамъ конструировать институтъ, резонируя, что modo reus probat, modo actor, modo uterque [4]). Donellus настаивалъ на правилѣ: qui dicit probare debet, не входя ближе въ опредѣленіе понятій.

Тенденціи поставить вопросъ въ зависимость отъ оцѣнки обстоятельствъ индивидуальнаго казуса, aequitate suadente, особенно сильное выраженіе нашли въ теоріяхъ „предположенія" (Vermutungstheorien), возникшихъ во второй половинѣ 18-го столѣтія подъ вліяніемъ школы естественнаго права,—и завоевали себѣ господство въ періодъ отъ 1738 по 1803 годъ [5]).

Сдѣлавшимъ эпоху для развитія занимающаго насъ ученія въ нѣмецкой литературѣ было сочиненіе Weber'a, Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozesse, появившееся въ 1804 году [6]). Авторъ обстоятельными аргумен-

---

[1]) Leonhard, S. 35—36.

[2]) Cüppers, Beiträge zur Lehre von der Beweislast (1902) S. 28 Anm. 50.

[3]) Sattelmacher, S. 23; Leonhard, S. 39.

[4]) Sattelmacher, S. 24; Leonhard, S. 41.

[5]) Leonhard, S. 41.

[6]) Я имѣлъ въ рукахъ 3 е изданіе, съ примѣчаніями и дополненіями Heffter'a, отъ 1845 года.

тами защищалъ мысль, что большая или меньшая трудность въ доказываніи отрицательныхъ фактовъ не можетъ служить сама по себѣ доводомъ въ пользу правила: negativa non probantur [1]), что неуклонному и послѣдовательному проведенію начала является препятствіемъ уже одна возможность почти всякое отрицательное положеніе или отрицательное обстоятельство легко и просто превратить въ положительныя путемъ измѣненія фразеологіи [2]), что, наконецъ, законъ самъ допускаетъ часто доказыванія отрицательныхъ фактовъ, даже требуетъ ихъ отъ истца,—напр., при condictio indebiti. [3]).

Однако, не смотря на побѣдоносную критику предшествовавшихъ теорій, Weber въ свою очередь оказался не въ состояніи дать болѣе удовлетворительнаго новаго критерія. Квинтъ-эссенція его ученія можетъ быть выражена въ слѣдующей формулѣ: „кто желаетъ отстоять на судѣ свое право или защититься отъ мнимыхъ правъ и притязаній противника, обязанъ доказать тѣ факты, которыхъ истину предполагаетъ необходимой его право или его защита“ [4]).

Нечего и говорить, что теорія возбуждаетъ тѣ же недоумѣнія, какъ и римское правило: actori incumbit probatio и reus in excipiendo est actor. До какой границы необходимо истцу доказывать положительныя и отрицательныя предпосылки своего права?

Пустое мѣсто, оставшееся въ литературѣ предмета послѣ разрушительной попытки Weber'a, сдѣлало необходимыми дальнѣйшія изысканія въ томъ же направленіи.

---

[1]) S. 93 (по изд. 1845 г.).

[2]) Въ качествѣ курьезныхъ результатовъ оспариваемой доктрины Weber отмѣчаетъ то явленіе, что въ прежней адвокатурѣ выработалась своего рода prudentia practica: употреблять насколько возможно чаще отрицательную фразеологію вмѣсто положительной. Что-то въ родѣ игры въ фанты, содержаніе которой состоитъ въ запрещеніи подъ страхомъ штрафа опредѣленныхъ стилистическихъ оборотовъ рѣчи,—процедура, отличающаяся однако тѣмъ, что для дѣтской забавы сопровождалась слишкомъ серьезными послѣдствіями.

[3]) S. 104, 130 (по изд. 1845 г.).

[4]) Цитирую по Sattelmacher'у, S. 27 и Endemann'у, S. 482 Anm.; Weber указываетъ кромѣ того, что это факты „существенные для даннаго права“, см. у Leonhard'a, S. 79.

Klötzer [1]) выступилъ снова подъ прежнимъ флагомъ: ничто,—чистое отрицаніе,—не есть субстратъ, отъ котораго могло бы право зависѣть: поэтому отрицательныя обстоятельства, хотя бы и могли быть сами по себѣ доказаны, безполезны для вопроса о бытіи права и не въ состояніи, не должны служить thema probandum. Schneider [2]) и Rizy [3]), стараясь спасти ту же теорію отъ упрека въ неопредѣленности исходного понятія: negativum, которое легко можетъ быть превращено въ нѣчто положительное простой подмѣной отрицательной фразеологіи на утвердительную, выставили различіе между „реально-утвердительными“ и „реально отрицательными положеніями“ (realpositive und realnegative Sätze), подъ первыми разумѣя ссылку на извѣстную перемѣну, подъ вторыми, наоборотъ, указанія на status quo. Доказательствъ требуютъ только первыя,—а на вопросъ: почему, авторы давали очень оригинальное объясненіе: потому что ссылкамъ на отсутствіе перемѣнъ принадлежитъ гораздо большая вѣроятность, чѣмъ на наступленіе перемѣны. Эту мысль Rizy поясняетъ еще удивительнѣй: отсутствіе метаморфозъ обнимаетъ собой безчисленное количество возможностей, между тѣмъ какъ указаніе на опредѣленную перемѣну предполагаетъ всегда одну единственную возможность...

На неудачныхъ попыткахъ названныхъ ученыхъ нѣтъ надобности останавливаться подробнѣе.

Такъ какъ теоріи эти тѣмъ не менѣе отличаются строгой послѣдовательностью въ проведеніи одного принципа, изъ котораго пытаются конструировать все ученіе о распредѣленіи доказательствъ,—чего нельзя болѣе найти у современныхъ авторовъ, пользующихся старымъ догматомъ въ качествѣ вспомогательнаго только орудія и въ дополненіе къ своему главному иному началу,—то умѣстнѣе, быть можетъ, подвергнуть основной тезисъ разбираемыхъ ученій принципіальной критикѣ здѣсь же, тѣмъ болѣе, что послѣдующіе

---

[1]) Versuch eines Beitrages zur Berichtigung von der Lehre der Beweislast, 1813, S. 12.

[2]) Vollständige Lehre vom rechtlichen Beweise, 1 изд. 1803 г., 2-е—1842; стр. 15 и слѣд.

[3]) Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozesse, 1841.

изслѣдователи не прибавили новыхъ аргументовъ къ обоснованію и защитѣ доктрины: negativa non probantur [1]).

Въ числѣ доводовъ въ пользу правила фигурируютъ главнымъ образомъ практическія соображенія. Нельзя, а потому и незачѣмъ доказывать отрицательные факты. Однако уже первый тезисъ неправиленъ,—и сторонникамъ названной доктрины лучше всего сообразно началамъ собственнаго ученія оставить свое отрицательное заявленіе безъ доказательствъ вовсе,—какъ совѣтуетъ имъ иронически Weber (S. 104). Вѣрно только то, что отрицательныя обстоятельства обыкновенно не поддаются доказательствамъ непосредственно, хотя и могутъ быть удостовѣрены косвеннымъ путемъ: напр., извѣстная ссылка на alibi: „я не былъ въ интересный суду моментъ въ данной мѣстности" доказывается установленіемъ факта, что я въ тотъ же день и часъ находился въ мѣстности другой, или, что нѣсколько часовъ до того времени я находился тамъ-то, а отъ того пункта до инкриминируемаго больше часовъ пути, чѣмъ это возможно для моего появленія въ послѣднемъ къ сроку происшествія [2]). Нѣкоторые отрицательные факты допускаютъ впрочемъ и прямыя доказательства, какъ показываетъ приводимый еще Бартоломъ примѣръ: Video quod non habeas pecuniam in manu [3]). При томъ трудность доказать нѣкоторыя отрицательныя обстоятельства—и даже порой невозможность сдѣлать это—ничего не говорятъ сами по себѣ въ пользу необходимости избавить отъ подобныхъ доказательствъ истца, возложивъ onus probandi противоположныхъ данныхъ на противника [4]). И другого рода факты представляются часто недоказуемыми для истца,—но отсюда выводъ одинъ: что истецъ проиграетъ подобный процессъ.

Доказать или опровергнуть такія внутреннія психическія состоянія, какъ animus, fides и проч., не менѣе трудно, чѣмъ negativa: и однако правосудіе оперируетъ съ подобными эле-

---

[1]) Разбирая ее, я пользовался исчерпывающей критикой Leonhard'a, S. 54—66.

[2]) См. у Leonhard'a, S. 55.

[3]) См. ссылку у Leonhard'a, ibid.

[4]) Leonhrd, S. 56.; Sattelmacher, S. 21; даже Martinius, новѣйшій приверженецъ оспариваемой здѣсь доктрины: см. его Behauptungs-und Beweislast bei der Negative, 1902, S. 10—11.

ментами, требуя ихъ установленія на судѣ. Наконецъ, законодательство иногда само требуетъ установленія отрицательныхъ фактовъ. Изъ области нашего права можно указать въ этомъ отношеніи на ст. 1352 и 1353 уст. гр. суд., гдѣ на истца возлагаетъ обязанность доказывать факты отрицательные самъ же законъ и при томъ verbis expressis: „что отецъ прежде своей смери *не объявлялъ*, что признаетъ сего младенца законнымъ“, или „что мужу вовсе *не было извѣстно* существованіе младенца“.

Не отрицательный, а неопредѣленный характеръ дѣлаетъ часто negativa неуловимыми и недоказуемыми на судѣ: non quia negativa, sed quia indefinita sunt. Но такими же неопредѣленными могутъ быть и факты положительнаго характера, и наряду съ любымъ отрицательнымъ явленіемъ, трудно поддающимся доказыванію, можно поставить и неопредѣленное положительное утвержденіе, напр., слѣд. рода: „я всегда носилъ при себѣ данную вещь“ [1]).

Слѣдовательно, въ смыслѣ трудности доказыванія negativa не представляютъ чего-нибудь исключительнаго до такой степени, чтобы слѣдовало возводить презумпцію ихъ отсутствія на степень основного догмата для цѣлаго ученія о доказательствахъ.

Примѣчаніе. Si diligenter attendas, non est aliqua negativa quae tacitam non habeat affirmativam, говорила еще глосса [2]). Отсюда нѣкоторые изъ ученыхъ выводятъ свой рѣшающій доводъ противъ теоріи „отрицательныхъ фактовъ“. Однако въ подобной абсолютности изреченіе глоссы не можетъ быть принято. Какъ указываетъ Leonhard [3]), слѣдуетъ различать между „противоположными“ и „противорѣчащими“ (konträre und kontradiktorische) сужденіями. Если съ отрицаніемъ одной возможности открывается допустимость многихъ другихъ возможностей, тогда характернымъ признакомъ отрицательнаго сужденія является именно ниспроверженіе оспариваемой возможности и ничего болѣе. Положительной стороны сужденіе не имѣетъ вовсе. „Знамя не было краснаго цвѣта“: на во-

---

[1]) Вспоминается, напр., процессъ Димитрія Карамазова у Достоевскаго, гдѣ обвиняемый утверждалъ, что давно уже носилъ двѣ тысячи зашитыми въ верхней одеждѣ.

[2]) См. цитату у Leonhard'a, S. 60 Anm. 2.

[3]) S. 60–62.

просъ объ окраскѣ знамени фраза не содержитъ данныхъ. Превратить предложеніе въ сужденіе положительнаго характера невозможно. Совершенно иной выводъ слѣдуетъ сдѣлать о „противорѣчащихъ“ сужденіяхъ, гдѣ съ устраненіемъ одной возможности открывается всего на всего возможность другая. Поворотъ „не направо“ значитъ „налѣво“, „не гладко“ значитъ „шероховато,“ „не хорошо“ значитъ „плохо“, незнаніе есть въ юридическомъ смыслѣ „ошибка“. По отношенію къ такимъ противорѣчащимъ другъ другу сужденіямъ и возникаетъ вопросъ,—роковой для теоріи: гдѣ же здѣсь положительный элементъ и гдѣ его отрицаніе? [1]) Одна сторона утверждаетъ что условленныя работы исполнены хорошо, другая возражаетъ, что плохо: которая ссылается на отрицательный фактъ? Или еще лучше, одинъ контрагентъ утверждаетъ на судѣ, что ошибочно считалъ своего контрагента собственникомъ передаваемой цѣнной бумаги: противникъ же заявляетъ, что пріобрѣтатель зналъ о дефектахъ права распоряженія у не-собственника,—спрашивается, кто изъ тяжущихся ссылается на отрицательное обстоятельство?

Подъ вліяніемъ главнымъ образомъ теоріи Weber'a въ литературѣ и въ судебной практикѣ сформировалась мало-по-малу почти обще-признанная максима: истецъ доказываетъ правопроизводящіе факты, отвѣтчикъ—уничтожающіе правомочіе истца: до возникновенія этого права или только post factum. [2]).

Изъ числа многихъ попытокъ конструировать эти положенія слѣдуетъ прежде всего, конечно, остановиться на теоріи Bethmann-Hollweg'a, [3]) оказавшей въ свое время большое вліяніе и на литературу, и на судебную практику [4]). Общія основанія для системы распредѣленія доказательствъ должны быть почерпнуты не изъ положительнаго права, но изъ природы вещей, учитъ авторъ. И простая логика приводитъ насъ къ правилу: Affirmanti, non neganti incumbit probatio. Однако, примѣняя этотъ принципъ къ нахожденію истины въ процессѣ, слѣдуетъ отмѣтить, что указанное начало от-

[1]) Leonhard, S. 61.

[2]) Sattelmacher, S. 28: rechtserzeugende, rechtshindernde und rechtsvernichtende Thatsachen.

[3]) Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozessrechts, 1827, S. 324 ff.

[4]) Я излагаю конструкцію автора по Fitting'y (Z. f. C. P., Bd. XIII, S. 4—5).

носится—и можетъ относиться—только къ правамъ, а не къ фактамъ: потому, что рѣчь идетъ на судѣ именно о доказываніи правоотношеній, при чемъ факты имѣютъ значеніе лишь постольку, поскольку отъ нихъ бытіе правоотношеній зависитъ. Итакъ, правоотношенія имѣются въ виду, когда руководящее начало говоритъ: affirmanti incumbit probatio. Отсюда: кто утверждаетъ, что ему принадлежитъ извѣстное право, претендуя на судѣ на его осуществленіе, тотъ и обязанъ доказать существованіе своего права. Обязанъ и тогда, если оно связано съ отрицательными фактами: такъ какъ разъ законъ ставитъ бытіе права въ зависимость отъ подобныхъ условій, онъ требуетъ и доказательствъ ихъ отъ ссылающейся стороны,—а правило: negativa non probantur относится до ссылокъ на правоотношенія, а не на факты.

Изъ постулята доказать существованіе, и непремѣнно наличное существованіе права, которое согласно утвержденіямъ истца ему принадлежитъ, вытекало бы an und für sich необходимость установить на судѣ, что право возникло благодаря наступленію соотвѣтствующихъ фактовъ и снова не прекратилось въ силу наступленія фактовъ, дѣйствующихъ въ этомъ смыслѣ. Однако представленіе подобнаго рода доказательства,—что не наступило ни одного изъ тѣхъ обстоятельствъ, которыя могли бы повлечь за собой уничтоженіе права,—было бы абсолютно невозможнымъ: поэтому продолженіе однажды возникшаго права предполагается [1]), и противная сторона, утверждая, что право возникшее послѣ прекратилось, должна доказать имѣвшій это дѣйствіе фактъ. И опять таки, истцу незачѣмъ утверждать и доказывать *всѣхъ* условій, нужныхъ для возникновенія на его сторонѣ права,—всѣхъ моментовъ in toto et pleno, съ которыми соединяется появленіе правоотношеній во внѣшнемъ мірѣ. Довольно доказать „особыя, непосредственныя, существенныя условія“, какъ „такіе факты, которые имѣли бы возникновеніе права своимъ результатомъ по самому своему понятію,

[1]) Правило снова не касается фактическихъ состояній: ихъ продолженія нельзя презумировать изъ одного того только обстоятельства, что они возникли: поэтому, продолженіе такихъ фактовъ до текущаго момента долженъ доказывать истецъ, если его право зависитъ именно отъ этого.

а слѣд., и по общему правилу“ [1]). Прочія условія возникновенія не принадлежатъ къ самому понятію даннаго права: поэтому, если на нихъ будетъ основано возраженіе о несуществованіи права, то имѣлась бы ссылка на „исключеніе изъ правила“,—которое и должно быть доказано, такъ какъ слѣдуетъ принимать правило до тѣхъ поръ, пока не обнаружено исключенія. Но противоположность между „правиломъ“ и „исключеніемъ“ совпадаетъ здѣсь всецѣло съ противоположностью между „положеніемъ“ и „отрицаніемъ“ (positio и negatio): такимъ образомъ то начало, которое было поставлено во главу угла, какъ самый общій принципъ распредѣленія доказательствъ, является рѣшающимъ вопросъ и на этомъ пунктѣ.

Выводъ Bethmann-Hollweg'a,—что истцу достаточно доказать „особыя, непосредственныя и существенныя“ условія возникновенія своего права,—принимаетъ и Unger, только мотивируя правило нѣсколько другими аргументами. При томъ же онъ отыскиваетъ свои „специфическія“ условія возникновенія правъ не въ природѣ вещей, какъ то дѣлаетъ Bethmann-Hollweg, а въ содержаніи статей положительнаго законодательства, что послужило даже поводомъ для Kress'a зачислить Unger'a чуть ли не въ ряды стронниковъ „теоріи нормъ“ [2]).

Теорія Unger'a [3]), сводится къ слѣд. ряду мыслей. Стороны доказываютъ на судѣ только факты: дѣло судьи подвести факты подъ нормы права и рѣшить, соединяетъ ли законъ съ наличными фактами petita partium (jura deducuntur, facta probantur). Конечно, истецъ будетъ обязанъ доказать свое право, какъ существующее въ данный моментъ и ему дѣйствительно принадлежащее: поэтому его thema probandum составляютъ не только факты, которые въ состояніи дать жизнь искомому правомочію (факты съ положительнымъ дѣйствіемъ), но и отсутствіе всѣхъ условій, при которыхъ возникшее право прекращается снова, или могу-

---

[1]) Опроверженія этого тезиса см. у В. М. Гордона, Основанія иска въ составѣ измѣненія исковыхъ требованій, 1902, стр. 125—126.

[2]) Kress, Zur Lehre von der Beweislast, 1899, S. 83 со ссылкой на Unger'a, S. 458 Anm. 25.

[3]) System des österreichischen Privatrechts, 5-е изд. 1892 г. (S. 447—458).

щее само по себѣ возникнуть, rebus sic stantibus не возникло. Но если бы истцу дѣйствительно пришлось доказывать наличность всѣхъ фактовъ одного рода и отсутствіе всевозможныхъ фактовъ другого, то всякая надежда на успѣхъ иска была бы отнята заранѣе: правосудіе дало бы въ руки управомоченныхъ лицъ тупое оружіе, котораго нечего бояться правонарушителямъ.

Итакъ, требованіемъ естественной справедливости является постулятъ, подѣлить „солнце и вѣтеръ“ между тяжущимися сторонами по возможности равномѣрно: не возлагая всѣ опеra на плечи только отыскивающаго свое право истца.

И для этого раздѣла различіе между положительно и отрицательно дѣйствующими на бытіе правъ фактами представляетъ наилучшій критерій: правопроизводящіе факты доказываетъ истецъ, всѣ другіе—отвѣтчикъ. Иными словами: истецъ обязанъ установить только тѣ факты, которые составляютъ *специфическія* основанія для возникновенія права (непосредственные, особенные). На вопросъ, какіе же это факты для каждаго правопритязанія in concreto, Unger отсылаетъ къ интерпретаціи положительнаго права. Наличности общихъ условій возникнованія права (правоспособности и дѣеспособности субъектовъ правоотношенія, „оборотоспособности“ вещи, соотвѣтствія воли ея выраженію) истцу незачѣмъ доказывать, точно также какъ и отсутствія тѣхъ обстоятельствъ, которыя законъ разсматриваетъ, какъ исключеніе изъ правила (предполагая, что именно на правило ссылается истецъ).

Противъ теорій Bethmann-Hollweg'a и Unger'a можно привести слѣдующіе аргументы. По ихъ взгляду слѣдуетъ предполагать правило, пока не доказано исключеній: а такъ какъ для каждаго права существуютъ свои „особыя“ и специфическія условія,—противополагаемыя условіямъ одинаковымъ для цѣлаго ряда правоотношеній—общимъ.—то при ссылкѣ на право достаточно доказать эти „особыя“ условія его возниковенія,—а общія въ качествѣ правила предполагаются безъ доказательствъ. Но тогда названные авторы, часто сами того не желая, должны противорѣчить въ своихъ выводахъ общепринятымъ воззрѣніямъ. Напримѣръ: такъ какъ соглашеніе есть общее правило для возникновенія вся-

кихъ правъ изъ договора, то, утверждая, что сдѣлки не было, имѣли мѣсто только предварительные переговоры, не приведшіе ни къ какому результату, отвѣтчикъ долженъ бы былъ и доказывать свое заявленіе,—онъ отрицаетъ „общее условіе“ для возникновенія договорныхъ правъ, указывая на исключительную особенность даннаго случая, препятствовавшую появленію права,—подобно тому, какъ въ другомъ случаѣ, опираясь на несерьезный характеръ волеизъявленія, онъ тоже выдвигаетъ положеніе вещей исключительнаго свойства и безспорно беретъ на себя onus probandi [1]). Между тѣмъ, по общему взгляду позиціи доказывающихъ сторонъ располагаются въ нашемъ примѣрѣ совершенно въ обратномъ порядкѣ: бремя доказываній лежитъ на истцѣ. [2])

Съ другой стороны, исключительные моменты для даннаго института, какъ то: способность вещи быть объектомъ залогового права или давности при ссылкѣ на правоотношеніе даннаго типа, или bona fides лица, взывающаго къ пріобрѣтательной давности,—условія несомнѣнно специфическія для названныхъ институтовъ,—долженъ былъ бы согласно теоріи Bethmann-Hollweg'a устанавливать истецъ,—между тѣмъ vitia negotii и недобросовѣстность давностнаго пріобрѣтателя по общему мнѣнію доказываетъ противникъ [3]).

Далѣе: специфическимъ условіемъ для возникновенія правъ на сторонѣ наслѣдника по закону являются два момента: чтобы наслѣдодатель не оставилъ завѣщанія, и чтобы не было наслѣдниковъ ближайшихъ; и нельзя сказать, чтобы отсутствіе названныхъ двухъ препятствій составляло по закону „общее правило“,—однако истецъ не обязанъ доказывать эти „особыя“ условія своего права: ихъ устанавливаетъ выдвигающій свои „лучшія права“ противникъ [4]).

---

[1]) Leonhard, S. 80.

[2]) Sic: Rosenberg, Arch. f. Civ. Praxis, Bd. 44 (1903), S. 28.

[3]) Самъ Bethmann-Hollweg (S. 319 ff.) протестуетъ противъ даннаго вывода, но безуспѣшно: см. у Leonhard'a, S. 80. То же заключеніе изъ названной доктрины дѣлаетъ и Kress, Zur Lehre von der Beweislast, 1899, S. 83.

[4]) См. Leonhard, S. 81. Съ выводомъ согласенъ, повидимому, и Unger, System, Bd. II (1892), S. 565 Anm. 27, впрочемъ, не замѣчая, что это противорѣчитъ его собственной доктринѣ. Критику противоположной точки зрѣнія см.при обзорѣ кассаціонной практики.

Теорія Langenbeck'a[1]) отличается отъ предыдущихъ тѣмъ, что авторъ оперируетъ съ понятіемъ „внѣшнихъ" (äusserliche) моментовъ, необходимыхъ для возникновенія права,—которые обязанъ доказывать истецъ. Подъ „внѣшними" Langenbeck понимаетъ такіе, „изъ которыхъ мы единственно и распознаемъ характеръ правоотношенія; которые намъ указываютъ, что опредѣленный видъ (species) правового явленія возникъ при данныхъ in concreto условіяхъ,—значитъ факты, благодаря которымъ опредѣленное право конкретизировалось во внѣшнемъ мірѣ. Они частью непосредственно относятся къ реквизитамъ возникновенія (напримѣръ, передача вещи въ собственность), частью только посредственно,—а именно, поскольку на нихъ благодаря удобству распознаванія могутъ быть сведены нѣкоторые факты идеальной природы, обозначенные въ законѣ, какъ условія для возникновенія права (напримѣръ, воля передать право собственности, или ошибка при condictio indebiti, dolus при actio doli). Противоположность обѣимъ послѣднимъ категоріямъ представляютъ другіе факты, которые правда по отношенію къ вопросу о возникновеніи правоотношенія или права имѣютъ такую же важность, какъ и названные выше,—но для появленія вовнѣ правъ (для ихъ конкретизаціи)[2]) не даютъ ничего. Такъ, при передачѣ права собственности существенный постулятъ—дѣеспособность передающаго, столь же важный, какъ и воля передать право собственности или сама передача. Но внѣшними признаками перехода права собственности служатъ кромѣ воспринимаемаго внѣшними органами чувствъ факта передачи только тѣ, изъ которыхъ слагается идеальный фактъ (воли „къ передачѣ")[3]).

Однако выставленное Langenbeck'омъ разграниченіе между „внѣшними" и „внутренними" фактами обнаруживаетъ полную несостоятельность именно въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ фактъ,—по терминологіи автора,—„идеальной природы" приходится тѣмъ не менѣе отнести къ обязанности доказыванія

---

[1]) Die Beweisführung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, 1869.

[2]) Вставка наша.

[3]) Beweisführung, S. 280.

истца [1]). Обстоятельства, приводимыя у Langenbeck'a,—ошибка при condictio indebiti, dolus при actio doli,—какъ составляющія onus probandi истца, несомнѣнно представляютъ внутренніе психологическіе моменты, по крайней мѣрѣ по обычному словоупотребленію,—и ничѣмъ не отличаются отъ вопроса о дѣеспособности субъекта, о притворномъ или несерьезномъ характерѣ выраженной воли и прочихъ темахъ, доказываніе которыхъ по общему мнѣнію лежитъ на обязанности отвѣтчика. И если ошибку или принужденіе считать внѣшними фактами, а способность къ дачѣ волеизъявленій или шуточный характеръ выраженной воли называть внутренними моментами, то ясно, что въ ходу искусственная терминологія, для которой критеріемъ служитъ не обычное значеніе употребляемыхъ выраженій, а отношеніе къ какому-то постороннему понятію. Самъ по себѣ,—фактъ внутренней или „идеальной" природы: но въ своемъ отношеніи къ вопросу о возникновеніи права онъ является „внѣшнимъ". На вопросъ: „почему" и „когда",—теорія автора не даетъ точно мотивированнаго отвѣта. Даже изъ приводимыхъ у него примѣровъ, гдѣ „воля передать право собственности" противополагается „дѣеспособности" при этомъ лица, нельзя указать, что и почему представляетъ внѣшній факторъ: если рѣшаетъ степень распознаваемости вовнѣ психическихъ моментовъ, то въ конкретномъ случаѣ animus tradendi можетъ оказаться тоже неопредѣленнымъ по содержанію, такъ же хорошо подходя, положимъ, къ традиціи въ собственность, какъ и къ передачѣ для пользованія (и при томъ безразлично, въ вещноправовыхъ или обязательственныхъ отношеніяхъ).

На вопросъ, почему его теорія считаетъ возможнымъ удовлетвориться отъ истца доказательствомъ только „внѣшнихъ" условій возникновенія права, Langenbeck отвѣчаетъ указаніемъ, что въ повседневной жизни о возникновеніи права именно и судятъ на основаніи внѣшнихъ признаковъ, которымъ такимъ образомъ сама необходимость заставляетъ оказывать довѣріе. Такъ дѣлаетъ гражданскій оборотъ, такъ долженъ дѣлать и судъ [2]).

---

[1]) См. у Kress'a, S. 86—87; такъ же В. М. Гордонъ, Основаніе иска въ составѣ измѣненія исковыхъ требованій, 1902, стр. 127.

[2]) Langenbeck, S. 279 ff.

Непонятно, зачѣмъ авторъ желаетъ развѣнчать высокія задачи судьи, призваннаго отыскивать матеріальную истину, на степень поверхностныхъ сужденій обывателя, который довольствуется внѣшностью вещей, не заглядывая въ ихъ глубь: роль идеальнаго правосудія должна состоять скорѣе во всестороннемъ изслѣдованіи дѣла [1]).

Изъ попытокъ дать внутреннее оправданіе правилу, что одни правопроизводящіе факты подлежатъ доказыванію со стороны истца,—не уничтожающіе право или препятствующіе его возникновенію ex tunc, слѣдуетъ отмѣтить еще теорію Wetzell'я. Авторъ исходитъ изъ противоположенія понятій: causa efficiens и conditio sine qua non [2]). Причины перваго рода должны быть названы дѣйствующими: они представляютъ именно тѣ факты, которые вызываютъ возникновеніе права. Вторые суть только необходимые сопутствующіе элементы,—та обстановка, которая должна быть дана, чтобы могло развиться на ея почвѣ дѣйствіе предыдущихъ факторовъ.

Факты, производящіе право „въ особенности", и есть его causae efficientes; обстановка, благопріятная рожденію права, не содержащая причинъ, убивающихъ его въ зародышѣ, или же прекращающихъ его жизнь ex post,—есть conditio sine qua non для бытія права,—которая слагается изъ отсутствія вредоносныхъ фактовъ.

Авторъ основывается на противоположеніи между условіемъ и причиной, признавая между ними принципіальное различіе. „Между тѣмъ въ дѣйствительности условіе есть только элементъ причины. Разъ даны всѣ условія, обусловленное ими должно необходимо совершиться; если же не хватаетъ хотя бы одного условія—явленіе невозможно. Совокупность всѣхъ условій и есть причина" [3]).

Съ этой точки зрѣнія судъ долженъ бы былъ установить для себя всѣ conditiones sine qua non, отъ которыхъ зависитъ примѣненіе закона, прежде чѣмъ присудить истцу требуемое право: выдѣлить между ними „причину" и „условія"

---

[1]) Kress, S. 45; Leonhard, S. 74.

[2]) System des ordentl. Civilprozesses, 3-te Aufl. (1878), § 15 N. 19. Ср. Wach, Z. f. C. P., Bd. 29, S. 388.

[3]) Коркуновъ, Русское госуд. право, т. I (изд. 2-е), 1893 г., стр. 19.

невозможно [1]). Съ другой стороны, если даже признать разницу между условіемъ и причиной существующей, то она совершенно ступевывается, когда рѣчь идетъ не о самомъ бытіи правъ, а о доказываніи ихъ предъ судомъ. Въ этомъ отношеніи права не отличаются отъ явленій внѣшняго міра: для того, чтобы доказать наличность явленія, можно ли ограничиться указаніемъ на дѣйствіе „причины", не упоминая о необходимыхъ для нея условіяхъ, предполагая ихъ данными: и если да, то на какихъ же основаніяхъ?

Наконецъ, разграниченіе причины и условій въ ихъ процессуальномъ значеніи не выдерживаетъ провѣрки съ установившеюся практикой. Воля есть несомнѣнно главная дѣйствующая сила въ созданіи правомочій путемъ сдѣлокъ: и однако доказывать отсутствіе въ ней дефектовъ [2]), ея совпаденіе съ выражающими animus словами [3]) и т. д. по общему мнѣнію совершенно незачѣмъ на судѣ [4]).

Обособленное мѣсто занимаетъ въ ряду доктринъ того времени теорія Burckhard'a [5]). Его конструкцію принято относить въ наукѣ къ т. н. Vermuthungstheorien,—теоріямъ презумпцій [6]). Она объясняетъ распредѣленіе доказательствъ между тяжущимися, исходя изъ признанія презумпцій, говорящихъ то въ пользу одного, то другого изъ нихъ. Но это очень тенденціозное объясненіе. Не изъ презумпцій слѣдуетъ объяснять onus probandi, а наоборотъ: опредѣленное разложеніе доказываній между сторонами создаетъ презумпцію правоты въ пользу свободной отъ представленія ихъ стороны,—donec contrarium probatur. Но такъ какъ ни общепринятой системы перемежающихся презумпцій, ни безспорнаго метода распредѣленія доказательствъ было бы безплодно искать какъ въ литературѣ, такъ и въ судебной практикѣ, такъ наконецъ и въ законѣ, то конструкція Burckhard'a оказывается не имѣющей основного критерія. Авторъ пытается выставить еще правно-политическій постулятъ, изъ

---

[1]) Leonhard, S. 84.

[2]) Напр., вліяніе принужденія или обмана.

[3]) См. въ отдѣлѣ: Казуистика распредѣленія доказательствъ.

[4]) Leonhard, S. 84.

[5]) Die civilistischen Präsumptionen. 1866.

[6]) См. Sattelmacher, S. 32—33; Hedemann, S. 149—153.

котораго выводитъ тезисъ, что доказыванію подлежатъ только „внѣшніе признаки возникновенія права“; а именно: „что существуетъ по внѣшнему виду безъ дефектовъ, то носитъ оправданіе своему существованію въ самомъ себѣ, пока это право на жизнь и соотвѣтствующее дѣйствіе не будетъ подвергнуто спору, пока существованіе не будетъ уничтожено“ (S. 156).

Общій недостатокъ всѣхъ этихъ теорій состоитъ въ томъ, что онѣ всѣ направлены только на то, чтобы замкнуть въ охватывающую логическую формулировку тѣ выводы, которые уже были въ то время достояніемъ юридической мысли: но надъ внутреннимъ оправданіемъ своихъ формулъ, надъ вопросомъ: „почему?“, не задумывались прежніе юристы.

Почему истецъ доказываетъ только правопроизводящіе факты? „Было бы несправедливо заставить его нести probatio diabolica по поводу всѣхъ безъ исключенія обстоятельствъ, такъ или иначе вліяющихъ на бытіе права“,—вотъ отвѣтъ, который обыкновенно давался (Bethmann-Hollweg, Unger). Но развѣ ихъ масштабъ распредѣленія есть единственно возможный? Почему изъ всѣхъ классификацій, извѣстныхъ тогда въ наукѣ, примѣнена къ интересующей насъ проблемѣ только одна эта,—не дѣленіе фактовъ на положительные и отрицательные, какъ, напр., того хотѣли нѣкоторые изъ сторонниковъ стараго направленія въ литературѣ? Должно же быть какое-нибудь внутреннее основаніе для разграниченія,—помимо внѣшняго повода—необходимости облегчить участь истца. Выдвигая только послѣдній стимулъ, конструктивныя попытки не были свободными отъ возраженія, что всякій критерій дѣленія является на первый взглядъ годнымъ для цѣли. А разъ только заходитъ рѣчь о внутренней состоятельности выбираемаго масштаба, о критикѣ его de lege ferenda, тогда изслѣдованіе темы пойдетъ единственно правильнымъ на мой взглядъ путемъ, который и старался я намѣтить на стр. 18—47 настоящей работы.

Итакъ, надъ всестороннимъ оправданіемъ своихъ принциповъ не останавливались изложенныя выше доктрины.

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Переломъ въ сторону „теоріи возраженія“ и попытки противодѣйствія.

Что касается современнаго положенія вопроса въ нѣмецкой литературѣ, то основные тезисы занимающаго насъ ученія можно считать общепринятыми. Напримѣръ, что прекращеніе правоотношеній доказываетъ отвѣтчикъ, что ссылки на недѣеспособность контрагента, на ошибку, обманъ, симуляцію, принужденіе и т. д. (на т. н. vitia negotii) устанавливаетъ опять-таки та сторона, которая ихъ выдвигаетъ,—это является теперь достояніемъ communis opinio [1]). Но тѣмъ жарче идетъ споръ относительно другихъ вопросовъ, составляющихъ контроверзы изслѣдуемой проблемы. Выводы т. н. „теоріи возраженія“ (Einredetheorie) противополагаются въ этомъ отношеніи совершенно обратному рѣшенію тѣхъ же самыхъ „спорныхъ“ темъ у другихъ ученыхъ,—приверженцевъ „теоріи отрицанія“ (Leugnungstheorie).

Взгляды въ этомъ послѣднемъ направленіи, надо сказать, высказывались въ нѣмецкой литературѣ давно,—уже всѣ изложенныя выше старыя конструкціи принимали всецѣло выводы нынѣшнихъ „теоретиковъ отрицанія“. Къ тому же лагерю слѣдуетъ отнести еще и другихъ болѣе современныхъ цивилистовъ, которые въ своихъ курсахъ гражданскаго или пандектнаго права рѣшали вопросы распредѣленія доказательствъ въ разныхъ случаяхъ однообразно и къ невыгодѣ для истца, т. е. такъ именно, какъ того требуетъ „доктрина отрицанія“ (напримѣръ,—Windscheid, Dernburg, Förster-Eccius и др.): впрочемъ, послѣдняя группа ученыхъ, высказывавшихъ интересующія насъ здѣсь мысли à propos, не занимаясь изслѣдованіемъ проблемъ распредѣленія до-

---

[1]) Contra—одинъ Leonhard, Die Beweislast, 1904, S. 161, по поводу „правупрепятствующихъ“ фактовъ.

казательствъ ex professo [1]), едва-ли можетъ итти въ счетъ при анализѣ голосовъ въ пользу одного или другого мнѣнія [2]).

Споръ между приверженцами противоположныхъ направленій обострился за послѣднее десятилѣтіе, группируясь около сочиненія извѣстнаго юриста Adolf'a Stölzel'я, который въ своей книгѣ (Schulung für die Civilistische Praxis, 1-е изданіе въ 1894 году) явился наиболѣе яркимъ выразителемъ „теоріи отрицанія". Ему возражали,—какъ, напримѣръ, Staub, Knieriem; онъ получилъ голоса и въ свою пользу: Dickel [3]), Eccius [4]), Litten; къ концу 90-ыхъ годовъ появился цѣлый рядъ спеціальныхъ монографій, посвященныхъ вопросу о Beweislast (Beckh, Kress, Rosenberg, Leonhard); въ результатѣ тема сдѣлалась модной въ литературѣ: теперь она обрабатывается какъ въ общихъ сочиненіяхъ по гражданскому процессу (Gaupp-Stein, Rich.Schmidt, Weismann), такъ и по матеріальному праву,—и не цивилистами только (Endemann, Crome, Cosack, Staudinger), но даже коммерціалистами (Staub, Düringer-Hachenburg); наконецъ,—ей посвящается рядъ журнальныхъ статей (Fitting въ Zeitschrift für den Civilprozess Bd. 13 (1889)—интересное изслѣдованіе, давшее исходной пунктъ для распространенной въ германской литературѣ „теоріи нормъ"; Wach, ibibem, Bd. 29 (1900); Rosenberg въ Archiv f. d. Civil. Praxis (1903) Bd. 44—обстоятельная, глу-

---

[1]) Тѣмъ же объясняетъ ихъ ошибку и Rosenberg, Arch. f. d. Civ. Pr., B. 44 (1903), S. 46.

[2]) Этимъ объясняется тотъ фактъ, что нѣкоторые въ извѣстныхъ вопросахъ впослѣдствіи перешли въ противоположный лагерь. Dernburg по поводу контроверзы съ диспозитивнымъ правомъ прежде былъ приверженцемъ „теоріи отрицанія", а въ послѣднее время высказался въ пользу „доктрины возраженія" (ср. справку у Stölzel'я, Schulung, 5-te Aufl., S. 136 съ Dernburg, Bürgerliches Recht, Bd. II, 2 S. 13). Напротивъ, Eccius въ своемъ изданіи Förster'a, Preussisches Privatrecht, 5-te Aufl. Bd. II S. 188 N. 133 и S. 250 N. 11, училъ, что при наймѣ и займѣ сторона, ссылающаяся на сроки предупрежденія объ отказѣ отъ договора или о требованіи платежа, отклоняющіеся отъ законныхъ, но установленные особымъ соглашеніемъ, несетъ onus probandi; теперь же въ своей статьѣ, помѣщенной въ Gruchot's Beiträge zur Erläuterung des Bürgerlichen Rechts, Bd. 45 S. 274, авторъ является рѣшительнымъ послѣдователемъ „теоріи отрицанія" во всѣхъ безъ исключенія пунктахъ.

[3]) Juristisches Literaturblatt, 1901, N. I S. 15.

[4]) Beiträge zur Erläuterung des Bürgerl. Rechts, Bd. 45 S. 274 ff.

боко-продуманная и послѣдовательно разработанная монографія-статья). При такомъ вниманіи къ интересующей насъ проблемѣ, она по всей вѣроятности скоро дозрѣетъ (reif) до разрѣшенія,—и, конечно, въ смыслѣ „доктрины возраженія“: послѣдняя пріобрѣтаетъ съ теченіемъ времени все больше, и больше приверженцевъ, насчитываетъ въ своемъ лагерѣ уже много извѣстныхъ именъ; спеціальныя монографіи (по крайней мѣрѣ, новѣйшія) на ея сторонѣ [1]),—словомъ, побѣда, повидимому, недалека. Это чувствуютъ и сами ея послѣдователи, которые не безъ гордости учитываютъ въ свою пользу указанные шансы выигрыша сраженія (напримѣръ, Rosenberg, Meyerhofer) [2]).

Изъ новѣйшихъ борцовъ подъ знаменемъ теоріи отрицанія заслуживаетъ упоминанія прежде всего Stölzel [3]). Но напрасно мы стали бы искать у него послѣдовательнаго и цѣлостнаго изображенія доктрины. Полемизируя, онъ возвращается къ развитію и обоснованію своихъ положеній неоднократно: однако, чтобы изложить его теорію въ стройномъ видѣ, приходится собирать фрагменты изъ разсужденій и аргументацій, разсѣянныхъ по отдѣльнымъ мѣстамъ книги [4]).

Авторъ признаетъ прежде всего, что исполненіе—вообще, прекращеніе обязательства—доказываетъ отвѣтчикъ; впрочемъ, вопросъ разрѣшается у Stölzel'я ссылкой на существующее будто-бы,—по крайней мѣрѣ, въ германской правовой системѣ,—предположеніе (Vermuthung) о томъ, что разъ возникшее право требованія продолжается, пока не доказано его прекращеніе (Vermuthung des Nochbestehens) [5]).

Къ этому первому тезису авторъ присоединяетъ второй, содержащій то общее начало, изъ-за котораго и происходитъ вся полемика съ противоположной доктриной. Вотъ это положеніе: всякое возраженіе отвѣтчика представляетъ отрицаніе основаній иска,—тѣмъ ли, что празнаетъ факты

[1]) Кромѣ Leonhard'a, Die Beweislast, 1904.

[2]) Arch. f. d. Civ. Praxis, Bd. 44, S. 140—141; Zeitschr. f. Schweiz. Recht, Bd. 22 (1903) S. 355.

[3]) Schulung für die civilistische Praxis, Bd. 1, V. Aufl., 1902.

[4]) См., напр., S. XXII; въ особенности—S. XXVIII—XXIX; S. 88, 176 Anm. 1; S. VI—VII.

[5]) S. 144—145; 163 тезисъ 4; 165.

истца неосуществившимися вовсе, или тѣмъ, что считаетъ ихъ въ противность истинѣ урѣзанными, недоговоренными,— и пытается восполнить недорисованную картину новыми подробностями. Но если такъ, то во всякомъ случаѣ эти возраженія выставляютъ *иное* правоотношеніе, aliud; главнымъ своимъ смысломъ имѣютъ отрицаніе (пусть даже—negatio per positionem) и потому всегда возлагаютъ onus probandi на истца, который, чтобы побѣдить, обязанъ оправдать свои положенія [1]).

Но когда въ рукахъ истца достаточно установленнаго фактическаго матеріала, чтобы вывести правомѣрность претензіи, а опроверженія отвѣтчика, не задѣвая основаній иска вовсе, не отрицая ихъ, но косвенно признавая факты совершившимися, приводятъ свои данныя, такъ или иначе устраняющія признанное дѣйствіе правомочій истца, тогда отвѣтчикъ выдвигаетъ возраженіе (Einrede) и обязанъ доказывать [2]).

Stölzel принимаетъ—не безъ насилія надъ предыдущими разсужденіями—и тотъ выводъ, что послѣдующія по времени измѣненія первоначальнаго содержанія сдѣлки имѣютъ быть установлены той изъ сторонъ, которая на нихъ опирается,—но сколько-нибудь удовлетворительныхъ аргументовъ для обоснованія этого взгляда у Stölzel'я не находится. Между тѣмъ ссылка на добровольную замѣну прежнихъ юридическихъ отношеній новыми есть отрицаніе основаній иска: если,

---

[1]) См. S. XXII, XXVIII—XXIX, 88, 176 Anm. 1; или S. VI—VII: „Den Kläger trifft die Beweislast, wenn der Beklagte sich darauf beruft, der Vertrag, aus dem geklagt wird, sei anders, als der Kläger behauptet, abgeschlossen": а именно—прибавлено особое соглашеніе объ отсрочкѣ, объ условіи, о нисшей цѣнѣ сравнительно съ обычной въ оборотѣ (angemessenes Kaufpreis) и пр.

[2]) Опять таки можно найти болѣе или менѣе отрывочныя объясненія терминологіи: авторъ обыкновенно оперируетъ со своими понятіями, какъ съ данными и извѣстными. См. однако S. 161, гдѣ Stölzel различаетъ: ein Bestreiten, ein motivirtes Bestreiten und eine Einrede; также S. 92: „Ein Zugeständniss des Beklagten befreit den Kläger vom Beweise der Klagbehauptungen, wenn so viele von den Klagbehauptungen eingeräumt sind, dass aus ihnen der Schluss gerechtfertigt ist, der Klaganspruch sei begründet". И тогда уже возраженіе отвѣтчика есть Einrede. Тоже и въ томъ случаѣ, если въ пользу истцовыхъ фактовъ имѣется законная презумпція. Читатель видитъ, что разграниченіе понятій: Leugnen и Einrede у Stölzel'я довольно шаткое.

положимъ, отвѣтчикъ говоритъ, что сдѣлка, раньше безусловная, позднѣе была поставлена подъ условіе обоюднымъ согласіемъ контрагентовъ. Почему же здѣсь доказываетъ свои утвержденія не истецъ? [1]).

По поводу ссылки отвѣтчика на отклоненія отъ нормальнаго типа правоотношеній,—каковы недѣеспособность участниковъ, негодность вещи служить предметомъ сдѣлокъ, вліяніе обмана, принужденія, симуляціи и т. д.,—Stölzel въ разныхъ мѣстахъ своего сочиненія выражается не совсѣмъ одинаково. Судя по одному мѣсту, онъ выдѣляетъ vitia negotii въ особую категорію правовыхъ явленій, которыя по вопросу о распредѣленіи доказательствъ удерживаютъ самостоятельную позицію [2]), а такъ какъ авторъ противопоставляетъ этой группѣ другую, гдѣ onus probandi ложится по его мнѣнію всецѣло на истца, то обособленіе патологическихъ въ правовомъ смыслѣ явленій можетъ имѣть лишь тотъ смыслъ, что ссылка на такія переноситъ бремя доказываній на отвѣтчика. Но почему это такъ, Stölzel не объясняетъ; ненормальными случаями, которые именно въ силу своей дефектности не предполагаются, онъ отказывается ихъ считать, другого критерія не выставляетъ.... Между тѣмъ вся нѣмецкая литература согласна, что ссылку на недѣеспособность контрагента долженъ доказать отвѣтчикъ: Stölzel, который положительно завѣряетъ, что его теорія не нова, что ее раздѣляетъ съ нимъ вся судебная практика (по крайней мѣрѣ, высшихъ въ судебной іерархіи учрежденій [3])), долженъ былъ бы слѣдовать за communis opinio и здѣсь. Но тогда обязанъ и дать отчетъ, почему onus probandi распредѣляется для одной группы правовыхъ явленій иначе, нежели для другой,—тѣмъ болѣе, что его обычный методъ разсужденій (мы познакомимся съ нимъ впослѣдствіи), которымъ оправдываетъ онъ свои выводы въ пользу обязанности доказывать у истца, можетъ быть распространенъ и на всякій иной случай, гдѣ зайдетъ тотъ же вопросъ о распредѣленіи. Этотъ

---

[1]) Stölzel голословно заявляетъ, что слѣдуетъ видѣть въ подобной ссылкѣ отвѣтчика Einrede, а не motivirtes Leugnen (S. 176—177 прим.), но почему,—неизвѣстно.

[2]) S. XXIV.

[3]) См. первыя строки предисловія къ 3-му изданію.

упрекъ дѣлался ему не одинъ разъ его литературными противниками (Staub)... Авторъ теменъ, если скрываетъ свой principium divisionis, объясняющій различное трактованіе двухъ одинаковыхъ, повидимому, матерій,—или непослѣдователенъ, если ему добавить къ выставленнымъ уже критеріямъ нечего. Надобно впрочемъ сказать, что свое разграниченіе разныхъ категорій правовыхъ явленій,—такихъ, которыя сохраняютъ самостоятельную позицію въ вопросѣ, и тѣхъ, которыя подчиняются общимъ правиламъ,—Stölzel самъ не выдерживаетъ до конца. Можетъ быть, невольно подчинившись своему обычному пріему, онъ переноситъ onus probandi на истца, если отвѣтчикъ ссылается, что волеизъявленіе было выражено имъ въ шутку или docendi causa [1]). Такимъ образомъ вопросъ о томъ, какого собственно мнѣнія Stölzel о той области правовымъ явленій, которую можно отнести въ сферу юридической патологіи, остается открытымъ.

Вотъ и вся теорія Stölzel'я. Въ томъ видѣ, въ какомъ предлагаетъ ее самъ авторъ, она представляетъ disjecta corporis membra. Stölzel силенъ не столько состоятельностью собственной доктрины, сколько полемическими ударами, которые наноситъ противоположнымъ выводамъ, обнаруживая ихъ мнимую практическую негодность.

Въ своей критической статьѣ, посвященной послѣднему изданію книги Stölzel'я, Litten [2]) весьма остроумно старается пригнать къ теоріи „отрицанія“ какую-нибудь единую руководящую идею. И дѣйствительно, послѣ его попытки „всю эту разсыпанную храмину паки собрать“ доктрина получаетъ видъ стройнаго цѣлаго: конструкція Litten'а есть въ полномъ смыслѣ подведеніе фундамента подъ Stölzel'я.

„Какимъ образомъ отвѣтчикъ можетъ возражать противъ иска?“ — спрашиваетъ Litten (ib., S. 297). Выдвигая слѣдующія возраженія: во-первыхъ, оспаривая факты, на которыхъ построено исковое требованіе (отрицаніе въ чистомъ видѣ); во-вторыхъ, признавая приводимые въ исковой формулѣ факты, но со своей стороны ссылаясь на то, что 1) искового требованія не существуетъ у истца: а) потому-ли, что оно

[1]) S. 181 прим. См. еще его статью въ журн. Das Recht (1901 № 20), гдѣ онъ опредѣленно высказываетъ тѣ же взгляды.

[2]) Kritische Vierteljahresschrift, 1904, Bd. IX (1904), S. 297 и сл.

не могло вовсе возникнуть (keimzerstörende или rechtshindernde Thatsache), б) или потому, что, хотя и возникнувъ, оно снова успѣло прекратить свое существованіе (rechtsvernichtende Thatsache); 2) или-же наконецъ, утверждая, что исковое требованіе, правда, существуетъ въ рукахъ истца,—возникло и пока не прекращено законными способами,—но задерживается въ своемъ дѣйствіи (rechtshemmende Thatsache).

Анализируя нарисованную такимъ образомъ схему, Litten сводитъ основныя положенія „теоріи отрицанія“ къ слѣдующимъ пунктамъ: истецъ обязанъ доказать, что выдвигаемое имъ правопритязаніе in concreto возникло. Всякое возраженіе, которое оспариваетъ хотя бы самый незначительный изъ факторовъ, необходимыхъ для возникновенія права, есть отрицаніе иска. И тогда дѣло истца—оправдаться, обнаружить отсутствіе всякаго дефекта въ исторіи зарожденія своего права. Такимъ образомъ, его onus probandi возникаетъ при всякомъ возраженіи отвѣтчика, которое только можно квалифицировать, какъ exceptio rei non sic, sed aliter gestae. Но, съ другой стороны, доказывать, что разъ возникшее право еще сохраняетъ свое существованіе, не прекратилось,—нѣтъ надобности, такъ какъ въ пользу того, что однажды получившее жизнь требованіе продолжаетъ ее, говоритъ—по крайней мѣрѣ, въ германскомъ правѣ—законная презумпція (Vermuthung des Fortbestehens) [1].

Этимъ же основаніемъ объясняется у Litten'a onus probandi отвѣтчика, который ссылается на резолютивное условіе. Сдѣлка такого рода есть negotium purum, quod sub condicione resolvitur. Допустимъ, что истецъ требуетъ сохраненія

---

[1]) Litten опирается на § 289 Abs. 1 CPO. Однако изъ смысла статьи едва-ли можно сдѣлать искомый выводъ. Законъ говоритъ: „Дѣйствіе судебнаго признанія не умаляется тѣмъ, что къ нему присоединяется утвержденіе, содержащее самостоятельное средство нападенія или защиты“.. Текстъ статьи объясняется, какъ видно изъ ея мотивовъ, желаніемъ законодателя высказаться противъ французской догмы недѣлимости признанія: поскольку къ признанію прибавляется новое утвержденіе, которое могло бы служить самостоятельнымъ объектомъ для т. н. Einrede, признаніе дѣлимо. Но въ томъ именно и вопросъ, есть ли возраженіе относительно исполненія обязательства самостоятельная эксцепція или отрицаніе основаній иска. Такимъ образомъ, ссылка на § 289 бездоказательна: неубѣдительной ее считаетъ и Rosenberg, Arch., S. 75.

прежнихъ, первоначальныхъ правовыхъ отношеній, увѣряя, что ихъ уничтоженіе не было поставлено подъ условіе, что они нерасторжимы. Примѣръ: договоръ найма на два года, если за этотъ періодъ домовладѣлецъ не выдастъ замужъ свою дочь. Квартирантъ съѣхалъ до срока, домовладѣлецъ обращается къ суду. Отвѣтчикъ ссылается на резолютивное условіе, тогда какъ истецъ опирается на безусловный характеръ сдѣлки. Кто доказываетъ въ спорѣ? Litten аргументируетъ слѣдующимъ образомъ. Что двухлѣтнее обязательство возникло и существовало нѣкоторое время, этого не отвергаетъ и отвѣтчикъ,—онъ утверждаетъ только, что оно прекратилось. А такъ какъ въ пользу разъ возникшихъ правъ существуетъ презумпція ихъ непрерывнаго бытія, то отвѣтчикъ и обязанъ опровергнуть законное предположеніе [1]).

Та же аргументація и аналогичный выводъ въ случаѣ ссылки отвѣтчика на послѣдующую модификацію особымъ соглашеніемъ сдѣлки, которая въ первоначальномъ своемъ видѣ положена въ основаніе иска: вѣдь правоотношеніе въ старой формѣ возникло и длилось нѣкоторое время,—этого не оспариваетъ и отвѣтчикъ: а принимать измѣненія запрещаетъ судьѣ въ подобныхъ случаяхъ презумпція закона [2]).

Исходя изъ основного принципа теоріи, по которому на истцѣ лежитъ обязанность оправдать возникновеніе своего права въ томъ конкретномъ видѣ, въ какомъ онъ излагаетъ его генеалогію, Litten послѣдовательно требуетъ доказательствъ отъ истца и въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ противникъ ссылается на шуточный характеръ волеизъявленія, на симуляцію и проч. [3]). Относительно указаній отвѣтчика на недѣеспособность Litten не высказывается вовсе: между тѣмъ, послѣдовательность вела бы къ рѣшенію опять-таки въ смыслѣ обязанности опроверженія на сторонѣ истца, а это равносильно полному фіаско для теоріи нашего автора: communis opinio doctorum была бы не въ его пользу.

Litten обходитъ молчаніемъ и еще одинъ вопросъ, роковой для теоріи Stölzel'я: кто доказываетъ въ случаѣ ссылки

---

[1]) Ibid., S. 299—300.

[2]) Ibid., S. 301—302.

[3]) Ibid., S. 301.

истца на naturalia, если отвѣтчикъ утверждаетъ, что дѣйствіе диспозитивной нормы устранено спеціальнымъ соглашеніемъ бывшихъ контрагентовъ. Такъ какъ истецъ долженъ подтвердить возникновеніе своего притязанія in concreto, защитивъ его противъ всякихъ эксцепцій rei non sic sed aliter gestae, и такъ какъ Litten не указываетъ на свое разногласіе въ этомъ пунктѣ со Stölzel'емъ, то можно бы думать, что и здѣсь истцу угрожаетъ onus probandi. Но это уже такой выводъ, съ которымъ несогласны и болѣе чуткіе изъ приверженцевъ теоріи отрицанія,—какъ то: Rich. Schmidt, Ad. Wach и другіе.

Въ общемъ, Litten отдаетъ въ концѣ концовъ должное „доктринѣ возраженія", находя, что она не менѣе, чѣмъ противоположное ученіе, способна сама по себѣ дать твердый базисъ для системы распредѣленія доказательствъ. Преимущества у „теоріи отрицанія", которой все-таки авторъ склоненъ подарить пальму первенства, состоятъ въ слѣдующемъ. Доктрина „возраженія" обязываетъ истца обосновать свой искъ только in abstracto. Кто утверждаетъ, будто состоялась купля за опредѣленную цѣну извѣстнаго предмета, тотъ тѣмъ самымъ въ достаточной мѣрѣ обосновываетъ свой искъ на платежъ покупной цѣны. Кто въ качествѣ отвѣтчика это отрицаетъ, опираясь на соглашеніе объ отсрочкѣ платежа, бывшее при заключеніи договора, тотъ обязанъ доказывать свои положенія: на его обязанности лежитъ обнаружить, что требованіе покупной суммы, которое могло бы быть въ достаточной степени обоснованнымъ in abstracto, in concreto не можетъ быть пока реализовано [1]). Однако то, что отстаиваетъ на судѣ истецъ, есть всегда конкретнѣйшее притязаніе, какъ относимое къ конкретнѣйшему случаю. Не естественнѣе ли поэтому, чтобы отъ истца, если отвѣтчикъ оспариваетъ его разсказъ, правосудіе и требовало обстоятельныхъ доказательствъ того, что его правопритязаніе противъ отвѣтчика возникло,—и въ той самой именно формѣ возникло, въ какой онъ передаетъ его исторію. А теорія „возраженія" довольствуется тѣмъ, что истецъ излагаетъ правосудію, какъ подобнаго рода притязанія могли бы воз-

[1]) Ibid., S. 303.

никнуть in abstracto. при благопріятномъ для истца стеченіи обстоятельствъ, которое какъ разъ въ данномъ случаѣ и оспаривается отвѣтчикомъ. Не абстрактными возможностями, заканчиваетъ словами Stölzel'я [1]) Litten, а конкретными истинами долженъ обосновать истецъ предъявляемое имъ требованіе предъ судомъ [2]).

Я отвѣчу на эту тираду Litten'а просто ссылкой на соціальную цѣлесообразность теоріи возраженія,—бо̀льшую, сравнительно съ другими системами. А цѣлесообразность (Practibilität) признаетъ единственнымъ мѣриломъ и руководящимъ принципомъ занимающаго насъ ученія и Litten [3]). Потому правосудіе позволяетъ себѣ ограничиться требованіемъ доказательствъ „абстрактной возможности", а не „конкретной дѣйствительности" отъ истца, что иначе во многихъ случаяхъ затруднится onus probandi для послѣдняго,—неуклонное проведеніе иной точки зрѣнія кончилось бы весьма нерѣдко отказомъ въ правосудіи для истца, между тѣмъ, распредѣляя тяжесть представленія доказательствъ такъ, какъ это дѣлаетъ теорія „возраженія", законъ будетъ требовать, чтобы каждая изъ сторонъ запасалась доказательствами идущихъ въ ея пользу соглашеній въ сдѣлкѣ заранѣе,—подъ угрозою проиграть будущій процессъ; при разборѣ дѣла правосудіе потребуетъ доказательствъ отъ той изъ сторонъ, которой собрать ихъ было своевременно удобнѣе: въ результатѣ, цѣлесообразно распредѣливъ обязанности собиранія доказательствъ до суда, законъ обезпечитъ торжество правой сторонѣ уже на судѣ. Если та доктрина, обоснованію и развитію которой посвящена настоящая работа, способна осуществить эти свои обѣщанія, pia desideria,—тогда признать за ней соціальную полезность (Practibilität) не откажется, можетъ быть, и Litten.

---

[1]) Schulung, S. XXIV.
[2]) Ibid., S. 306.
[3]) S. 298.

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Догма „дѣлимости“ и „нераздробляемости“ признанія.

Контроверзы института распредѣленія доказательствъ коренятся въ ученіи о т. н. „квалифицированномъ признаніи“. Послѣднее имѣется тогда, если отвѣтчикъ, утверждая, что положенный въ основу иска составъ фактовъ приводится противникомъ не совсѣмъ согласно дѣйствительности,—указываетъ въ свою очередь на истинное положеніе вещей, противорѣчащее въ нѣкоторыхъ пунктахъ разсказу истца,—однако совпадающія въ обоюдныхъ показаніяхъ обстоятельства признаетъ опредѣленно (expressis verbis) и свое возраженіе облекаетъ въ форму дополненій, ограничивающихъ дѣйствіе истцовыхъ домогательствъ [1]).

Собственно говоря, въ ученіи о квалифицированномъ признаніи принято излагать вполнѣ опредѣленныя темы: контроверзы о бремени доказательствъ въ случаяхъ, если отвѣтчикъ отвергаетъ naturalia negotii, ссылается на условіе и срокъ, присоединенные въ его интересѣ къ сдѣлкѣ, и т. д. Между тѣмъ трудно дать опредѣленіе, которое бы выдѣляло только эти проблемы, не затрогивая другихъ, болѣе общихъ вопросовъ [2]): поэтому дефиниціи, отграничивающія тему, по необходимости формулируются слишкомъ всеобъемлюще, захватывая зарубежныя области,—и принципы, намѣченные для квалифицированнаго признанія исключительно, звучатъ широковѣщательно, возбуждая недоумѣніе: „почему же не при-

[1]) Rosenberg, Arch. f. d. Civil. Praxis, Bd. 44 (1903) S. 1.

[2]) Leonhard, Die Beweislast, 1904, S. 278. Расширяетъ понятіе „квалифицированнаго признанія“ проф. Малининъ, требуя для него „юридической связи квалифицирующихъ частей признанія съ спорнымъ правоотношеніемъ“,—связи, которая „опредѣляется единствомъ, цѣльностью воли субъектовъ права, служившей основаніемъ правоотношенія“ (Записки Новоросс. Университета, т. 22, 1877 г., стр. 137, 134—140) и причисляя сюда ссылку отвѣтчика на прекращеніе правоотношеній (стр. 139).

мѣняются они для разрѣшенія однородныхъ контроверзъ за предѣлами задачи?“

Напримѣръ, подъ опредѣленіе квалифицированнаго признанія, данное выше, подойдетъ случай ссылки отвѣтчика на недѣеспособность одного изъ контрагентовъ, или на симулятивный характеръ волеизъявленія: это обстоятельства, восполняющія въ нѣкоторыхъ пунктахъ неточную передачу истца, однако не отрицающія общихъ основаній иска, хотя и ограничивающія ихъ дѣйствіе. Между тѣмъ, нѣмецкая литература согласна, что вопросъ о „правупрепятствующихъ“ (по терминологіи проф. Гордона) [1]) фактахъ не входитъ въ ученіе о квалифицированномъ признаніи. И когда Endemann [2]) выдвигаетъ для квалифицированнаго признанія принципъ „нераздробляемости“ или Brodmann [3]), наоборотъ, начало „полной дѣлимости“, то они далеко не склонны распространять тѣхъ же точекъ зрѣнія на „правупрепятствующіе“ факты.

Но отъ этого постановка вопроса страдаетъ большой неопредѣленностью, а конструкціи часто грѣшатъ непослѣдовательностью, какъ увидимъ мы ниже, при изложеніи соотвѣтствующихъ споровъ.

Итакъ, первый упрекъ, который можетъ быть сдѣланъ конструкціямъ, оперирующимъ съ дѣлимостью или нераздробляемостью судебнаго признанія, это тотъ, что онѣ почти всѣ не проводятъ своего принципа послѣдовательно до конца. Спрашивается, почему авторы считаютъ немыслимымъ разрѣшить съ помощью догмы дѣлимости или нераздробляемости признанія всѣ вопросы, возникающіе въ ученіи о распредѣленіи доказательствъ? Почему Endemann [4]) считаетъ допустимымъ при возраженіи отвѣтчика объ исполненіи обязательства признавать въ силѣ показаніе о наличности долга въ прошломъ, говорящее въ пользу истца, и, раздробляя реплику отвѣтчика, возлагать на него доказательства исполненія? И почему, когда заходитъ рѣчь объ условіи, присоединенномъ къ сдѣлкѣ по словамъ отвѣтчика, тотъ же Endemann [5])

---

[1]) „Основаніе иска“, 1902, стр. 129.

[2]) Lehrbuch dss bürgerl. Rechts, Bd. 1 (8-te Aufl.) S. 504—505.

[3]) Vom Stoffe des Rechts u s. w., 1897, S. 103.

[4]) Lehrb., S. 499.

[5]) Lehrbuch, S. 504—505.

заговариваетъ о невозможности ловить на словѣ сознающагося, заставляя его доказывать, а не голословно отрицать.... Тамъ былъ подобнымъ же образомъ пойманъ отвѣтчикъ: почему же ему жаловаться на несправедливость здѣсь?

Тотъ же упрекъ въ непослѣдовательности можно съ полнымъ правомъ сдѣлать и по адресу Brodmann'a. Почему онъ не проводитъ свой принципъ дѣлимости признанія черезъ все ученіе о распредѣленіи доказательствъ между сторонами?

Вмѣсто того, авторъ адоптируетъ ученіе Унгера относительно „общихъ и специфическихъ" условій возникновенія права, а также—объ „общемъ правилѣ и особомъ исключеніи" [1]). Онъ привлекаетъ на сцену и принципъ состязательности: quod non in actis non in mundo [2]),—доктрину, какъ увидимъ, совершенно несостоятельную въ подобной формулировкѣ.

Однако, упрека въ непослѣдовательности совершенно не заслуживаетъ французская юриспруденція, которая—дурно ли, хорошо ли—старается обосновать весь институтъ распредѣленія доказательствъ на почвѣ доктрины „недѣлимости признанія" исключительно. Но тѣмъ болѣе уродливыми являются результаты, до которыхъ довело французовъ это ученіе,—и въ теоретической, и въ практической области.

Здѣсь было бы умѣстнымъ разсмотрѣть проблему дѣлимости признанія съ точки зрѣнія принципіальной, чтобы однажды навсегда выяснить роль института судебнаго признанія для занимающихъ насъ задачъ распредѣленія доказательствъ между сторонами.

Начнемъ съ догмата дѣлимости признанія, защитникомъ котораго является Brodmann,—и, кажется, только онъ одинъ.

По его рецепту повѣсть истца геометрически накладывается на разсказъ отвѣтчика: моменты, которые совпадаютъ у нихъ обоихъ, трактуются, какъ истинные, и въ этомъ качествѣ кладутся судомъ въ основаніе своего рѣшенія: всѣ другіе факты нуждаются въ подтвержденіи. Доказываетъ та сто-

---

[1]) Vom Stoffe des Rechts. Das Recht im Prozess (1897) S. 110.

[2]) Ibid., S. 89—90.

рона, у которой фактовъ больше [1]). Но, конечно, искъ можетъ быть присужденъ только тогда, если комплексъ установленныхъ взаимнымъ признаніемъ фактовъ достаточенъ для того, чтобы оправдать примѣненіе къ дѣлу законодательства императива: si paret, condemna. Этотъ вопросъ рѣшается интерпретаціей закона [2]).

По смыслу теоріи, понятіе „добавочныхъ“ или „новыхъ“ фактовъ надобно отличать отъ понятія фактовъ „иныхъ“ [3]). Бываютъ случаи, когда приводимые отвѣтчикомъ факты вовсе не представляются „дополненіями“ по отношенію къ разсказаннымъ въ повѣсти истца, однако могутъ быть квалифицированы, какъ ссылка на обстоятельства „иныя“. Примѣръ: дареніе въ противоположность куплѣ. Обѣ сдѣлки различаются въ зависимости отъ возмезднаго или безвозмезднаго характера волеизъявленій: ссылаясь на дареніе, отвѣтчикъ не выдвигаетъ дополненій, но, отрицая данныя противной стороны, ставитъ на ихъ мѣсто другіе факты,—свои.

Brodmann держится того мнѣнія, что въ подобныхъ случаяхъ (negatio per positionem alterius) доказываетъ утверждающая сторона.

Авторъ не входитъ ближе въ вопросъ объ отграниченіи фактовъ дополнительныхъ или новыхъ отъ понятія aliud. Однако выдѣленіе можно сдѣлать только такимъ образомъ, что при negatio per positionem alterius факты отвѣтчика въ численномъ отношеніи соотвѣтствуютъ обстоятельствамъ, передаваемымъ у истца, но противъ каждаго изъ этихъ послѣднихъ выставляютъ фактъ свой,—почему отдѣльныхъ фактическихъ подробностей въ разсказѣ отвѣтчика не больше, нежели въ повѣсти истца, только относительно извѣстной группы фактовъ существуетъ разногласіе. Между тѣмъ въ случаѣ ссылки на „дополненія“ показаніе отвѣтчика богаче фактами, чѣмъ повѣсть истца: оно включаетъ въ свое

---

[1]) Самъ Brodmann выражается менѣе опредѣленно; но я полагаю, что формулировалъ его основную мысль правильно; см. стр. 103 и 108.

[2]) S. 110.

[3]) См. S. 98—99, 101, гдѣ авторъ различаетъ въ однихъ случаяхъ „отрицаніе“ (leugnen, bestreiten), въ другихъ—Zugeständniss in Verbindung mit *neuer* Behauptung, гдѣ Bestreiten der klägerischen Auffassung auf die Einführung *neuen* tatsächlichen Materials beruht.

содержаніе все, что говорилъ истецъ, до мельчайшихъ подробностей: но затѣмъ начинаются дополненія, предъ которыми можно было бы поставить знакъ плюсъ.

Если отвѣтчикъ ссылается на наличность условія въ сдѣлкѣ, тогда какъ истецъ рисуетъ правоотношеніе, заключенное pure, то не возникаетъ недоумѣнія: безспорно, отвѣтчикъ обогащаетъ исторію своихъ отношеній съ истцомъ новыми данными,—они составляютъ несовпадающую во взаимныхъ показаніяхъ часть повѣсти и нуждаются въ доказательствахъ со стороны заинтересованнаго лица, т. е. отвѣтчика [1]).

Однако, въ другихъ случаяхъ вопросъ представляется менѣе яснымъ,—иногда же неразрѣшимымъ.

Предположимъ, напримѣръ, что, оспаривая сдѣлку, заключенную несовершеннолѣтнимъ, сторона указываетъ на отсутствіе одного изъ необходимыхъ реквизитовъ дѣйствительности подобнаго правоотношенія,—согласія опекуна. Противникъ же возражаетъ, что опекунъ свое одобреніе далъ. Спрашивается, слѣдуетъ ли разсматривать указаніе на имѣвшую мѣсто санкцію, какъ ссылку на обстоятельство „новое“ или трактовать реплику стороны, какъ отрицаніе словъ противника? Нельзя прежде всего разрѣшать вопросъ чисто механическимъ образомъ въ зависимости отъ того, услышалъ ли судъ ссылку на опекунское согласіе впервые изъ устъ утверждающаго лица или только въ видѣ возраженія на предшествующее заявленіе противника. Ибо въ силу принадлежащаго судьѣ права задавать разъясняющіе вопросы и осуществляемой тѣмъ обязанности содѣйствовать отысканію матеріальной истины возможенъ случай, когда, предваряя ссылку на отсутствіе опекунской санкціи со стороны заинтересованнаго лица, судъ самъ спрашиваетъ у тяжущагося: было ли опекунское одобреніе?

Если же поставить разрѣшеніе вопроса въ зависимость отъ иного критерія: неважно, кто изъ тяжущихся впервые заговорилъ на судѣ объ участіи опекуна,—но для правосудія и для распредѣленія тяжестей доказываній имѣетъ значеніе другое соображеніе: кто *долженъ былъ* поднять этотъ

споръ при извѣстной процессуальной ситуаціи?—то возникаетъ недоумѣніе по поводу руководящаго указателя для порядка, въ которомъ обязаны чередоваться возраженія истца и отвѣтчика. И такъ какъ единственнымъ принципомъ здѣсь можетъ служить—слѣдованіе порядку распредѣленія потребныхъ доказательствъ между сторонами, то на выдвигаемую проблему дается отвѣтъ, опредѣляющій idem per idem.

Нельзя наконецъ различать ссылку на новое обстоятельство въ противоположность чистому отрицанію въ зависимости отъ положительнаго или отрицательнаго характера факта, на который сторона дѣлаетъ указаніе.

Нельзя согласиться съ старинным юристомъ Noodt'омъ, который полагалъ, что negatio est nihil, id, quod non est. Между тѣмъ, только исходя изъ подобной формулировки понятій, можно объяснить, почему фактъ положительный будетъ непремѣнно новымъ, а ссылка на отрицательное обстоятельство не обогащаетъ составъ правоотношенія никакими добавочными данными. Но когда приходится понимать подъ указаніемъ на status negativus опредѣленный составъ фактовъ, также реально существующихъ, какъ и противоположная картина, нарисованная противной стороной, тогда догматикъ встрѣчаетъ затрудненіе, какой составъ фактовъ назвать „новымъ“ и почему именно. Идетъ рѣчь о совершеннолѣтіи контрагентовъ,—т. е. о томъ, сколько лѣтъ имъ было въ моментъ заключенія сдѣлки. Какой фактъ поражаетъ судъ своей новизной: ссылка на 20 лѣтъ или на 21 годъ жизни у одного изъ договаривавшихся лицъ? На судѣ споръ объ отвѣтственности лица, причинившаго своимъ дѣйствіемъ вредъ и убытки: отвѣтчикъ говоритъ, что пожертвовалъ чужой вещью ради спасенія собственной жизни; истецъ возражаетъ, что опасность вовсе не была велика и что правонарушитель непростительно струсилъ. Гдѣ будетъ aliquid novi? Или: истецъ говоритъ, что противникъ обращался съ чужой вещью, не какъ со своими; отвѣтчикъ утверждаетъ обратное. Тѣ же затрудненія возбуждаетъ вопросъ о поведеніи хорошаго хозяина, исправнаго возчика, опытнаго спеціалиста; о томъ, должно ли было лицо знать опредѣленное положеніе вещей или могло и ошибаться по поводу ихъ оцѣнки.

Во всѣхъ указанныхъ примѣрахъ valde quaeritur: какой фактъ слѣдуетъ назвать новымъ?

Если держаться мнѣнія, что onus probandi только тогда угрожаетъ лицу, когда его показанія представляютъ несомнѣнныя „дополненія“ къ фактамъ противника,—такъ что in dubio слѣдуетъ квалифицировать заявленія отвѣтчика, какъ отрицанія,—тогда приведенные выше примѣры разрѣшаются въ смыслѣ необходимости доказательствъ со стороны истца,—но именно поэтому и служатъ аргументами противъ теоріи Brodmann'a.

По общему мнѣнію ученыхъ авторитетовъ и по многимъ изъ дѣйствующихъ законодательствъ свои указанія на „извиняющія обстоятельства“ доказываетъ въ процессѣ изъза вредъ и убытковъ отвѣтчикъ,—а не истецъ, какъ бы слѣдовало разрѣшить казусъ согласно Brodmann'у. Затѣмъ: такъ какъ характеръ собственныхъ дѣйствій легче доказать дѣйствовавшему лицу, то diligentia quam suis rebus, boni patrisfamilias и проч.[1]) доказываетъ должникъ, по адресу котораго заявляются подозрѣнія: между тѣмъ по смыслу приведенныхъ примѣровъ теорія Brodmann'a должна бы разложить onera probandi въ совершенно обратномъ порядкѣ.

[1]) Пирвицъ, „Значеніе вины въ гражданскомъ правѣ“ (Ж. М. Ю., 1895, III, стр. 57): „Наше законодательство также установляетъ предположеніе вины должниковъ, освобождая вѣрителей отъ обязанности доказывать такую вину и предоставляя должникамъ доказывать обстоятельства, слагающія отвѣтственность за неисполненіе обязательствъ, напримѣръ, по договорамъ поклажи (ст. 2106 т. X ч. 1), подряда (ст. 212 X т. 1 ч.)“. Договоръ поклажи требуетъ со стороны поклажепринимателя „такое же стараніе, какъ и о собственномъ имуществѣ“ (ст. 2105 ibid.), почему послѣдній не подвергается отвѣтственности при „чрезвычайномъ приключеніи“, хотя бы доказано будетъ, что онъ чужія вещи спасти могъ, „но не иначе, какъ съ значительною при томъ потерею изъ собственнаго своего имущества“. Однако въ случаѣ гибели поклажи по случаю пожара (ст. 2106 ib.) хранитель „освобождается отъ дальнѣйшей за то отвѣтственности“ лишь подъ условіемъ, „если будетъ доказано“, что несчастіе съ вещью произошло „не отъ какого либо съ его стороны нерадѣнія“. Onus probandi на отвѣтчикѣ-поклажепринимателѣ. Отъ подрядчика требуется общая договорная diligentia (ст. 182 Пол. о каз. подрядахъ и поставкахъ: „пещись о точномъ его (договора) выполненіи“); доказательства исправнаго отношенія къ дѣлу обязанъ дать самъ подрядчикъ,—ст. 212: „подрядчики могутъ представлять доказательства о законныхъ причинахъ, воспрепятствовавшихъ имъ къ

Примѣчаніе. Курьозно, что приводимые у Brodmann'а примѣры какъ нельзя лучше доказываютъ иногда несостоятельность его пріема—геометрическаго наложенія другъ на друга юридическихъ фигуръ, чтобы на основаніи механическаго несовпаденія распредѣлять onera probandi. Въ одномъ случаѣ обѣ стороны согласны, что покупатель былъ въ лавкѣ, выбралъ товаръ, освѣдомлялся о цѣнахъ и проч. Но дальше въ показаніяхъ тяжущихся разногласія: отвѣтчикъ присовокупляетъ, что было соглашеніе относительно зачета. Brodmann считаетъ необходимымъ различно квалифицировать казусы въ зависимости отъ того, какъ передаетъ факты отвѣтчикъ. По моему глубокому убѣжденію, между обоими случаями нѣтъ ни малѣйшей разницы. Кто пришелъ къ кому: отвѣтчикъ въ лавку истца или истецъ на квартиру отвѣтчика, кто предложилъ кому зачетъ—тотъ или другой изъ нихъ, совершенно безразлично для квалификаціи отношенія формулой: in solutionem datio. Между тѣмъ Brodmann въ одномъ случаѣ видитъ отрицаніе, оспариваніе фактовъ въ передачѣ истца, въ другомъ—квалифицированное признаніе, и въ соотвѣтствіе этой разницѣ то возлагаетъ onus probandi на истца, то переноситъ его на отвѣтчика (см. стр. 101—102). Въ примѣрѣ на стр. 105 авторъ приводитъ рядъ различныхъ по фактическимъ подробностямъ, но тождественныхъ по своей юридической квалификаціи репликъ со стороны отвѣтчика, предлагая въ зависимости отъ выдвигаемыхъ разногласій распредѣлять onera probandi неодинаково.

Пойдемъ далѣе. Во имя чего фактическія обстоятельства, совпавшія въ разсказѣ отвѣтчика и истца, считаются достовѣрными? Они запечатлѣны судебнымъ признаніемъ, отвѣчаетъ Brodmann [1]). Однако относительно юридической сущности этого процессуальнаго института существуетъ разногласіе въ наукѣ. Confessio есть отказъ отъ своего процессуаль-

---

исполненію въ срокъ обязанности въ теченіе мѣсяца и послѣ договорнаго срока.... По миновеніи же мѣсяца, никакія доказательства въ оправданіе подрядчиковъ отъ нихъ не принимаются".

Совершенно опредѣленное постановленіе по интересующему насъ вопросу о доказательствахъ исправности содержитъ ст. 282 герм. гр. кодекса: „Если споренъ вопросъ о томъ, обусловлена ли невозможность удовлетворенія обстоятельствомъ, за которое отвѣчаетъ должникъ, то бремя доказательства лежитъ на должникѣ". Сюда несомнѣнно подойдутъ взаимныя разногласія сторонъ по поводу diligentia должника.

[1]) S. 99.

наго права—оспаривать утвержденія противника, говоритъ Planck[1]). Но въ нашемъ случаѣ ни о какомъ отказѣ отъ спора и рѣчи не можетъ быть: отвѣтчикъ именно споритъ противъ истцовыхъ фактовъ,—только споритъ, приводя обстоятельства новыя, свои. И если теорія ему скажетъ, что такая тактика влечетъ въ результатѣ къ признанію комплекса истцовыхъ фактовъ, такъ какъ отвѣтчикъ будто бы сдался, отказался спорить,—послѣдній только пожметъ плечами.

Прибавьте, что правосудіе дѣлаетъ такъ потому, что его, отвѣтчика, добрая воля—признать факты истца истинными или отрицать ихъ (доктрина Wach'a)[2]), что все сводится къ торжеству личной автономіи въ процессѣ[3]), когда судья выуживаетъ изъ показаній отвѣтчика факты, служащіе къ его выгодѣ, что судъ дѣйствуетъ такъ, уважая власть каждаго правоспособнаго субъекта свободно поступаться своими фактами и правами,—однимъ словомъ, бросьте въ лицо отвѣтчику упрекъ: „tu l'as voulu, Georges Dandin"!..., и я отказываюсь представить, какъ будетъ аттестовать подобное правосудіе проигравшій дѣло должникъ.

Итакъ, исходя изъ этихъ взглядовъ науки на юридическую природу института судебнаго признанія, взывать къ нему для оправданія Бродманновской конструкціи было бы тщетнымъ.

Новѣйшій изслѣдователь вопроса Bülow[4]) смотритъ на confessio иначе. Quieta non movere—такова формула института. Разъ стороны согласны между собой по поводу наличности факта, то для того, чтобы не распложать споровъ, не поселять недовольства и сваръ тамъ, гдѣ безъ того царило единомысліе,—для этого судья считаетъ признанные факты не требующими доказательствъ.

Только врядъ ли останутся довольны *обѣ* стороны его мудрымъ рѣшеніемъ послѣ того, какъ, игнорируя недока-

---

[1]) Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts Bd. 1 (1887) S. 319, 320.

[2]) Wach, Das Geständniss, Archiv für die Civil. Praxis Bd. 64 (1881) S. 202—255: „Der Willen die Thatsache unangesehen ihrer Wahrheit als wahr gelten zu lassen" (S. 247).

[3]) Ibid., S. 227: „Verfügungswillen".

[4]) Das Geständnissrecht (1899) S. 244—245.

занное условіе въ сдѣлкѣ, онъ сочтетъ ее заключенною pure, такъ какъ тяжущіеся согласно передаютъ факты... вплоть до разногласія объ условности правоотношенія. Разногласія по поводу фактовъ вовсе не будутъ соглашены, споры улажены и проч. Спокойную гладь судебно-бытовыхъ дрязгъ не удастся перейти нашему судьѣ, не замутивъ воды,—напротивъ, его по рецепту Бродманна составленное рѣшеніе взбаломутитъ море!...

Остается еще конструкція Pollak'a [1]), къ которой присоединяется и авторъ настоящей работы. Confessio держится въ современныхъ кодексахъ, какъ слѣдствіе состязательности. Стороны призваны собирать доказательства и факты въ первой линіи. Безъ ихъ помощи судья обыкновенно безсиленъ найти истину, не располагаетъ знаніемъ обстоятельствъ дѣла, не достаточно вооруженъ для ихъ нахожденія,—словомъ, какъ слѣпой безъ поводыря, сталъ бы двигаться впередъ ощупью. Но для того, чтобы побудить стороны къ энергичнымъ поискамъ доказательствъ и фактовъ, чтобы зажечь духъ самодѣятельности въ нихъ, судопроизводство сочло за благо—сдѣлать ихъ отвѣтственными за исходъ процесса самихъ. „Судья не собираетъ доказазательствъ ex officio", предостерегаетъ уставъ: лучше сказать, собираетъ,—только пользуясь помощью сторонъ. Итакъ, процессуальный законодатель отвелъ сторонамъ первую роль въ дѣлѣ собиранія арсенала доказательствъ.

Но потому то и считается, что факты *признанные* не требуютъ ихъ! Съ одной стороны, истецъ съ отвѣтчикомъ не желаютъ оспаривать другъ у друга фактъ: врядъ-ли склонитъ ихъ судъ насильно браться за доказательства, которыя по ихъ убѣжденію излишни. Такъ что сомнѣваться въ истинѣ для суда обыкновенно и безполезно. Съ другой стороны, судопроизводство, основываясь на состязательности, вѣритъ, что взаимно противоположные интересы тяжущихся будутъ достаточнымъ стимуломъ, чтобы тѣ слѣдили за правдивостью обоюдныхъ показаній: лучшимъ контролеромъ истины станутъ служить сами же отвѣтчикъ съ истцомъ. И если тѣ признаютъ правдивость факта, незачѣмъ и суду

---

[1]) Gerichtliches Geständniss im Civilprozesse (1893) S. 112—114.

быть plus royaliste que le roi même,—сомнѣваясь въ истинѣ: остается принять фактъ безъ доказательствъ, тѣмъ болѣе, что и взять ихъ суду обыкновенно бываетъ негдѣ. Такъ что трудно сказать, чему обязанъ въ большей степени своимъ существованіемъ институтъ судебнаго признанія: потому ли довольствуется имъ судъ вмѣсто доказательствъ, что не хотѣлъ бы имѣть ихъ, если бы и могъ,—или потому, что не могъ получить ихъ, если бы и хотѣлъ!

Какъ бы то ни было, но законодатель, предпочитая однообразную тактику для нахожденія истины въ своихъ процессахъ „обманчивому непостоянству самопроизвольныхъ“ судейскихъ изысканій, создаетъ общую норму: факты признанные считаются не требующими дальнѣйшихъ доказательствъ.

Возвращаемся къ Бродманну и къ разсмотрѣнію прежняго вопроса: для чего судопроизводству вырывать изъ показаній сторонъ согласующіяся между собою подробности, видя въ нихъ истину, и возлагая доказываніе выходящихъ за очерченный районъ обстоятельствъ то на истца, то на отвѣтчика, смотря потому, которому изъ нихъ судебное установленіе факта можетъ быть интереснымъ.

Для чего? Потому, можетъ быть, что подобное заключеніе можно вывести изъ процессуальной природы института судебнаго признанія (въ томъ видѣ, въ какомъ смыслъ его изложенъ выше)?

Но нисколько.... Выводы изъ confessio въ пользу наличности неоспоренныхъ фактовъ идутъ параллельно проблемамъ распредѣленія доказательствъ, не вліяя на затрудненія, возникающія въ области послѣднихъ.

Принципъ судебнаго признанія гласитъ: фактъ признанный не требуетъ доказательствъ. Но и въ сферѣ распредѣленія доказываній отводится должное мѣсто данному началу. Если фактъ признанъ, о немъ не подниметъ спора судья; въ своемъ рѣшеніи онъ не говоритъ сторонамъ, что его не было. Однако можетъ требовать, чтобы другіе факты, неустановленные, но лишь утверждаемые однимъ изъ тяжущихся, были доказаны той или иной стороной подъ угрозою потери процесса. Судъ не можетъ удовольствоваться тѣмъ матеріаломъ, который даютъ ему установленные судебнымъ

признаніемъ—и имъ однимъ—факты, поскольку стороны не увѣрятъ его, что иныхъ подробностей и не было въ сдѣлкѣ. А такъ какъ онѣ о подробностяхъ именно и спорятъ, то вопросъ о томъ, кому нести рискъ за недоказанность утверждаемаго,—грозная проблема распредѣленія доказательствъ,—возстаетъ передъ правосудіемъ снова. Мало интереснаго узналъ судъ изъ того, что истецъ согласно съ отвѣтчикомъ говоритъ: долгъ былъ. Былъ,—да: но погашенъ ли своевременно уплатой или нѣтъ, вотъ вопросъ. И еще: кто призванъ доказывать и нести рискъ отъ неудачи въ этомъ отношеніи,—истецъ ли, что долгъ не погашенъ, или наоборотъ отвѣтчикъ, утверждающій противное,—вотъ смыслъ затрудненія. Здѣсь правосудіе недоумѣваетъ, и немного поможетъ ему довѣріе къ согласно передаваемому противниками обстоятельству—факту возникновенія долга.

Если же толковать институтъ признанія въ томъ смыслѣ, что оно будто бы позволяетъ или даже обязываетъ судъ игнорировать факты недоказанные и непризнанные, какъ несуществующіе, тогда это будетъ „превышеніе компетенціи“ со стороны процессуальнаго института. Онъ возьметъ на себя бо̀льшую роль и узурпируетъ болѣе обширныя полномочія, нежели какія ему по его процессуальной природѣ приличны. Тогда формула судебнаго признанія должна была бы гласить: фактъ признанный считается не требующимъ дальнѣйшихъ доказательствъ и исключающимъ мыслимую возможность привхожденія иныхъ добавочныхъ фактовъ, donec contrarium probatur. Обстоятельство, признанное сторонами, считается единственно бывшимъ; оно бросаетъ тѣнь недовѣрія на другіе—по словамъ истца или отвѣтчика сопутствующіе—факты: всякія добавленія къ этому ядру со стороны кого бы то ни было изъ тяжущихся не пріемлются судомъ, пока не будутъ доказаны. Легко замѣтить, что смыслъ института, который придаетъ ему современная наука, совершенно иной и болѣе узкаго значенія.

Итакъ, оправдывать систему Brodmann'a аргументами, опирающимися на юридическую природу судебнаго признанія, было бы невѣрно. Этой теоріи надобно въ самой себѣ носить оправданіе своего бытія и патентъ на право гражданства. На вопросъ: почему при частичномъ сходствѣ фак-

товъ доктрина считаетъ составъ правоотношенія установленнымъ до того пункта, гдѣ начинается разногласіе,—и у кого больше (правда, имѣющихъ юридическое значеніе) фактовъ, того и обременяетъ обязанностью дополнить свое изложеніе доказательствами, на этотъ вопросъ Brodmann долженъ бы дать, если бы могъ, одинъ отвѣтъ: потому что этимъ путемъ вѣрнѣе будетъ найдена при изысканіяхъ судьи процессуальная истина.

Но въ подобномъ утвержденіи крылось бы претенціозное самомнѣніе. Странно надѣяться, что нашелъ полную истину, закрѣпивъ факты, противъ которыхъ обѣ стороны не спорятъ, и подвергнувъ этотъ клочекъ фактической истины [1]) дѣйствію юридическихъ квалификацій!... Неужели никакихъ событій и подробностей кромѣ признаннаго комплекса не могло быть въ дѣйствительности? И что даетъ право питать эту самонадѣянную увѣренность? Юридическія отношенія представляютъ текучее цѣлое; въ дѣйствительномъ бытіи извѣстныхъ элементовъ изъ этого потока согласны спорящія лица: и изслѣдователь, закрывъ глаза на сопутствующія, предшествующія и послѣдующія обстоятельства, какъ спорныя, думаетъ найти истину прошлаго, анализируя нѣкоторый случайный его отрывокъ....

Нашъ выводъ,—что теорія дѣлимости признанія, не давая общепригоднаго масштаба для разрѣшенія всѣхъ возникающихъ на почвѣ ея примѣненія проблемъ, не выдерживаетъ и гносеологической критики [2]).

На противоположной точкѣ зрѣнія стоитъ французская юриспруденція, проповѣдуя теорію абсолютной не-

---

[1]) „Ein Stück der Wirklichkeit“, какъ выражается самъ же Brodmann.

[2]) Если же отчасти аналогичныя возраженія могли бы быть сдѣланы и по адресу излагаемой in thesi теоріи, то въ защиту я сошлюсь на цивильно-политическія соображенія. Не *потому* поступаетъ судья съ фактами, „разсѣкая и отвлекая“, что въ результатѣ можетъ получиться искомая истина, а *для того*, чтобы побудить ту или другую сторону позаботиться о заготовленіи доказательствъ на случай будущаго суда заранѣе,—такимъ образомъ, внушить имъ ту заботливость при заключеніи сдѣлокъ, которая въ конечномъ результатѣ будетъ способствовать торжеству истины на грядущемъ судоговореніи.

Отчасти этотъ порядокъ мыслей не чуждъ и самому Brodmann'у,—но только отчасти. Авторъ идетъ слишкомъ далеко, рекомендуя правосудію проводить съ рвеніемъ, достойнымъ лучшей участи, догму: „dass

раздробляемости признанія [1]). Доктрина коренится на § 1356 Code civil, безусловно запрещающемъ дѣлить сдѣланное стороною признаніе, заимствуя изъ него данныя въ пользу утвержденій противника. Суду предоставлено выбрать одно изъ двухъ: или взять на вѣру все, передаваемое тяжущимся цѣликомъ, in toto et pleno,—или видѣть въ репликѣ стороны не болѣе, какъ отрицаніе фактовъ противника. Выдвигая квалифицированное признаніе, отвѣтчикъ желаетъ сказать одно: что картина правоотношенія, какъ рисуетъ ее истецъ, не отвѣчаетъ дѣйствительности. Потому ли не отвѣчаетъ, что въ ней нѣтъ ни малѣйшаго сходства съ истиной, или потому, что истина отразилась въ ней,—только въ искаженномъ, превратномъ видѣ, такъ какъ попала туда не вся, такъ какъ были замолчены, утаены нѣкоторые факты,—развѣ не безразлично? И если въ первомъ случаѣ, когда отвѣтчикъ говоритъ относительно фактовъ истца: „ихъ не было", onus probandi на истцѣ, то повидимому то же слѣдуетъ сказать и о второй комбинаціи, въ которой отвѣтчикъ побиваетъ истца не голымъ отрицаніемъ, но мотивированнымъ,—не просто отвергая его факты, а приводя новые, не укладывающіеся на Прокрустово ложе истцовой исторіи. По

Niemand ein Recht in Wahrheit besitzt, dessen thatsächliche Grundlagen er nicht mehr mit völliger Sicherheit anzugeben und nachzuweisen vermag" (S. 73). Правосудіе предъявило бы къ сторонамъ и свидѣтелямъ pluspetitio, если бы хотѣло всякій разъ имѣть въ ихъ словахъ фотографическія изображенія тѣхъ фактическихъ моментовъ, въ обстановкѣ которыхъ состоялась спорная сдѣлка. Да послѣднее едва ли соотвѣтствуетъ теперешней неформальности договоровъ. Но авторъ склоненъ, повидимому, даже отказывать въ искѣ, если истецъ не можетъ въ точности припомнить, какъ было дѣло (S. 106). Надобно впрочемъ сказать, что и въ душѣ самаго Brodmann'a внутренній голосъ поднимаетъ нерѣдко бурю сомнѣній, нашептывая ему упорно свое motto: „ты требуешь невозможнаго" (см. собесѣдованія автора съ собственнымъ зоиломъ на стр. 71, 73, 104, 106—107). Но Brodmann остается глухъ къ краснорѣчивымъ увѣщаніямъ своего daimon'a: ничего,—судебный ригоризмъ научитъ контрагентовъ относиться внимательнѣй къ своимъ сдѣлкамъ и водворитъ письменность въ дѣловомъ оборотѣ, вмѣсто неудачной догмы неформальности контрактовъ, такъ утѣшаетъ себя авторъ.

[1]) Въ нашей литературѣ ту же точку зрѣнія проводитъ проф. Малининъ въ соч.: „Судебное признаніе въ гражданскихъ дѣлахъ", Записки Новороссійскаго Университета, т. 22 (1877 г.); см. прибавленіе (о квалифицированномъ признаніи), стр. 115—141.

крайней мѣрѣ, главный смыслъ одного и другого возраженія въ устахъ отвѣтчика тотъ же самый: exceptio rei non sic, sed aliter gestae.

А правдоподобнѣе разсказъ отвѣтчика именно во второмъ случаѣ, когда его отрицаніе „мотивировано“, когда онъ приводитъ въ свое оправданіе данныя, ссылки на факты,—хотя бы и голословно...

И во всякомъ случаѣ нельзя требовать отъ отвѣтчика доказательствъ потому только, что, отвергая конечный итогъ извѣстной комбинаціи фактовъ, онъ признавалъ дѣйствительное бытіе нѣкоторыхъ изъ нихъ; нельзя сказать: „факты противника вы признаете; но вы приводите въ свою защиту еще и новые факты: истцу нечего доказывать,—докажите свою правоту, или (что то же) дѣйствительность новыхъ фактовъ Вы сами“.

Французская доктрина „недѣлимости признанія“ права въ своей полемикѣ постольку, поскольку направляла удары, расчитывая ихъ на своего антипода—теорію абсолютной дѣлимости признанія. Если бы изъ системъ распредѣленія доказательствъ не было иного выбора, какъ между недѣлимостью и дѣлимостью признанія (tertium non datur), то аргументы французской юриспруденціи попадали бы въ цѣль. Она стояла на вѣрной дорогѣ, не принимая вывода, что одно признаніе нѣкоторыхъ фактовъ перекладываетъ onus probandi на излагающую новыя, добавочныя обстоятельства сторону. Но съ провозглашеніемъ идеи, что признаніе извѣстныхъ фактовъ противника не предрѣшаетъ всегда и во всѣхъ случаяхъ вопроса о томъ, кто несетъ onus probandi по поводу бытія или отсутствія новыхъ дополнительныхъ фактовъ, основная посылка французской доктрины падаетъ и ея аргументы остаются висящими въ воздухѣ.

Какъ бы то ни было, но таковы разсужденія, изъ которыхъ исходилъ французскій законодатель. L'aveu judiciaire ne peut être divisé contre celui, qui l'a fait (Code civil, art. 1356): признаніе недѣлимо.

Однако, подобная система создавала бы невыносимое бремя доказываній для одного истца: запрещая дѣлить признаніе, она дѣлала отвѣтчика неотвѣтственнымъ за его слова,

разъ только конечный выводъ изъ нихъ одинъ: „не обязанъ удовлетворять иска“.

Первый и наиболѣе разительный случай это тотъ, когда отвѣтчикъ возражаетъ: „у истца было право требованія, но оно мною исполнено“. Здѣсь въ силу нераздробляемости признанія onus probandi лежитъ на истцѣ [1]),—при томъ обязанность доказать непремѣнно отсутствіе исполненія, а не одно возникновеніе права требовать (послѣднее было бы вопреки всякому слыслу). Но мы въ своемъ мѣстѣ увидимъ, до какой степени этотъ постулятъ правосудія къ истцу является несправедливымъ: „противный здравой логикѣ, подрывающій кредитъ“, какъ называетъ его Knieriem [2]).

Въ названномъ пунктѣ французская юриспруденція не рискнула отступить отъ послѣдовательнаго проведенія законодательнаго принципа: ея позиція отмѣчается консерватизмомъ („j'y suis, j'y reste“); за то во многихъ другихъ случаяхъ она оказалась болѣе чуткой къ запросамъ жизни. Всѣ „доктрины“, выросшія на почвѣ примѣненія § 1356, Betzinger съ полнымъ правомъ характеризуетъ, какъ попытки сколько возможно смягчить фатальные выводы закона (dura lex) [3]).

Характерны даже самыя выраженія, которыя употребляетъ литература и судебная практика, оперируя съ доктриною нераздробляемости признанія: на каждомъ шагу бросается въ глаза фраза: „sans violer la règle de l'indivisibilité de l'aveu“. Да,—можно, не нарушая догмата недѣлимости признанія, требовать доказательствъ отъ отвѣтчика. Но вѣдь законодатель едва-ли хотѣлъ въ § 1356 ограничиться только запрещеніемъ: „noli turbare circulos meos“, уйдя по-доктринерски отъ жизни; онъ имѣлъ скорѣе въ виду дать судебной практикѣ указанія: „vade mecum“. По формѣ онъ выбралъ

---

[1]) Общій голосъ французской литературы; см. ссылки у Sirey et Gilbert, Les codes annotés, къ art. 1356 § 2 n. 54; contra—одинъ Zachariä v. Lingenthal, Handbuch des Französischen Civilrechts, 8-te Aufl., Bd. 1 (1894) S. 442. Послѣдовательное развитіе принципа см. у Fuzier-Herman, Code civil annoté, T. 3 (1896), комментарій къ § 1356, n. 66—70 и др.

[2]) Behauptungspflicht und Beweislast bei der Klage auf Zahlung eines angemessenen Kaufpreises, 1896, S. 64.

[3]) Betzinger, 1-te Aufl., S. 330.

первый пріемъ, при чемъ еще и зашелъ въ своемъ запрещеніи слишкомъ далеко: и вотъ, французская юриспруденція на всемъ протяженіи интересующаго насъ ученія поглощена одной задачей: какъ бы не оступиться, не перешагнуть за заповѣдную границу. Но во имя чего рѣшается судъ возложить въ разныхъ случаяхъ доказательства на отвѣтчика (согласимся, что это оказывается возможнымъ для правосудія „безъ нарушенія правилъ закона о недѣлимости признанія“)—вопросъ остается въ конструкціяхъ французскихъ юристовъ совершенно невыясненнымъ. Слѣдуетъ ли упоминать, что конечно требованія жизни влекутъ судебную практику на рискованный путь опаснаго балансированія по скользкой чертѣ между областью дозволеннаго и запрещеннаго толкованія: однако, не давъ предварительно яснаго себѣ отчета о постулятахъ жизни, юристъ можетъ брести ощупью и впотьмахъ, справляясь главнымъ образомъ съ тѣмъ, чтобы только не наткнуться на шлакбаумъ закона.

Появилось разграниченіе между „составнымъ“ признаніемъ (l'aveu complexe) и „квалифицированнымъ“ или „сложнымъ“ (l'aveu connexe): первое присоединяетъ къ фактамъ истца новые, которые ослабляютъ или парализуютъ дѣйствіе прежнихъ; второе отрицаетъ составъ фактовъ въ передачѣ истца, модифицируя ихъ характеръ (negatio per positionem alterius) [1].

Нѣкоторые авторы стали учить, что составное признаніе дѣлимо; среднее мнѣніе, привлекшее наибольшее число послѣдователей, обращаетъ вниманіе на то, соединяется ли новый фактъ съ прежними внутреннею неразрывною связью (lien de connexité, rapport naturel),—и только тогда считаетъ признаніе недѣлимымъ [2].

Однако никакихъ основаній въ пользу намѣченныхъ исключеній изъ общаго принципа о недѣлимости признанія

---

[1]) О неопредѣленности признака „connexité“ см. В. Гордонъ, „Основаніе иска“ (1902) стр. 162.

[2]) Demolombe, Cours de Code civil, t. 30, n. 517; Aubry et Rau, Cours de droit français, t. 8, § 781 (p. 175 et. s.); Larombière, sur l'art. 1356, n. 17; Duranton, Cours de droit français, t. 15 n. 555; Zachariae, Handbuch des Französischen Civilrechts, 8-te Aufl., Bd. 1 (1894) S. 441 Anm. 15; Planiol, Traité élémentaire de droit civil., t. II (1902) p. 20 (прим. 2).

привести здѣсь нельзя,—ни съ точки зрѣнія дѣйствующаго права, ни даже юридической логики [1]). Теорія подставляетъ вмѣсто законодательнаго императива свое раціональное объясненіе къ нему и думаетъ оперировать не съ законодательнымъ текстомъ, а съ собственной глоссой. Запрещеніе дѣлить признаніе она понимаетъ въ смыслѣ невозможности дѣлить.... и безъ того недѣлимое! При ея интерпретаціи внутреннія основанія нераздробляемости признанія лежатъ въ самой природѣ тѣхъ ссылокъ на обстоятельства случая, которыя дѣлаетъ отвѣтчикъ. Его добавленія, модифицирующія характеръ истцовыхъ фактовъ, невозможно выдѣлить и обособить отъ этихъ послѣднихъ не потому, что запрещаетъ дробленіе законъ, а—по самой сущности указанныхъ добавленій. Однако о недѣлимости подобныхъ, связанныхъ въ одно естественное цѣлое фактовъ не должно быть и рѣчи при законѣ, провозглашающемъ нераздробляемость признанія въ видѣ общаго правила: наоборотъ, они могли бы послужить прекраснымъ исключеніемъ изъ нормы, санкціонирующей дѣлимость, какъ общее начало,—теперь же, при § 1356, недопускающемъ дѣленіе par principe, возникаетъ вопросъ о другихъ фактахъ,—тѣхъ, которые могли бы быть расчленены an sich, потому что не сливаются въ единое цѣлое: пусть же юриспруденція дастъ отвѣтъ, почему она дробитъ въ такихъ случаяхъ признаніе вопреки категорическому запрещенію законодателя?

Другое исключеніе: если признаваемый фактъ подтверждается сверхъ того еще и доказательствами,—въ особенности письменными (commencement de preuve par écrit), впрочемъ также и свидѣтельскими показаніями [2]), даже наконецъ способами, которые сами по себѣ были бы недопу-

[1]) Справедливо Laurent, Principes du droit civil, t. 20 (1876) p. 219, высказывается contra. Тѣмъ болѣе, что и самое разграниченіе, коренясь на признакѣ привхожденія новаго факта къ стоящимъ въ разсказѣ истца, не выдерживаетъ критики. См. доказательства въ разборѣ теоріи Brodmann'a.

[2]) Французская литература опирается здѣсь на слѣдующее выраженіе Потье, котораго доктрина легла въ основаніе § 1356: „Lorsque je n'ai d'autre preuve que votre confession, je ne puis la diviser" (Des obligations, N. 832) (цитируется у Laurent, t. 20, p. 233). Значитъ, если другія доказательства есть, дѣленіе возможно.

стимы для правоотношеній даннаго рода [1]),—тогда признаніе дѣлимо. Такимъ образомъ, если возникновеніе правомочія у истца удостовѣряется чѣмъ бы то ни было (кромѣ признанія противника): свидѣтелями, письменнымъ контрактомъ,—тогда свою ссылку на исполненіе доказываетъ отвѣтчикъ. Mutatis mutandis, это болѣе походитъ на порядки, принятые чуть ли не во всѣхъ другихъ странахъ: только спрашивается, можно ли оправдать подобную систему съ точки зрѣнія французскаго права?

Для меня особенно характерно допущеніе доказательствъ, которыми законъ вообще запрещаетъ удостовѣрять правоотношенія извѣстнаго типа; но когда отвѣтчикъ сдѣлки своей съ истцомъ не отрицаетъ, тогда какія угодно доказательства для послѣдняго дозволены, и признаніе дѣлится къ невыгодѣ отвѣтчика. Я еще понималъ бы, почему могутъ остаться внѣ дѣйствія законодательнаго запрещенія, внѣ вліянія афоризма: „confessio dividi nequit“, первые случаи, гдѣ возникновеніе правомочія и безъ того доказано истцомъ: онъ не нуждается въ подтвержденіи противника, признаніе со стороны послѣдняго не имѣетъ значенія для дѣла (правда, непонятно дальнѣйшее слѣдствіе, въ силу чего исполненіе доказываетъ отвѣтчикъ, а не истецъ устанавливаетъ отсутствіе исполненія, какъ обыкновенно по французскому праву, и вообще зачѣмъ требуются излишнія доказательства отъ истца, когда обстоятельства дѣла и безъ того закрѣплены обоюднымъ признаніемъ сторонъ); что же касается послѣдняго вывода—допустимости недозволенныхъ по закону доказательствъ сдѣлки, если ихъ недостаточная сила дополняется еще признаніемъ противника, то для меня болѣе чѣмъ очевидно, что мы наблюдаемъ здѣсь вынужденный компромиссъ между ригоризмомъ строгаго закона и постулятами берущей свое жизни.

Запрещеніе дѣлить признаніе практика пытается обойти, исходя изъ права судьи установить истинный смыслъ заявленій, дѣлаемыхъ стороною, которыя судъ сопоставитъ съ совокупностью другихъ обстоятельствъ спорнаго дѣла. Въ

[1]) Zachariae, S. 442—443; см. также Fuzier-Herman, n. 79, 85, 100, 101, 102. См. проф. Малининъ, Записки Новороссійскаго Университета, т. 22 (1877 г.), стр. 128—133.

результатѣ подобной операціи правосудіе можетъ вывести изъ недѣлимаго признанія другое слѣдствіе, нежели вывелъ его самъ тяжущійся [1]).

Или: когда тяжущійся, дѣлающій недѣлимое само по себѣ признаніе, уличенъ во лжи—опредѣленнымъ доказательствомъ или самопротиворѣчіемъ,—тогда догма „недѣлимости признанія“ къ его словамъ не примѣняется: „такъ какъ въ пользу лжи и злоупотребленія не писано законовъ“ [2]). Отсюда же выводятъ, что признаніе раздробляемо, если тяжущійся ссылается на комбинацію совершенно невѣроятную [3]). Или: если одна половина признанія представляется ясной, формулирована точно и опредѣленно, а вторая, напротивъ, отличается уклончивой формой и расплывчатымъ содержаніемъ, тогда можно отбросить вторую часть, считая изложеніе истца признаннымъ, подтвержденнымъ первой [4]).

Что всѣ эти отклоненія по равнодѣйствующей между постулятами жизни и ригоризмомъ закона дѣлаются въ ущербъ послѣдовательности, едва ли стóитъ доказывать.

И наука, и практика согласны, пишетъ Laurent (t. XX, p. 225), что должны быть сдѣланы исключенія изъ общаго принципа недѣлимости признанія, который выраженъ въ § 1356 французскаго кодекса: признаніе *иногда* дѣлимо,—но когда и въ какихъ случаяхъ? „Исключенія не содержатся въ законѣ, справедливо констатируетъ Troplong: но здравый смыслъ ихъ диктуетъ, а судебная практика, согласно съ логикой, санкціонируетъ“. Приходится однако добавить, что дѣлаетъ она это дѣйствительно соотвѣтственно съ запросами жизни, но безъ всякаго примиренія съ началомъ недѣлимости признанія; поэтому представляетъ картину полной безпринципности [5]), которая вызываетъ горькія жалобы у

---

[1]) См. цитаты у Fuzier-Hermann, къ п. 112, 113, 115.

[2]) Противъ франц. практики высказывается Laurent, p. 238—239.

[3]) Contra—снова Laurent, p. 240.

[4]) См. ссылки на литературу и судебную практику у Fuzier-Herman: Laurent, t. 20, n. 208; Toullier, Le droit civil français, t. X, n. 339; Demolombe, l. c., t. 30, n. 528; Zachariae, S. 443 Anm. 21.

[5]) Ср. Betzinger, 1-te Aufl., S. 330 Anm. 5: „Die chaotische Principienlosigkeit der französisch-rechtlichen Judicatur“... Также Zachariae v. Lingenthal, S. 441 Anm. 15: „Характерное отсутствіемъ руководящаго прин-

такого строгаго легиста, какъ Laurent (p. 225). „Одинъ судъ рѣшаетъ вопросъ о дѣлимости въ положительномъ смыслѣ, другой въ отрицательномъ, а кассаціонный судъ утверждаетъ рѣшенія обоихъ, не встрѣчая противорѣчія съ закономъ. Вотъ до чего доводитъ теорія исключеній, порождаемыхъ „здравымъ смысломъ“! Autant d'arrêts, autant de principes différents!

Въ своемъ мѣстѣ мы увидимъ, какъ невыгодно отразилось на нашей русской судебной практикѣ принятіе въ видѣ руководства именно французской юриспруденціи.

ципа выхожденіе за предѣлы квалифицированнаго признанія приводитъ въ результатѣ къ шаткой, непостоянной практикѣ, такъ что дѣло переходитъ часто просто въ казуистику“.

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

„Теорія нормъ".

Почти господствующей въ новѣйшей нѣмецкой литературѣ—по крайней мѣрѣ насчитывающей въ числѣ своихъ сторонниковъ наиболѣе солидныхъ изслѣдователей—является такъ называемая „теорія нормъ". Она ставитъ своимъ основоположеніемъ слѣдующій тезисъ. „Каждая изъ сторонъ доказываетъ предпосылки той нормы, которой примѣненія она отъ суда требуетъ".

Но такимъ образомъ предъ доктриной возникаетъ вопросъ о томъ, какъ же опредѣлить и отграничить самое понятіе „нормы". Вѣдь, разсуждая отвлеченно, можно допустить предположеніе, что законодатель содержаніе долженствующее быть разсчитаннымъ на двѣ нормы, вмѣстилъ въ одну статью, или, наоборотъ, одинъ императивъ разложилъ на двѣ статьи: слѣдовательно, считать отдѣльной нормой каждую статью въ законодательной нумераціи нельзя,—чисто формальный критерій не годится.

Анализомъ поставленной проблемы и попытками опредѣлить понятіе идеальной „нормы" занимаются всѣ относящіяся сюда доктрины.

Въ частности, изъ означеннаго затрудненія общаго характера вытекаютъ два конкретныхъ вопроса: почему, какъ это общепризнано въ литературѣ и въ судебной практикѣ, прекращеніе разъ возникшаго право доказываетъ та сторона, которая это утверждаетъ?

И второй вопросъ: какъ распознать—двѣ или одна предъ нами норма, когда законодатель, перечисливъ положительныя условія своего императива, переходитъ къ отрицательнымъ? Съ одной стороны, можно думать, что условія, при которыхъ не примѣняется извѣстное юридическое положеніе, надобно выдѣлить въ особую норму; отсюда напрашивается выводъ, что отрицательные признаки представляютъ

показатель отдѣльной нормы. Однако, contra говоритъ наблюденіе, что иногда и отрицательные факты доказываетъ истецъ; между тѣмъ, будь вѣрной гипотеза, что отрицательная редакція законодателя ручается за переходъ къ новой нормѣ, что отрицательные моменты—условія непримѣненія нормы—составляютъ отдѣльное законоположеніе, тогда тяжущемуся никогда не пришлось бы доказывать отрицательныхъ обстоятельствъ,—всегда только положительныя.

Какъ увидимъ ниже, указанныя проблемы послужили камнемъ преткновенія, на которомъ разбились ученыя конструкціи.

Всѣ отмѣченныя затрудненія сознавалъ уже родоначальникъ „теоріи нормъ“,—Fitting; у него же можно найти и всѣ почти отвѣты, которыми будутъ стараться разрѣшить вопросъ его позднѣйшіе послѣдователи.

Мы разсмотримъ сперва первую часть проблемы. Предъ доктриною стоитъ первый задаваемый жизнью вопросъ: почему истцу достаточно доказать только возникновеніе своего права,— и онъ fundatam habet intentionem,—почему теперь уже отвѣтчикъ долженъ будетъ устанавливать предъ судомъ прекращеніе истцовой претензіи,—а не обратно, непогашеніе ея и по сіе время не доказываетъ истецъ? Эксплоатируя тотъ же самый пріемъ какимъ пользовался въ старину Bethmann-Hollweg [1]), Fitting даетъ слѣдующую конструкцію. Право предполагаетъ нѣкоторыя фактическія отношенія, разъ только установлено ихъ возникновеніе въ прошломъ, длящимися до текущаго момента,—и лишь положительное доказательство прекращенія освобождаетъ противную сторону отъ дѣйствія базирующаго на нихъ закона. Зависитъ это.... отъ свойствъ человѣческаго мышленія. Для всякой перемѣны наша логика требуетъ достаточнаго основанія (законъ причинности),—и пока не найдено дѣйствующей причины, до тѣхъ поръ отказывается предполагать и дѣйствіе. Вотъ почему достаточно установить одно возникновеніе права: а что оно не прекратило своего бытія, предполагается, пока не доказана могущая быть тому причина. Такъ доходитъ Fitting до презумпціи: кто ссылается на продолженіе предыдущаго

[1]) Versuche über einzelne Teile der Theorie des Civilprozesses, 1827, S. 367.

состоянія, тому нечего доказывать: судья обязанъ принять продолженіе на вѣру, donec contrarium probatur [1]).

Та презумпція, которую старается установить здѣсь Fitting, не признается однако большинствомъ другихъ изслѣдователей,—даже изъ лагеря той же теоріи нормъ. Напримѣръ, Kress (S. 37—39) возражаетъ Fitting'у слѣдующимъ образомъ.

Правда, законъ причинности обязываетъ насъ признавать вякое видоизмѣненіе результатомъ нѣкоторой дѣйствующей причины: но отсюда еще вовсе не слѣдуетъ, чтобы мы должны были предполагать продолженіе даннаго въ прошломъ состоянія, считать это состояніе и для каждаго текущаго момента реальнымъ, потому только, что мы не убѣждены въ противномъ, т. е. потому, что намъ не доказана опредѣленная причина видоизмѣненій. Если изслѣдователю по какимъ бы то ни было соображеніямъ кажется вѣроятнымъ, что не та, такъ другая видоизмѣняющая причина имѣла мѣсто, тогда сохраненіе status quo представлялось бы наоборотъ болѣе сомнительнымъ, чѣмъ перемѣна.

Отчего естествоиспытатель, физикъ или химикъ, изслѣдуя свои объекты, старается подвергнуть учету и устранить возможность всякаго рода модифицирующихъ вліяній, самъ идя имъ навстрѣчу,—почему не предполагаетъ, что разъ не установлена для ума несомнѣнное привходящее воздѣйствіе, онъ шествуетъ по вѣрному пути, отвергая всякую возможность такового? [2]) Почему только юристъ неуклоненъ на точкѣ зрѣнія [3]): „нѣтъ слѣдствія безъ доказанной мнѣ причины?“ Все обновляется во вселенной, „дважды ты не войдешь въ ту же рѣку“, утверждаетъ философъ; вся жизнь—есть движеніе,—не иначе, конечно, обстоитъ дѣло и въ мірѣ

---

[1]) Fitting, Zeitschrift für den Civilprozess, Bd. XIII (1889) S. 18 и слѣд.

[2]) Между тѣмъ возможность нѣкоторыхъ перемѣнъ гораздо вѣроятнѣе, нежели неизмѣнность: напр., что лицо по достиженіи 90 лѣтъ умерло, вѣроятнѣе, чѣмъ нахожденіе его въ живыхъ; появленіе у молодыхъ супруговъ дѣтей вѣроятнѣе бездѣтнаго брака; что студентъ успѣшно сдастъ государственный экзаменъ по истеченіи 4 лѣтъ,—этого можно ожидать скорѣе, нежели неудачнаго исхода и т. д. См. у Leonhard'a, S. 68.

[3]) Ср. Brodmann, S. 89.

юридическихъ отношеній: ежедневно возникаютъ новыя сдѣлки и прекращаются, не доходя всякій разъ до суда, старыя; а судья, если только предъ его трибуной установленъ отдѣльный клочекъ изъ этого текучаго цѣлаго, вырванъ извѣстный комплексъ фактовъ, склоненъ считать юридическую дѣятельность двухъ лицъ застывшей на этой точкѣ [1]). Онъ не имѣетъ вовсе охоты обращать вниманіе на самую простую возможность: а если право требованія прекращено исполненіемъ? Почему нѣтъ? Развѣ долги не уплачиваются въ большинствѣ случаевъ добровольно? [2]) Неужели безъ суда нѣтъ погашенія правъ?

Но всѣ эти сомнѣнія, могущія повліять на профановъ, не существуютъ для юриста: „безъ доказательствъ прекращенія права я не признаю его несуществующимъ, разъ увѣровавъ въ его возникновеніе“,—такова юридическая максима. Небезосновательная, какъ увидимъ мы послѣ; однако ясно, что судья стоитъ здѣсь на формально-юридической почвѣ,— и его позиція не найдетъ себѣ оправданія предъ судилищемъ общечеловѣческой лигики, если „защита“ судейскаго силлогизма будетъ основываться исключительно на законахъ чистаго мышленія, сводить свои положенія къ постуляту достаточнаго основанія,—съ этимъ однимъ закономъ оперировать недостаточно,—при такихъ условіяхъ „осужденіе“ будетъ имѣть слишкомъ много за себя шансовъ.

Далѣе, послѣдовательное проведеніе оспариваемой презумпціи грозило бы нѣкоторыми неправильными послѣдствіями въ приложеніи къ практическимъ казусамъ,—создавая, напримѣръ, въ сдѣлкахъ onus probandi въ пользу... совершеннолѣтія контрагентовъ! [3]) Къ такимъ выводамъ приходитъ Beckh, одинъ изъ послѣдователей Fitting'a,—и вполнѣ

---

[1]) Ср. Reinhold, Zur Lehre von der Beweislast, Z. f. C. P., Bd. XX (1894) S. 115—118, который тоже несогласенъ, чтобы законъ причинности могъ оправдать Vermuthung der Fortdauer; такъ же — Rosenberg, Die Beweislast, 1900, S. 73 и сл., Meyerhofer, l. c., 332—333, Hedemann, Die Vermutung, 1904, S. 158—159, Sattelmacher, Ueber die Gültigkeit und Bedeutung der gemeinrechtlichen Prozessregel: Affirmanti non neganti incumbit probatio, 1902, S. 43. Подробную критику т. н. Fortdauer-Theorie см. у Leonhard'a, Die Beweislast, 1904, S. 66—70.

[2]) Ср. Wach, Z. f. C. P., Bd. 29 (1901) S. 386.

[3]) Ср. Rosenberg, S. 100—101; Betzinger, 2-е изд., стр. 155 пр. 1.

логично [1]). Нѣтъ сомнѣнія, что въ извѣстный періодъ своей жизни каждый человѣкъ бываетъ несовершеннолѣтнимъ (factum notorium): и подобное состояніе, какъ первоначальное, предполагается по презумпціи длящимся до тѣхъ поръ, пока противное тому не доказано. 20 лѣтъ тому назадъ я былъ еще несовершеннолѣтнимъ: и предполагаюсь я по доктринѣ Beckh'a въ этомъ качествѣ непрерывно до тѣхъ поръ, пока противное мнѣ всякій разъ не будетъ доказано. Сдѣлки, въ которыя я вступалъ до извѣстнаго года, недѣйствительны, какъ заключенныя недѣеспособнымъ [2]): а такъ какъ недѣеспособность, начиная съ установленнаго на судѣ момента изъ моего прошлаго, предполагается, то и всѣ мои сдѣлки тоже подозрѣваются въ несовершеннолѣтіи.

Наконецъ, по признанію самого Beckh'a [3]) презумпція въ пользу „продолженія разъ начавшагося" неприложима къ вещнымъ правамъ: если предъявляется виндикаціонный искъ, то нельзя ограничиться доказательствомъ того факта, что отвѣтчикъ когда то въ прошломъ неправомѣрно владѣлъ вещью. По теоріи слѣдовало бы предполагать его владѣющимъ и въ текущій моментъ, однако право смотритъ на дѣло иначе, требуя отъ истца непремѣнно доказательствъ, что вещь находится въ рукахъ отвѣтчика и по настоящее время. Непослѣдовательность правосудія подрываетъ всякое значеніе Фиттинговской презумпціи. А по буквальному ея смыслу, при ссылкѣ на давность заинтересованному лицу незачѣмъ было бы доказывать 10-лѣтнюю продолжительность своего владѣнія: достаточно того, что онъ владѣетъ теперь; такъ какъ по теоріи предполагается, что теперешнее состояніе есть непрерывное слѣдствіе предшествующаго [4]) и при томъ, продолжая таковое ad infinitum. Donec contrarium probatur!

Мы обращаемся теперь ко второй проблемѣ, требовавшей объясненія отъ теоріи нормъ. Впрочемъ, отвѣты, кото-

---

[1]) Beckh, Die Beweislast, 1899, S. 135.

[2]) Поскольку несовершеннолѣтній ограниченъ въ ней для извѣстныхъ сдѣлокъ; примѣръ будетъ еще разительнѣй, если вмѣсто несовершеннолѣтія говорить о малолѣтствѣ.

[3]) Die Beweislast, 1899, S. 68.

[4]) Leonhard, S. 69.

рые на нее давались разными учеными, вмѣстѣ съ тѣмъ хотѣли разрѣшить заразъ и ту первую загадку: „почему прекращеніе правъ требуетъ доказательствъ“. Разобранная попытка Fitting'а пыталась оправдать только это послѣднее положеніе, почему мы и сочли нужнымъ поставить ее изолированно. Всѣ же прочіе авторы будутъ разсчитывать создаваемыя конструкціи на обѣ проблемы.

Въ чемъ состояла вторая? Допустимъ, что законодатель, перечисливъ положительныя условія для примѣненія своей нормы, переходитъ къ отрицательнымъ: норма прилагается, если есть на лицо такіе-то признаки... и нѣтъ нижеслѣдующихъ. Какъ разсматривать вторую часть нормы? Есть ли то условіе для примѣненія статьи—правда, отрицательное, но которое тѣмъ не менѣе будетъ доказывать, ссылаясь на нее, истецъ? Или, можетъ быть, въ этой отрицательной редакціи скрывается новая—вторая—статья закона, исключающая дѣйствіе первой: но тогда истцу достаточно обосновать на судѣ только предпосылки первой нормы, т. е. положительные ея признаки, а отрицательные, составляя новую статью, создадутъ и новое бремя доказательства—для отвѣтчика?

Fitting имѣлъ въ виду и эту сторону вопроса, но пытался отдѣлаться отъ задачи, вовсе отрицая ея существованіе. Проблемы нѣтъ: отрицательные факты не доказываются вовсе. Условіе отрицательное, отсутствіе извѣстнаго момента по свому понятію (begrifflich) есть всегда недостатокъ опредѣленнаго признака;—и когда законъ редактированъ такимъ образомъ, что требуетъ именно отсутствія даннаго факта для примѣненія нормы, занонодатель ясно даетъ понять свою мысль: это значитъ, что наличность факта, его осуществленіе во внѣшнемъ мірѣ не принадлежитъ къ числу необходимыхъ предпосылокъ примѣненія закона. Мало того,—отсутствіе указаннаго въ законѣ признака право объявляетъ настолько важнымъ, что будь онъ на лицо, это обстоятельство наоборотъ исключило бы дѣйствіе общей нормы. Итакъ, въ противоположность основной нормѣ, перечисляющей положительные моменты для примѣненія закона, предъ нами во второй ея половинѣ несомнѣнно норма-исключеніе (Ausnahmevorschrift), заканчиваетъ Fitting,—и толь-

ко ради стилистическихъ удобствъ соединена она съ общей нормой (Regelvorschrift) въ одну статью [1]).

Основное motto: negativa non probantur,—но оно неправильно. Нѣтъ, часто законодатель опредѣленно требуетъ отъ истца доказательствъ въ пользу отрицательныхъ фактовъ: перевернуть процессульныя позиціи, размѣстивъ наоборотъ onera probandi въ смыслѣ правила: „отрицательные факты не доказываются", значитъ иногда вовсе извратить смыслъ цѣлыхъ юридическихъ институтовъ. На необходимости доказать отрицательное явленіе зиждется иногда весь raison d'être правового императива. Возьмемъ, напримѣръ, институтъ—condictio indebiti: искъ о возвращеніи денегъ, ошибкой уплаченныхъ ради погашенія мнимаго долга.

Что должно быть установленнымъ для того, чтобы данный искъ считался обоснованнымъ на судѣ? Непремѣнно и обязательно—отсутствіе долга,—не такъ-ли? И отсутствіе это въ нашемъ случаѣ обязанъ будетъ доказать истецъ, т. е. тотъ, кто требуетъ возвращенія недолжно уплаченнаго обратно [2]). Въ этомъ смыслѣ, здѣсь основной мотивъ института. Однако допустимъ, наоборотъ, что... negativa non probantur, а потому судъ долженъ довольствоваться голословнымъ заявленіемъ отсутствія мнимаго долга со стороны истца („не былъ долженъ, хотя и уплатилъ") и доказательства того, что долгъ былъ, ожидать отъ отвѣтчика, если тотъ не хочетъ возвращать только что полученныя деньги истцу. Допустимъ, что въ силу правила: negativa non probantur отвѣтчикъ былъ бы призванъ оправдать юридическую состоятельность произведеннаго истцомъ платежа, а иначе—судъ повѣритъ истцу и отсутствію долга [3]). Спрашивается, какія цивильно-политическія послѣдствія имѣла бы данная

---

[1]) Z. f. C. P., B. 13 (1889), S. 52.

[2]) Почти—communis opinio doctorum: см., напр., Малининъ, Комментарій къ ст. 366 уст. гр. суд. (въ Запискахъ Новороссійск. Университета, т. 26, 1878 г.), стр. 198—200; v. Mayr, Condictio (1900) S. 391—396; Weber-Heffter (1845) S. 108; Endemann, S. 500 N. 40; Leonhard, S. 401. Такъ же и по римскому праву: см. Загурскій, Элементарный учебникъ римскаго права (Обязательств. право, часть особенная, вып. 2-й, 1905 г.) стр. 384.

[3]) Такъ распредѣляетъ onus probandi Rosenberg, S. 79.

норма для оборота? [1]) Такія что стоитъ истцу доказать фактъ уплаты противнику извѣстной суммы, назвать это дѣяніе „ошибочной уплатой мнимаго долга“ и потребовать недолжно уплаченнаго обратно: и онъ считается сдѣлавшимъ все, что отъ него требовалось въ процессѣ, онъ получаетъ искъ, если впрочемъ отвѣтчикъ не докажетъ ему, что долгъ былъ. Болѣе глубокія правно-политическія послѣдствія? Вотъ они. Вамъ возвращенъ долгъ: храните, въ теченіе всего давностнаго срока сберегайте документы, удостовѣряющіе наличность бывшей у Васъ долговой претензіи. „Какъ, даже погашенной“? Именно, даже погашенной. Ибо нынче уплативъ долгъ, Вашъ должникъ завтра же можетъ потребовать отъ Васъ „недолжно уплаченнаго обратно“. И наличность только еще вчера погашеннаго платежомъ долга, чтобы не потерять процесса, вынуждены будете доказывать Вы, только что удовлетворенный кредиторъ. Вотъ почему слѣдуетъ сохранять доказательства наличности долга даже и послѣ того, какъ долговая претензія оплачена.

Обыкновенное житейское благоразуміе рекумендуетъ беречь доказательства только до тѣхъ поръ, пока долгъ не погашенъ: съ этого момента документы предаются уничтоженію, иногда собственными руками бывшаго должника. И кредиторъ нимало не протестуетъ: ему доказательства болѣе не нужны. Но правило: negativa non probantur въ корнѣ разрушаетъ недальновидную житейскую политику, рекомендуя кредиторамъ хранить документы впредь до истеченія давностнаго срока; должникъ, сегодня уплатившій свой долгъ и разодравшій документъ, который кредиторъ имѣлъ неблагоразуміе выдать ему въ руки за ненадобностью, этотъ самый должникъ завтра же требуетъ отъ него недолжно уплаченнаго обратно. А противная сторона, потерявъ возможность доказать бывшій долгъ, возвращаетъ назадъ то, что едва получила. И будетъ послѣднее горше перваго: ибо на вопросъ, что лучше: „ничего не получить, или имѣть и потерять“, психологія нашихъ дѣдовъ высказывалась не въ пользу послѣдней альтернативы....

Такимъ образомъ, на институтѣ condictio indebiti мы, надѣюсь, показали, что иногда безъ доказательствъ отрица-

[1]) Ср. Beckh, S. 73.

тельныхъ фактовъ не обойтись правосудію; не требовать ихъ, значитъ, посягнуть на внутреннее существо нѣкоторыхъ институтовъ. Взятый въ текстѣ примѣръ настолько убѣдителенъ, что самъ Fitting [1]) разрѣшаетъ вопросъ, требуя доказательствъ отсутствія долга отъ истца. Онъ взываетъ однако къ жизненному опыту, который оправдываетъ здѣсь отступленіе отъ строгой юридической логики: мнимые долги такъ рѣдко уплачиваются, обыкновенно напередъ человѣкъ имѣетъ осторожность тщательно удостовѣриться въ своемъ обязательствѣ платить, поэтому повѣрить утвержденію, что нѣкто уплатилъ мнимый долгъ, невозможно даже и для судьи.

Но мнѣ кажется, здѣсь ссылка на жизненный опытъ и praesumptio facti есть testimonium paupertatis для теоріи автора.

Доказательства отсутствія долга требуются отъ истца потому, что здѣсь,—въ удостовѣреніи этого факта,—лежитъ центральный пунктъ всего института. Чтобы вскрыть это, попробуемъ формулировать въ видѣ законодательнаго императива юридическія отношенія спорящихъ сторонъ согласно рецептамъ того же Fitting'a [2]).

Если составить норму обычнымъ способомъ, тогда получилось бы заключеніе совершенно обратное системѣ распредѣленія доказательствъ, принимаемой авторомъ. „Полученныя деньги возврати, если уплатившій не былъ въ дѣйствительности твоимъ должникомъ". Согласно такой редакціи статьи, условія ея должны быть доказаны тѣмъ, кто добивается примѣненія императива,—другими словами, отсутствіе долга доказываетъ истецъ. А для того, чтобы получилось распредѣленіе доказательствъ по системѣ Фиттинга, надобно изложить норму слѣдующимъ образомъ: „полученныя деньги возврати,—развѣ бы оказалось, что онѣ даны въ уплату дѣйствительно существовавшаго долга",—или, чтобы развернуть статью въ два самостоятельныхъ императива: 1) „деньги, которыя получены тобой, возврати давшему"; 2) „но если бы оказалось, что онѣ даны не по ошибкѣ,

---

[1]) Z. f. C. P., B. 13 (1889), S. 69.

[2]) Оставляя вопросъ объ *ошибкѣ*, допущенной со стороны истца, безъ разсмотрѣнія.

а въ уплату дѣйствительно существовавшаго долга, то не возвращай".

Мнѣ кажется, что довольно прочесть статьи, изложенныя въ подобномъ видѣ, чтобы вынести полное убѣжденіе въ ихъ абсурдности. Между тѣмъ, въ нихъ каждый признакъ стоитъ на своемъ мѣстѣ, каждая стилистическая подробность отражаетъ взаимное соотношеніе двухъ процессуальныхъ позицій: съ этой стороны Fitting'у не въ чемъ упрекнуть составителя закона. По смыслу положительнаго права, отсутствіе долга не доказывается; но такъ какъ изъ жизненнаго опыта судьѣ извѣстно, что долги мнимые не уплачиваются, то онъ избавляетъ отъ доказываній отвѣтчика, получившаго долгъ, а требуетъ ихъ отъ учинившаго экстра-ординарную уплату истца. Такимъ образомъ, примѣняя указанныя нормы законодателя, судья выручаетъ правосудіе изъ затруднительнаго положенія (въ которое оно поставлено страннымъ требованіемъ закона), пользуясь всѣмъ извѣстной житейской презумпціей.

Однако въ удивительной редакціи найденныхъ Фиттингомъ статей и въ игнорированіи закономъ общепризнанной въ оборотѣ аксіомы виноватъ не законодатель, а Фиттингъ.

Авторъ сперва извратилъ смыслъ института, а затѣмъ старался спасти позицію, цѣпляясь за жизненную презумпцію. Но это значитъ сначала подрыть фундаментъ зданія, а потомъ подпереть колеблющуюся громаду деревянными столбами.

Опровергнувъ точку зрѣнія Fitting'а, перейдемъ къ двумъ его сторонникамъ, которые догматъ: отрицательные факты не доказываются, сочетаютъ съ другимъ тезисомъ автора,—презумпціей въ пользу непрерывности разъ начавшихся состояній.

Первымъ по времени слѣдуетъ поставить Beckh'а [1]). Онъ приверженецъ теоріи нормъ,—и на вопросъ о томъ, до какихъ предѣловъ каждой сторонѣ доказывать предположенія своихъ правъ, заключающіяся въ нормахъ—положительные и отрицательные моменты,—онъ отвѣчаетъ такъ: положительные факты доказываетъ претендентъ, negativa уста-

[1]) Die Beweislast nach dem B. G. 1899. Слишкомъ строгую критику его работы даетъ Hedemann. Die Vermutung, S. 163—171.

навливаетъ противникъ [1]). Однако законъ во вниманіе къ соображеніямъ цивильной политики можетъ и перемѣстить въ разныхъ случаяхъ бремя доказываній, требуя доказательства и отрицательныхъ фактовъ отъ сторонъ: тогда Beckh говоритъ объ исключеніяхъ изъ правила [2]). Отрицательныя явленія не могутъ служить удобнымъ объектомъ доказательствъ по самой своей природѣ: доказать—значитъ, въ конечномъ подсчетѣ свести къ непосредственнымъ воспріятіямъ, — а отсутствія нельзя воспринять, можно только умозаключать о немъ изъ наличности иныхъ фактовъ [3]). Такимъ разсужденіемъ Beckh доходитъ до догмы: negativa non probantur. Negativa трудно поддаются доказыванію: вотъ почему, хотя законъ и можетъ въ виду практическихъ соображеній возложить иногда onus probandi и отрицательнаго предположенія на отвѣтчика или истца, но общимъ правиломъ подобная система сдѣлаться не можетъ [4]). Такъ какъ факты, исключающіе существованіе права, раздѣляются на такіе, которые не даютъ праву вовсе возникнуть, и которые прекращаютъ возникшее послѣ его появленія въ оборотѣ, и обѣ категоріи,—какъ отрицательныя условія для бытія правъ,—доказываетъ безразлично отвѣтчикъ, то отсюда вытекаетъ презумпція, что всякое право или фактическое состояніе (Zustand), однажды возникнувъ, предполагается продолжающимъ свою жизнь впредь до представленія доказательствъ прекращенія (S. 65—66) [5]).

---

[1]) S. 57—58.

[2]) S. 75—93.

[3]) S. 61.

[4]) См. S. 61. Почти то же самое говоритъ Noodt, цитируемый у Sattelmacher'a: Quid enim est negatio? Nihil. Atqui quod non est, probari id est monstrari, nulla via potest.

[5]) Изъ изложенія видно, что теорія автора не отличается ни солидностью, ни оригинальностью. Впрочемъ, главная заслуга соч. Beckh'a состоитъ не въ созданіи одной общей конструкціи, а въ детальной разработкѣ цѣлаго ряда отдѣльныхъ институтовъ, гдѣ онъ оперируетъ съ задачей то при помощи своей догмы: negativa non probantur, то интерпретируя германское гражданское уложеніе, при чемъ привлекаетъ нерѣдко на сцену правно-политическія соображенія, что особенно цѣнно, такъ какъ нечасто встрѣчается даже и у нѣмецкихъ ученыхъ.

Проводя оба упомянутыя выше положенія Fitting'a, близко подходитъ къ „теоріи нормъ"—въ особенности въ воззрѣніяхъ Beckh'a—другой нѣмецкій ученый—Martinius [1]). Но между тѣмъ какъ первый, отправляясь отъ тезиса: negativa non probantur, доходитъ до презумпціи въ пользу продолженія разъ начавшихся явленій, Martinius идетъ обратнымъ путемъ. Его основная мысль—это законъ причинности [2]), который впослѣдствіи авторъ замѣняетъ другимъ закономъ—инерціи [3]). Въ силу этихъ постулятовъ—и закона мышленія, и закона физики—перемѣнъ не бываетъ безъ вызывающей ихъ причины [4]). Значитъ, отрицательныхъ условій примѣненія закона или (что тоже) отрицательныхъ фактовъ незачѣмъ доказывать въ процессѣ: они сами собой предполагаются; ибо явленій нѣтъ, пока не войдетъ нѣкая посторонняя причина, могущая ихъ вызвать,—это негативное состояніе есть естественное. А такъ какъ ничего не предпалагается безъ причины, то и фактовъ, противоположныхъ этому status negativus, судья не признаетъ въ силѣ, пока это не будетъ положительно ему доказано. Negativa non probantur [5]). Но по исключенію, законъ можетъ создать обязательную для своего судьи презумпцію въ пользу положительныхъ фактовъ,—и при томъ такимъ образомъ, что предполагается фактъ, отъ отсутствія котораго зависитъ бытіе субъективнаго права. Тогда его несуществованіе должно быть доказано стороной, которая данное правомочіе выдвигаетъ,—тогда по исключенію и отрицательное условіе будетъ доказываться на судѣ [6]).

[1]) Брошюра: Behauptungs-und Beweislast bei der Negative und dem bedingten Vertrage (1902) и статья въ Archiv'ѣ für Bürgerl. Recht, B. 24 (1904): Zur Lehre von der Behauptungs-und Beweislast. Большое сходство съ Beckh'омъ замѣчаетъ въ его работѣ и Hedemann. Die Vermutung, 1904, S. 171.

[2]) S. 18—19 брошюры.

[3]) S. 50 журн. статьи.

[4]) S. 49 журн. статьи.

[5]) См. его первый тезисъ, S. 51 журн. статьи.

[6]) S. 51 журн. статьи (второй тезисъ). Авторъ находитъ для своихъ взглядовъ слѣд. формулировку въ схоліяхъ къ Базиликамъ: Nota regulam generalem eum qui affirmat, non eum qui negat probationis subire; negationis enim probatio non est, nisi si negatio praesumptioni adversetur.

Такимъ образомъ, взгляды автора [1]) почти совпадаютъ съ мнѣніями Beckh'a. Послѣ сказаннаго по адресу теоріи „отрицательныхъ фактовъ" вообще и Fitting'a въ частности едва ли есть основанія останавливаться на обоихъ изложенныхъ авторахъ спеціально. Можно еще замѣтить, что всякую юридическую конструкцію создавать легко, обясняя тѣ пункты, гдѣ она расходится съ закономъ, исключеніями, допущенными со стороны кодификатора ради правно-политическихъ цѣлей,—только исключеніями, не опровергающими, какъ бы слѣдовало ожидать, а наоборотъ, „подтверждающими правило" [2]). А операція съ презумпціями тамъ, гдѣ теорія не охватываетъ всего матеріала [3]), наталкиваясь на распредѣленіе тяжести доказательствъ иначе, чѣмъ бы слѣдовало согласно доктринѣ, есть давно уже излюбленный пріемъ для изслѣдователей нашей темы: презумпціи—это deus ex machina для спасенія юридическихъ конструкцій, по выраженію Meyerhofer'a (S. 333).

Такимъ образомъ, и догматомъ: „отрицательные факты не доказываются" не удалось объяснить той проблемы, которая продолжала оставаться роковой для „теоріи нормъ".

Тогда было выдвинуто—и опять таки Fitting'омъ [4]) впервые—другое объясненіе. Привожу его въ редакціи Brodmann'a [5]) какъ наиболѣе убѣдительной и полной. Когда мы говоримъ: „право",—тогда то, что соотвѣтствуетъ нашему обозначенію въ дѣйствительности, въ мірѣ реальностей, есть обосновывающіе исковую претензію факты,—и только, утверждаетъ авторъ. Все остальное—такъ называемыя юридическія квалификаціи—это умозаключенія. Умозаключенія правильны, но ихъ истина виситъ внѣ времени и пространства. Она имѣютъ дѣйствіе, будь подходящіе на лицо факты вчера,

---

[1]) Въ особенности въ той формулировкѣ, которую приняли въ послѣдней журнальной статьѣ. Раньше онъ былъ рѣшительнымъ сторонникомъ „теоріи отрицанія", въ чемъ расходился съ Beckh'омъ; теперь, въ своей журнальной статьѣ, онъ всецѣло примкнулъ къ противоположному лагерю (ср. S. 50—59 брошюры и S. 62, 77 статьи).

[2]) См. S. 21 брошюры.

[3]) То же замѣчаніе см. въ рецензіи Rosenberg'a, Z. f. C. P., Bd. 32 (1903) S. 483.

[4]) S. 45—46. (Z. f. C. P., Bd. 13, 1889).

[5]) „Vom Stoffe des Rechts" и т. д. (1897) S. 89—90.

10 лѣтъ или столѣтіе назадъ. И наоборотъ, пусть соотвѣтствующее событіе совершилось сегодня: юридическія умозаключенія о немъ будутъ одинаковы сегодня и завтра.—также, какъ и на 10 лѣтъ впередъ. Итакъ, разъ только опредѣленный комплексъ фактическихъ предпосылокъ данъ,—будь онъ доказанъ на судѣ, будь установленъ признаніемъ,—и изъ него истецъ юридически правильно выводитъ въ качествѣ слѣдствія соотвѣтствующій правовой императивъ, то и судья обязанъ вывести то же умозаключеніе, безразлично, *когда* (вчера, нѣсколько лѣтъ назадъ) осуществилось событіе. Другое дѣло, если введены въ процессъ и установлены иного сорта факты, которые по дѣйствующимъ законамъ исключаютъ примѣненіе просимаго стороною императива: какъ то—платежъ долга, недѣеспособность обязавшагося и проч. Однако—и здѣсь главный тезисъ аргументаціи—разъ эти факты не доказаны, ихъ нѣтъ, судья не имѣетъ права отъ себя привлекать ихъ въ процессъ. Пусть даже они заявлены, но не доказаны,—то же самое: quod non est in actis, non est in mundo по состязательному началу. Итакъ, факты недоказанные игнорируются,—и судья рѣшаетъ споръ на основаніи только установленныхъ: платежъ долга не доказанъ, ergo—его не было, и наличные факты открываютъ поле дѣйствія для императива: „плати“ [1]).

Отчасти та же точка зрѣнія проглядывала у Rosenberg'a: ср., напримѣръ, его слова: „судья долженъ въ своемъ рѣшеніи обращать вниманіе только на тѣ факты, которые предлагаютъ ему стороны, и примѣнять только тѣ нормы, которыхъ признаки содержатся въ утверждаемомъ сторонами комплексѣ фактовъ“ [2]) (Die Beweislast, 1900, S. 73—74). Но въ своей послѣдней работѣ: Zur Lehre vom sog. qualifizierten Geständnisse, Arch f. d. Civ. Praxis, B. 44 (1903), онъ уже совершенно отрѣшился отъ правила: quod non in actis non in mundo. Отчасти названная точка зрѣнія пробивается и у Betzinger'a,—но въ первомъ изданіи его монографіи она выступала несравненно ярче [3]); съ этой стороны авторъ под-

[1]) Ср. опять-таки Fitting'a, l. c. S. 16.

[2]) Хотя почему то онъ и дѣлаетъ нѣсколько критическихъ замѣчаній по адресу Brodmann'a: см. S. 73 Anm. 1 его Die Beweislast.

[3]) См., напр., S. 279.

вергся критическимъ замѣчаніямъ Kress'a, что его теорія должна послѣдовательно адоптировать правило: negativa non probantur [1]), совершенно невѣрное въ своей абсолютности. Теперь, во второмъ изданіи своей книги (1904 г.), Betzinger сохранилъ объ интересующемъ насъ принципѣ только слабыя воспоминанія на стр. 42 и 49: особой важности для общихъ конструкцій автора онъ не имѣетъ, оставшись въ его экскурсіяхъ въ область „логическаго“ [2]) скорѣе pro colorанda causa.

Тѣмъ не менѣе, въ интересахъ полноты изложенія приходится серьезно считаться съ выдвигаемой точкой зрѣнія,— пусть даже наши опроверженія будутъ направляться не столько противъ тѣхъ или иныхъ ученыхъ, сколько противъ самаго принципа, если бы онъ былъ кѣмъ-нибудь проведенъ до конца логически... [3])

Примѣненіе принципа: quod non in actis non in mundo къ „теоріи нормъ“ способно съ успѣхомъ разрѣшить нѣкоторыя проблемы, но привело бы къ неправильнымъ результатамъ въ другихъ случаяхъ.

---

[1]) Zur Lehre von der Beweislast, 1899, S. 49—50.

[2]) Logisches, allzu Logisches! Схематическимъ расчлененіямъ, классификаціямъ и вообще „культу логическаго“ (Kultus des Logischen) авторъ приноситъ слишкомъ обильныя жертвоприношенія (см. его оправданія въ концѣ предисловія къ 1-му изд.),—что особенно невыгодно отражается на его книгѣ, предназначенной служить руководствомъ для практики (Ein Handbuch für die Praxis).

[3]) Содержаніе Behauptungs-und Beveislast выводитъ изъ принципа состязательности Hedemann, Die Vermutung, 1904, S. 281, 293—294 (впрочемъ passim). Изъ состязательности ученіе о бремени доказываній выводятъ: Reinhold, Z. f. C. P., XV S. 430, XX S. 130 ff.; Schneider, Richterliche Ermittelung und Thatsachenfeststellung S. 66; Stein, Das private Wissen des Richters, 1893, S. 87 ff.; Fischer, Recht und Rechtsschutz, 1889, S. 19; Friedenthal, Einwendung und Einrede, S. 20; Brodmann, S. 90; Wilmowski und Levy, Kommentar zur Civilprozessordnung, 7. Aufl., 1895, S. 449; Struckmann und Koch, Die Civilprozessordnung für das Deutsche Reich, 5. Aufl., 1885, S. 381 zu §§ 323, 324; Schollmeyer, Z. f. C. P. XII S. 283; Wach, Vorträge über die Reichs - Civilprozessordnung, 1879, S. 151 ff.; Wach, Archiv für die Civil. Praxis, Bd. 64 S. 203; Wach, Kritische Vierteljahrsschrift XIV S. 356 ff.; Wach, Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts, 1885, Bd. 1 S. 125 ff.; Regelsberger, Pandekten, Bd. 1, 1893, S. 694; Ude, Z. f. C. P., Bd. VI S. 432 ff. (Авторы цитированы по Rosenberg'y, Die Beweislast, 1900, S. 34 Anm. 1).

Возьмемъ общій тезисъ теоріи. Въ сущности, чтобы оправдать примѣненіе искомаго императива, проситель былъ бы долженъ доказать какъ наличность постулятовъ возникновенія своего права, такъ и отсутствіе признаковъ прекращенія его,—длинный, едва-ли не безконечный рядъ фактовъ положительнаго и отрицательнаго содержанія (probatio diabolica). Чѣмъ же руководствуется процессъ, требуя отъ истца доказательствъ только однихъ фактовъ и ожидая въ извѣстныхъ случаяхъ опроверженій отъ отвѣтчика, если онъ несогласенъ съ истцомъ?

Своеобразная структура гражданскаго процесса упрощаетъ задачи доказыванія. Судья принимаетъ въ соображеніе только тотъ матеріалъ, который введенъ на арену борьбы самими же тяжущимися,—и игнорируетъ при томъ факты недоказанные, какъ несуществующіе. Но если такъ, то истцу достаточно доказать только составъ нормы, оправдывающей возникновеніе у него притязанія къ отвѣтчику (статьи № 1): что̀ оно не уничтожилось, не прекратило своего существованія въ силу статьи № 2, надъ этимъ не смѣетъ задумываться судья, пока такого утвержденія не внесетъ въ процессъ противникъ, и, мало того, пока не докажетъ своей правоты подходящими данными. Quod non in actis, non in mundo въ состязательномъ процессѣ.

Точно также, когда законодатель, перечисливъ положительные моменты, наличность которыхъ требуется для примѣненія данной нормы, переходитъ къ моментамъ отрицательнымъ,—къ фактамъ, которыхъ не должно быть, иначе дѣйствіе закона будетъ исключено для даннаго случая, тогда истцу снова незачѣмъ доказывать отсутствія устраняющихъ норму фактовъ: ихъ, наоборотъ, долженъ выдвинуть на судѣ и установить въ случаѣ спора его противникъ. Иначе: quod non est in actis non est in mundo,—по крайней мѣрѣ для судьи въ состязательномъ процессѣ.

Однако принципъ состязательности, такъ понимаемый, приводилъ бы къ полному торжеству правила: negativa non probantur, принятіе котораго безъ необходимыхъ ограниченій невозможно.

Попробуемъ приложить его къ иску, гдѣ отъ истца требуется установленіе чисто отрицательнаго обстоятельства,

напримѣръ, при condictio indebiti [1]). Итакъ, былъ ли долгъ или его не было, сомнительно для суда. Но, вѣдь, если наличность бывшихъ долговыхъ отношеній, теперь прекращенныхъ, не будетъ утверждаема и даже мало того—не доказана въ случаѣ спора,—какъ долженъ отнестись къ факту судья? Не игнорировать ли его, какъ недоказанный вовсе? Этого требуетъ по крайней мѣрѣ логика: если только принять правило: quod non in actis non in mundo за основной принципъ состязательнаго процесса, тогда иного вывода сдѣлать здѣсь нельзя. Но если лицо, заинтересованное въ признаніи судомъ бывшихъ долговыхъ отношеній, должно такимъ образомъ доказывать ихъ наличность—иначе судъ повѣритъ отсутствію факта, какъ недоказаннаго,—тогда отвѣтчику дѣйствительно придется взять на себя тяжесть доказыванія по поводу долга при condictio indebiti. Истцу достаточно голословно завѣрить судъ, что не былъ долженъ отвѣтчику. И пока послѣдній не подтвердитъ доказательствами правоту своихъ утвержденій („что долгъ былъ"), для него процессъ можно считать проиграннымъ. Между тѣмъ, по общему мнѣнію отсутствіе долга при condictio indebiti доказываетъ именно истецъ [2]) (см. объ этомъ выше).

Такимъ образомъ, признаніе правила: quod non in actis non in mundo приводитъ къ ложному выводу, что факты отрицательные не доказываются [3]).

Кромѣ того, самый принципъ состязательности понимается въ названномъ правилѣ невѣрно. Той абсолютной пассивности суда, которая оправдывала бы упомянутое начало, не существуетъ въ гражданскомъ судопроизводствѣ. Нельзя

---

[1]) Kress, S. 49—50.

[2]) Я воспользовался при опроверженіи правила: quod non in actis non in mundo аргументаціей Kress'a, S. 49—50.

[3]) Интересна эволюція, которую дѣлаетъ въ своемъ взглядѣ на negativa Betzinger. Въ первомъ изданіи своей монографіи онъ колебался, можно ли принять, что отрицательные факты не подлежатъ доказыванію. Принципіально, онъ допускаетъ противное: „Falls es ueberhaupt Rechtsnormen mit negativen Merkmalen gibt, so liegt folgerichtig der Beweis dieser Negative demjenigen ob, der sich auf jene Norm stützt" (S. 301). Хотя на стр. 257 авторъ выражается нѣсколько иначе: „Ueberall, wo wir in einer Gesetzesbestimmung ein negatives Thatbestandsmerkmal antreffen, haben wir es mit einer versteckten Gegennorm zu thun". Во вто-

думать, что тяжущіеся—полные господа въ процессѣ (domini litis), что судъ видитъ не дальше тѣхъ доказательствъ и фактовъ, которые ему предложены, и безъ указки сторонъ не смѣетъ ступить ни шагу. Между тѣмъ только такая полная пассивность можетъ оправдать ту близорукость по отношенію къ инымъ возможностямъ, то очевидное закрываніе глазъ на легко допустимую правоту утверждающей только, но не представляющей надлежащихъ доказательствъ стороны,—качества, которыхъ желаетъ отъ суда неправильная доктрина. Обязательство возникло—это доказано; но отвѣтчикъ возражаетъ, что оно прекращено исполненіемъ, хотя и не доказываетъ своихъ положеній: во имя чего судья не считается съ возможностью, что тяжущійся тѣмъ не менѣе говоритъ правду, и не требуетъ дополнительныхъ опроверженій отъ истца? Вѣроятность въ пользу отвѣтчика—не такъ уже далеко лежащее допущеніе. Однако во имя состязательности судья осужденъ на полную пассивность: вмѣшаться въ споръ, потребовавъ доказательствъ, распредѣлить onera probandi тѣмъ или инымъ способомъ онъ не уполномоченъ: призванный сидѣть, сложа руки, онъ принимаетъ состязательный матеріалъ, взвѣшиваетъ его на вѣсахъ правосудія, и, если наличность доказанныхъ фактовъ покрываетъ норму съ положительной стороны, присуждаетъ искъ: si paret, condemna, si non paret, absolve.

Однако, на чемъ коренится обстоятельство, что судъ не вмѣшивается въ дѣло выясненія истины, не распредѣляетъ, какой сторонѣ что̀ доказывать, не старается собственными усиліями установить обстоятельства дѣла и т. д.?

Прежде думали, что доминирующая роль—даже больше: дискреціонная власть—сторонъ въ дѣлѣ собиранія доказательствъ и вообще выясненія истины объясняется изъ природы частныхъ правъ, о защитѣ которыхъ тяжущіеся просятъ. Защищать или не защищать свои права, а слѣдовательно и *какъ* защищать, предоставлено частной иниціативѣ;

ромъ изданіи Betzinger уже не сомнѣвается въ томъ, что и отрицательные факты требуютъ доказательствъ, если входятъ въ составъ предпосылокъ нормы (S. 15; S. 153—154); однако указываетъ на намѣренія редакторовъ герм. уложенія по возможности уменьшить случаи такихъ доказываній и принимаетъ мнѣніе Martinius'a: in dubio contra negativum (Betzinger, S. 154 и Martinius, S. 23).

значитъ, и то, какія доказательства предъявлять суду, зависитъ отъ произвола стороны: какъ судъ будетъ вмѣшиваться въ это дѣло съ своими доказательствами, вообще—съ своими средствами выяснить истину: а если заинтересованное лицо этого не желаетъ? Разъ оно не приводитъ того или другого доказательства,—разсуждаетъ доктрина,—слѣдуетъ предполагать, что оно пользоваться имъ не хочетъ,—и вольно не хотѣть, потому что не только вопросъ: доказывать или не доказывать свою правоту, но и самый вопросъ: осуществлять или нѣтъ просимое правомочіе (какъ до, такъ и послѣ суда) зависитъ отъ его личнаго благоусмотрѣнія. Въ силу изложеннаго, судъ призванъ относиться къ ходу представленія доказательствъ чисто пассивно. Его роль—безучастнаго зрителя: „одно ухо судьи подставляется словамъ истца, другое—словамъ отвѣтчика: говорите, что хотите,—мы послѣ все это взвѣсимъ, и на чью сторону перетянутъ „вѣсы правосудія", тотъ и выйдетъ побѣдителемъ" (Боровиковскій) [1]).

Однако въ противовѣсъ только что изложеннымъ разсужденіямъ можно выставить тотъ безспорный тезисъ, что *частныя лица имѣютъ право только на правильное судебное рѣшеніе.* Защиты лишь того права, которое у него было и которое дѣйствительно нарушено,—вотъ чего истецъ имѣетъ право требовать отъ государственной власти, вотъ чего онъ по общему правилу и проситъ отъ суда. Значитъ, онъ не только даетъ суду заранѣе, однимъ фактомъ обращенія къ его помощи, carte blanche, что желаетъ возстановленія права, а eo ipso и надлежащаго разслѣдованія дѣла (такія побужденія у истцовъ по большей части дѣйствительно и бываютъ), но мало того: ничего иного лицо и требовать отъ суда *не смѣетъ*, такъ какъ правъ на *неправильное* судебное рѣшеніе или на недостаточнымъ образомъ обслѣдованное, такихъ правъ у истца,—всякій согласится съ этимъ,—нѣтъ. Хочешь не возстанавливать, а видоизмѣнять свои правоотношенія: иди въ контору нотаріуса и заключай полюбовную сдѣлку съ контрагентомъ, а судъ не мѣсто для заключенія сдѣлокъ и задачи правосудія иныя: не разрушать правоотношенія, но возстановлять ихъ. Однако

---

[1]) „Отчетъ судьи", т. 3-й (VI. Дѣла мужичьи), 1894, стр. 27.

больше того: можно и предъ судомъ нормировать свои отношенія съ отвѣтчикомъ по согласію, путемъ мировой сдѣлки,— но тогда все это должно дѣлаться открыто, прямо заявляя суду, что мы, стороны, хотимъ добиваться не истины нашего прошлаго правоотношенія, но, забывъ прошлое, устроить отношенія заново, иначе. Судъ тогда выступитъ въ иной роли,—не въ роли изыскателя матеріальной истины. Словомъ, судиться, такъ судиться, мириться, такъ мириться; а смѣшивать „два эти ремесла“ можно только ко вреду ихъ обоихъ. И когда сторона проситъ возстановленія правды, воздаянія suum cuique, должна подчиниться изслѣдованію, ибо безъ него нельзя выяснить истины. И всѣ доказательства, откуда бы ни почерпнулъ ихъ судъ, всѣ требованія „доказать“, какой бы сторонѣ онъ ни адресовалъ ихъ, если дѣйствія власти направляются на выясненіе правды,—правомѣрны, такъ какъ идутъ въ пользу правой стороны, и судья, примѣняя къ дѣлу собственную иниціативу, не навязывается съ непрошенной помощью тяжущемуся, но только—исполняетъ свой долгъ. Государство должно даровать гражданамъ матеріальную истину въ своихъ рѣшеніяхъ: ни на что иное послѣдніе не имѣютъ правъ!

Но если это такъ, спросятъ насъ, то чѣмъ же объясняется приниципъ состязательности, тотъ фактъ, что тяжущіяся стороны сами собираютъ доказательства,—пусть не исключительно, но все же играя въ дѣлѣ заглавную роль? Почему онѣ, а не судъ ex officio? Вѣдь подобная дѣятельность судебной власти не только не противорѣчитъ, но скорѣе требуется задачами правосудія? Объясняется это—согласно новѣйшей нѣмецкой доктринѣ [1])—просто на просто требованіями цѣлесообразности, и именно тѣмъ, что судъ собственными силами былъ бы не въ состояніи добыть процессуальный матеріалъ въ той полнотѣ, которая желательна [2]). Гражданское правонарушеніе не оставляетъ послѣ себя столь явственныхъ слѣдовъ, какъ уголовная неправда: и обнаружить его суду безъ посредства сторонъ трудно, если не не-

---

[1]) Ср. R. Pollak, Zur Lehre von der Stoffsammlung, 1901; у него приведена и литература вопроса.

[2]) R. Schmidt, Die aussergerichtlichen Wahrnehmungen des Prozessrichters, 1892, S. 11.

возможно. Извѣстно, какую подчасъ услугу и уголовной юстиціи оказываютъ частные обвинители: въ гражданскихъ дѣлахъ частная подмога прямо таки необходима. Тяжущіеся заключали правоотношеніе, между ними же разыгралась гражданская неправда: ключи отъ истины въ рукахъ самихъ участниковъ дѣла. Далѣе, надежнѣе поручить собираніе доказательствъ самимъ сторонамъ, для которыхъ здѣсь вопросъ выигрыша или проигрыша процесса: труднѣе было бы заинтересовать въ этомъ чиновника, хотя бы въ виду сухости гражданскихъ тяжбъ и маловажности интересовъ, ихъ обыкновенно порождающихъ. Это не уголовные процессы, завлекающіе судей то сложностью фабулы, то личностью преступника, то важностью совершеннаго дѣянія, взволновавшаго правовое чувство и судей, и общества [1]). Нѣтъ подстрекающаго стимула для судей и во вниманіи публики, падкой на уголовные процессы.

Итакъ, основанія состязательности — цѣлесообразность, безсиліе суда собрать доказательства собственными средствами. Но почему законъ отводитъ первую роль въ этомъ дѣлѣ тяжущимся, а не суду, почему обязываетъ непремѣнно ихъ добывать процессуальный матеріалъ, а не ставитъ частныя лица сзади судейской дѣятельности, какъ это имѣетъ мѣсто относительныхъ частныхъ обвинителей въ уголовномъ процессѣ? Судъ пользуется ихъ помощью, которая драгоцѣнна, однако собираетъ матеріалъ для обвиненія ex officio.... Нѣтъ, опытъ показалъ, что только поручивъ защиту собственныхъ частныхъ интересовъ полной ихъ самодѣятельности, можно побудить частныя лица къ энергичному отстаиванью на судѣ своихъ правъ во всеоружіи собранныхъ фактовъ: иначе лѣнивая небрежность и покойная увѣренность, что дѣломъ ихъ занятъ самъ судъ, дѣйствуютъ черезчуръ усыпительно.

---

[1]) А сколько маловажныхъ и уголовныхъ процессовъ разрѣшается судьями кое-какъ, спустя рукава, именно въ силу своего обыденнаго, будничнаго характера (какая-нибудь кража у торговки незначительныхъ по стоимости предметовъ, пусть даже „третья“ или „со взломомъ“)! Явленіе, представляющее argumentum a contrario для уголовнаго правосудія: въ этой области подобное судейское отношеніе къ дѣлу стало бы вещью обычной, если бы создать не состязательное, а слѣдственное судопроизводство.

Но отъ второстепенной роли въ отыскиваніи доказательствъ до полной бездѣятельности и пассивности суда еще далеко: судья долженъ помнить, что его миссія—въ разслѣдованіи *матеріальной* истины, и что онъ призванъ использовать для нея всѣ дозволенныя закономъ средства. Пусть тяжущійся не пользуется тѣми или другими правами для отстаиванія своихъ интересовъ: это далеко не значитъ, что онъ *не хочетъ*, а чаще—что *не умѣетъ* ими пользоваться, не знаетъ о своихъ правахъ. И во всякомъ случаѣ, прежде чѣмъ заключать о нежеланіи, надо очень тщательно удостовѣриться въ этомъ,—путемъ распросовъ; а презумпція никогда не должна быть за то, что, если не пользуется,—значитъ не желаетъ: обратившись къ суду, тяжущійся, повидимому, достаточно засвидѣтельствовалъ свое намѣреніе защищаться, отстаивать свои права, а не поступаться ими [1]).

Выводить полную пассивность суда изъ предполагаемаго нежеланія стороны отстаивать свою правоту, на что каждый правообладатель имѣетъ безграничное право, болѣе чѣмъ неосновательно. Да если бы на вопросъ проигравшаго споръ лица: „почему судъ не потрудился самъ войти въ мое положеніе, самъ вникнуть, чье дѣло правое?“—теоретикъ отвѣтилъ ему: „а откуда же суду знать, можетъ быть, ты хочешь распорядиться спорнымъ правомъ какъ-нибудь иначе, а не въ смыслѣ его охраны? можетъ быть, разсчитываешь подарить его противнику?“—то навѣрное „носитель частной автономіи“ подумалъ бы, что собесѣдникъ неумѣстно и зло смѣется надъ нимъ, а не формулируетъ одинъ изъ основныхъ догматовъ современнаго гражданскаго процесса.

Между тѣмъ, такъ именно и поступала прежняя доктрина. Забывая, что о намѣреніи отыскивать право, а не подарить его противнику, говоритъ уже одна подача иска или вступленіе въ отвѣтъ частнаго лица, она чуть ли не въ каждомъ дальнѣйшемъ шагѣ этой стороны въ процессѣ готова была презумировать ея намѣреніе „свободно распо-

---

[1]) Боровиковскій, l. c., стр. 27: „Нѣтъ, судья, отличай нежелающаго—отъ неумѣющаго отстаивать свое право. Къ нежелающему будь равнодушенъ, а неумѣющему помоги. Это святая обязанность судьи. Этого требуетъ отъ судьи законъ“....

рядиться“ спорнымъ правомъ во вредъ его охранѣ [1]). Съ этой точки зрѣнія нормальной формой гражданскаго процесса являлись бы тѣ процессы-сдѣлки (какъ, напримѣръ, римская in jure cessio), которыя представляютъ именно злоупотребленія формой судебной процедуры для постороннихъ договорныхъ цѣлей, и которыя, поскольку ими прикрываются противозаконныя сдѣлки, современная доктрина не признаетъ дѣйствительными [2]). И судебная власть должна вооружиться полнымъ вниманіемъ, чтобы не закрѣплять подобныхъ процессовъ-сдѣлокъ санкціей судебнаго рѣшенія [3]).

Предыдущія разсужденія, которыя не казались намъ излишними или слишкомъ подробными особенно въ виду того, что правильные взгляды на истинную природу состязательнаго начала пока не успѣли привиться въ нашей русской литературѣ [4]), можетъ быть, убѣдили, что судья обреченъ на пассивность не безусловно. Его задача—найти матеріальную истину, и онъ долженъ стремиться къ этому всѣми средствами, которыми вооружаетъ его законъ. Нашъ уставъ даетъ судьѣ широкое право: возможность пополнять недостающія доказательства при посредствѣ самихъ же тяжу-

---

[1]) См. Schneider, Ueber richterliche Ermittelung und Feststellung, 1888, S. 23 ff.; Klein, Pro futuro, 1891, S. 10 ff.; R. Pollak, Gerichtliches Geständniss, 1893, S. 73 ff.; Menger, Das bürgerl. Recht und die besitzlosen Volksklassen, Arch. f. sociale Gesetzgebung und Statistik, Bd. II (1889) S. 21.

[2]) См. объ этомъ Sintenis, Der Simulirte Prozess, Z. f. C. P., Bd. 30.

[3]) Это отлично понялъ здравымъ чутьемъ тонкаго практическаго юриста Боровиковскій: см. многія изъ его разсужденій въ „Отчетѣ судьи“, т. I (1891) стр. 259—279.

[4]) Голоса въ пользу судебной иниціативы раздавались больше со стороны практиковъ (Садовскій, Журн. Гражд. и Угол. Пр., 1892 г., кн. 7, въ особенности—стр. 25; Рейчке, О самодѣятельности суда въ состязательномъ процессѣ, Ж. М. Ю., 1895 г., № 11; Туткевичъ, Ж. М. Ю., 1897 г., № 2, стр. 45—50; Змирловъ, ib., стр. 128—145; Краевскій, Практическія замѣтки о свойствахъ состязательнаго начала въ гражданскомъ судопроизводствѣ, 1897, стр. 38—53), нежели теоретиковъ; см. однако Гредескулъ, Къ оцѣнкѣ теоріи состязательнаго начала въ гражданскомъ процессѣ, въ Журн. С.-Петерб. Юрид. Общества, 1898 г. №№ 2 и 3, въ особенности стр. 78—84 (№ 2) и 52—55 (№ 3). Contra—Гольмстенъ, Состязательное начало гражданскаго процесса въ теоріи и въ русскомъ законодательствѣ (Юрид. изслѣдованія и статьи, 1894),—въ особенности, стр. 407—408.

щихся, воздѣйствуя на нихъ въ искомомъ направленіи. А именно: если судъ находитъ, что по нѣкоторымъ изъ приведенныхъ сторонами обстоятельствъ, существеннымъ для разрѣшенія дѣла, не представлено доказательствъ, то объявляетъ объ этомъ тяжущимся и назначаетъ срокъ для разъясненія вышеозначенныхъ обстоятельствъ (ст. 368 у. г. с.) [1]).

Но если такая власть суда не только что не противорѣчитъ состязательному началу, но вполнѣ согласуется и даже вызывается имъ [2]), тогда совершенно становится непонятнымъ, почему quod non in actis non in mundo для судьи? Это естественно при догматѣ полной пассивности суда: истина должна быть найдена въ очерченномъ состязаніемъ сторонъ кругѣ доказанныхъ фактовъ,—за заколдованную черту выходить нельзя; анализируя доставленный матеріалъ, судъ не разсуждаетъ, а сортируетъ факты по рубрикамъ законодательныхъ нормъ; подойдетъ совокупность фактовъ подъ одну рубрику,—condemna, подъ другую—absolve. О томъ, что помимо доказанныхъ фактовъ могутъ существовать другіе, хотя и не доказанные, онъ не задумывается вовсе: рефлексія нарушала бы служебный долгъ. Но если догматъ полной пассивности суда падаетъ и мы признаемъ судью обязаннымъ заботиться о выясненіи матеріальной истины всѣми зависящими отъ него мѣрами, впрочемъ, не выходя изъ поставленныхъ закономъ рамокъ, то что мѣшаетъ ему потребовать дополнительныхъ доказательствъ отъ истца, который доказалъ возникновеніе у себя права требованія къ отвѣтчику, но не установилъ отсутствія платежа долга? Самъ по себѣ, судья имѣлъ бы право обязать истца къ доставленію этихъ доказательствъ, принципъ состязательности не мѣшаетъ ему распредѣлять доказательства между сторонами, какъ онъ считаетъ за лучшее. И если судья все-таки разбиваетъ ихъ такимъ образомъ, что Fitting нашелъ возможнымъ говорить о презумпціи въ пользу продолжающагося

---

[1]) Въ этомъ смыслѣ толкуетъ ст. 368 Боровиковскій, Отчетъ судьи, т. III, стр. 30—31.

[2]) Въ качествѣ необходимаго корректива для правила: судъ ни въ какомъ случаѣ не собираетъ самъ доказательствъ или справокъ, а основываетъ рѣшенія на доказательствахъ, представленныхъ тяжущимися (ст. 367 уст. гр. суд.).

дѣйствія обязательствъ, которыхъ возникновеніе доказано, то ясно, что, поступая такъ, судъ вовсе не подчиняется принципу состязательности, но опредѣляется въ своей дѣятельности какими то совершенно посторонними постулятами.

Изъ сказаннаго слѣдуетъ тотъ выводъ, что „теоріи нормъ“ снова не удалось разрѣшить своихъ проблемъ и при помощи состязательнаго начала, неправильно понятаго, какъ принципъ абсолютной пассивности гражданскаго суда, и нашедшаго себѣ неподходящую вовсе формулировку въ тезисѣ: quod non in actis, non in mundo.

Передъ той же проблемой: какой отрывокъ изъ пересѣкающейся сѣти правовыхъ нормъ долженъ доказать со стороны ихъ фактическихъ предпосылокъ истецъ,—и въ частности, переходъ законодателя къ отрицательной редакціи при перечисленіи необходимыхъ условій для примѣненія нормы знаменуетъ ли перемѣщеніе тяжести доказываній на отвѣтчика,—останавливается въ свою очередь и Kress [1]).

Чтобы съ чистой совѣстью сдѣлать выводъ о наличности всѣхъ признаковъ, при которыхъ законъ по поводу даннаго правоотношенія обращаетъ къ отвѣтчику искомый императивъ: „плати“ или „сдѣлай“, для этого судья долженъ былъ бы провѣрить много и много фактовъ; долженъ убѣдиться, что такая то норма подлежитъ примѣненію, какъ доказанная въ своихъ основаніяхъ; такія то могли бы имѣть неблагопріятное для статьи истца дѣйствіе, но непримѣнимость ихъ внѣ сомнѣній, такъ какъ установлено отсутствіе тѣхъ и этихъ фактическихъ моментовъ; прочихъ же „приличныхъ къ дѣлу узаконеній“, какъ выражались у насъ встарь, во всемъ законодательствѣ не имѣется [2]). Но установить примѣнимость двухъ—трехъ нормъ, и то не легкая задача; доказать же сверхъ того еще и неприложимость всѣхъ остальныхъ статей дѣйствующаго права, какія только можетъ выдвинуть съ цѣлью защиты недобросовѣстный отвѣтчикъ,—отсутствіе недѣеспособности, сумуляціи, шутки, угрозы и принужденія, недозволеннаго закономъ мотива, платежа, обѣщанія простить долгъ и т. д., и т. д.,—значитъ испол-

[1]) Kress, Zur Lehre von der Beweislast nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche (1899), S. 8–11.

[2]) См. Betzinger, Die Beweislast, 1904 (2-е изд.) S. 37.

нить одинъ изъ 12-ти подвиговъ, выпавшихъ нѣкогда на долю Геркулеса.

Надо поискать выхода изъ затрудненія: несомнѣнно, что истецъ обязанъ доказать только нѣкоторыя изъ своихъ ссылокъ на статьи дѣйствующаго законодательства; а указанія отвѣтчика на другія статьи иногда будетъ уже доказывать онъ самъ.

Какіе же факты изъ относящихся къ своему притязанію положительнаго и отрицательнаго характера, или, другими словами,—примѣнимость какихъ нормъ съ фактической стороны призванъ доказывать истецъ? Истецъ долженъ установить комплексъ фактовъ, по крайней мѣрѣ (minimum) въ такомъ объемѣ, отвѣчаетъ авторъ, чтобы матеріальное право связывало съ ихъ присутствіемъ хотя бы одну возможность наличнаго существованія правопритязанія у лица (S 51—52).

Было ли условіе, или его не было въ договорѣ, для судьи non liquet: но вѣдь, если бы его не было, если бы фактовъ, изъ которыхъ слагается соглашеніе объ условіи не существовало, законъ связывалъ бы съ остальными—доказанными истцомъ—фактами право требованія у кредитора? Былъ ли дѣеспособенъ контрагентъ, неизвѣстно: но вѣдь если бы фактовъ, обосновывающихъ несовершеннолѣтіе, не было, законъ соединялъ бы съ прочими, доказанными уже фактами, правомочіе у истца?

И наоборотъ, въ искѣ о condictio indebiti отсутствіе долга non liquet; однако это такой существенный моментъ, что въ доказанныхъ уже фактахъ: платежѣ долга въ увѣренности, что получающій деньги есть кредиторъ, матеріальное право не видитъ еще и тѣни возможности признать, что одни эти факты, даже если ихъ не устраняетъ другой рядъ привходящихъ обстоятельствъ, могли бы оправдать требованіе истца о возвратѣ недолжно уплаченнаго.

Такимъ образомъ, центръ тяжести своего ученія Kress кладетъ въ матеріальное право. Надо анализировать внутренній смыслъ нормъ,—чтобы узнать этотъ „минимальный составъ фактическихъ предпосылокъ“, созданный законодателемъ для примѣненія каждой статьи. Въ германскомъ гражданскомъ уложеніи интерпретаціи помогаетъ то, что составители его обратили особое вниманіе на внѣшній способъ расположенія сво-

ихъ нормъ, указавъ особые пріемы, которыхъ они будутъ держаться, и, руководствуясь которыми, интерпретаторъ уже по структурѣ фразы будетъ въ состояніи узнать, на кого (отвѣтчика или истца) хотѣлъ законодатель возложить onus probandi.

Почему же останавливается процессуальная наука на этомъ этапномъ пунктѣ, почему ограничивается требованіемъ въ качествѣ thema probandum отъ истца „минимальнаго состава" фактовъ—условій для примѣненія закона? Исключительно по соображеніямъ цѣлесообразности,—пишетъ авторъ [1]). Можно было бы, разсуждая отвлеченно, взять нѣсколько принциповъ для разграниченія: кромѣ описаннаго тотъ масштабъ, чтобы по одну сторону—на обязанности истца—лежали всѣ основанія возникновенія права, положительныя и отрицательныя: наличность фактовъ, потребныхъ для возникновенія права въ прошломъ, и отсутствіе моментовъ, могущихъ препятствовать его появленію ex tunc; тогда по ту сторону доказыванія, т. е. на обязанности отвѣтчика, расположатся факты, прекратившіе возникшую уже у истца претензію [2]) Третій масштабъ возложилъ бы onus probandi всѣхъ обстоятельствъ безразлично, какъ наличности фактовъ, породившихъ, такъ и отсутствія уничтожившихъ бывшее у истца право,—на одного истца исключительно (probatio diabolica). Если второй и третій масштабы явно негодны, то остается въ распоряженіи юриспруденціи одинъ первый, на которомъ и останавливается Kress.

Авторъ правъ, какъ увидимъ, въ томъ отношеніи, что соображенія цѣлесообразности, точнѣе—цивильной политики, представляютъ единственный руководящій маякъ для распредѣленія обязанности представленія доказательствъ между сторонами. Но масштабовъ больше, чѣмъ онъ воображаетъ,—и почему всѣ другіе негодны, это требуетъ подробныхъ правно-политическихъ обоснованій. Напримѣръ, въ той же нѣмецкой литературѣ, кромѣ такъ называемой „теоріи возраженія", которую исповѣдуетъ Kress, имѣется еще и „теорія

[1]) S. 52—53.

[2]) Интересно. что этими именно чертами описываетъ теорію отрицанія Litten (Krit. Viertel., B. IX (1904) S. 299).

отрицанія". Это та самая, которая держится второго масштаба въ ученіи о распредѣленіи доказательствъ,—изъ тѣхъ трехъ, описанныхъ Kress'омъ. Почему она можетъ дать менѣе удовлетворительный критерій, неясно. Вся разница на первый взглядъ въ томъ, что послѣдняя доктрина, вмѣсто того, чтобы исходить изъ предпосылокъ „теоріи нормъ" и поставить въ главу угла скрижали положительнаго права, поклоняясь ихъ внѣшней редакціи („въ началѣ бѣ слово"), оперируетъ скорѣе съ реквизитами правоотношенія [1]).

Kress правъ въ томъ смыслѣ, что, вращаясь въ кругу идей, съ которыми сжилась „теорія нормъ", взять иного масштаба, чѣмъ взялъ онъ, и нельзя. Если высшій принципъ ученія—въ анализѣ нормъ, то слѣдуетъ смотрѣть только непредубѣжденными глазами на текстъ писаннаго права и изъ его истолкованія стараться извлечь волю законодателя по вопросу о распредѣленіи доказательствъ. Никакихъ руководящихъ изслѣдованіемъ принциповъ, чтобы помочь интерпретатору въ его задачѣ пониманія законодателя, выставить здѣсь нельзя. Хорошо только, что составители германскаго уложенія заранѣе дали себѣ слово приноравливать редакцію своихъ матеріальныхъ нормъ спеціально къ интересующей насъ задачѣ. Другіе кодификаторы создавали матеріальное право безъ всякаго соотношенія къ вопросу объ обязанностяхъ доказыванія. Здѣсь найти волю законодателя и отвѣтить на вопросъ, какъ хотѣлъ онъ раздѣлить onera probandi невозможно уже потому, что такой воли не было вовсе.

Почти къ тѣмъ же выводамъ, какъ Kress, приходитъ другой представитель теоріи „нормъ", Betzinger. Его книга [2]) вышла теперь уже вторымъ изданіемъ, въ которомъ онъ нѣсколько измѣнилъ способъ обоснованія своихъ идей; этотъ авторъ вмѣстѣ съ Rosenberg'омъ можетъ считаться однимъ изъ главныхъ защитниковъ излагаемой доктрины.

Betzinger исходитъ изъ той посылки, что каждой нормѣ соотвѣтствуетъ въ видѣ антитезы другая норма, отрицающая

---

[1]) См., напр., R, Schmidt, Lehrbuch, 1898, S. 446 и 143, и тѣ упреки, которые онъ дѣлаетъ съ этой стороны теоріи Fitting'a (446 стр.).

[2]) Die Beweislast im Civilprozess (1894 г.); во второмъ изданіи (1904 г.) прибавлены къ предыдущему заглавію слова: mit besonderer Rücksicht auf das Bürgerliche Gesetzbuch.

дѣйствіе первой (Gegennorm) [1]). Это такая статья, „которая въ составѣ своихъ предпосылокъ заключаетъ всѣ или нѣкоторыя изъ предположеній главной нормы, но присоединяетъ къ нимъ еще новый, логически совмѣстимый съ признаками основной статьи, однако спеціализирующій правоотношеніе элементъ,—и которая въ конечномъ итогѣ парализуетъ дѣйствіе перваго закона [2]). Напримѣръ, главная норма (§ 459 герм. гр. ул.): „За недостатки вещи отвѣчаетъ продавецъ“, а „норма обратнаго дѣйствія“ (Gegennorm): „Но за извѣстные контрагенту при покупкѣ вещи недостатки продавецъ не отвѣчаетъ“ (§ 460 тамъ же). Каждую норму могутъ сопровождать нормы „дополнительныя“ (Ergänzungsnormen), поясняющія содержаніе ея, развертывая техническое понятіе, тамъ употребленное, въ опредѣленную дефиницію [3]).

Нормы „обратнаго дѣйствія“ могутъ непосредственно примыкать къ основной нормѣ, составляя ея антитезу, но могутъ,—такъ какъ относятся къ огромному числу нормъ въ качествѣ общаго коррелята,—быть помѣщены въ общей части законодательнаго кодекса во вниманіе къ удобству расположенія матеріала [4]). Это не мѣняетъ ихъ смысла, хотя и затрудняетъ нѣсколько пользованіе ими для нашихъ цѣлей.

Есть, наконецъ, „нормы съ обратнымъ дѣйствіемъ“—скрытыя. Онѣ не выражены въ законѣ expressis verbis, онѣ подразумѣваются [5]): но для правильнаго распредѣленія доказываній между сторонами слѣдуетъ поставить ихъ explicite. Такова для германскаго уложенія норма, что въ договорномъ правѣ jus dispositivum privatorum pactis mutari potest.

Нечего и говорить, что по мнѣнію Betzinger'a составъ главной нормы доказываетъ истецъ, признаки нормы, парализующей дѣйствіе первой, устанавливаетъ отвѣтчикъ.

---

[1]) S. 6.

[2]) S. 6 (№ 10).

[3]) S. 7—10.

[4]) Таковы—перечисляющія общія основанія недѣйствительности сдѣлокъ (напр., вслѣдствіе недѣеспособности, контрагентовъ, ошибки, обмана, принужденія, шутки) и общіе способы прекращенія договоровъ (исполненіемъ, зачетомъ, въ силу pactum de non petendo, contrarius dissensus и проч.) S. 10—11.

[5]) S. 11.

Затрудненіе возможно въ томъ случаѣ, когда норма главная соединена со своей антитезой въ одно грамматическое предложеніе, какъ это нерѣдко бываетъ: „condemna, если есть на лицо такіе то признаки и если нѣтъ такихъ то“. Здѣсь можетъ возникнуть недоумѣніе, слѣдуетъ ли считать отрицательное условіе однимъ изъ необходимыхъ признаковъ для примѣненія статьи, или, наоборотъ, развернуть его въ самостоятельную норму, парализующую дѣйствіе предыдущаго императива: въ первомъ случаѣ negativa доказываетъ истецъ, а во второмъ—составъ второй нормы устанавливаетъ отвѣтчикъ [1]). Принципіальныхъ указаній сдѣлать, разумѣется, невозможно: вопросъ разрѣшается интерпретаціей, въ руководство которой авторъ даетъ нѣсколько стилистическихъ директивовъ [2]).

Для примѣненія извѣстной статьи надобно, чтобы было установлено существованіе тѣхъ признаковъ, отъ которыхъ зависитъ дѣйствіе императива: condemna, опредѣляющаго декретъ судьи по адресу даннаго субъекта, находящагося въ такой то фактической обстановкѣ. Для этого слѣдуетъ удостовѣриться, что къ его позиціи въ процессѣ не должны имѣть примѣненія никакія другія статьи: что она не парализуется въ своемъдѣйствіи рядомъ иныхъ нормъ съ императивомъ: absolve. Пришлось бы или провѣрить нескончаемую цѣпь фактовъ (probatio diabolica), или безъ этой операціи вынести сторонамъ единственно возможное для судьи рѣшеніе: что данный истецъ, можетъ быть, и имѣетъ право на присужденіе претензіи [3]).

Что же сводитъ процессуальную машину съ этой мертвой точки, что даетъ выходъ изъ затрудненія?

---

[1]) S. 12.

[2]) S. 12—18. Напр., когда вторая половина статьи соединена съ первой словами: wenn, или insofern, insoweit и т. д., и отрицаніе nicht примыкаетъ къ названнымъ союзамъ непосредственно, то имѣется Gegennorm; если же между wenn и nicht помѣщается цѣлый рядъ словъ, то слѣдуетъ интерпретировать законъ, какъ одну статью (хотя не безъ исключеній въ ту и другую сторону). Впрочемъ, Wach (Z. f. C. P., Bd. 29, S. 374 ff.), Dernburg (Das bürgerl. Recht, I, S. 19, 27 Nr. 6) и Leonhard, §§ 29—34, отвергаютъ эти редакціонные директивы для интерпретаціи, какъ „искусственные“. Contra—Planck, B. G. B., I, S. 50.

[3]) S. 35—38.

Извѣстныя границы поставлены судебному изслѣдованію, отвѣчаетъ Betzinger: Aberkennungsschranken,—въ силу которыхъ суду достаточно установить „минимальный составъ признаковъ“ для данной статьи (Mindest-Tatbestand),—тотъ составъ, который заполняетъ ея содержаніе, какъ таковой нормы. Въ отсутствіи моментовъ, которые входятъ въ составъ нормы съ противоположнымъ императивомъ, незачѣмъ удостовѣряться суду,—такъ какъ отсутствіе ихъ лежитъ внѣ рамокъ содержанія главной нормы, той, примѣненіи которой проситъ истецъ. На дальнѣйшій вопросъ, чѣмъ оправдывается подобное размежеваніе круга дѣйствія нормъ,—авторъ отвѣчаетъ такъ: оно развилось уже въ gemeines Recht изъ воззрѣнія на процессъ, какъ на борьбу сторонъ; оно вытекаетъ изъ необходимости ограниченія судебнаго анализа,—наконецъ, установилось въ судебной практикѣ [1]), хотя и не нашло выраженія въ законодательствѣ,—по крайней мѣрѣ, expressis verbis [2]) (S. 39—40).

Исключительно съ вопросомъ о томъ, подходятъ ли конкретныя обстоятельства даннаго спора подъ дѣйствія желательныхъ сторонамъ императивовъ, долженъ считаться судья и тогда, когда устанавливаетъ фактическую сторону дѣла: тутъ границу его пытливости полагаетъ состязательность [3]).

Въ конечномъ анализѣ Betzinger опирается, такимъ образомъ, на писанное или на обычное право, которое однако не вполнѣ оправдываетъ его взгляды.

Общую критику исходной точки зрѣнія автора мы откладываемъ до заключенія настоящей главы.

Близко подходитъ къ воззрѣніямъ Kress'a и Betzinger'a—Rosenberg, наиболѣе яркій и талантливый представитель „теоріи нормъ“ [4]).

---

[1]) Въ которой однако, какъ сознается самъ Betzinger, держится „теорія отрицанія“: S. VII предисловія ко 2-му изданію: „In der Rechtssprechung herrscht nach wie vor fast durchweg die Leugnungstheorie“. Ср. еще стр. 111.

[2]) Хотя Betzinger и находитъ нѣкоторыя слабыя опоры въ дѣйствующемъ правѣ (S. 40).

[3]) S. 40. Какъ мы видѣли, въ дѣйствительности состязательность не оправдываетъ подобнаго вывода.

[4]) Особенно его послѣднюю статью, посвященную казуистикѣ квалифицированнаго признанія, высоко ставятъ даже критики изъ про-

Онъ отвергаетъ для своего ученія и принципъ состязательности [1]), и правило: negativa non probantur [2]), и мнимую презумпцію Fitting'a [3]). Надобно искать критерія для распредѣленія доказательствъ единственно въ матеріальномъ правѣ. Стороны просятъ въ процессѣ о примѣненіи къ спору желательнаго каждой императива (condemna или absolve); судья примѣняетъ тотъ или другой законъ, смотря по тому, доказаны или нѣтъ его предпосылки [4]). Но одинъ изъ фактовъ, съ которыми законодатель связываетъ примѣнимость закона, является недоказаннымъ, *сомнительнымъ*, хотя и не безусловно невозможнымъ: которая изъ сторонъ потеряетъ отъ этого процессъ? Именно та, которой примѣненіе *непримѣнимаго* въ данномъ случаѣ императива было желательно [5]). А если такъ, то на ней и лежитъ „бремя" установленія соотвѣтствующихъ фактовъ (Feststellungslast) [6]),—ей угрожаютъ невыгодныя послѣдствія (periculum, last) судейскаго: non liquet.

Такимъ образомъ, надобно тщательно отдѣлить тѣ признаки, съ наличностью которыхъ законодатель связываетъ для каждаго правового конфликта императивъ извѣстнаго содержанія, („si paret....., condemna"). Отвѣтъ дается интерпретаціей матеріальнаго права; путемъ толкованія можно и слѣдуетъ открыть, сколько признаковъ надобно для дѣйствія каждой нормы [7]) Велѣнія матеріальнаго права нужно

тивоположнаго научнаго лагеря. Ср. Litten, Krit. Viert., Bd. IX (1904) S. 296 Anm. 2. Я излагаю воззрѣнія Rosenberg'a преимущественно на основаніи этой журнальной статьи (Zur Lehre vom sog. qualifizierten Geständnisse, Archiv für die Civilistische Praxis, Bd. 44, 1903), въ которой авторъ сказалъ свое послѣднее слово.

[1]) S. 6—7.

[2]) См. цѣлую рецензію, посвященную опроверженію Martinius'a въ Z. f. C. P., B. 32 (1904).

[3]) См. Archiv, S. 23.

[4]) Archiv, S. 4.

[5]) S. 6.

[6]) Выраженіе, которое употребляетъ здѣсь Rosenberg вмѣсто onus probandi (Beweislast), какъ непріуроченное ни къ какой спеціальной формѣ судопроизводства, годное и для слѣдственнаго, и для состязательнаго процесса. Archiv, S. 8 Anm. 6 (S. 9).

[7]) S. 11—12.

расположить въ такой послѣдовательности (если этого не сдѣлалъ самъ законодатель), чтобы можно было видѣть, какъ отъ наличности или отсутствія отдѣльныхъ признаковъ императивъ condemna мѣняется на absolve, и т. д. [1]). Рядъ взаимно связанныхъ этой цѣпью нормъ расположится, относясь другъ къ другу, какъ правило къ исключенію [2]).

Послѣ сказаннаго ясно, что пріемы процессуалиста въ существенныхъ чертахъ разнятся отъ анализа судебнаго казуса съ чисто цивилистической точки зрѣнія. Послѣдняя соединяетъ въ одну кучу всѣ признаки, положительнымъ или отрицательнымъ образомъ вліяющіе на бытіе права: и считаетъ послѣднее тогда только осуществимымъ, когда всѣ благопріятные моменты на лицо и ни одного изъ вредныхъ не оказалось. Процессуалистъ довольствуется только наличностью такихъ фактическихъ предпосылокъ, чтобы законъ соединялъ съ ними дѣйствіе нормы, на которую сторона ссылается [3]): законъ будетъ примѣненъ, хотя бы относительно прочихъ фактовъ, быть можетъ, дѣйствительно имѣвшихъ мѣсто, судья долженъ былъ признаться себѣ: non liquet.

Заканчиваемъ разсужденія автора его собственными словами: „Все, что отъ права мы видимъ въ мірѣ реальностей, есть *факты*, съ которыми законъ соединяетъ возникновеніе права. Разъ этого рода факты установлены, умозаключеніе къ наличности права неопровержимо. Задержка въ осуществленіи или уничтоженіе такимъ образомъ возникшаго права являются опять-таки слѣдствіемъ другихъ фактовъ, съ которыми законъ связываетъ подобное дѣйствіе. Сообразно сказанному, истецъ осуществляетъ свое право не какъ живущее еще въ данный моментъ нѣкое существо,— свое притязаніе не какъ дѣйствительно возникшее въ прошломъ и еще не прекратившееся въ настоящее время,— нѣтъ, его требованіе направляется только на то, чтобы судья

[1]) S. 16.

[2]) S. 17 Anm. 16. Эта мысль составляетъ также основную точку зрѣнія Sattelmacher'a, S. 48—49, при чемъ однако авторъ думаетъ, что она можетъ быть развернута въ правило: affirmanti non neganti incumbit probatio (S. 54),

[3]) S. 17—19.

[4]) Zur Lehre vom sog. qualifizierten Geständnisse, Archiv für die Civilistische Praxis, Bd. 44 (1903) S. 21.

установилъ, что дѣйствіе отдѣльной („правопроизводящей“ по нашей терминологіи) статьи должно наступить,—императива, который даетъ ему искомое право къ отвѣтчику. Для своей цѣли ему достаточно изложить только тѣ фактическія утвержденія, которыя составляютъ фактическія предпосылки именно этой нормы. Остальные факты, имѣющіе вліяніе на бытіе права, будетъ приводить на судѣ отвѣтчикъ, если онъ желаетъ, чтобы ихъ принялъ въ расчетъ судья. Такимъ образомъ, выставляемое истцомъ утвержденіе, что ему принадлежитъ осуществляемое по суду право, и противоположное заявленіе отвѣтчика требуется разложить,—какъ химическое соединеніе на составные элементы,—на отдѣльныя фактическія составныя части, которыя дѣлали бы возможнымъ заключеніе въ пользу существованія или отсутствія права“.

Нашу критику общихъ основныхъ положеній автора, которая вообще можетъ быть названа критикой принципіальной базы „теоріи нормъ“, и обращена противъ всего научнаго направленія, характеризуемаго этимъ лозунгомъ, мы оставляемъ для заключенія настоящей главы.

Теперь остается разобрать въ частности попытку Rosenberg'a, направленную на разрѣшеніе одной изъ намѣченныхъ выше проблемъ, разрѣшеніе которыхъ мучитъ „теорію нормъ“. Вопросъ идетъ все о томъ же затрудненіи понять законодателя, если онъ на ряду съ положительными признаками для примѣненія своей статьи перечисляетъ и отрицательные: хотѣлъ ли онъ помѣстить отрицательный моментъ тоже въ число основныхъ элементовъ для бытія выводимаго изъ нормы права, или изъ этихъ отрицателныхъ признаковъ интерпретація должна сдѣлать новую норму,—исключающую дѣйствіе первой, и дающую матеріалъ для доказываній со стороны отвѣтчика?

Rosenberg [1]) несогласенъ съ положеніемъ Fitting'a, будто negativa non probantur; онъ приводитъ изъ гражданскаго уложенія самъ нѣсколько примѣровъ того, что законъ требуетъ

---

[1]) Die Beweislast nach der Civilprozessordnung und dem Bürgerlichen Gesetzbuche, 1900, S. 117.

установленія предъ судомъ чисто отрицательныхъ обстоятельствъ: такъ, „объявленіе лица умершимъ допускается, если въ теченіе 10 лѣтъ *не* получено никакого извѣстія о существованіи безвѣстно отсутствующаго“ (§ 14 BGB); [1]) „судно предполагается погибшимъ, если оно *не* прибыло въ мѣсто своего назначенія, а когда таковое не было опредѣлено, если *не* возвратилось“ (§ 16 ib.); „кредиторъ просрочиваетъ (mora creditoris), когда онъ не принимаетъ предложеннаго исполненія“ (§ 293 ib.). И т. д.

Тѣмъ не менѣе, Rosenberg допускаетъ необходимость для истца доказывать отрицательныя условія примѣненія закона, когда разумѣются подъ negativa—чисто фактическія обстоятельства [2]). Если же идетъ рѣчь о юридическихъ послѣдствіяхъ (Rechtswirkungen), о существованіи или отсутствіи правоотношеній, о наличности или недостаткѣ предпосылокъ извѣстнаго юридическаго понятія, [3]) тогда отрицательные моменты не подлежатъ доказыванію,—противоположныя юридическія послѣдствія положительнаго характера должны быть установлены тѣмъ, кто желаетъ спастись отъ дѣйствія соотвѣтствующей нормы, ибо въ противномъ случаѣ отрицательные элементы предполагаются, donec contrarium probatur [4]).

Вотъ почему Rosenberg въ искѣ о возвращеніи недолжно уплаченнаго возлагаетъ onus probandi на отвѣтчика—мнимаго кредитора [5]): по нашему мнѣнію одного этого вывода достаточно, чтобы довести всякую юридическую конструкцію ad absurdum.

Помимо того, нелегко распознать, что есть „чисто фактическое обстоятельство“ и гдѣ, наоборотъ, таковое служитъ

---

[1]) Цитировано по русскому переводу, помѣщенному въ Журн. Мин. Юст. за 1898 годъ.

[2]) S. 77.

[3]) Повидимому, подраздѣленіе совпадаетъ съ старинной классификаціей каноническаго процесса на negativa facti и negativa juris (впрочемъ, тамъ рубрикъ было больше; къ предыдущимъ двумъ присоединялась еще третья: negativa qualitatis; negativa facti распадались въ свою очередь на нѣсколько категорій, неодинаковыхъ съ точки зрѣнія вопроса: cujus probatio). См. выше, стр. 51.

[4]) S. 77.

[5]) S. 79.

признакомъ (предположеніемъ) юридическаго понятія. Поэтому при отрицательной формулировкѣ законодателемъ въ нормѣ, какихъ признаковъ не должно быть, чтобы она примѣнялась, трудно бываетъ сказать, о чемъ—о фактическомъ или о юридическомъ понятіи идетъ рѣчь. „Всякое понятіе, употребленное въ законѣ, есть юридическое понятіе", говоритъ Вахъ [1]); процессуалисты знаютъ, какъ нелегко отдѣлить вопросы права отъ вопросовъ факта въ теоріи и на практикѣ,— поэтому, возвращеніе къ стариннымъ рубрикамъ, казалось бы, должно считаться не упрощеніемъ, а усложненіемъ конструкціи. Rosenberg приводитъ [2]) много примѣровъ отрицательныхъ обстоятельствъ, подлежащихъ доказыванію со стороны истца: не знаю, почему нѣкоторыя изъ нихъ не счесть бы „предположеніями юридическихъ понятій", и въ этомъ смыслѣ не перенести onus probandi на отвѣтчика.

Взять хотя бы послѣдній изъ приведенныхъ у него примѣровъ: „mora creditoris наступаетъ тогда, если онъ не принимаетъ предложеннаго исполненія". Что значитъ: „непринятіе" со стороны кредитора? Развѣ это не юридическое понятіе? Во всякомъ случаѣ, точный смыслъ его можетъ быть выведенъ только изъ другихъ статей закона: это не обывательское словоупотребленіе. Напр., вопросъ: „долженъ ли должникъ съ своей стороны предпринять нѣкоторыя подготовительныя дѣйствія"? Отвѣтъ см. въ ст. 295 гр. улож. „Будетъ ли отказомъ въ принятіи, когда предложеніе исполненія дѣлается на словахъ"? См. ту же 295 статью. „Всегда ли *принятію* должно предшествовать *предложеніе*"? Обратись къ § 296 тамъ же. И послѣ этого Rosenberg утверждаетъ, будто „непринятіе" есть чисто фактическое обстоятельство! „Принадлежностью, говоритъ ст. 97 герм. гр. уложенія, признаются вещи, которыя, *не будучи* составными частями" и т. д. Между тѣмъ, „составная" часть есть техническое понятіе, опредѣленіемъ котораго заняты §§ 92—96 гр. улож. И когда покупатель на ряду съ главной вещью требуетъ ея принадлежностей, тогда по вопросу о томъ, что считать таковыми, можетъ возникнуть проблема изъ области распредѣленія дозакательствъ: кто доказываетъ въ спорѣ, есть ли данная дви-

[1]) Wach, Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung, 1896, S. 290.
[2]) Прим. 2 на стр. 117 (Die Beweislast).

жимость „составная часть“,—отвѣтчикъ или истецъ? По мнѣнію Rosenberg'a—истецъ. Однако, „составная часть“ есть чисто юридическое понятіе, рѣчь идетъ о примѣненіи къ данной движимости той или иной юридической квалификаціи, значитъ—о дѣйствіи юридическихъ нормъ, а именно §§ 93—96 гражданскаго уложенія. Пойдемъ дальше: „принадлежностью признается вещь, *которая не есть составная часть*, но находится въ связи съ главной“—такъ гласитъ законъ: или, другими словами, *къ которой не примѣняются статьи 93—96*, и которая есть кромѣ того res connexa. О чемъ же идетъ у насъ здѣсь рѣчь, кромѣ „*непримѣненія* нѣкотораго юридическаго понятія“ („составной вещи“), кромѣ исключенія дѣйствія означенныхъ юридическихъ нормъ, отсутствія среди признаковъ вещи извѣстныхъ моментовъ, которые служили бы реквизитами для приложенія чуждыхъ понятій, противоположныхъ юридическихъ квалификацій (вмѣсто квалификаціи движимости „принадлежностью“ ее пришлось бы отнести въ разрядъ „составныхъ вещей“)? А всѣ такія данныя по теоріи автора переносятъ onus probandi на отвѣтчика, освобождая отъ доказываній истца!...

„Если такой предметъ не входитъ въ составъ отданнаго въ пользованіе имущества“—это отрицательное условіе находимъ мы для примѣненія нормы въ § 1087 гр. ул.; по мнѣнію Rosenberg'a, что „не входитъ“, долженъ доказывать тотъ, кто ссылается [1]); между тѣмъ, „имущество“ есть понятіе юридическое [2]); что входитъ, и что не попадаетъ in bona,—это предметъ юридическихъ размышленій и регламентацій, между прочимъ—тѣхъ же самыхъ 93—103 статей, поскольку рѣчь идетъ о принадлежностяхъ, о недѣлимыхъ составныхъ частяхъ, о плодахъ и проч.

„Если входитъ in bona вещь, возврати, не входитъ, возмѣсти убытокъ“, повелѣваетъ законъ. На почвѣ примѣненія права поднимается споръ: „tua bona“, говоритъ о вещи одна сторона; „нѣтъ“—отвѣчаетъ другая. Почему послѣдняя обязана доказать свое отрицаніе, неизвѣстно. Развѣ рѣчь идетъ не объ отсутствіи извѣстныхъ признаковъ въ понятіи „имущества“,—т. е., не о вопросахъ строго юридической квалификаціи?

---

[1]) S. 117 Anm. 2.

[2]) То же можно сказать и о терминѣ ст. 2169 ул.: вещь, входящая въ составъ наслѣдства.

Вообще, понятія „письменнаго акта согласія“ изъ § 111, „увѣдомленія, требуемаго обычаями оборота“ по ст. 151, „предъявленія довѣренности“ въ ст. 174, и т. д.—представляютъ юридическія понятія, и оперировать съ ними, какъ съ чистыми фактами, ошибочно.

Тысячу разъ правъ Wach, что „всякое понятіе, употребленное въ законѣ, есть юридическое“, и отличить „фактическое обстоятельство“ отъ „предположеній юридическихъ понятій“ очень мудрено, если не совсѣмъ невозможно: Rosenberg самъ не умѣетъ зачастую сдѣлать этого.

Противъ метода распредѣленія между сторонами доказательствъ, принятаго т. н. „теоріей нормъ“, можно возразить многое принципіально.

Она предполагаетъ искусство sui generis писать нормы на сторонѣ кодификаторовъ. Законодатель обязанъ располагать свои нормы строго опредѣленнымъ образомъ, по тѣмъ рецептамъ, которые рекомендуются ея авторами [1]). Теорія разсчитана на то, что законы матеріальные раздѣлены на отдѣльныя статьи со спеціальною цѣлью урегулированія вопроса о распредѣленіи доказательствъ въ будущихъ процессахъ. Всѣ постороннія цѣли,—какъ, напримѣръ, стилистическаго удобства, не допускаются вовсе [2]).

---

[1]) Ср. рецензію на монографію Rosenberg'a Kisch'a, Z. f. C. P., Bd. 30 (1902) S. 535: „Sie (т. е. теорія автора) lässt sich auch höchstens unter der Voraussetzung einer systematischen Kodifizirung des Privatrechts durchführen, bei welcher allenfalls Regel und Ausnahme, generelle und besondere Sätze im Grossen und Ganzen schon äusserlich geschieden sind“. Это впрочемъ признаетъ и самъ Rosenberg, Archiv, S. 16: .....„damit eine Verteilung der Festslellungs=und Beweislast unter den Parteien möglich ist, (muss) das objektive Recht seine Sätze verschieden *bewerten* und sie bald dem Angreifer, bald dem Angegriffenen günstig gestalten“. Однако онъ думаетъ, что подобное расположеніе матеріала неизбѣжно во всякомъ гражданскомъ правѣ, и что тщательное слѣдованіе этой программѣ со стороны составителей герм. гр. уложенія только облегчаетъ задачу примѣненія права и распредѣленія между сторонами доказательствъ. S. 16; S. 13.

[2]) Между тѣмъ, даже въ герм. гр. улож. Kisch находитъ въ этомъ отношеніи ересь: ....Das Bürgerliche Gesetzbuch oft genug nur aus Grün-

Дѣйствительно, обыкновенно наличность минимальныхъ условій, нужныхъ для примѣненія закона, заключается въ одной статьѣ; исключительныя обстоятельства, устраняющія возникновеніе правъ, помѣщаются въ другой, а условія общія, такъ или иначе вліяющія на всевозможныя правоотношенія, и вовсе нормированы особо, въ общей части гражданскаго права (предполагая законодательства, слѣдующія подобно германскому уложенію пандектной системѣ).

Но то, что plerumque fit, да при томъ во вниманіе къ удобству изложенія, а не къ задачамъ разрѣшенія вопроса о доказательствахъ спеціально, не можетъ никакъ служить прочнымъ базисомъ для юридической конструкціи.

„Теорія нормъ“ рекомендуетъ открывать дѣйствіе для каждаго императива, котораго признаки установлены на судѣ,—при чемъ считаетъ то перечисленіе ихъ исчерпывающимъ для цѣли, какое законодателю удалось или пришлось замкнуть въ одну фразу-статью, произнеся этотъ отрывокъ своей мысли, такъ сказать, „однимъ духомъ“... Однако прилагать при такихъ условіяхъ норму, не задумываясь въ то же время надъ другими необходимыми ея коррелятами въ видѣ ряда иныхъ признаковъ, отъ привхожденія или отсутствія которыхъ законъ ставитъ въ зависимость новые императивы, это значило бъ примѣнять велѣнія законодателя какъ-то „покусочно“, значитъ смотрѣть не на смыслъ, а на букву закона....

Incivile est nisi tota lege perspecta una aliqua ejus particula proposita judicare vel respondere....

„Теорія приводитъ къ слишкомъ формалистической точкѣ зрѣнія, говоритъ относительно Rosenberg'a Kisch.[1]): она вынуждена перенести центръ тяжести на внѣшнюю факцію матеріально-правовыхъ предписаній“. Тотъ же упрекъ дѣлаетъ автору и Eccius [2]), обвиняя его доктрину „въ разрываніи на куски предписаній закона“ (Zerhacken der gesetz-

---

den der besseren Stoffvertheilung und der Uebersichtlichkeit Zusammenhöriges in mehrere Sätze und Paragraphen theilt. (ib. S. 535).

[1]) S. 535 (рецензія въ Z. f. C. P., Bd. 30, 1902 г.).

[2]) Gruchot's Beiträge zur Erläuterung des Bürgerl. Rechts, Bd. 46 S. 193.

lichen Vorschriften), безъ вниманія къ ихъ внутренней связи и значенію [1]).

Можно прибавить къ сказанному вмѣстѣ съ Leongard'омъ [2]), что пріемъ распредѣленія доказательствъ, здѣсь критикуемый, долженъ санкціонировать слѣдствія, съ которыми не соглашается не только communis opinio doctorum, но и сами сторонники „теоріи нормъ". Чаще всего свое предписаніе о необходимости письменной формы для сдѣлки законодатель ставитъ отдѣльно отъ перечисленія составныхъ моментовъ, характеризующихъ данное правоотношеніе, какъ таковое,—какъ договоръ поручительства, напримѣръ, въ отличіе отъ иныхъ контрактовъ. Дефиниція договора стоитъ въ одной статьѣ, а требованіе письменной для него формы—въ статьѣ особой. Дѣлается это въ интересахъ стилистическаго удобства, —не болѣе. И герм. гражд. уложеніе, на почвѣ интерпретаціи котораго выросли всѣ доктрины, во главу угла ставящія такой формальный критерій, какъ понятіе „идеальной" нормы, не представляетъ въ этомъ случаѣ исключенія. См., напр., ст. 765: „По договору поручительства поручитель обязуется передъ кредиторомъ третьяго лица отвѣчать за исполненіе послѣднимъ своего обязательства", и ст. 766: „Договоръ поручительства дѣйствителенъ только въ томъ случаѣ, если заявленіе объ установленіи поручительства было облечено въ письменную форму".

Исходя изъ „теоріи нормъ", надобно разсуждать слѣдующимъ образомъ. Когда на отсутствіе письменной формы указываетъ отвѣтчикъ, то онъ требуетъ дѣйствія особаго императива, и по „теоріи нормъ" долженъ доказать его примѣненіе, т. е. тотъ фактъ, что письменная форма не была соблюдена контрагентами. Еще явственнѣе и нагляднѣе былъ бы выводъ, если бы законодатель выразилъ свою мысль въ

[1]) См. также—Bülow, Z. f. C. P., B. 31 (1903) въ статьѣ: Klage u. Urteil, S. 268:„ Mit der Vorstellung, dass die Gesetze sich schematisch, nach Art einer Schablone „anwenden" liessen, gerät man überhaupt auf einen von der richtigen Auffassung sowohl des gesamten Privatrechts wie des ganzen Civilprozessinstituts weit abirrenden Weg, was freilich unvermeidlich ist, wenn man von der in der modernen Rechtstheorie tiefst eingewurzelten Grundvorstellung ausgeht, dass das Recht aus nicht anderem, als aus blossen, es vollkommen fertig stellenden, Rechtsregeln bestehe".

[2]) Die Beweislast, 1904, S. 124 и другія.

отрицательной фразѣ: „но договоръ недѣйствителенъ, если не облеченъ въ письменную форму“. Здѣсь норма имѣетъ даже внѣшній видъ „исключенія изъ правила“, изложеннаго въ главной статьѣ, и, такъ какъ сторонники „теоріи нормъ“ въ особенности любятъ оперировать съ этой схемой, то для нихъ вдвойнѣ обязательно слѣдствіе: несоблюденіе формы доказываетъ отвѣтчикъ. Но такой выводъ противорѣчитъ общему мнѣнію, согласно которому соблюденіе формы доказываетъ та именно сторона, которая это утверждаетъ [1]).

Привести указанный примѣръ значитъ поразить „доктрину нормъ“ въ ея главномъ оплотѣ и основномъ тезисѣ: возразить противъ reductio ad absurdum совершенно нечего, между тѣмъ принять выводъ тоже немыслимо.

Продолжаемъ разборъ теоріи. Уже приведенный примѣръ доказываетъ, какой искусственной системы размѣщенія матеріала требуетъ отъ законодателя доктрина. Эта форма не вытекаетъ изъ природы законодательнаго творчества, она совершенно произвольна, изобрѣтена ad hoc, для тенденціозныхъ цѣлей конструкціи.

Заглянемъ, напримѣръ, въ нашъ русскій Сводъ Законовъ Гражданскихъ. Ст. 570 X т. 1 ч. говоритъ: „Всякій договоръ и всякое обязательство, *въ случаѣ неисполненія*, производятъ право требовать отъ лица обязавшагося удовлетворенія“. Что надобно будетъ доказать истцу, чтобы получить взысканіе? „Предпосылки той нормы, на которой тяжущійся основываетъ свою претензію“, отвѣчаетъ Rosenberg и другіе. А ст. 570 въ числѣ первыхъ реквизитовъ упоминаетъ—неисполненіе обязательства отвѣтчикомъ [2]). Неисполненіе,—въ частности, неплатежъ долга,—долженъ доказать истецъ, если примѣнить „теорію нормъ“ къ нашему X тому. Выводъ несостоятеленъ, такъ какъ тезисъ: „исполненіе доказываетъ должникъ“ есть „догматъ православія“ для нѣмецкой, по крайней мѣрѣ, юриспруденціи.

---

[1]) Sic: Beckh, S. 154 ff.; Endemann, S. 497 Anm. 22; Rosenberg, Arch., S. 31 Anm. 41; Betzinger, 2-te Aufl., S. 169; Martinius, Arch. f. Bürgerl. Recht, Bd. 24 (1904), S. 169.

[2]) И что упоминаетъ не случайно, доказываетъ другая, 693-я статья того же X тома.

Между тѣмъ, въ редакціонномъ отношеніи нашего законодателя можетъ здѣсь упрекнуть только предубѣжденная мысль. Никто не станетъ спорить, что содержаніе статьи доводитъ до свѣдѣнія гражданъ святую истину: „требовать исполненія обязательства можно только тогда, если оно еще не исполнено“. Противъ подобной нормы ничего не можетъ имѣть и сама „теорія нормъ“. Точно такъ же, какъ и русскіе юристы интерпретируя свой X томъ, ничего не имѣютъ противъ правила, что исполненіе обязательства доказываетъ отвѣтчикъ. Весь вопросъ въ томъ, изъ какихъ обстоятельствъ судья выведетъ свое заключеніе о неисполненіи обязательства отвѣтчикомъ: изъ того, что истецъ, или изъ того, что отвѣтчикъ не доказалъ здѣсь своихъ утвержденій.

И совершенно тенденціозно „теорія нормъ“ требовала бы для своихъ цѣлей, чтобы законодатель не совмѣщалъ въ одну норму тотъ матеріалъ, который самъ по себѣ разсчитанъ на двѣ.

Содержаніе нашей ст. 570 нужно было бы разбить во вкусѣ этихъ рецептовъ на двѣ иныхъ статьи: первую—въ такой редакціи: „если у кого возникло обязательство, тотъ имѣетъ право требовать по суду взысканія“, и вторую: „но когда обязательство погашено исполненіемъ, взысканія получить нельзя“. Первая статья содержитъ „правопроизводящіе факты“, вторая—„погашающіе право“; ссылку на одну доказываетъ истецъ,—его опровергаетъ, устанавливая признаки другой статьи, отвѣтчикъ [1]).

Но чѣмъ редакція ст. 570 менѣе совершенна по формѣ, нежели двѣ новыхъ статьи, идеальныхъ съ точки зрѣнія оспариваемой доктрины, предоставляю судить читателю.

Только тѣмъ, что тѣ регулируютъ onus probandi въ смыслѣ, который желателенъ сторонникамъ извѣстнаго направленія въ наукѣ. И если уже пошло на то, чтобы сама редакція закона была призвана отражать идеи кодификато-

---

[1]) Что именно существованіемъ второй статьи, уничтожающей дѣйствіе предыдущаго императива, объясняетъ „теорія нормъ“ вопросъ, почему исполненіе доказываетъ отвѣтчикъ,—см., напр., Rosenberg, Z. f. C. P., B. 32 (1903), S. 463: „ein entstandenes Schuldverhältniss erlischt, wenn die geschuldete Leistung bewirkt wird (§ 362 B. G. B.)“ (въ рецензіи на книжку Martinius'a). Также Betzinger, 2-te Aufl., S. 172 № 157.

ровъ по вопросу о раздѣленіи доказательствъ, быть составленной въ смыслѣ внѣшняго показателя ad usum delphini, почему бы, не мудрствуя лукаво, не употребить въ законѣ другихъ исчерпывающихъ на этотъ счетъ обозначеній, напримѣръ, что̀ доказываетъ истецъ, не снабдить въ скобкахъ буквою (а), что отвѣтчикъ—(б), и т. д.?

Однако написать нормы въ той или иной внѣшней ихъ распланировкѣ, чтобы онѣ отражали взгляды на способъ раздѣленія доказательствъ въ процессѣ, нетрудно: только прежде, чѣмъ проводить какіе бы то ни было принципы, надобно прежде найти ихъ. И здѣсь открывается главная изъ слабыхъ сторонъ оспариваемой системы: она сама не имѣетъ руководящихъ принциповъ. Все, на что ея сторонники претендуютъ, это умѣнье распредѣлить onera probandi ex post такъ, какъ хотѣлъ того законодатель, создавши уже нормы извѣстнаго содержанія.

Но для самого законодателя руководящихъ принциповъ теорія не даетъ.

Почему же законодатель долженъ писать свои нормы такъ, чтобы изъ ихъ редакціи было видно, что доказывать возникновеніе права будетъ истецъ, прекращенія—отвѣтчикъ, а не иначе?

Значитъ, предшествовать редактированію закона должно исчерпывающее размышленіе о цѣлесообразномъ распредѣленіи обязанностей доказыванія, которое въ свою очередь будетъ руководствоваться какими то инородными принципами, --значитъ, надъ редакціонными соображеніями стоятъ особые постуляты, составляющіе логическій prius въ кодификаціонной работѣ.

Сперва долженъ быть въ опредѣленномъ направленіи разрѣшенъ вопросъ о томъ, какъ раздѣлить onera probandi, а потомъ уже можно подгонять сюда и редакцію нормъ,—во вкусѣ догматовъ, изложенныхъ въ разобранныхъ сочиненіяхъ, или иначе. И этотъ высшій вопросъ о principium probationis ученые оставляютъ совершенно открытымъ. А сваливать все на внѣшнюю факцію писанныхъ нормъ значитъ механически раздѣлаться съ поставленной доктринѣ

задачей [1]),—вотъ что можно указать въ концѣ концовъ противъ оспариваемаго вгляда: это не научный пріемъ изслѣдованія вопросовъ.

Поэтому въ качествѣ руководителя для работъ de lege ferenda доктрина нормъ непригодна, какъ таковая.

Между тѣмъ, потребность въ законодательномъ регулированіи интересующаго насъ вопроса теперь сознается все болѣе и болѣе. Уже составители германскаго гражданскаго уложенія хотѣли создать относящіяся сюда нормы общаго содержанія и принципіальнаго характера,—но, отчаявшись найти и формулировать общія правила, приняли намѣреніе разрѣшать вопросы относительно распредѣленія доказательствъ всякій разъ ad hoc, для каждаго правоотношенія особо,—что и исполнили болѣе или менѣе удовлетворительно, путемъ соотвѣтствующей редакціи отдѣльныхъ статей. Наконецъ, новый проектъ венгерскаго устава гражданскаго судопроизводства [2]) кодифицировалъ вопросъ о распредѣленіи доказательствъ между сторонами, но къ сожалѣнію, ставъ на точку зрѣнія „теоріи нормъ“, чего привѣтствовать, кажется, нельзя. Эта доктрина сводитъ вопросъ къ внѣшней структурѣ—стилю и распланировкѣ нормъ, писанныхъ часто,—какъ и въ австрійскомъ гражданскомъ кодексѣ—съ посторонними вопросу о распредѣленіи доказательствъ цѣлями. Германскіе кодификаторы шли навстрѣчу тенденціямъ теоріи,—или, лучше сказать,—она послѣдовала по указанной ими дорогѣ: юристамъ другихъ странъ подобные „проторенные“ пути закрыты...

Составители германскаго уложенія держались приблизительно тѣхъ же воззрѣній, которыя потомъ стали защищаться „теоретиками нормъ“ въ ученыхъ изслѣдованіяхъ и

---

[1]) Тотъ же упрекъ дѣлаетъ Rosenberg'y Kisch (ib., S. 535): „Dieselbe (теорія) führt.... auf eine ziemlich formalistische Betrachtungsweise zurück. Sie sieht sich genöthigt, auf die äussere Fassung des materiellen Rechtssatzes ein allzugrosses Gewicht zu legen. Ср. Kress, S. 79. Противъ односторонняго увлеченія судей мотивировкой: wie die Fassung bereits kundgiebt, trägt der Schuldner die Beweislast, и находящагося съ ней въ связи толкованія закона по буквѣ предостерегаетъ и Endemann, Lehrbuch, S. 485 Anm. 18.

[2]) См. Pap, Entwurf einer ungarischen Civilprozessordnung, Z. f. C. P. Bd. 31 (1902) S. 180.

которыя еще раньше провозглашались въ наукѣ (напримѣръ, Fitting'омъ, Betzinger'омъ), а именно, что внѣшняя редакція и распланировка статей, относящихся другъ къ другу, какъ правило къ исключенію, способна дать ключъ къ разрѣшенію нашей проблемы.

Ихъ идеи повліяли на послѣдующую разработку темы въ литературѣ [1]),—однако imperio rationis, а не ratione imperii, потому что законодательнаго значенія этимъ мотивамъ придавать нельзя, да и никто изъ интерпретаторовъ не придаетъ.

Тѣмъ не менѣе сторонники „теоріи нормъ" стараются возвести попытку германскихъ кодификаторовъ на высоту научной истины, не думая ограничивать примѣнимости своихъ идей работами по интерпретаціи отечественнаго законодательства.

Самое большее, если „теорія нормъ" можетъ быть приложена къ германскому уложенію,—и къ нему только одному, такъ какъ редакторы заранѣе дали себѣ слово: помѣщать норму-правило въ одну статью, норму-исключеніе—въ другую, или же сливать ихъ, но отдѣляя послѣднюю словами: „если не, развѣ бы" и т. д.

Но другіе кодексы писаны безъ принесенія въ жертву стилистики тенденціознымъ цѣлямъ, лежащимъ „по ту сторону" обычнаго словоупотребленія, а потому распознавать одну норму отъ другой, норму-правило отъ нормы-исключенія, не такъ-то легко осуществимая задача. И во всякомъ случаѣ неосуществимая, если искать ключъ къ разрѣшенію во внѣшнемъ видѣ и редакціи писаннаго текста: законодатель стилизировалъ свои предписанія, вовсе не помышляя, что частицами „если" и „если не", да нумераціей своихъ статей онъ даетъ руководящіе директивы ученію о распредѣленіи доказательствъ.

Кромѣ германскаго законодателя, остальные думали надъ разрѣшеніемъ проблемы о субъектѣ доказываній лишь

[1]) Ср. Endemann (Lehrb., S. 482 Anm. 1, in fine): Beides (монографіи Kress'a и Beckh'a) sind gründliche Bearbeitungen, die aber, wie begreiflich, noch allzusehr unter dem Einflusse der Ansicht der. 2. Kommission stehen, die ihrerseits wieder die Lehre aufgenommen hat, dass alle Normen nach Regel und Ausnahme geordnet seien und dass damit die Beweislast endgültig durch den Gesetzeswortlaut entschieden würde. Тотъ же упрекъ можно сдѣлать и др. представителямъ этой теоріи.

спорадически и по поводу частныхъ случаевъ. Здѣсь найти волю законодателя изъ внѣшней распланировки и словеснаго сцѣпленія юридическихъ формулъ текста и путемъ подобнаго анализа отвѣтить на вопросъ, какъ хотѣлъ законодатель раздѣлить onera probandi, невозможно уже потому, что такой воли не было вовсе.

ГЛАВА ПЯТАЯ.

Примирительныя тенденціи.

Не осталась нѣмецкая юриспруденція и безъ попытокъ примиренія „теоріи нормъ“ съ излюбленной старыми доктринами тенденціей возлагать onus probandi преимущественно на истца.

Піонеромъ явился извѣстный ученый Endemann [1]).

Онъ формулируетъ все ученіе о распредѣленіи доказываній въ слѣдующемъ вопросѣ: „на комъ лежитъ необходимость утверждать (Behauptungslast) существенные факты въ процессѣ, и доказывать—оспариваемые“ [2])? Вопросъ о подлежащихъ утвержденію со стороны истца и отвѣтчика моментахъ спора нормируется по словамъ Endemann'a въ гражданскомъ уложеніи, и такимъ образомъ, что истецъ [3]) утверждаетъ правопроизводящіе факты, а противникъ—задерживающія возникновенія этого права, препятствующія ему обстоятельства [4]). Какія предложенія иска (положительнаго и отрицательнаго характера) относятся къ правопроизводящимъ фактамъ, какія къ противодѣйствующимъ, даютъ отвѣтъ нормы гражданскаго уложенія, которыя распланированы въ такомъ порядкѣ, что ихъ внѣшній даже видъ указываетъ, что одна норма есть основная, перечисляетъ факты первой категоріи, другая же — второстепенная, содержитъ отрица-

---

[1]) Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 1 (8-te Aufl., 1901) § 87 b—e.

[2]) S. 479.

[3]) У Endemann'a сказано общѣе: „тотъ, кто заявляетъ притязаніе“ (wer einen Anspruch erhebt).

[4]) Anspruchserzeugenden und anspruchhemmenden Thatsachen: S. 483.

тельные моменты [1]). Послѣдняя относится къ первой, какъ исключеніе къ правилу.

Однако, разъ возникшее право можетъ парализоваться уже послѣ своего появленія другими правами или фактами: этого рода случайности предусматриваются въ отдѣльныхъ нормахъ, на которыя долженъ ссылаться отвѣтчикъ [2]).

Читатель видитъ, что все въ ученіи Endemann'а обстоитъ до сихъ поръ такъ же, какъ и у другихъ сторонниковъ теоріи раздѣленія доказательствъ сообразно расчлененію нормъ въ законѣ.

И, повидимому, это ученіе въ состояніи разрѣшить интересующій насъ вопросъ in toto et pleno. Если всѣ утверждаемые факты должны быть въ случаѣ спора доказаны [3]), и, наоборотъ, всѣ тезисы, которые придется доказывать на судѣ, надобно и утверждать въ теченіе судебнаго производства [4]), а на вопросъ: „кто долженъ утверждать тотъ или иной фактъ", дается исчерпывающій отвѣтъ въ положительномъ правѣ, то изслѣдователь можетъ и долженъ поставить точку послѣ этой первой половины своей работы.

Но у Endemann'а находится матеріала еще и на вторую [5]). Въ первой онъ пытался, какъ мы видѣли, вывести систему распредѣленія доказательствъ изъ порядка расчлененія нормъ, во второй онъ оперируетъ съ самостоятельными положеніями правно-политическаго значенія, сводимыми въ общей формулѣ: „все, что существуетъ безъ дефектовъ во внѣшнемъ мірѣ, носитъ въ самомъ себѣ оправданіе сво-

---

[1]) Хотя самъ же Endemann не совѣтуетъ безусловно довѣрять въ этомъ отношеніи редакціи закона и распредѣлять onera probandi по формулѣ: „wie die Fassung bereits kundgiebt, trägt der Schuldner die Beweislast". См. S. 485 Anm. 18.

[2]) § 87 c.

[3]) По крайней мѣрѣ, самъ Endemann формулируетъ проблему распредѣленія доказательствъ такимъ образомъ: Wen von den Prozessgegnern trifft für die wesentlichen Thatsachen die Behauptungslast und für die *bestrittenen* die Beweislast" (S. 479).

[4]) Иначе послѣдовательность требуетъ принять выводъ, что сторонѣ иногда приходится доказывать то, чего она никогда не утверждала,—это нелѣпость.

[5]) Ср. его рубрики: § 87 c: Behauptungslast, § 87 d.: Umfang.... der Beweislast....

его бытія, пока право на жизнь не будетъ отнято у него путемъ юридически-состоятельнаго спора“ [1]).

Какъ примиряются между собой эти двѣ параллельно идущихъ у автора точки зрѣнія, какъ согласить оба изложенія не всегда покрывающихъ одна другую системъ, отвѣтить за Endemann'а трудно.

Если же снять съ концепціи Endemann'а тотъ чуждый ея сущности налетъ, который является внѣшнимъ лоскомъ, заимствованнымъ у моднаго въ нѣмецкой литературѣ направленія, извѣстнаго подъ именемъ „теоріи нормъ“, то предъ нами предстанетъ чистый приверженецъ „доктрины отрицанія“, который объясняетъ обязанность аттакующаго доказывать дефектность мнимыхъ правъ у отвѣтчика принципомъ: beati possidentes.

Всѣ правоотношенія, разъ доказано ихъ внѣшнее бытіе въ одинъ изъ моментовъ прошлаго, считаются правомѣрными до тѣхъ поръ, пока ихъ внутренняя несостоятельность ex tunc или послѣдующее уничтоженіе ex post не будутъ обнаружены по суду [2]). Въ области сдѣлокъ достаточно доказать поэтому волеизъявленіе, имѣющее внѣшніе признаки юридически-состоятельной воли; что̀ не было пороковъ воли, напр., недѣеспособности,—что̀ контрагентъ дѣйствовалъ отъ своего имени, и проч.,—предполагается, пока не доказано противнаго [3]). Отсюда же слѣдуетъ, что разъ доказано возникновеніе владѣнія или юридическаго отношенія, оно считается длящимся, пока предположеніе не опровергнуто доказательствами: поэтому, между прочимъ, должникъ доказываетъ прекращеніе обязательства своевременнымъ исполненіемъ [4]).

Затѣмъ Endemann переходитъ къ тезису о нераздробляемости квалифицированнаго признанія [5]), который мотивируется несправедливостью выдѣлять изъ словъ отвѣтчика

---

[1]) Формула Burckhard'а; см. у Endemann'а, S. 497 Anm. 21.

[2]) S. 497 ib.

[3]) S. 498.

[4]) S. 499—500.

[5]) § 87 e.

одну часть, говорящую въ пользу истца, отбрасывая остальныя, какъ сомнительныя и требующія доказательствъ [1]).

Опровергая Endemann'a, надобно сказать, что признанію совершенно нечего дѣлать въ вопросѣ о раздѣленіи доказательствъ. По природѣ, признаніе дѣлимо: если отвѣтчикъ утверждаетъ, что долгъ былъ, но уплаченъ, отсюда съ очевидностью вытекаетъ для суда, что долговыя отношенія существовали: когда отвѣтчикъ говоритъ, что дареніе имѣло мѣсто, но подъ условіемъ, для судьи ясно, что дарственная сдѣлка дѣйствительно была; но бѣднѣе по количеству договорныхъ пунктовъ (т. е. заключенная pure), какъ говоритъ истецъ, или богаче,—что утверждаетъ отвѣтчикъ, пока неизвѣстно суду [2]). А кто доказываетъ свои утвержденія, отвѣтчикъ или истецъ, зависитъ отъ соображеній, съ природой судебнаго признанія ничего общаго не имѣющихъ.

Наконецъ Endemann самъ же долженъ сознаться, что его начало недѣлимости стоитъ въ противорѣчіи съ положеніями дѣйствующаго закона: именно тамъ, гдѣ отвѣтчикъ ссылается, что дѣйствовалъ, заключая договоръ, отъ чужого имени [3]). Если исходить изъ принципа недѣлимости, то истецъ долженъ былъ бы защищать содержаніе сдѣлки во всѣхъ подробностяхъ и со всѣми деталями, поскольку отъ послѣднихъ зависятъ его права: а именно доказать, что контрагентъ не предъявлялъ своей довѣренности отъ третьяго лица и не говорилъ ни слова о представительствѣ.

Но законъ нашелъ возможнымъ раздѣлить здѣсь признаніе, возложивъ onus probandi на представителя-отвѣтчика. Endemann оправдываетъ это противорѣчіе своей теоріи съ закономъ изъятіемъ, сдѣланнымъ въ положительномъ правѣ во вниманіе къ особенностямъ института. Авторъ забываетъ однако, что на страницѣ 499 [4]) онъ самъ пришелъ къ тѣмъ же выводамъ, что и законъ, т. е. раздѣлилъ признаніе, исходя впрочемъ изъ общихъ соображеній. Ясное доказательство тому, что отдѣльные тезисы Эндеманновской теоріи нехорошо

---

[1]) S. 504—505.

[2]) Sic: еще Weber-Hefftter, Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung, 1845 (3-te Ausg.), S. 178.

[3]) S. 507—508.

[4]) См. также примѣч. 31.

пригнаны одинъ къ другому: отграничить и отвести каждому его собственный районъ дѣйствія Endemann безсиленъ.

Вмѣсто стройнаго сочлененнаго цѣлаго научная концепція автора представляетъ собой disjecta corporis membra. И въ особенности цѣльности конструкціи вредитъ двойственность основныхъ точекъ зрѣнія. Какъ Янусъ, теорія Endemann'a имѣетъ двуликій образъ въ зависимости отъ того, какую половину подвергнуть обзору: ученіе о „необходимости утверждать“ (Behauptungslast) или ученіе о бремени доказываній (Beweislast). Какъ будто, каждаго въ отдѣльности достаточно, чтобы разрѣшить научную проблему: обѣ вмѣстѣ, точки зрѣнія только мѣшаютъ другъ другу, тѣмъ болѣе, что въ частностяхъ даютъ не одинаковые выводы [1]).

Второй попыткой сочетать исходное начало „теоріи нормъ“ съ прежними системами возложенія главной тяжести доказываній на истца является вышедшее въ самое послѣднее время сочиненіе Leonhard'a (Die Beweislast, 1904).

Въ вопросѣ относительного бремени доказательствъ авторъ пошелъ еще дальше Stölzel'я и остальныхъ сторонниковъ той же доктрины, возлагая onus probandi на истца даже чаще, чѣмъ кто-нибудь изъ послѣднихъ; за то въ практическомъ примѣненіи своихъ ученій онъ избавился отъ крайнихъ выводовъ тѣмъ, что, отведя самый широкій просторъ оцѣнкѣ доказательствъ судомъ, постарался дойти до тѣхъ же самыхъ заключеній, къ которымъ приходитъ „теорія возраженія“: только отправляясь не отъ системы распредѣленія, а отъ принциповъ оцѣнки доказательствъ.

Обращаясь къ суду, истецъ требуетъ *примѣненія закона*, т. е., конкретнѣе—опредѣленной статьи дѣйствующаго кодекса. И для этого, говоритъ Leonhard, онъ долженъ доказать всѣ (безъ исключеній) предпосылки примѣняемаго закона,—т. е. предпосылки статьи, перечисляющей признаки возникновенія у истца требуемаго имъ права [2]). А тогда судья долженъ будетъ сказать: „право у истца возникло“,—и

---

[1]) Съ этимъ отзывомъ о конструкціи Endemann'a согласенъ въ общемъ и Rosenberg, Archiv f. d. Civil. Praxis, Bd. 44 (1903), S. 11 Anm. 8.

[1]) S. 287, 155, 159. Т. е., не только „правопроизводящіе“ факты, но и отсутствіе „правупрепятствующихъ“, ибо все это условія возникновенія правъ. См. S. 161, 201.

приложить къ фактическимъ отношеніямъ сторонъ велѣнія закона. Si paret, condemna. Если право возникло, то отвѣтчикъ обязанъ къ такимъ то дѣйствіямъ. А такъ какъ условія прекращенія правомочій, разъ возникшихъ, представляютъ результатъ дѣйствія уже иной нормы, содержаніе отдѣльной статьи и объектъ спеціальной регламентаціи, то опроверженіе этого рода отрицательныхъ моментовъ не входитъ въ кругъ доказательствъ, доставляемыхъ правосудію истцомъ,—напротивъ, доказательства прекращенія правъ истца долженъ дать на судѣ отвѣтчикъ [1]).

Авторъ оперируетъ съ понятіемъ „дѣйствія“ нормъ права (Rechtswirkung), разсматривая ихъ функціи подъ угломъ зрѣнія матеріальнаго закона: а такъ какъ законодатель говоритъ въ гражданскомъ уложеніи объ условіяхъ, при которыхъ права возникаютъ, и факторахъ, вліяющихъ на прекращеніе правъ, то процессуальная точка зрѣнія исключается вовсе; и не поднимается въ умѣ вопроса, не обязанъ ли истецъ доказать не только тотъ фактъ, что у него право возникло въ прошломъ, но и то обстоятельство, что оно не прекращено и по настоящее время. Истцу достаточно доказать дѣйствіе говорящей за него нормы,—что онъ и дѣлаетъ, устанавливая составные моменты статьи, трактующей о возникновеніи права: этимъ дѣйствіе императива, дающаго выводъ въ пользу истца, обезпечено для послѣдняго; не примѣнять норму, предпосылки которой установлены, судья въ правѣ только тогда, если будетъ ему доказано вліяніе другой нормы, уничтожающей дѣйствіе первой,—а сдѣлать это въ интересахъ отвѣтчика, который и несетъ поэтому onus probandi [2]).

Основной тезисъ теоріи Leonhard'a грѣшитъ смѣшеніемъ матеріально-правовой точки зрѣнія съ процессуальной. Гражданское уложеніе дѣйствительно занимается или возникновеніемъ правъ, или ихъ прекращеніемъ: при наличности однихъ факторовъ и причинъ право можетъ считаться полу-

---

[1]) S. 155, 156, 160, 165, 443.

[2]) S. 153—156. Это положеніе автора находится во внутренней связи съ его взглядомъ на состязательное начало, сущность котораго Leonhard видитъ въ исключительномъ правѣ сторонъ создавать процессуальный матеріалъ (Ausschliesslichkeit der Partei-Einführung). См. S. 238.

чившимъ жизнь, при другихъ—потерявшимъ существованіе. Но вопроса о процессуальномъ осуществленіи правъ общій гражданскій законъ не касается; гражданское уложеніе не пишется по адресу судьѣ, такъ, чтобы каждая норма кончалась императивомъ: si paret,—condemna. При наличности доказанныхъ истцомъ фактовъ судья долженъ согласно статьямъ матеріальнаго кодекса умозаключить, что право возникло въ прошломъ: но чтобы съ чистой совѣстью сказать въ рѣшеніи и другое, что оно и теперь еще существуетъ въ рукахъ истца и заслуживаетъ удовлетворенія, для этого требуется или законодательная презумпція, или полное удостовѣреніе въ отсутствіи убивающихъ право post factum условій. А до тѣхъ поръ судья не можетъ произнести своего: „condemno“, для него вопросъ о наличномъ существованіи права non liquet.

Перечисливъ и найдя несостоятельными всѣ существующіе принципы и системы распредѣленія доказательствъ, характерныя своей тенденціей къ микроскопическому дробленію подлежащихъ доказыванію темъ между истцомъ и отвѣтчикомъ, Leonhard приходитъ къ заключенію, что въ этихъ теоріяхъ коренится вѣрная мысль: поставить позиціи сторонъ на судѣ по возможности справедливо, основать рѣшеніе на началахъ равномѣрности процессуальныхъ обязанностей. И авторъ находитъ, что этимъ pia desiderata можно и слѣдуетъ дать выходъ другимъ путемъ,—не прибѣгая къ сбивчивымъ и непослѣдовательнымъ конструкціямъ [1]). Судья придетъ къ тѣмъ же выводамъ на основаніи свободной оцѣнки доказательствъ, подчиняя свое разслѣдованіе принципамъ справедливости и доброй совѣсти (Treu und Glauben). Онъ потребуетъ отъ соотвѣтствующей стороны подробнаго изложенія обстоятельствъ дѣла, на которыя та ссылается (Aufklärungspflicht) [2]),—и даже доказательствъ, если ей удобнѣе ихъ представить [3]). Въ первомъ случаѣ противнику останется опровергать показанія лица, вынужденныя у него судомъ во вниманіе къ требованіямъ справедливости, а во второмъ

---

[1]) S. 3—4; 215; 228.

[2]) S. 209 ff.

[3]) S. 212.

онъ и вовсе избавленъ отъ опасныхъ послѣдствій своего onus probandi [1]).

Примѣчаніе. Однако Leonhard предвидитъ возраженія своимъ разсужденіямъ. Въ чемъ же разница между его теоріей „свободной оцѣнки", которая тоже вѣдь разлагаетъ обязанности доказывать на истца и отвѣтчика поочередно,—и между предыдущими доктринами, стремившимися къ аналогичнымъ результатамъ, только иною дорогой, отправляясь отъ системъ распредѣленія бремени доказываній? [2])

По Leonhard'у разница въ юридическихъ послѣдствіяхъ имѣется и она проявляется въ слѣдующемъ [3]). Если судья рѣшаетъ процессъ противъ истца, такъ какъ на послѣднемъ лежалъ onus probandi, то это имѣетъ свое объясненіе въ томъ, что спорное обстоятельство въ концѣ концовъ осталось для суда невыясненнымъ и неустановленнымъ (non liquet); если же судъ выноситъ рѣшеніе съ отказомъ въ искѣ потому, что отвѣтчикъ имѣетъ на своей сторонѣ фактическую презумпцію, если виною судейскаго absolvo не правила о бремени доказательствъ, а свободная оцѣнка судомъ представленныхъ отвѣтчикомъ данныхъ, въ результатѣ которой получилась бо́льшая вѣроятность въ пользу отвѣтчика,—тогда спорный фактъ считается установленнымъ и наличнымъ въ силу принадлежащаго суду права оцѣнивать доказательства по внутреннему убѣжденію, и non liquet исключается вовсе.

Этой разницы по нашему убѣжденію признать нельзя. Если авторъ исходитъ въ своихъ разсужденіяхъ изъ внутренняго психологическаго критерія, тогда non liquet одинаково возможенъ и при оцѣнкѣ доказательствъ на основаніи фактической презумпціи: по совѣсти, судья не знаетъ, какъ обстояло дѣло въ дѣйствительности (non liquet); но въ силу такихъ то и такихъ то основаній вѣроятнѣе предположеніе въ пользу отвѣтчика; поэтому вслѣдствіе свободной оцѣнки доказательствъ судья предполагаетъ (хотя и не убѣжденъ въ этомъ) спорный фактъ установленнымъ въ томъ смыслѣ, какъ утверждалъ отвѣтчикъ.

Если же разсужденія Leonhard'а исходятъ изъ внѣшне-принудительнаго юридическаго критерія, если авторъ думаетъ, что въ разрѣшенномъ на основаніи правилъ о распредѣленіи доказа-

---

[1]) S. 207, 208.
[2]) S. 6, 215.
[3]) S. 216.

тельствъ процессѣ фактъ провозглашается неустановленнымъ и въ судебномъ рѣшеніи, то выводъ основанъ на ошибкѣ.

Non liquet не можетъ стоять въ судебномъ декретѣ,—иначе нечему будетъ войти въ законную силу: неужели способно сдѣлаться на вѣки вѣчные непререкаемымъ судейское: „ignoramus"? Фактъ неустановленъ въ одномъ процессѣ, рѣшенномъ на основаніи правилъ о распредѣленіи доказательствъ; но если такъ, то можно отвергать его въ новой тяжбѣ: или квалификація „неустановленнаго" преслѣдуетъ загадочное для правосудія обстоятельство вездѣ и всюду?

Если судъ не указалъ опредѣленно въ рѣшеніи, что декретъ признаетъ обязательство „неисполненнымъ", то нечему изъ всей формулы получить законную силу: допустимъ, что истецъ взыскивалъ сперва по обязательству и выигралъ дѣло, а потомъ захотѣлъ взять неустойку,—неужели отвѣтчику будетъ дозволено вновь ссылаться на исполненіе, недоказанное имъ, однако „оставленное подъ сомнѣніемъ" (non liquet) въ первомъ процессѣ?

Конечно, разница между моимъ воззрѣніемъ и противоположнымъ можетъ показаться основанной на терминологическомъ предпочтеніи: юридически безразлично, почему нельзя поднимать о сомнительномъ фактѣ рѣчь въ новой тяжбѣ (если первая проиграна изъ-за непредставленія доказательствъ обязаннымъ къ тому лицомъ): потому ли, что вошла въ законную силу квалификація таковаго „сомнительнымъ", или отъ того, что судъ высказалъ о фактѣ сужденіе не въ пользу несущей onus probandi стороны. Однако и терминологически „оставленіе въ подозрѣніи" фактовъ звучитъ для юриста немного странно; но въ особенности нельзя допустить оспариваемую конструкцію, когда процессъ рѣшается изъ-за судебнаго „ignoramus"—противъ отвѣтчика. Судья можетъ удовольствоваться произнесеніемъ своего „non liquet", только рѣшая процессъ противъ истца: принимая во вниманіе, напишетъ онъ, что такой то фактъ долженъ быть доказанъ, чтобы присудить претензію истцу, а истецъ доказательствъ не представилъ,—въ искѣ истцу отказать. Но когда приходится рѣшать тяжбу противъ отвѣтчика, который не доказалъ того, чего требуетъ отъ него onus probandi, тогда судья долженъ объявить спорный фактъ непремѣнно установленнымъ и не въ пользу отвѣтчика. Послѣдній ссылается, напримѣръ, на исполненіе обязательства, что конечно, отрицаетъ истецъ; однако доказать своей ссылки бывшій должникъ не въ состояніи: такъ какъ onus probandi лежитъ на немъ, то онъ проиграетъ процессъ.

Но что скажетъ въ своемъ рѣшеніи судья? „Такъ какъ отвѣтчикъ не представилъ доказательствъ въ подтвержденіе своей ссылки на исполненіе, доказать которое въ силу статьи 366 устава гражданскаго судопроизводства лежало на его обязанности, то судъ принимаетъ, что *исполненія не было*, и присуждаетъ искъ". Но допустимъ, что въ своемъ декретѣ судъ ограничился бы указаніемъ на сомнительность исполненія: тогда логика требовала бы отказа въ искѣ. Въ самомъ дѣлѣ: отвѣтчикъ, говоритъ судъ, не представилъ доказательствъ въ подтвержденіе своей ссылки на исполненіе; поэтому для суда является сомнительнымъ, была ли сдѣлка исполнена или еще нѣтъ,—другими словами, судъ не знаетъ, принадлежитъ ли истцу право требовать исполненія обязательства или это право погашено законными способами. Но тогда выводъ одинъ: absolve! Тогда процессъ кончится неудачей для истца! А чтобы получился иной выводъ, надобно не включать въ рѣшеніе non liquet, т. е. установить expressis verbis „неисполненіе обязательства".

Такимъ образомъ, первое различіе между установленіемъ факта по свободной оцѣнкѣ доказательствъ и на основаніи правилъ о бремени доказываній падаетъ: съ этой стороны между обоими средствами судебнаго удостовѣренія не видно никакой разницы. Но тогда теорія Leonhard'a отличается отъ предшествующихъ однимъ тѣмъ, что на мѣсто другихъ критеріевъ распредѣленія доказательствъ кладетъ судейскую оцѣнку по соображеніямъ справедливости и доброй совѣсти. А это наиболѣе расплывчатый указатель.

Правила о распредѣленіи доказательствъ тоже обязываютъ судью признавать или не признавать нѣкоторые факты существующими,—подобно тому, какъ дѣлаетъ это въ одномъ случаѣ свободная оцѣнка доказательствъ, въ другомъ—законная презумпція.

Leonhard называетъ институтъ распредѣленія доказательствъ—„ученіемъ о послѣдствіяхъ ихъ отсутствія" (Die Lehre von den Folgen der Beweislosigkeit, S. 144, 196). Институтъ отвѣчаетъ на вопросъ: противъ кого обратить невыгодныя послѣдствія сомнительнаго факта, если нѣтъ доказательствъ, убѣждающихъ судъ въ наличности или отсутствіи этого спорнаго обстоятельства [1]).

Повидимому, проблема исчерпывается тѣми правоположеніями, которыя были изложены нами выше. Но, какъ из-

[1]) Ср. S. 227.

вѣстно, господствующая догма признаетъ случаи „переложенія тяжести доказываній“ (Verschiebung): нѣкоторыя изъ обстоятельствъ, указываемыхъ отвѣтчикомъ и препятствующихъ (будь они дѣйствительно на лицо) возникновенію права у истца, доказываетъ все-таки отвѣтчикъ [1]). Это случай, совершенно немыслимый по теоріи Leonhard'a: отсутствіе всѣхъ „правупрепятствующихъ“ фактовъ долженъ доказать истецъ,—только прекращеніе правомочій, однажды возникшихъ, составляетъ thema probandum для отвѣтчика.

Однако Leonhard въ подобныхъ случаяхъ допускаетъ возможность требовать доказательства отъ отвѣтчика: но объясненій по его взгляду слѣдуетъ искать для этого процессуальнаго явленія не въ ученіи о распредѣленіи доказательствъ, а въ иныхъ совершенно моментахъ [2]). Рядомъ съ однажды навсегда опредѣленными и неизмѣнными правилами распредѣленія доказываній (Beweislast) идутъ эластичныя, приспособляющіяся къ особенностямъ случая и подвижныя правила оцѣнки доказательствъ [3]) (S. 4, 5: §§ 56—67): и на основаніи ихъ судья можетъ, примѣняясь къ обстоятельствамъ конкретнаго казуса, потребовать „опроверженія“ отъ противника, если обремененная обязанностью доказыванія сторона установила извѣстный комплексъ фактовъ, дѣлающій заключеніе въ ея пользу болѣе вѣроятнымъ, или, если по свойствамъ случая нельзя дозволить другому лицу голословно отрицать факты—справедливѣе къ нему же обратиться и за соотвѣтствующими доказательствами [4]).

Однако этимъ параллельнымъ созданіемъ на ряду съ ученіемъ о процессуальномъ бремени иныхъ юридическихъ фигуръ самостоятельнаго значенія,—на ряду съ Beweislast еще Widerlegungslast—что же, собственно говоря, выигрываетъ теорія [5])?

„Если фактъ сомнителенъ—толкуй противъ такого то лица“—говоритъ судьѣ одна половина ученія Leonhard'a (о

---

[1]) S. 215; 225.

[2]) S. 203.

[3]) Sie (Beweisführung) bildet eine Art Sicherheitsventil, das gegen alle Ueberspannungen des Prinzips schützt.

[4]) Widerlegungslast: S. 206 ff; ср. въ особенности S. 226.

[5]) Это возраженіе предвидитъ и Leonhard, S. 228 f.

Beweislast). Согласимся, что здѣсь все ясно и не возбуждаетъ сомнѣній [1]). Однако задачи примѣненія права не разрѣшаются такъ просто. Судья долженъ прежде еще подумать: не привелъ ли истецъ (или отвѣтчикъ) такихъ фактовъ, которые дѣлаютъ заключеніе въ пользу противника болѣе вѣроятнымъ или справедливымъ? Привлекаются на сцѣну соображенія „справедливости и доброй совѣсти“ (Treu und Glauben)—и у нихъ спрашиваютъ совѣта, не надо ли потребовать отъ противника „опроверженій“ (Widerlegungslast) или по крайней мѣрѣ подробныхъ объясненій (Aufklärungspflicht) [2]). И по этому вопросу судья находитъ въ монографіи Leonhard'a рядъ выводовъ и указаній, исходящихъ то изъ постулятовъ большей правдоподобности, то справедливости, и т. д.

Такимъ образомъ рѣшеніе in concreto вопроса: cujus probatio? зависитъ отъ примѣненія цѣлой системы формулъ,— дробныхъ, неопредѣленныхъ, казуистичныхъ и укрывающихся отъ нареканій за эти качества только подъ флагомъ „свободной оцѣнки индивидуальнаго случая“.

Предыдущія теоріи, исходившія изъ тезиса: „каждый доказываетъ предпосылки просимой нормы“, оказались безсильными объяснить, почему „правупрепятствующіе“ факты составляютъ thema probandum для ссылающейся на нихъ стороны; Leonhard вышелъ изъ затрудненія тѣмъ, что призналъ въ этомъ случаѣ onus probandi непереложимымъ на отвѣтчика: всѣ безъ исключенія предпосылки нормы доказываетъ истецъ. Этимъ авторъ избавился отъ упрека въ непослѣдовательности [3]). Приходилось теперь спасаться отъ нареканій за противорѣчіе требованіямъ оборота и жизни. Leonhard укрылся за другой принципъ: ученіе о свободной судейской оцѣнкѣ.

Такимъ образомъ авторъ вышелъ изъ научнаго затрудненія тѣмъ, что раскололъ свою конструкцію на двѣ поло-

[1]) Рекомендую однако оптимисту прочесть стр. 167—169 о противопоставленіи „главнаго дѣйствія“ (Hauptwirkung) „дѣйствію вспомогательному“ (Hilfswirkung).

[2]) См. S. 209 ff. При чемъ, если „обстоятельства дѣла легче доказать“ тому лицу, отъ котораго судъ потребуетъ объясненій, то оно же несетъ и onus probandi (S. 212).

[3]) Ср. S. 201.

вины. Одну онъ развилъ логически изъ понятія: „дѣйствіе нормъ права“ (Rechtswirkung). Но такъ какъ съ одной этой половиной ученіе о примѣненіи правовыхъ предписаній къ фактамъ было бы однобокимъ, то оказалось нужнымъ выдѣлить и вторую половину, въ свою очередь воздѣйствующую и модифицирующую вліяніе первой,—однако описать, какимъ образомъ, дать на этотъ случай исчерпывающую и непреложную догму, Leonhard не былъ въ состояніи: и вопросъ предоставленъ свободному усмотрѣнію судьи, въ назиданіе которому преподаны всѣ тѣ критеріи, которыми руководствовались отвергнутыя самимъ же авторомъ теоріи „большей вѣроятности и справедливости“ [1]). Построеніе Leonhard'a едва-ли принесетъ много пользы для практики.

И мнѣ кажется, онъ переоцѣниваетъ различіе между своей теоріей „свободной оцѣнки“ и конструкціями предшественниковъ, искавшихъ для перемѣщенія обязанности доказывать объединяющихъ основаній [2]),—которыя бы были столь же неизмѣнными, однажды навсегда данными, какъ и принципы „распредѣленія доказательствъ“ (какими считаетъ ихъ Leonhard). Авторъ видитъ главное отличіе между правилами опѣнки доказательствъ и принципами распредѣленія бремени ихъ въ томъ, что первыя приноровлены къ каждому единичному процессу, устанавливаются ad hoc,—между тѣмъ, какъ руководства относительно onus probandi даются всегда in abstracto [3]).

Но въ большей или меньшей абстрактности нельзя отказать и тѣмъ „фактическимъ презумпціямъ“, которыя руководятъ судомъ при установленіи фактовъ путемъ оцѣнки доказательствъ. Такъ что всю эту разницу можно выразить по моему проще такъ: правила о распредѣленіи доказательствъ уже заслужили признаніе законодательства, практики или науки, а правила объ оцѣнкѣ доказательствъ на основаніи отдѣльныхъ фактическихъ презумпцій еще не получили права гражданства. Несомнѣнно, что оцѣнка доказательствъ въ любомъ единичномъ процессѣ тоже совер-

---

[1]) См. § 28: Wahrscheinlichkeitstheorie (Wahrscheinlichkeit und Billigkeit).

[2]) См. S. 215.

[3]) S. 6—7; 218.

шается судомъ на основаніи извѣстныхъ правилъ, взятыхъ изъ опытности житейской судьи, изъ выводовъ техники, науки и проч. (т. н. Erfahrungssätze). Эти правила называются фактическими презумпціями; и когда какая-нибудь изъ нихъ становится испытанной въ своей общепригодности, то она эксплоатируется законодателемъ, практикой или наукой то въ видѣ правила о распредѣленіи доказательствъ вообще, то въ видѣ законнаго предположенія въ рядѣ частныхъ случаевъ [1]).

И что было бы можно поставить въ упрекъ законодателю de lege ferenda, если бы онъ закрѣпилъ добытое практикой правило въ lex scripta? Если Leonhard опасается за потерю фактическими правилами своей эластичности, то безъ достаточныхъ основаній. Отъ точной формулировки правила и понятія только выигрываютъ, а отъ расплывчатости содержанія теряютъ половину смысла: и выясненіе отдѣльныхъ составныхъ признаковъ вредно только для тѣхъ правилъ, которыя не охватываютъ всего комплекта случаевъ, сюда относящихся,—но такія суть не правила, а ошибочныя обобщенія, и ихъ примѣненіе слѣдуетъ заказать судьямъ,—безразлично въ какой формѣ и подъ всякимъ видомъ: на основаніи свободной оцѣнки доказательствъ или иначе.

Однако Leonhard думаетъ, будто проявляется все-таки разница отъ того, что законодатель ставитъ извѣстное правило презумпціей своего закона,—разумѣя при этомъ отличіе въ смыслѣ большей или меньшей трудности доказываній, большей или меньшей связанности судейскаго усмотрѣнія [2]).

Мнѣ опять таки кажется, что трудность доказываній на судѣ и обязательность презумпцій для суда зависитъ отъ того единственнаго обстоятельства, что судья можетъ не знать фактической презумпціи или не соглашаться съ ея содержаніемъ, а законы онъ долженъ знать и примѣнять,—почему и удобнѣе для правосудія, если презумпція стоитъ

---

[1]) За возможность образованія юридическихъ презумпцій путемъ обычнаго права безъ вмѣшательства законодателя—Endemann, S. 494 Anm. 12; Hedemann, S. 209; Leonhard, S. 219.

[2]) S. 218—219.

на страницахъ кодекса; въ другихъ же отношеніяхъ разницы никакой незамѣтно [1]).

Rosenberg [2]) видитъ ее въ слѣдующемъ: для опроверженія фактической презумпціи достаточно поселить въ душѣ судьи сомнѣніе въ томъ, что случай, обыкновенно встрѣчающійся при подобныхъ условіяхъ, дѣйствительно былъ и въ данномъ дѣлѣ. Между тѣмъ, если бы указанное предположеніе попало въ законодательство, то потребовалось бы прямое опроверженіе презумируемаго умозаключенія. И это могло бы совершиться двоякимъ образомъ: или путемъ положительныхъ доказательствъ противъ факта, составляющаго содержаніе презумпціи, или путемъ удостовѣреннаго ими же отрицанія одной изъ предпосылокъ презумпціи. Законодатель говоритъ судьѣ: „ст. N. При такихъ то фактахъ, предполагай и фактъ А.“ Но заинтересованное лицо опровергаетъ или возможность факта А, или одну изъ предпосылокъ ст. N.

Теперь спрашивается, въ чемъ же разница сравнительно съ тѣмъ случаемъ, если бы судьѣ пришлось примѣнять не законодательную, а фактическую презумпцію? [3]). Отвѣтъ Rosenberg'а таковъ: заинтересованному лицу достаточно поколебать увѣренность суда, что фактъ, обыкновенно наступающій при извѣстныхъ условіяхъ, дѣйствительно имѣлъ мѣсто и въ данномъ дѣлѣ. Однако ясно, что для достиженія подобныхъ результатовъ тяжущемуся кромѣ двухъ путей, возможныхъ и по отношенію къ законныхъ презумпціямъ, остается еще одинъ и послѣдній: опровергнуть общеобязательность вывода изъ наличныхъ фактовъ къ предполагаемому.

Но это значитъ—доказать, что мнимое обобщеніе невѣрно и не можетъ служить общимъ правиломъ. И, признавая такое доказательство возможнымъ, мы выйдемъ изъ того круга молчаливыхъ допущеній, въ которомъ до сихъ поръ находились: мы считали заранѣе даннымъ, что примѣняемъ дѣйствительное „правило“, а не ошибочное обобщеніе.

---

[1]) Ср. Stein, Das private Wissen des Richters, 1893, S. 47—49.

[2]) Die Beweislast, 1900, S. 104.

[3]) Или, что тоже—правило распредѣленія доказательствъ.

Leonhard приводитъ въ видѣ фактической презумпціи, примѣненіе которой зависитъ отъ свободнаго усмотрѣнія суда и совершается по началамъ свободной оцѣнки доказательствъ, слѣдующее правило: при покупкѣ на базарѣ деньги обыкновенно уплачиваются немедленно. Однако въ отдѣльномъ случаѣ уклоненія отъ общаго правила могутъ основываться на томъ, что контрагенты находились въ постоянныхъ дѣловыхъ отношеніяхъ между собой, при которыхъ покупатель бралъ у продавца на книжку, или на томъ, что и товаръ не былъ отданъ въ руки отвѣтчика, и проч. [1]).

Я согласенъ съ тѣмъ, что подобныя соображенія дѣйствительно устраняютъ примѣненіе презумпціи къ данному случаю; но вмѣстѣ съ тѣмъ думаю, что тѣ же основанія могли бы опровергнуть ее и тогда, если бы она получила законодательное признаніе, сдѣлавшись презумпціей положительнаго права. Одно изъ двухъ: или исключающія примѣненіе ея причины недостаточны вообще для этой цѣли,— но тогда безсильны поколебать судью, какъ въ случаѣ фактической, такъ и законной презумпціи;—или вполнѣ способны сдѣлать свое дѣло,— но въ послѣднемъ случаѣ очень было бы жаль, если бы то, что годится an und für sich для устраненія вывода съ точки зрѣнія обще-человѣческой логики, оказалось не въ состояніи переубѣдить одного законодателя, упорствующаго на своей точкѣ зрѣнія quand même. Тогда наукѣ пришлось бы не привѣтствовать, а, напротивъ, протестовать противъ всякаго закрѣпленія бытовыхъ правилъ въ юридическія презумпціи, такъ какъ это лишало бы судъ драгоцѣнной свободы дѣйствій, необходимой для разумнаго пользованія юридическими правилами оцѣнки доказательствъ,— пользованія con ragione, не слѣпо примѣняя ихъ по буквальному смыслу, а сообразуясь съ обстоятельствами случая. Мнѣ лично представляется, что приведенныя у Leonhard'a соображенія достаточны и для того, чтобы опровергнуть законодательную презумпцію по поводу немедленной реализаціи базарныхъ сдѣлокъ. Правило закона основывается на извѣстной мотивації (Vermuthungsmotiv), а именно: потому сдѣлки исполняются обѣими сторонами немедленно и кредитъ

[1]) Leonhard, S. 6—7.

исключается вслѣдствіе того, что вступающія въ договоръ среди рыночной сутолоки лица обыкновенно неизвѣстны другъ другу и, встрѣчаясь, можетъ быть, въ первый и послѣдній разъ, едва успѣваютъ взглянуть одинъ на другого; да и продающіе съ ларей торговцы—мелкіе, иногда даже случайные коммерсанты, не ведущіе правильнаго счетоводства [1]); словомъ, взаимнаго кредита нѣтъ отъ того, что отсутствуетъ взаимное довѣріе, почему и наилучшимъ способомъ обезпеченія обоюдныхъ интересовъ является немедленный расчетъ вслѣдъ за немедленнымъ же исполненіемъ.

Но когда предпосылки законодателя не осуществились: контрагенты до такой степени знали другъ друга, что уже и до сдѣлки находились между собой въ текущихъ долговыхъ отношеніяхъ; или—о немедленной реализаціи договора не могло быть рѣчи тѣмъ болѣе, что одна изъ сторонъ не исполнила обязательства теперь же, почему основанія, говорившія раньше за платежъ въ отвѣтъ на передачу покупки, въ данномъ случаѣ уступаютъ мѣсто противоположнымъ предположеніямъ, по которымъ лицо, вопреки обычнымъ условіямъ не получившее исполненія Zug um Zug, воздержится въ свою очередь отъ уплаты денегъ,—тогда примѣненіе законной презумпціи было бы совершенно ничѣмъ не оправдываемой ошибкой.

Я того мнѣнія, что преимущества предоставленія на свободную судейскую оцѣнку ряда фактическихъ презумпцій выступаютъ въ тѣхъ случаяхъ, если и когда законодатель не въ состояніи справиться съ задачей точнаго установленія предпосылокъ каждой (omnis definitio in jure periculosa); впрочемъ, отсутствіе законодательной регламентаціи вопроса неизбѣжно уже потому, что предусмотрѣть все необъятное количество предположеній и перечислить невозможно даже и въ самомъ подробномъ законодательномъ кодексѣ [2]). Но принципіально между примѣненіемъ законодательной нормы и презумпціи опытнаго происхожденія нѣтъ никакого различія,—поскольку, конечно, судья знаетъ послѣднюю и убѣжденъ въ ея достовѣрности.

---

[1]) Ср. прим. къ ст. 608 Уст. Торг.

[2]) Ср. Leonhard, S. 219; Stein, Das private Wissen des Richters, 1893, S. 17—18.

Заканчиваю свою критику теоріи Leonhard'a слѣдующимъ выводомъ: установить принципіальную разницу между способомъ доказыванія при посредствѣ законодательныхъ правилъ (презумпцій или нормъ распредѣленія процессуальнаго бремени) съ одной стороны и при помощи фактическихъ предположеній съ другой—не удалось австрійскому ученому. Что бы ни говорилъ Leonhard, но, если судебная практика дошла до однообразнаго разрѣшенія въ рядѣ случаевъ вопроса о томъ, которая изъ сторонъ должна представить на судъ доказательства утверждаемыхъ фактовъ, подъ угрозою потерять иначе процессъ,—законодатель можетъ и долженъ рецепировать методъ практики въ положительное право,—конечно, соглашаясь съ разумностью системы de lege ferenda. Боязнь, что отъ такого нововведенія мудрый способъ разрѣшенія проблемы о субъектѣ доказываній смѣнится въ судахъ буквоѣдствомъ,—не имѣетъ основаній; въ пріемѣ приложенія прежняго правила къ практическимъ казусамъ никакой не произойдетъ метаморфозы; въ результатѣ правосудіе выиграетъ одно—большее постоянство своихъ рѣшеній...

Но если такъ, то выработанныя практикой или наукой, испробованныя и безспорныя рѣшенія вопроса о субъектѣ доказываній законодатель долженъ возвести въ рангъ „правилъ о распредѣленіи доказательствъ“: во всякомъ случаѣ, отъ подобной кодификаціи вопроса ничего, повторяю, не будетъ потеряно,—кромѣ впрочемъ прежней неопредѣленности и хаотичности отдѣльныхъ судебныхъ рѣшеній. Leonhard самъ приходитъ большею частью къ тѣмъ же результатамъ, какъ и теорія возраженія, въ проблемахъ, кто изъ тяжущихся проиграетъ процессъ, если не будетъ дано суду новыхъ доказательствъ; но тогда, если теоретикъ опустится еще глубже въ подпочву судейской психологіи и найдетъ тотъ объединяющій критерій, которымъ руководствуется судья въ своей свободной оцѣнкѣ доказательствъ, откроетъ „логику“ подобной оцѣнки, то наука только сдѣлаетъ пріобрѣтеніе.

Поэтому усилія юридической мысли должны быть направлены на то, чтобы пролить свѣтъ на тѣ психологическіе процессы, которые совершаются въ сознаніи судьи, оцѣнивающаго приводимыя доказательства или даже оцѣ-

нивающаго отсутствіе послѣднихъ; и если основныя начала будутъ изслѣдованы и формулированы,—и наука, и практика только выиграютъ въ результатѣ.

А однимъ изъ мотивовъ, заставляющихъ судью, при оцѣнкѣ непредставленныхъ доказательствъ, требовать ихъ отъ извѣстной стороны подъ угрозою обратить свое non liquet противъ нея, является по признанію самого Leonhard'a „бо́льшая освѣдомленность“ послѣдней о фактѣ,—то обстоятельство, что она стоитъ къ нему ближе (S. 210) [1]). Этотъ доводъ почти сходится съ нашей точкой зрѣнія,—только моя теорія старается развить ту же мысль и возвести ее въ рангъ главнаго опредѣляющаго начала.

Но это вѣрная на мой взглядъ идея затемняется въ теоріи Leonhard'a неправильными разсужденіями, которыя заставляютъ автора договариваться до такихъ выводовъ: „*часто* центръ тяжести представленія доказательствъ фактически перемѣстится на probatio contrarii (Gegenbeweis): такъ что одно то обстоятельство, что не приведено доказательствъ противнаго (Gegenbeweismomente), будетъ имѣть значеніе для образованія судейскаго убѣжденія“ (S. 208).

Подобное признаніе есть testimonium paupertatis для теоріи автора. Онъ исходитъ изъ положенія, что onus probandi принципіально лежитъ на истцѣ: но *часто* простое отсутствіе доказательствъ со стороны отвѣтчика заставляетъ судью рѣшить споръ противъ послѣдняго. Изъ дальнѣйшаго изложенія видно, что иногда (чтобы не повторить за авторомъ: „часто“) въ такихъ случаяхъ рѣшаетъ вопросъ не обстановка индивидуальнаго казуса, а общая структура института, какъ таковаго [2]).

---

[1]) Ср. еще S. 208: „Steht ihr (der Partei) das Thema erheblich näher, so ist sie ex bona fide zur näheren Darlegung, unter Umständen auch zur Widerlegung verbunden“.

S. 212: „Handelt es sich z. B. um ein Thema, für das nach der Sachlage ausschliesslich der Beklagte Beweise haben kann, so ist von ihm zu verlangen, dass er sie vorbringt..... Denn in derartigen Fällen wird nach freier Ueberzeugung sogar das gegen ihn sprechen, dass er keine Beweise erbringt“.

[2]) Напримѣръ, принципіально—доказывать просрочку должника-отвѣтчика лежитъ на обязанности кредитора-истца: но фактически—„вопросъ идетъ большею частью о дѣйствіяхъ противника, которыхъ

Мнѣ кажется, что по крайней мѣрѣ въ подобныхъ случаяхъ лучше говорить не о свободной оцѣнкѣ судьей индивидуальнаго казуса, а объ оцѣнкѣ законодателемъ или наукой отличительныхъ свойствъ цѣлаго института, т. е. о правилахъ распредѣленія доказательствъ. Повторяю, Leonhard приходитъ in praxi къ правильнымъ заключеніямъ.

Однако для того, чтобы достигнуть своихъ выводовъ, автору приходится насиловать логику вещей, утверждая, напримѣръ, такія, болѣе, чѣмъ сомнительныя, положенія (S. 207—208): „При доказываніи играютъ очень важную роль и начала bonae fidei. Они за то, чтобы при особенно трудныхъ доказательствахъ предъявлялись болѣе снисходительныя требованія относительно убѣдительности вывода (Schlüssigkeit). Напримѣръ, если доказываются невидимые (unsichtbare) факты, какъ то: знаніе лица или причинная связь. Но въ особенности сказанное относится къ доказываніямъ отрицательныхъ положеній. Здѣсь часто нужно довольствоваться тѣмъ, что ничто не говоритъ за противоположный положительный фактъ. Но доказательства тутъ не снимаются съ лица, а только обсуждаются болѣе снисходительнымъ образомъ“.

Но въ интересахъ прочнаго правопорядка подобному рѣшенію вопроса о распредѣленіи доказательствъ, вытекающему изъ логической натяжки, слѣдуетъ предпочесть другое, гдѣ судъ прямо и не обинуясь говоритъ лицу, что процессъ разрѣшенъ противъ него, такъ какъ оно не доказало

доказательства ближе для этого послѣдняго. Впрочемъ, подобное обстоятельство слѣдуетъ принять во вниманіе при оцѣнкѣ доказательствъ: противникъ обязанъ разъяснить дѣло“ (S. 183). Ср. еще S. 336: принципіально, истецъ доказываетъ, что причинившій своими дѣйствіями ему убытокъ не находился въ состояніи необходимой обороны; но „при обычныхъ условіяхъ уже внѣшній видъ происшествія будетъ обыкновенно говорить противъ необходимой обороны“.

Интересно также разсужденіе, въ результатѣ котораго Leonhard приходитъ къ выводу, что ссылку на недѣеспособность контрагента доказываетъ ссылающаяся сторона.

S. 209: Ferner bringt eine Partei durch den Abschluss eines Rechtsgeschäfts zum Ausdruck, dass sie geschäftsfähig sei und den erforderlichen Willen habe. Bei einem Vertrage behauptet das jede Partei von sich, und sie erkennt zugleich die Geschäftsfähigkeit und den Willen des Gegners an. Wer dieses Selbstzeugniss widerlegen will, muss daher Gegenmomente vorbringen.

противоположнаго положительнаго факта, который доказать лежало на его обязанности, составляло его onus probandi.

Въ самомъ дѣлѣ, судебный выводъ въ пользу наличности отрицательнаго обстоятельства явно грѣшитъ противъ логики (закона „достаточнаго основанія"), что допускаетъ отчасти и Leonhard: приводимыя доказательства не оправдываютъ умозаключенія вполнѣ,—но достаточно, чтобы „ничто не говорило за противоположный выводъ", и декретъ устанавливаетъ подлежащій доказательствамъ фактъ въ пользу несущей onus probandi стороны. Однако болѣе осторожный въ умозаключеніяхъ судья долженъ бы былъ высказаться о фактѣ: non liquet,—а тогда дѣло неизбѣжно получитъ обратный процессуальный исходъ. Поэтому обвиненная сторона, видя на какихъ шаткихъ логическихъ основаніяхъ коренится выводъ судьи („ничто не говоритъ contra") и безошибочно зная (въ этомъ состоятъ преимущества Леонгардовской системы [1]), что onus probandi лежалъ на противникѣ, конечно, будемъ только негодовать на неправосудіе и обременять высшія инстанціи жалобами на судебную ошибку. Къ правильному рѣшенію вышеизложеннаго казуса Leonhard приходитъ, снисходительно относясь къ представляемымъ доказательствамъ трудно доказуемаго факта,—но чѣмъ снисходительнѣе будетъ къ тяжелому положенію противника судья, тѣмъ безжалостнѣе въ своихъ нареканіяхъ на судъ обвиненная сторона. Ей законъ (или теорія) говоритъ ясно: „такой то фактъ долженъ доказать твой противникъ,—или проиграетъ процессъ". А судъ, снисходя къ трудной роли послѣдняго, рѣшаетъ: „но такъ какъ ничто не говоритъ противъ факта (а negatio проигравшей стороны?), то и недостаточныя доказательства пріемлются: установить противное долженъ заявляющій споръ". Такимъ образомъ, въ результатѣ перемѣстилось прецессуальное бремя (Widerlegungslast). Но это значитъ, что судъ по своему усмотрѣнію (которое неудачникъ квалифицируетъ произволомъ) лишилъ частное лицо тѣхъ благъ, которыя обезпечиваетъ послѣднему законъ: „гдѣ же равноправіе"?—скажутъ судьѣ....

---

[1]) См. S. 8.

Надобно учесть еще и такой фактъ: руководясь ученіемъ Leonhard'a, правосудіе только при такомъ условіи дошло бы до тѣхъ же рѣшеній, которыя выноситъ самъ авторъ, если бы единственнымъ судьей всѣхъ процессовъ былъ Leonhard „персонально"; въ противномъ же случаѣ разница въ судейскомъ темпераментѣ, неизбѣжная при множественности судебнаго персонала, отразится роковымъ образомъ на однообразіи декретовъ: practica est multiplex! Судья, подходящій по смѣлости мысли къ Leonhard'у, санкціонируетъ его выводы, приближающіеся къ теоріи „возраженія",—согласный въ одномъ отсутствіи „доказательствъ противнаго" видѣть убѣдительныя данныя въ пользу утверждаемаго стороною факта. Судья, осторожный въ умозаключеніяхъ, напротивъ дойдетъ до Геркулесовыхъ столповъ недовѣрія къ истцу, требуя отъ него тщательныхъ доказательствъ безчисленнаго количества фактовъ,—достигнувъ крайнихъ тезисовъ доктрины „отрицанія", такихъ, отъ которыхъ открещивались сами ея сторонники, какъ отъ probatio diabolica [1]). Итакъ, въ практическихъ результатахъ разнообразію судебныхъ рѣшеній будетъ данъ самый широкій просторъ,—между полюсами наиболѣе враждебныхъ другъ другу юридическихъ теорій!

А еще авторъ настаиваетъ на превосходствѣ своей доктрины въ томъ смыслѣ, что она будто бы упрощаетъ рѣшеніе проблемы (Vereinfachungssystem) [2]). Цѣлей упрощенія Leonhard достигъ въ дѣйствительности такимъ способомъ, что перенесъ sedes materiae изъ изслѣдуемой научной области, гдѣ „вѣроученіе" должно быть изложено въ видѣ „догматовъ", въ другую, неподлежащую „догматизаціи" по самой своей природѣ и предоставленную свободному толкованію каждаго „вѣрующаго" ad libitum; при господствѣ ученыхъ разномыслій по ряду контроверзъ его теорія заранѣе даетъ санкцію практикѣ (indulgentia plenaria) на рѣшенія казусовъ въ томъ или иномъ смыслѣ, по благоусмотрѣнію ad hoc. Едва-ли подобный пріемъ способствуетъ установленію мнѣній—въ литературѣ или въ судеб-

[1]) Напримѣръ, по Leonhard'у противъ ссылки на vitia negotii защищается съ доказательствами въ рукахъ истецъ. S. 161.

[2]) S. 2 ff; 49 ff; 200 ff.

ной практикѣ—и врядъ-ли судьѣ будетъ легче разобраться въ выводахъ путемъ „свободной оцѣнки“ разныхъ случаевъ, нежели руководясь однообразными принципами [1]).

Примѣчаніе. Вообще, слѣдуетъ высказаться противъ опасныхъ сторонъ того метода разрѣшенія научныхъ проблемъ (если не „уклоненія“ отъ нихъ), гдѣ послѣднимъ вершителемъ „ученаго“ спора назначается судья и его свободная оцѣнка индивидуальнаго казуса. Юридическія проблемы разбираются въ ученыхъ изслѣдованіяхъ вовсе не для того, чтобы надлежащій отвѣтъ находить себѣ..... только съ высоты судейской трибуны. Между тѣмъ, это нерѣдкій случай, что неимѣющій сказать своего слова изслѣдователь укрывается за складками robe rouge и, подмѣняя свой голосъ чужимъ, выставляетъ въ качествѣ „настоящаго отвѣтчика“ на предъявленную правовую проблему не ученаго, а судью (laudatio auctoris).... Ne alius pro alio! И тѣмъ не менѣе, фигура съ судейскою цѣпью выдвигается нерѣдко въ затруднительный моментъ, какъ deus ex machina въ старинныхъ трагедіяхъ, чтобы дать пьесѣ благополучное окончаніе, спасти фабулу и выручить изъ бѣды автора...

---

[1]) Слѣдуетъ однако отдать должное и достоинствамъ сочиненія: эрудиція автора стоитъ выше похвалъ (по обыкновенію нѣмецкихъ ученыхъ, начитанность относится главнымъ образомъ къ нѣмецкой литературѣ),—Leonhard не обошелъ своимъ вниманіемъ не только спеціальныхъ трудовъ, относящихся къ темѣ, но и мелкихъ отдѣльныхъ мнѣній, высказанныхъ тѣмъ или другимъ юристомъ à propos по вопросу распредѣленія доказательствъ,— въ произведеніяхъ, съ onus probandi ничего общаго, казалось бы, не имѣющихъ. Капитальный трудъ Leonhard'a навѣрное будетъ использованъ во всѣхъ послѣдующихъ изслѣдованіяхъ въ той же области, - особенно въ своей критической части, гдѣ аргументаціи автора являются и исчерпывающими, и убѣдительными.

ЧАСТЬ ТРЕТЬЯ.

Контроверзы института.

Предварительныя замѣчанія.

Наиболѣе спорными вопросами, составляющими главный предметъ разногласій между теоретиками „отрицанія“ и „возраженія“, являются слѣдующія контроверзы.

I. Кто доказываетъ, если истецъ ссылается на naturalia negotii, а отвѣтчикъ на спеціальный договоръ, устраняющій дѣйствіе послѣднихъ, такъ какъ частная воля становится сама на ихъ мѣсто. Теорія „отрицанія“ возлагаетъ onus probandi на истца [1]), доктрина „возраженія“—на отвѣтчика [2]).

II. Кто доказываетъ, когда истецъ утверждаетъ, что при куплѣ-продажѣ опредѣленнаго соглашенія объ извѣстной цѣнѣ не было и потому онъ въ правѣ требовать средней рыночной стоимости за вещь, а отвѣтчикъ выдвигаетъ якобы состоявшееся соглашеніе о болѣе низкой оцѣнкѣ. Теорія „отрицанія“ снова требуетъ доказательствъ отъ истца [3]), тогда

[1]) Stölzel, Schulung, S. VII ff.; Eccius, Beiträge zur Erläuterung des Bürgerlichen Rechts, Bd. 45, S. 270 ff.; Martinius, Behauptungs-und Beweislast u. s. w. (1903) S. 60 ff.; Leonhard, S. 289 ff.

[2]) Fitting, S. 58; Betzinger, 2-te Aufl., S. 144 ff.; Staub, S. 13—23; Beckh, S. 87 ff.; 185 ff.; Kress, S. 62 ff.; Rosenberg, Archiv, S. 93 ff.; Meyerhofer, Z. f. Schweiz. Recht, Bd. 22 (1903) S. 372 ff. „Теорія нормъ“ обыкновенно объясняетъ свой выводъ тѣмъ обстоятельствомъ, что naturalia стоятъ въ одной статьѣ, а дозволеніе замѣнять ихъ спеціальнымъ соглашеніемъ—въ другой. Даже многіе изъ сторонниковъ „теоріи отрицанія“ переходятъ въ вопросѣ о naturalia на сторону своихъ противниковъ: R. Schmidt, Lehrbuch, S. 445; Wach, Z. f. C. P., Bd. 29 (1901), S. 393. Ср. Endemann, Lehrbuch, S. 491.

[3]) Stölzel, Schulung, S. V ff.; XII ff.; XXV ff.; 92, 103, 113, 116, 127, 129; Recht, 1901 № 20, S. 503 ff.; Eccius, l. c., S. 271 ff.; Endemann, § 87 e. Anm. 16; Wach, Z. f. C. P., l. c., S. 392 ff.; Weismann, S. 125; Leonhard, S. 368 f. Даже нѣкоторые изъ сторонниковъ теоріи „возраженія“ примыкаютъ въ этомъ вопросѣ къ противоположному лагерю: Staub, S. 12; Rosenberg, Archiv, S. 83 ff.; Betzinger (2-te Aufl.) S. 164 ff.

какъ доктрина „возраженія“ переноситъ onus probandi на отвѣтчика [1]).

III. Cujus probatio, если истецъ выводитъ свои права изъ сдѣлки, заключенной безъ условія (или срока), а отвѣтчикъ именно условіе-то и выдвигаетъ. Теорія „отрицанія“ обязываетъ доказывать истца [2]), теорія „возраженія“—отвѣтчика [3]).

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Контроверза по поводу диспозитивнаго права или naturalia negotii.

Интересующій насъ въ этомъ ученіи вопросъ объ обычномъ стилѣ сдѣлокъ или (беря масштабъ шире) правоотношеній разрѣшается на основаніи главнымъ образомъ положительнаго законодательнаго матеріала [4]). Чаще всего законъ самъ опредѣленно указываетъ, какія принадлежности сдѣлки онъ считаетъ обычно присущими правовымъ явленіямъ даннаго типа, какія, наоборотъ, исключительными особенностями, которыя могутъ быть вставляемы въ юридическое отношеніе лишь по спеціальному уговору частныхъ лицъ.

Напримѣръ: вообще отъ отданнаго въ наемъ жилого помѣщенія требуется непремѣнное качество—возможность быть обитаемымъ безъ вреда для здоровья квартирантовъ: однако, спеціальнымъ соглашеніемъ послѣдніе могутъ и отказаться отъ удобствъ, которыя обезпечиваетъ имъ законъ. Продаваемая вещь должна быть собственностью продавца: поэтому послѣдній отвѣчаетъ передъ покупателемъ за то, что впослѣдствіи не явится „нѣкто крѣпкій и сильный“ и—

[1]) Fitting, S. 39; 64 Anm. d; Betzinger, 1-te Aufl., S. 352; Brodmann, S. 99; Knieriem, Behauptungspflicht und Beweislast bei der Klage auf Zahlung eines angemessenen Kaufpreises, 1896.

[2]) Ссылки и цитаты см. въ главѣ III: „контроверза по поводу условія“.

[3]) Beckh, S. 170 ff.; Betzinger, 1-te Aufl., S. 332 ff. и 2-te Aufl. S. 160—163; Fitting, S. 55; Staub, S. 23—25; Rosenberg, Archiv, S. 51 ff.

[4]) Иногда впрочемъ изъ т. н. юридической природы правоотношенія.

ubi rem meam invenio, ibi vindico!—не оттягаетъ по суду купленную вещь у новаго пріобрѣтателя. Отвѣтственность за „очистку“ вещи—за эвикцію по римской терминологіи—есть нормальная, естественная, сама собой (ipso jure) вытекающая изъ природы сдѣлки обязанность продавца. Но ничто не мѣшаетъ покупателю добровольно взять на себя рискъ за будущее въ видѣ грозной возможности появленія лучше управомоченнаго претендента,—и освободить спеціальнымъ соглашеніемъ продавца отъ отвѣтственности за очистку.

Кто же будетъ доказывать въ случаѣ нужды наличность этихъ особыхъ соглашеній, модифицирующихъ общій составъ сдѣлокъ, какъ онѣ рисуются воображенію и пожеланіямъ законодателя? Тотъ, въ чью пользу эти соглашенія гласятъ, кому выгодно, чтобы судъ призналъ ихъ наличными: домохозяинъ въ первомъ случаѣ и продавецъ, не желающій отвѣчать за эвикцію, во второмъ.

Распредѣляя onera probandi въ случаяхъ, подобныхъ настоящимъ, слѣдуетъ всегда задавать себѣ вопросъ: какой видъ юридическаго отношенія представлялся законодателю въ видѣ общаго, обычнаго типа, и какой—въ качествѣ дозволеннаго отступленія?

Мы встрѣчаемся здѣсь съ областью диспозитивнаго права съ одной стороны и касаемся преподанныхъ законодателемъ правилъ для интерпретаціи сдѣлокъ съ другой.

Желая твердаго правопорядка, законодатель долженъ обнять орлинымъ взоромъ всю пеструю картину личныхъ и имущественныхъ отношеній, изъ которыхъ гражданскій оборотъ слагается [1]). Онъ обязанъ дать себѣ отчетъ, какія изъ нихъ слѣдуетъ счесть желательными или по крайней мѣрѣ терпимыми въ его гражданской общинѣ, и защищать въ качествѣ таковыхъ; какія, напротивъ, квалифицировать нарушающими искомый modus vivendi, съ какими бороться поэтому тѣмъ оружіемъ, которое государство имѣетъ. Законъ вмѣшивается и старается упорядочить свободную борьбу соціальныхъ интересовъ, давая обороту скрижали завѣта. Это

[1]) Любимый порядокъ идей Бюлова; главнымъ образомъ развитъ въ „Dispositives Civilprozessrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung“ (Archiv für die Civilistische Praxis, B. 64 (1881); напр., см. S. 73—89. Ср. также первыя страницы другого сочиненія: „Gesetz und Richteramt“, 1885.

рядъ императивовъ [1]),—способъ обращенія, отъ котораго законодатель отступаетъ съ теченіемъ вѣковъ только по формѣ выраженія: въ существѣ дѣло остается въ прежнемъ видѣ и въ современныхъ кодификаціяхъ. И не въ отрицательномъ только направленіи регулируетъ законодатель ту жизнь, на которую хочетъ воздѣйствовать: рядомъ съ заповѣдью: „не убій, не укради, не лжесвидѣтельствуй“, уже Моисеево законодательство преподаетъ и положительное правило: „чти родителей“, устрояя тѣмъ семейный укладъ въ его и нравственныхъ, и юридическихъ основаніяхъ.

Съ вѣками воздѣйствіе законодательства на жизнь и регламентированіе ея въ разныхъ направленіяхъ дѣлается интенсивнѣе: если точки приложенія силъ и мѣняются, область воздѣйствій изъ одной сферы перемѣщается въ другую, то во всякомъ случаѣ можно признать, что регламентація оборота въ смыслѣ указанія ему желательныхъ путей сдѣлала значительные успѣхи.

Однако менѣе всего безнаказаннымъ остается для законодателя игнорированіе свободной воли и иниціативы частныхъ лицъ, самостоятельно преслѣдующихъ собственные интересы [2]). Въ большинствѣ случаевъ,—я разумѣю частное право—онъ этого и не дѣлаетъ. Самостоятельности гражданскихъ единицъ предоставляетъ законъ широкіе горизонты. Но все, что онѣ въ этихъ районахъ сдѣлаютъ, все это входитъ или должно входить въ поле зрѣнія законодательной предусмотрительности. Все это желательно, дозволено или терпимо законодательствомъ.

Наиболѣе простора открываетъ законъ личной иниціативѣ въ сферѣ заключенія гражданскихъ сдѣлокъ: тутъ частнымъ лицамъ дано устраивать свои отношенія, какъ они того желаютъ. Но если они сами забудутъ завязать такое соглашеніе, чтобы изъ него для каждой стороны явство-

---

[1]) Ср. между прочимъ Brodmann'a, Vom Stoffe des Rechts, 1897, S. 109—110, который того мнѣнія, dass sich jede Rechtsordnung in eine unzählige und unübersehbare Fülle einzelner—in der Rechtsanwendung stets bedingter—Imperative atomisieren lässt.

[2]) См. также Оршанскій, О законныхъ предположеніяхъ и ихъ значеніи, Журн. гр. и угол. пр. за 1874 г. № 4 (іюль—августъ), стр. 2, 20—29.

вало: quid est juris (иначе—какой императивъ обращаетъ къ ней состоявшаяся сдѣлка, говорящая здѣсь отъ имени и устами закона—lex contractus), тогда законодательству и правосудію задана задача. Получился пробѣлъ,—пропасть образовалась между тѣми и иными пунктами соглашенія сторонъ: онѣ старались создать между собой обязательства, но спутались въ деталяхъ,—и теперь сдѣлка-то состоялась, но каковы права и обязанности контрагентовъ, въ подробностяхъ неизвѣстно.

Обязанность законодателя—развязать, или—да здравствуетъ опредѣленность и порядокъ въ оборотѣ!—разсѣчь затянувшіяся въ гордіевъ узелъ спорныя юридическія отношенія. Такъ онъ и поступаетъ. Онъ даетъ или правила для истолкованія неопредѣленной воли въ сдѣлкѣ, или устанавливаетъ такъ называемая диспозитивныя нормы (Ergänzendes Recht по терминологіи Bülow'a). Писанное право регулируетъ подробности сдѣлки само, беретъ на себя этотъ трудъ; если нѣтъ противоположнаго соглашенія контрагентовъ, то будутъ примѣняться эти диспозитивныя нормы и дополнительные императивы. Нельзя, чтобы права и обязанности сторонъ оказались неопредѣленными, окруженными мракомъ тайны, чтобы въ регулированіи частно-правовыхъ дѣйствій обнаруживался пробѣлъ, зіяла пропасть: правопорядокъ боится пустого мѣста (horror vacui)!

Всегда ли вѣрно будетъ угадана воля сторонъ, не сумѣвшая сама себя выразить въ сдѣлкѣ, сообразно ли обоюднымъ интересамъ удастся регулировать отношенія между контрагентами дополнительному, диспозитивному праву, зависитъ отъ искусства законодателя. Конечно, полнаго успѣха ожидать въ этомъ отношеніи невозможно, однако уже опредѣленность, худо, хорошо ли, но вносимая въ отношенія такимъ образомъ, есть несомнѣнная соціальная выгода и одна изъ благодѣтельныхъ функцій права.

Иногда законодатель и не задумывается надъ тѣмъ, чтобы угадать волю контрагентовъ; онъ произноситъ свои дополнительные императивы, руководясь цивильно-политическими соображеніями [1]). Въ другихъ случаяхъ онъ интер-

[1]) См. подробнѣе у Beckh'a, S. 92—93; Leonhard, S. 270. Также Knieriem, Behauptungs-und Beweispflicht bei der Klage auf Zahlung eines

претируетъ волю сторонъ, преслѣдуя ихъ же собственные интересы и стараясь осуществить ихъ наиболѣе выгоднымъ для самихъ частныхъ лицъ образомъ.

Но сущность „диспозитивнаго права“ состоитъ въ функціи заполненія области неизвѣстнаго въ правоотношеніяхъ. Сообразно ли угаданной закономъ волѣ сторонъ или сообразно особымъ планамъ и соображеніямъ кодификатора— безразлично, но пробѣлъ въ регулированіи отношеній между частными лицами наполняется опредѣленнымъ содержаніемъ, что и нужно было правопорядку.

Остановимся сперва подробнѣе на такъ называемыхъ „естественныхъ принадлежностяхъ сдѣлки“—naturalia negotii. Naturalia—это тѣ подробности волеизъявленій, которыя присущи данному роду сдѣлокъ по самой природѣ таковыхъ, какъ ихъ обычная принадлежность. Воля сторонъ обычнымъ порядкомъ желаетъ такихъ юридическихъ дополненій, разъ она согласилась на извѣстнаго рода сдѣлку; по логикѣ вещей, разъ она произнесла въ данной сдѣлкѣ свое А, она должна была, если не сказала иного, подразумѣвать Б,В и т. д.

Примѣчаніе. Приведу нѣкоторыя изъ опредѣленій интересующаго насъ института, данныхъ въ литературѣ. Staub (S. 13): „Naturalia negotii содержатъ то, что по воззрѣніямъ законодателя, на основаніи сдѣланнаго имъ анализа, согласно его свѣдѣніямъ и опытности, болѣе всего соотвѣтствуетъ взглядамъ и потребностямъ жизни и оборота; это—„осадокъ изъ общеупотребительныхъ договорныхъ установленій сторонъ“ (Danz въ Ihering's Jahrbücher, B. 38, S. 390), „осадокъ изъ стереотипнаго содержанія безконечнаго количества однородныхъ сдѣлокъ“ (Laband въ Archiv für die Civil. Praxis, Bd. 73, S. 164). И когда законодатель, примѣняя названный методъ, призналъ опредѣленное содержаніе въ разнаго рода сдѣлкахъ за такое, въ которомъ обыкновенно стороны видятъ соотвѣтствующее своимъ интересамъ, въ чемъ и онъ на основаніи собственнаго изслѣдованія усмотрѣлъ благопріятное интересамъ сторонъ по общему правилу, то фиксируетъ въ положительномъ правѣ, чтобы оно имѣло примѣненіе, какъ „нормальное, обыкновенное, или

---

angemessenen Preises, 1896, S. 107: „Unter der Herrschaft der Dispositivgesetze werden sehr häufig bei sonst feststehendem Vertragsverhältnisse viele Einzelheiten endgültig festgelegt, an denen der Vertragswille nicht den geringsten Antheil gehabt hat“.

проще—какъ порядокъ вещей, на который расчитываетъ законъ" (ср. Endemann, I, S. 34). Такой представляетъ себѣ законодатель конфигурацію соотвѣтствующихъ сдѣлокъ".

Naturalia negotii обозначаютъ, какъ говоритъ Dernburg (Preuss. Privatrecht, § 77), особенности и подробности сдѣлки, которыя имѣютъ быть ей приписаны въ силу одной принадлежности ея къ извѣстному роду сдѣлокъ—„безъ дальнѣйшихъ разсужденій" (ohne weiteres) (цитир. у Staub'a, S. 14).

„Большая часть правовыхъ опредѣленій, говоритъ Bülow (Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten, Archiv für die Civil. Praxis, Bd. 62 (1879), S. 82 Anm. 65), которыя неправильно именуются „молчаливыми волеизъявленіями", произошли изъ прежняго обыкновенія заинтересованныхъ лицъ помогать себѣ въ правовомъ оборотѣ собственными средствами, путемъ опредѣленныхъ волеизъявленій. договоровъ, оговорокъ соотвѣтствующаго содержанія. Въ концѣ концовъ то, что было испробовано и одобрено въ качествѣ цѣлесообразнаго въ среднемъ, перешло въ содержаніе диспозитивно-правовой нормы".

Knieriem, l. c., S. 6: „Это jus non cogens вызвано къ жизни потребностью намѣтить внутри существующихъ договорныхъ отношеній твердыя точки опоры для истолкованія воли. respective—для судебнаго рѣшенія, когда воля въ договорѣ не вполнѣ опредѣлилась въ своемъ рѣшеніи, или когда она въ извѣстномъ пунктѣ вовсе не обнаружилась вовнѣ, ея не было, или во всякомъ случаѣ распознать и установить ея нельзя. На основаніи данныхъ опыта и постоянно руководясь предполагаемой разумной „средней волей", законъ установилъ пригодное на каждый случай, если стороны не установили въ договорѣ противнаго".

Нѣсколько иначе на юридическую природу naturalia смотритъ Rosenberg, хотя въ конечномъ выводѣ о процессуальномъ значеніи ихъ онъ соглашается съ выставленными выше взглядами. „Это не составныя части заключенной сдѣлки, т. е. желаемыя и условленныя сторонами; это—юридическія послѣдствія, которыя законъ самъ связываетъ съ заключеніемъ сдѣлки. Эти послѣдствія наступаютъ не потому, чтобы ихъ хотѣли стороны или, такъ какъ они основаны на подразумѣваемой волѣ сторонъ, но потому, что законъ повелѣлъ такъ безотносительно къ противоположной даже, но только не выраженной волѣ контрагентовъ. Очень часто законодательная регламентація можетъ соотвѣтствовать дѣйствительной волѣ сторонъ и

законъ можетъ хотѣть этого соотвѣтствія.... Но эта предполагаемая воля есть только мотивъ, а не предпосылка для примѣненія субсидіарнаго права“ и т. д. (Archiv f. d. Civil. Praxis, B. 44, 1903, S. 97—98).

Однако договорная воля, какъ ни часто она выражается въ сторону этихъ юридическихъ эффектовъ—своихъ naturalia, и какъ ни естественно ей хотѣть ихъ, разъ вступивъ въ опредѣленную колею юридическихъ желаній въ сдѣлкѣ даннаго типа,—воля можетъ отклониться отъ путей обычныхъ, проторенныхъ, пойти своей оригинальной дорогой, взять вбокъ или въ сторону, если направленіе кажется ближе ведущимъ къ цѣли. Законодатель позволяетъ: только требуетъ, чтобы уклоненія отъ обычной тропы въ сторону оригинальнаго были оговорены особо: необыкновенное не предполагается.

Ст. 2067 X т. 1 ч.: если образъ употребленія ссужаемаго имущества не опредѣленъ въ договорѣ, ссудопринимать обязанъ пользоваться имъ сообразно его предназначенію, и при томъ—salva rerum substantia.

Законодатель старается предугадать обычныя намѣренія сторонъ.

Ст. 1556 X т. 1 ч.: поручительство предполагается во всей суммѣ, если противное не обозначено въ договорѣ.

См. еще 2223 ст. ib.: „Нанявшійся въ правѣ требовать отъ хозяина жилища и содержанія токмо въ томъ случаѣ, когда о семъ въ договорѣ сдѣлано нарочное условіе“,—naturalia за то, что онъ требовать этихъ благъ не въ правѣ.

Не лежатъ ли всѣ ожиданія законодателя на сторонѣ обычнаго не до конца выразившейся волѣ пути: не потому ли, что даннаго направленія воля чаще всего встрѣчается въ сдѣлкахъ этого типа, онъ и создалъ свою регламентацію обычныхъ принадлежностей, naturalia?

И если судья in dubio тоже склонится къ признанію naturalia, какъ наиболѣе правдоподобнаго въ сдѣлкѣ,—хотя утвержденіе отвѣтчика о наличности особыхъ соглашеній и не опровергнуто, то судья только сдѣлаетъ дальнѣйшій шагъ по пути, указанному и предначертанному самимъ же законодателемъ. Для суда это только„ естественно“: его ju-

dicuim въ пользу признанія naturalia будетъ въ свою очередь naturale....

Но имѣются и другого сорта naturalia negotii. Законодатель вставляетъ въ число „естественныхъ принадлежностей“ сдѣлки тѣ или иные элементы, желая осуществить свои цивильно-политическія соображенія,—конечно, онъ даетъ контрагентамъ право отступать отъ закона, однако требуетъ съ ихъ стороны одного: чтобы воля ихъ въ этомъ направленіи была выражена опредѣленно (expressis verbis).

Ст. 1548 X т. 1 ч.: солидарная отвѣтственность не предполагается, если не установлена въ договорѣ: содолжники платятъ въ размѣрѣ приходящейся на каждаго доли (pro rato).

Здѣсь тенденція законодателя нѣсколько иная; онъ повелѣваетъ: плати каждый свою часть,—норма; но отступленія отъ нея всегда возможны, только должны быть ясно выражены въ договорѣ. Почему законодатель высказывается въ видѣ общаго правила за долевую отвѣтственность? In favorem debitoris (beneficium divisionis), сообразно принципу: in dubio pro mitius.

Ср. еще ст. 1585: взысканіе неустойки не лишаетъ права требовать сверхъ того еще и исполненія обязательства, развѣ бы изъ условій сдѣлки явствовало противное.

Законодатель высказываетъ свой взглядъ на юридическую сущность неустойки (неустойка не есть отступное, Reugeld,—но не мѣшаетъ сторонамъ быть другихъ мнѣній и иной воли, только бы отклоненіе отъ догмата было выражено ими опредѣленно [1]).

Переходя къ изслѣдованію интересующаго насъ вопроса о распредѣленіи между сторонами доказываній при ссылкѣ истца на naturalia, а отвѣтчика на отступленія въ

[1]) Ср. еще ст. 2217 X т. 1 ч.: Работа должна быть окончена ремесленникомъ въ срокъ, положенный вообще для работъ сего рода приговоромъ Ремесленной Управы, поскольку срокъ не опредѣленъ „нарочнымъ условіемъ между нимъ и нанимателемъ“.

Ст. 4 уст. о векселяхъ: „Сумма векселя должна быть означена прописью.... Если сумма означена прописью нѣсколько разъ, но не въ одинаковомъ размѣрѣ, то обязательнымъ считается меньшій размѣръ этой суммы“ (мотивъ законодателя—in dubio pro debitore; см. Нолькенъ, Уст. о векселяхъ (практическое руководство), 1902, стр. 38).

силу спеціальнаго договора, мы начнемъ юридическій анализъ съ правилъ толкованія договорной воли.

Нѣмецкій ученый Staub, интересный своими поразительно мѣткими полемическими замѣчаніями по адресу Stölzel'я и „теоріи отрицанія", проводящихъ въ нашемъ вопросѣ неправильное мнѣніе, указываетъ такой примѣръ [1]), который мы позволимъ себѣ взять исходнымъ пунктомъ дальнѣйшихъ разсужденій [2]): § 453 германскаго гражданскаго уложенія: „Если за покупную цѣну признана рыночная цѣна, то при сомнѣніи считается, что стороны имѣютъ въ виду рыночную цѣну, существующую во время исполненія въ мѣстѣ исполненія".

Договоръ упоминаетъ о какой то „рыночной цѣнѣ". Спрашивается, къ какому времени и мѣсту отнести и пріурочить искомую цѣну? Законъ опредѣляетъ: время—срокъ исполненія обязательства, мѣсто—территорія, гдѣ исполненіе имѣетъ быть учинено.

Но къ кому обращена содержащаяся въ § 453 инструкція толкованія воли? Къ судьѣ прежде всего [3]). Законодатель говоритъ ему: in dubio—„толкуй волю такъ то". А если должникъ или кредиторъ находятъ, что слѣдуетъ разумѣть не ту рыночную цѣну, какую понималъ законодатель, а другую, то ихъ дѣло и разсѣять „сомнѣніе" судьи,—возможность, которая была какъ разъ и предусмотрѣна законодателемъ, приказавшимъ: „въ случаѣ *сомнѣнія*—по силѣ § 453". Значитъ, заинтересованная сторона должна доказывать, что въ дѣйствительности контрагенты имѣли въ виду иную рыночную цѣну, нежели хочетъ навязать имъ законъ. Понятно, почему обязана: такъ какъ иначе для судьи будетъ „сомнѣніе", а in dubio судъ выйдетъ тѣмъ путемъ изъ затрудненія, который указанъ §-омъ 453 гражданскаго уложенія. Итакъ, заинтересованный доказываетъ, чтобы не быть

[1]) См. у Staub'a S. 17 Anm. 41 (Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 6 und 7 Aufl).

[2]) Можно взять еще, напримѣръ, § 2164 ibid.: „При сомнѣніи отказъ какой либо вещи простирается на ея принадлежности, наличныя во время открытія наслѣдства". Или § 314: Если кто нибудь обязался отчудить... какую либо вещь, то при сомнѣніи обязательство простирается и на принадлежности этой вещи".

[3]) Такъ же Endemann, Lehrb., S. 491.

побитымъ правиломъ нормы. А когда отвѣтчикъ, чтобы разсѣять „сомнѣніе“ суда, выдвигаетъ „особое соглашеніе“ о времени и мѣстѣ для опредѣленія рыночной цѣны, которое якобы между контрагентами заранѣе состоялось, но не доказываетъ своихъ утвержденій, можно ли его считать выполнившимъ свою обязанность предотвратить судейское: non liquet? Нѣтъ, сомнѣніе суда не исчезло, а напротивъ именно увеличилось послѣ его голословныхъ заявленій,—и чтобы исчезло, надобны доказательства.—Слѣдовательно, интересующія насъ нормы ясно даютъ понять, къ кому адресована инструкція закона, устанавливающая правила толкованія по вопросу кто изъ сторонъ противное его „диспозиціи“ доказываетъ.

Продолжая анализъ еще далѣе, можно будетъ сказать, что всюду, гдѣ законъ говоритъ о сомнѣніи для суда, при наличности котораго воля толкуется опредѣленнымъ образомъ, всюду разсѣять, уничтожить сомнѣніе—и непремѣнно съ доказательствами въ рукахъ—есть дѣло протестующаго отвѣтчика (или же недовольнаго истца). Вѣдь пока сомнѣніе господствуетъ, примѣняется законодательное толкованіе воли и диспозитивное право. И если отвѣтчикъ въ интересующей насъ контроверзѣ ссылается на особое соглашеніе, разъясняющее волю иначе,—его обязанность доказать, что такое дѣйствительно было,—такъ какъ другимъ способомъ нѣтъ средствъ устранить судейское: „non liquet“ по поводу спорной воли.

Если такимъ образомъ инструкція суду при толкованіи воли несомнѣнно должна быть понимаема въ смыслѣ: naturalia praesumuntur, поскольку законъ преподаетъ ее для примѣненія in dubio, то не слѣдуетъ ли аналогичнымъ порядкомъ толковать предписанія законодателя и тамъ, гдѣ яснаго (expressis verbis) указанія на non liquet, какъ условіе для приложенія диспозитивнаго права, нѣтъ,—гдѣ законъ выражается, опредѣляя поле дѣйствія своихъ naturalia, какъ нибудь иначе?

Писанное право гласитъ: „примѣняется такое-то правило, такъ толкуется воля, такъ понимается сдѣлка,—если не было противоположныхъ соглашеній“. Вноситъ ли здѣсь законодатель нѣчто совершенно новое въ содержаніе своихъ опредѣленій, когда выражается въ этихъ нѣсколько другихъ

терминахъ? Никогда и никто не проводилъ подобнаго разграниченія, не видѣлъ здѣсь въ измѣнившейся редакціи символа измѣнившейся законодательной воли. И какой жестокой для истца! Въ тѣхъ первыхъ статьяхъ naturalia имѣютъ примѣненіе in dubio,—и отвѣтчикъ доказываетъ противоположную волю; а въ нормахъ послѣдней редакціи „сомнѣнія“, какъ условія примѣнимости, не существуетъ: гдѣ требовались доказательства, одинаковую силу получаетъ теперь голословное увѣреніе отвѣтчика, что сдѣлку слѣдуетъ понимать въ силу спеціальнаго договора иначе,—истецъ долженъ сперва доказать, что никакихъ противоположныхъ соглашеній относительно смысла воли не было,— и лишь тогда дѣйствуютъ naturalia. Какъ видитъ читатель, существуетъ глубокое различіе между обоими случаями: onus probandi съ отвѣтчика переносится на истца. И все это сдѣлала та или иная редакція статей! Да полно: хотѣлъ ли этой разницы, сознавалъ ли ее самъ законодатель? По крайней мѣрѣ, юридическая литература никогда не шла по пути этого расчлененія: онъ для нея новый. Сторонникъ „теоріи отрицанія“ Stölzel „заблудился“ только потому, что редакція нормъ, послужившихъ для насъ исходнымъ пунктомъ, которая выражаетъ истинную волю законодателя не дающимъ повода для сомнѣній образомъ, ускользнула отъ его вниманія. Онъ имѣлъ въ виду и анализировалъ внѣшнюю редакцію исключительно тѣхъ диспозитивныхъ нормъ, которыя наоборотъ не содержатъ in expressis verbis правила: in dubio secundum legem. Но частные случаи разобраннаго нами выше типа открываютъ волю закона до такой степени несомнѣнно и ясно, что проливаютъ свѣтъ и на другія аналогичныя области: и всѣ остальныя нормы слѣдуетъ понимать не иначе. И тогда въ конструированіи смысла диспозитивнаго права вмѣсто разнообразія, до сихъ поръ непризнаваемаго въ наукѣ, водворится однообразіе,—только не въ пользу доктрины „отрицанія“.

Къ какимъ же до сихъ поръ выводамъ мы пришли? Мы анализировали случай, гдѣ, создавая naturalia, законодатель желаетъ только угадать обычную волю сторонъ,—даетъ такіе дополнительныя подробности сдѣлки, какія контрагенты сами бы установили, если имъ дороги общіе ин-

тересы. Заключеніе наше было въ томъ смыслѣ, что спеціальныя соглашенія, регулирующія спорные пункты иначе, чѣмъ сдѣлалъ это въ диспозитивномъ правѣ законъ, доказываетъ та сторона, которая на отклоненія отъ naturalia и на соотвѣтствующее соглашеніе ссылается. Naturalia inesse praesumuntur.

Но совершенно иная картина должна получиться по мнѣнію Stölzel'я при другого рода диспозитивныхъ правилахъ закона (только эти правила онъ и имѣетъ впрочемъ въ виду). Это тамъ, гдѣ законъ устанавливаетъ naturalia, какъ такую общую принадлежность правоотношенія [1]), которую онъ хочетъ при данномъ составѣ дѣйствій и событій для осуществленія правно-политическихъ интересовъ. Дозволяетъ и отклоненія, но требуетъ—пусть они будутъ выражены опредѣленно.

Итакъ, иронизируетъ Staub [2]) (S. 18): „кто имѣетъ на своей сторонѣ naturalia въ смыслѣ законодательной интерпретаціи, тотъ наполовину выигрываетъ процессъ, кто же диспозитивное право—тотъ наполовину проигрываетъ дѣло. Потому что справедливо говоритъ Stölzel: на кого ложится onus probandi, тотъ наполовину проигралъ тяжбу".

„Но указанное роковое различіе между предположеніемъ при толкованіи и диспозитивной нормой дѣйствительно ли вѣрно"?—спрашиваетъ Staub. „На вопросъ слѣдуетъ отвѣтить рѣшительнымъ отрицаніемъ".

„Прежде всего является, собственно говоря, сомнительнымъ, есть ли вообще принципіальное различіе между правилами толкованія, данными законодателемъ, и диспозитивными предписаніями права. Новѣйшая доктрина устанавливаетъ различіе [3]). Однако оба разряда юридическихъ правилъ такъ сливаются другъ съ другомъ и такъ мало различимы, что нѣкоторые ученые вообще отрицаютъ всякую разницу [4]). Въ особенности сомнительно, хотѣло ли само гражданское уложеніе [5]) установить и провести различіе. По крайней

[1]) Не только сдѣлки, но и правонарушенія.

[2]) Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 6 und 7 Aufl. (1901).

[3]) Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse, 1897, S. 55 ff.

[4]) Endemann, I, S. 34; Danz въ Ihering's Jahrbücher, Bd. 38 S. 398.

[5]) То же самое замѣчаніе можно сдѣлать и по адресу многихъ другихъ законодательныхъ памятниковъ, напримѣръ, говоря о томъ же нашемъ Сводѣ Законовъ.

мѣрѣ Stammler самъ сознается [1]), что содержаніе иного предписанія часто не даетъ возможности понять, есть ли то норма одного или другого порядка, и что нѣкоторыя предписанія закона подпадаютъ подъ обѣ категоріи: впрочемъ, сами кодификаторы признали, что высшій принципъ толкованія въ гражданскомъ уложеніи, пресловутый § 157, по которому договоры должны быть толкуемы такъ, какъ того требуетъ bona fides (Treu und Glauben) и, принимая во вниманіе обычаи гражданскаго оборота, есть то и другое вмѣстѣ: и правило толкованія, и диспозитивная норма [2]). Точно также гражданское уложеніе употребляетъ слова: „въ случаѣ сомнѣнія“ во многихъ мѣстахъ то для обозначенія диспозитивной нормы, то для обозначенія правила толкованія [3])“.

„Но и тотъ, кто не хочетъ принять тождественнаго характера обоихъ видовъ юридическихъ правилъ, долженъ однако сознаться, что разница во всякомъ случаѣ крайне незначительна [4]). Почти одинъ подлѣ другого стоятъ они въ системѣ права и, если разграничимы вообще, то во всякомъ случаѣ съ трудомъ. Два такъ близко соприкасающихся и почти неотличимыхъ института никакъ не могутъ производить совершенно противоположныхъ, toto coelo различающихся процессуальныхъ послѣдствій, такъ чтобы ceteris paribus тамъ, гдѣ имѣетъ мѣсто одно—процессъ наполовину выигранъ, гдѣ другое—тяжба проиграна наполовину“.

Staub развиваетъ свою аргументацію далѣе. Eck [5]) усматриваетъ разницу между обоими правовыми институтами въ томъ, что правило толкованія упраздняется въ силу одного своего несогласія съ конкретной волей сторонъ,—тогда какъ дѣйствіе диспозитивной нормы можетъ быть устранено только противорѣчащимъ соглашеніемъ контрагентовъ. Разница во всякомъ случаѣ не особенно значительная.

И въ особенности, продолжаетъ Staub, „нѣтъ никакой разницы въ существенномъ для насъ пунктѣ, именно, въ

---

[1]) S. 81, 82.

[2]) См. протоколы коммиссіи у Haidlen, къ § 157 гр. улож.

[3]) См. примѣры у Stammler'a, l. c., S. 77.

[4]) Ср. Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerl. Gesetzbuch (1. Lfr. 2 Ausg. 1898), S. 32. Такъ же Dernburg, Bürgerl. Recht, Bd. 1 S. 53; Windscheid-Kipp, Bd. 1 S. 382 ff; Rosenberg, Arch., S. 95.

[5]) S. 32.

цѣли и основной мысли, которыя лежатъ въ базисѣ обоихъ правилъ закона. Оба правила имѣютъ своимъ фундаментомъ то, что законодатель разсматриваетъ фиксированное имъ регулированіе за соотвѣтствующее интересамъ сторонъ и поэтому для общаго случая по всей вѣроятности и отвѣчающее ихъ намѣреніямъ,— почему и санкціонируетъ его въ законѣ въ качествѣ нормальной структуры казуса. На этомъ значеніи для правилъ толкованія коренится слѣдствіе, что утверждающій отклоненіе отъ нихъ несетъ onus probandi. Думается, что одинаковые юридическіе эффекты должны имѣть примѣненіе и при диспозитивныхъ предписаніяхъ закона".

„Наконецъ, слѣдуетъ принять во вниманіе еще слѣдующее. Указанное выше незначительное различіе между обоими видами юридическихъ правилъ, если оно должно быть признано существующимъ, вовсе не основаніе для того, чтобы отступить отъ нашего порядка раздѣленія бремени доказываній,— наоборотъ, оно даетъ еще болѣе данныхъ распредѣлить onera probandi именно нашимъ способомъ. Въ самомъ дѣлѣ: дѣйствіе правилъ толкованія исключается уже тогда, если съ противной стороны доказано, что конкретная воля сторонъ не согласуется съ законодательной интерпретаціей; диспозитивное же правило закона не отмѣняется еще при наличности такихъ условій: надобно, чтобы было сверхъ того установлено, что стороны создали противорѣчащее тому соглашеніе. Матеріальная сила диспозитивнаго правила является такимъ образомъ болѣе мощной, она обнаруживаетъ по отношенію къ отклоняющейся волѣ сторонъ болѣе сильное и продолжительное противодѣйствіе... Этой матеріальной силѣ и способности сопротивленія должны соотвѣтствовать также процессуальная сила и способность сопротивленія. Ибо и правило толкованія заимствуетъ свою процессуальную силу, благодаря которой оно дѣйствуетъ до тѣхъ поръ, пока не доказано будетъ разногласіе съ нимъ конкретной воли сторонъ, исключительно изъ соотвѣтствующей матеріальной силы" [1]).

Эту до очевидности убѣдительную аргументацію нѣмецкаго коммерсіалиста я хотѣлъ бы съ своей стороны до-

[1]) Staub, S. 19. Онъ ссылается in fine на Stein'a, Das private Wissen des Richters, 1893, S. 47 Anm. 3.

полнить еще указаніемъ на несостоятельность противоположной теоріи съ правно-политической точки зрѣнія,—на квалифицированныя неудобства доказыванія наличности naturalia предъ судомъ.

Въ самомъ дѣлѣ, если бы возлагать на истца обязанность доказывать, что отклоняющагося отъ naturalia соглашенія не было, тогда окажется, что ему легче провести въ процессѣ любую подробность договорныхъ пунктовъ, нежели добиться того, чтобы судья повѣрилъ его ссылкѣ на диспозитивное право.

Положительные факты, какъ извѣстно, легче поддаются доказыванію, чѣмъ отрицательные: между тѣмъ, при указаніи на диспозитивное право и на naturalia negotii судья потребуетъ отъ истца именно доказательствъ, что добавочныхъ соглашеній, которыя бездоказательно выдвигаетъ отвѣтчикъ, не было. Тому достаточно голословныхъ увѣреній, что извѣстнаго содержанія соглашеніе было,—и судья вѣритъ; а истецъ имѣетъ за себя нормировку правоотношенія, желательную законодателю или удобную (въ большинствѣ случаевъ) обѣимъ сторонамъ: и съ этими то лучшими, казалось бы, аргументами и наиболѣе выгодными для правопорядка эффектами онъ остается за флагомъ, пока не опровергнетъ безспорными доказательствами голыхъ словесныхъ утвержденій.

А такъ какъ доказывать отрицательное обстоятельство („чего то не было“) труднѣе, чѣмъ любое положительное, и такъ какъ оправдать свое утвержденіе удобнѣе, чѣмъ опровергнуть чужое (можно вспомнить обстоятельства времени и мѣста, можно запастись свидѣтелями и документами или тогда же заранѣе, или ex post), то нельзя не согласиться съ раньше выставленнымъ положеніемъ: лучше ссылаться истцу на всякія иныя спеціальныя соглашенія, чѣмъ въ случаѣ отсутствія ихъ обращаться къ naturalia negotii. Между тѣмъ, одна изъ функцій этихъ naturalia—дать обороту стереотипныя фигуры, готовые формуляры для заключенія сдѣлокъ: извѣстныя подробности оказываются ipso jure присущими данному сорту сдѣлокъ; если стороны этихъ именно послѣдствій хотятъ, то незачѣмъ договариваться особо: многое подразумѣвается.

И вдругъ: стоитъ дѣлу дойти до суда—и отвѣтчику дозволено ссылаться на вымышленныя „особыя соглашенія“, и онъ, сложа руки станетъ смотрѣть, какъ истецъ погибаетъ подъ тяжестью квалифицированнаго по тяжести доказыванія! Тогда истцы не только перестанутъ обращаться къ законодательной нормировкѣ, какъ къ готовой и удобной формѣ,—напротивъ, должны избѣгать ея, какъ злодѣйской ловушки; если же и случится грѣшнымъ дѣломъ пожелать тѣхъ юридическихъ эффектовъ, которые такъ заманчиво предлагаетъ законъ въ своихъ диспозитивныхъ нормахъ, то самое лучшее выговорить ихъ опредѣленнымъ и точнымъ образомъ, какъ будто ничего подобнаго и не стояло въ законодательныхъ naturalia, какъ будто бы не было на свѣтѣ ни законодателя, ни его облегченныхъ, идущихъ на встрѣчу интересамъ сторонъ, но обманчивыхъ шаблоновъ. А иначе—вѣрная гибель!

Но обратимся теперь къ критикѣ теоріи „отрицанія“, которая держится взгляда, что ссылку на диспозитивное право доказываетъ истецъ.

Прежде всего, какъ смотритъ на юридическій смыслъ naturalia Stölzel самъ?

„Дѣленіе составныхъ частей сдѣлки на essentialia, naturalia и accidentalia, говоритъ авторъ (Schulung, S. XXIII), имѣетъ назначеніемъ—дать въ руки масштабы для юридическаго обсужденія сдѣлокъ; оно преслѣдуетъ цѣль—установить правила для рѣшенія вопроса, возникла ли вообще сдѣлка, признанная въ законѣ, и какимъ образомъ сообразно ея природѣ должны быть дополнены, исходя изъ интересовъ сторонъ, тѣ для реализаціи сдѣлки существенные пункты, о которыхъ не было опредѣленнаго соглашенія. Сдѣлка юридически-дѣйствительнымъ образомъ состоялась, если всѣ essentialia на лицо; отъ присутствія essentialia можно умозаключать къ наличности фиксированныхъ въ законѣ naturalia, которыя предполагаются желательными сторонамъ, если не были отмѣнены особыми (произвольными, accidentalia) соглашеніями. Однако есть авторы и судьи, которые изъ упомянутаго ученія выводятъ слѣдствіе, будто за отсутствіе accidentalia говоритъ презумпція: но доказательствъ, что это вѣрно, не было представлено еще никѣмъ. Будь послѣднее

справедливо, ученіе объ essentialia, naturalia и accidentalia содержало бы громогласное воззваніе ко всѣмъ, заключающимъ договоры: „берегитесь включать въ ваши контракты accidentalia; ибо тѣмъ самымъ вы даете въ руки вашему контрагенту опасное оружіе—власть привлечь васъ къ отвѣту; а утаивая на судѣ accidentalia, сдѣлать васъ обязанными доказывать, что они были, и, при вашей неудачѣ въ этомъ отношеніи, стать свободнымъ отъ обязательствъ, на немъ лежащихъ".

„Ежедневно заключается, продолжаетъ Stölzel (S. XXIV), нѣсколько тысячъ сдѣлокъ, въ которыя входитъ больше договорныхъ условій, нежели ихъ требуется для того, чтобы образовалось правоотношеніе, изъ котораго вытекаетъ искъ. Дается ли право истцу ограничиться minimum'омъ договорныхъ пунктовъ, который in abstracto могъ бы послужить основаніемъ для исковой претензіи? Въ правѣ ли истецъ изъ отдѣльныхъ статей договорнаго соглашенія вычитывать и выбирать тѣ, которыя—не будь дальнѣйшихъ условій—дали бы ему въ руки искомое притязаніе? Откуда взялъ онъ смѣлость умолчать о дальнѣйшемъ содержаніи иныхъ договорныхъ статей, исключающихъ его мнимую претензію? Неужели отвѣтчикъ будетъ осужденъ по такому иску, такъ какъ онъ вынужденъ признать приводимые истцомъ факты (*всѣ* договорныя статьи этого содержанія дѣйствительно стояли въ контрактѣ), а съ своей стороны не въ силахъ доказать, что истецъ утаилъ существенныя части договора, устранившія дѣйствіе неправильной поэтому исковой формулы! Исключительно около этихъ вопросовъ вертится весь споръ".

Если бы оспариваемое Stölzel'емъ мнѣніе о юридической сущности naturalia было вѣрно, „тогда именно тѣ, кто по возможности тщательно заключаетъ свои договоры, съ точными и подробными отдѣльными статьями, очутились бы въ особенно невыгодномъ положеніи. Это значило бы разбить всѣ договоры на два класса: на такіе, которые ограничиваются одними essentialia, и такіе, которые рядомъ съ essentialia содержатъ измѣненіе naturalia; это значило бы еще—снабдить первые привилегіей передъ вторыми. О подобномъ намѣреніи законодателя наше право не даетъ ни малѣйшаго намека, и было бы печальнымъ для нашего правосудія, если

бы дѣло стояло иначе. Необходимое слѣдствіе опредѣленій закона, которыя даютъ сторонамъ свободу ограничиться въ договорѣ одними essentialia или по желанію измѣнить соотвѣтствующія naturalia, есть скорѣе то, что для судопроизводства ни одинъ изъ общихъ классовъ, на которые мы разбили договоры, не заслуживаетъ предпочтенія передъ другимъ“ (S. XXVII).

„Посмотрите только, восклицаетъ далѣе авторъ, къ какимъ невозможнымъ послѣдствіямъ приводитъ оспариваемая теорія! Кто говоритъ о „предположеніи“ въ пользу naturalia въ договорѣ и тѣмъ думаетъ обосновать onus probandi отвѣтчика по поводу утверждаемаго тѣмъ измѣненія naturalia, тотъ доходитъ до абсурдныхъ результатовъ“...

„Это равносильно утвержденію, будто изъ всякаго отмѣняющагося naturalia negotii соглашенія вытекаетъ прежде всего обязанность исполнить договоръ въ такомъ видѣ, какъ если бы онъ состоялъ изъ однихъ naturalia,—и къ выполненію этой обязанности одна сторона можетъ другую принудить судебнымъ порядкомъ; притянутый въ качествѣ обязаннаго лица къ суду въ состояніи лишь тѣмъ освободиться, что доказываетъ соглашеніе объ accidentalia. Это значитъ далѣе: кто обязался sub die, будетъ, такъ какъ вообще обязался, присужденъ платить немедленно, пока не докажетъ прибавку срока, dies; кто купилъ за цѣну X, будетъ, такъ какъ вообще купля-продажа состоялась, присужденъ заплатить высшую „обычную въ оборотѣ“ цѣну У, если онъ не докажетъ особаго соглашенія о нисшей оцѣнкѣ, и т. д.“ (S. XXXIII—XXXIV).

Я имѣю возразить по поводу приведенной полемики Stölzel'я слѣдующее. Во-первыхъ, значеніе „естественныхъ принадлежностей“ сдѣлки не ограничивается той узкой функціей выясненія воли контрагентовъ, которую усвояетъ имъ авторъ. Ихъ задача дѣйствительно „раскрытіе предполагаемой воли“, но матеріально-правовая роль переплетается здѣсь съ процессуальнымъ служеніемъ. Stölzel думаетъ, что сначала судья, не придавая значенія вопросу, съ какими изъ составныхъ частей сдѣлки имѣетъ онъ дѣло, пытается установить голые факты,—не отличая: naturalia, accidentalia и проч. А потомъ уже, если установленъ извѣстный ихъ

комплексъ, начинаетъ смотрѣть: и найдя, что essentialia даны и доказано, что иныхъ дополненій къ нимъ нѣтъ,— только тогда истолковываетъ волю сторонъ такъ, какъ предписываетъ законъ, т. е. въ смыслѣ naturalia negotii. Такимъ образомъ, процессуальной функціи интересующему насъ подраздѣленію не дано.

Но мнѣ кажется, что въ идеѣ, которой руководился законодатель, создавая къ сдѣлкѣ ея naturalia, заложено больше, чѣмъ желаетъ видѣть это Stölzel: у нея есть еще неиспользованное качество, важное для вопроса о судебномъ примѣненіи права; продумавъ мысли закона до конца, полезныя слѣдствія изъ его твореній можно продолжить, перекинувъ мостъ изъ матеріальнаго права въ процессъ [1])...

Почему желалъ законодатель толковать сдѣлку въ пользу naturalia? Онъ считаетъ такую интерпретацію за благо: или угадывая въ ней истинную волю сторонъ, или преслѣдуя свои цѣли и публично-правовой интересъ. Несомнѣнно (выводъ, признаваемый и Stölzel'емъ), что эти благія по мысли законодателя эффекты распространяются на сдѣлку, если иныхъ соглашеній дѣйствительно не было. А если отмѣняющая воля in dubio? Снова нельзя, рѣшаетъ „теорія отрицанія“: пусть наступаютъ послѣдствія согласно голословнымъ завѣреніямъ отвѣтчика (предполагая, что не успѣлъ опровергнуть ихъ истецъ). Послѣдній выводъ и представляется въ моихъ глазахъ проблематической выгодой для оборота: пусть лучше примѣняется правило, которое испытано со стороны своихъ благихъ (для массы случаевъ) послѣдствій, неужели непровѣренныя утвержденія заинтересованнаго лица, иногда вымышленныя и лгущія. Во всякомъ случаѣ, спрашивается, при какихъ условіяхъ для правосудія больше шансовъ напасть на истину или достигнуть въ результатѣ произнесеннаго рѣшенія дѣйствительнаго умиротворенія оборота?

Пусть выходъ изъ затрудненія, выбранный судебнымъ рѣшеніемъ, возсоздастъ правоотношенія между сторонами не въ томъ видѣ, какъ они сами ихъ между собой нѣкогда установили, а въ томъ, въ какомъ должны были установить

[1]) Если угодно, логическая дедукція этого порядка можетъ быть названа примѣненіемъ закона по аналогіи права.

сообразно справедливости или инымъ соціальнымъ принципамъ: развѣ въ результатѣ судоговоренія не получится то suum cuique, которое должно отвѣшивать на своихъ вѣсахъ правосудіе? Въ правооборотѣ будетъ водворена принудительная справедливость, хотя бы и въ ущербъ цѣлямъ того правосудія, о которомъ сказано: fiat justitia, pereat mundus. Si non e vero, e bene trovato. Но при выборѣ между гадательной истиной, которую осуществитъ судъ, повѣривъ словамъ отвѣтчика, и несомнѣнной справедливостью, заложенной въ диспозитивныхъ нормахъ, юрисдикціи терять нечего [1])...

Формула: „naturalia inesse praesumuntur“ звучала бы грознымъ предостереженіемъ по адресу кредиторовъ: „cave accidentalia!“—заявляетъ далѣе Stölzel. Я бы вывелъ изъ приведеннаго принципа иные правно-политическіе постуляты: „para instumenta probationis,—когда включаешь въ сдѣлку говорящія въ твою пользу accidentalia“. И полезность указанной тенденціи правосудія въ смыслѣ укорененія въ гражданскомъ оборотѣ здоровыхъ дѣловыхъ привычекъ окажется внѣ сомнѣній, если только справедливы изложенные въ своемъ мѣстѣ (на стр. 31—36 настоящей работы) аргументы pro thesi. Не желая повторяться, напомню только ихъ общій выводъ: прогрессъ правосудія зависитъ отъ того, будутъ ли стороны сами заботиться о заготовленіи доказательствъ, а распредѣленіе обязанностей въ этомъ направленіи. тѣсно связанное съ вопросомъ объ onus probandi, должно быть сдѣлано сообразно формулѣ: praesumuntur naturalia.

Если стоять на указанной точкѣ зрѣнія, тогда не страшны и тѣ дедукціи, которыми Stölzel думаетъ довести до абсурда оспариваемую имъ теорію.

Кто далъ власть истцу вычитывать изъ договорныхъ статей только то, что говоритъ въ его пользу, и, умалчивая о непріятныхъ пунктахъ соглашенія, выигрывать процессъ, въ случаѣ неудачи отвѣтчика доказать опущенныя, обойденныя молчаніемъ, добавленія?—спрашиваетъ Stölzel.—Кто? Собственная небрежность должника, который не позаботился запастись доказательствами извѣстныхъ пунктовъ сдѣлки,

[1]) Совершенно иное дѣло, если противъ примѣненія naturalia протестуютъ обѣ стороны въ одинъ голосъ: тогда ихъ отклоняющаяся воля удостовѣрена судебнымъ признаніемъ (см. ниже).

невыгодныхъ истцу, но клонящихся къ обезпеченію интересовъ его, отвѣтчика. Si vis pacem, para bellum.

Кто же наложилъ на отвѣтчика эту квалифицированную обязанность заботиться о доказательствахъ заранѣе? Слѣдовало бы ожидать, что обязанность этого рода будетъ наложена закономъ: но такъ какъ вопросъ о распредѣленіи между тяжущимися доказываній пока не получилъ писанной регламентаціи, то право созданія соотвѣтствующихъ узусовъ (fori) переходитъ къ судебной практикѣ, которая должна сдѣлать это во имя правно-политическихъ идеаловъ,— ради прогресса правосудія.

Но такимъ образомъ изъ всякаго договора prima facie будетъ слѣдовать обязанность исполнить его въ томъ видѣ, какъ если бы въ немъ стояли одни naturalia!—восклицаетъ Stölzel: къ этому дѣйствію можно принудить отвѣтчика судебнымъ порядкомъ, если только онъ не докажетъ accidentalia, отмѣняющія въ его пользу дѣйствіе „естественныхъ принадлежностей сдѣлки“. Практическія слѣдствія изъ выставляемыхъ „теоріей возраженія“ (Einredetheorie) юридическихъ принциповъ—и при томъ съ точки зрѣнія недобросовѣстнаго истца—будутъ дѣйствительно таковы: но не юристу позволительно конструировать понятія методомъ Stölzel'я. Неужели можно сказать, что изъ собственной его „теоріи отрицанія“ слѣдуетъ, будто всякій договоръ можно не исполнять, пока истецъ не докажетъ по суду наличности сдѣлки въ ея существенныхъ составныхъ частяхъ? Одно—практическій выводъ, и другое дѣло—конструктивное, а слѣдовательно идеалогическое построеніе.

Вышеизложенное, надѣюсь, показало, что Stölzel'ю не удалось довести до нелѣпости формулу: „naturalia inesse praesumuntur“. Большинство его выводовъ правильны, и сторонники „теоріи возраженія“ могутъ подписаться подъ ними: но оправданіе противъ кажущихся нелѣпостей можно найти въ правно-политической телеологіи, непонятной съ точки зрѣнія близорукихъ интересовъ двухъ наличныхъ тяжущихся, но открывающихъ свою благотворную планомѣрность, если глядѣть на вопросъ à vole d'oiseau, изъ удаленныхъ на болѣе высокій уровень сферъ, на которыхъ должна парить законодательно-политическая мудрость.

Въ свою очередь несвободна отъ упрековъ въ практической непригодности доктрина Stölzel'я, и противъ той reductio ad absurdum, которой подвергаетъ ее Staub [1]), автору защититься нечѣмъ. Одно уже то разрѣшеніе приводимыхъ ниже примѣровъ, которое должно вытекать изъ основныхъ догматовъ доктрины отрицанія, представляетъ прямой юридическій nonsens, и не отъ Stölzel'я, казалось бы, слышать „теоріи возраженія" упрекъ, что ея выводы грѣшатъ противъ здороваго правового чувства [2]).

Послушаемъ разрѣшенія казусовъ съ точки зрѣнія Stölzel'я. „Кто купилъ зараженную болѣзнью лошадь и требуетъ уничтоженія сдѣлки, тому не поможетъ нисколько его ссылка на правило, стоящее въ законѣ, что недостатокъ вещи даетъ право на прекращеніе купли-продажи,—если только отвѣтчикъ утверждаетъ, что jus redhibitionis въ настоящемъ случаѣ отмѣнено спеціальнымъ соглашеніемъ. Тогда по мнѣнію нашего ученаго противника, говоритъ Staub, истецъ долженъ доказать, что спорнаго соглашенія не было. Только послѣ устраненія этой препоны будетъ говорить въ его пользу правило, писанное въ законѣ".

„Наниматель, который, основываясь на § 536 гражданскаго уложенія, требуетъ по суду ремонта негодной для жилья комнаты, былъ бы обязанъ въ случаѣ спора доказывать, что между сторонами не было соглашенія", по которому наниматель рѣшился взять вещь statu quo, со всѣми ея конкретными недостатками".

„Кто требуетъ возмѣщенія убытковъ изъ-за эвикціи купленной вещи, тому было бы неизбѣжно въ случаѣ спора доказать, что отвѣтственность по очисткѣ не исключена особымъ соглашеніемъ. Кредиторъ, который, основываясь на § 266 гражданскаго уложенія, отклоняетъ предлагаемое ему по частямъ удовлетвореніе, имѣлъ бы доказывать, что въ данномъ случаѣ не было ничего условлено между сторонами такого, что могло бы воспрепятствовать дѣйствію этого правила, предписаннаго въ законѣ. Полное товарищество, которое требуетъ по суду отъ своего члена прекращенія предпріятія, конкурирующаго съ общимъ дѣломъ, не могло бы

[1]) S. 14—15, ibid.

[2]) На стр. журнала: Das Recht, 1901, № 20 S. 505.

ссылаться безъ дальнѣйшихъ разсужденій на правило, созданное §-омъ 112 торг. улож., но въ случаѣ спора было бы вынуждено еще доказывать, что товарищу-отвѣтчику не было разрѣшено занятіе конкурирующимъ промысломъ. Купецъ, который, взывая къ § 355 торг. улож., ищетъ процентовъ на конто-коррентное сальдо, въ случаѣ спора долженъ бы былъ доказать, что въ настоящемъ случаѣ не было соглашенія, по которому процентовъ на сальдо требовать нельзя. Купецъ, если, указывая на § 353 торг. улож., взыскиваетъ съ другого торговца проценты со дня наступленія просрочки, волей-неволей несетъ доказываніе, что соглашенія, по которому процентовъ условлено не требовать со дня просрочки, не существовало. Кто за силой § 358 торг. улож. отказывается принять удовлетвореніе, такъ какъ оно предложено, когда обычный дѣловой день прошелъ, долженъ былъ бы въ случаѣ спора доказывать, что въ данномъ случаѣ не было соглашенія о возможности произвести удовлетвореніе и въ ночное время".

„Товарищъ, который требуетъ на свои взносы in arcam communem 5 процентовъ, не былъ бы въ состояніи достаточно обосновать свои притязанія одной ссылкой на § 352 торг. улож., фиксирующій законный процентъ для обязательствъ въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ таковой исчисляется по торг. уложенію, въ размѣрѣ 5 годовыхъ,—ему пришлось бы въ случаѣ спора еще нести onus probandi, что въ конкретномъ случаѣ не былъ выговоренъ меньшій процентъ. Покупатель, который требуетъ платежа за переданную отвѣтчику вещь, не въ правѣ опереться просто на норму, что съ передачей periculum rei переходитъ на покупателя,—нѣтъ, онъ долженъ бы былъ въ случаѣ спора доказывать, что въ разбираемомъ случаѣ не было соглашенія, въ силу котораго periculum, не взирая на передачу, остается на продавцѣ" [1]).

[1]) Или примѣръ изъ русскаго права: противъ иска о возвращеніи дара послѣ смерти одареннаго обратно къ дарителю наслѣдники послѣдняго не могутъ ограничиться (по теоріи Stölzel'я) ссылкой на общее правило ст. 977 X т. 1 ч., но должны кромѣ того еще доказать, что по вопросу о возвращеніи дара „между дарителемъ и принявшимъ даръ... не было положено особаго условія".

Ст. 504 Полож. о наймѣ на сельско-хозяйственныя работы говоритъ: „При наймѣ артели не почитается неявкою, когда входящіе въ

„Мы того взгляда, заключаетъ Staub, что любой изъ этихъ примѣровъ представляетъ убійственный аргументъ противъ правильности теоріи нашего ученаго противника".

Нельзя не согласиться со Staub'омъ. Дѣйствительно, усвоивъ доктрину Stölzel'я, юриспруденція судила бы прибѣгающихъ къ ея помощи слишкомъ строгимъ и немилостивымъ судомъ: истецъ былъ бы обязанъ напередъ очиститься предъ ея трибуной отъ многихъ и многихъ предполагаемыхъ на немъ грѣховъ,—и нѣтъ спора, что подвигъ очищенія авгіевыхъ конюшень далеко не всякому бы пришелся по силамъ.

Показавъ на примѣрахъ несостоятельность оспариваемаго принципа, Staub переходитъ къ опроверженію основной мысли, изъ которой противоположная доктрина исходитъ [1]). Тезисъ „теоріи отрицанія" таковъ: [2]) „Такъ какъ диспозитивное правило только тогда примѣняется, если отсутствуетъ противоположное соглашеніе, то отсюда слѣдуетъ, что тотъ, кто ссылается на диспозитивную норму, прежде всего долженъ доказать отсутствіе такого противоположнаго соглашенія".

Свое заключеніе Stölzel выводитъ, цѣпляясь за внѣшнюю формулировку законодательныхъ предписаній. Правило, стоящее въ законѣ, имѣетъ примѣненіе только за отсутствіемъ противоположныхъ соглашеній. Значитъ, умозаключаетъ авторъ, отсутствіе таковыхъ должно быть предварительно доказано. Въ научныхъ дедукціяхъ, возражаетъ Staub, способъ словесной формулировки не имѣетъ рѣшающаго значенія, если только нѣтъ основаній думать, что редакторы привязывали именно къ этому моменту особый „сакральный"

составъ артели рабочіе будутъ замѣнять себя другими рабочими, если противное не оговорено въ условіи". Рабочій, съ котораго наниматель ищетъ по ст. 57 штрафъ. можетъ согласиться на замѣну себя другими членами артели, только доказавъ, что особое условіе по этому пункту существовало. Между тѣмъ, казалось бы, послѣдній выводъ самъ собой вытекаетъ изъ природы артельнаго начала, при которомъ индивидуальный составъ рабочихъ и, въ частности, замѣна одного участника на 3 дня другимъ, non interest для нанимателя.

[1]) S. 15 Anm. 39.

[2]) Schulung, 5-te Aufl. (1902) S. XXXIII.

смыслъ [1]). Здѣсь, какъ и вообще въ юриспруденціи, voluntatem potius, quam verba spectari placuit. Какова была vis ac voluntas legis создавшаго naturalia et dispositiva,—это вопросъ, изъ-за котораго „теорія отрицанія“ расходится съ „доктриною возраженія“: и примирить два враждующихъ лагеря безсильна одна сомнительнаго достоинства ссылка на текстъ законодательнаго писанія. Буквѣ противопоставляется духъ.

И выводы Stölzel'я тѣмъ менѣе могутъ быть приняты, что его разсужденію грозитъ новая reductio ad absurdum. Несомнѣнно, напримѣръ, что законодатель не желалъ примѣненія своего императива: contractibus est standum, если одинъ изъ контрагентовъ сдѣлки былъ малолѣтнимъ. Значитъ, разсуждая по Stölzel'ю: истецъ, желающій взыскивать уплату, долженъ предварительно установить фактъ, что должникъ не былъ малолѣтнимъ! Продавецъ несомнѣнно въ правѣ требовать покупную цѣну лишь въ томъ случаѣ, если отвѣтчикъ еще не уплатилъ ему долга, или если не было отказа отъ вознагражденія (pactum de non petendo): неужели же Stölzel потребуетъ отъ истца доказательствъ, что отвѣтчикъ ему не уплатилъ суммы, или что не простилъ долга? Такъ какъ договоръ имѣетъ силу только при отсутствіи соглашенія о симуляціи, то неужели истецъ долженъ будетъ предварительно доказать, что оговорки о симуляціи не было? Всѣ этого рода аргументаціи непримѣнимы къ перечисленнымъ случаямъ, что хорошо извѣстно впрочемъ и самому Stölzel'ю (см. его Schulung, S. XXIV) [2]).

Наконецъ, пусть даже мы согласимся, что всѣ названныя выше предпосылки закона должны быть напередъ установлены судомъ: однако на вопросъ, откуда судья умозаключитъ о дѣеспособности контрагентовъ, о непритворномъ

---

[1]) Какъ сдѣлали это кодификаторы германскаго гражданскаго уложенія, которые старались по внѣшней распланировкѣ частицы „если не“, „пока не“ въ своихъ нормахъ дать интерпретаціи указанія, на комъ лежитъ onus probandi. См. объ этомъ: Введеніе въ Kommentar zum B. G. B. Bd., 1 S. 44 ff. у Planck'а, съ поправками Ваха, Z. f. C. P., B. 29 (1901) S. 374 ff.

[2]) Только по поводу симуляціи авторъ колеблется между послѣдовательнымъ примѣненіемъ собственнаго метода и общими выводами, которыхъ держится communis opinio doctorum (ср. предыдущую цитату съ S. 181 Anm.).

характерѣ волеизъявленія, объ отсутствіи уплаты и т. д., могутъ быть два отвѣта: или изъ безплодной попытки установить свои ссылки со стороны истца, или изъ безуспѣшныхъ усилій опровергнуть ихъ со стороны отвѣтчика. Когда правосудіе пойдетъ въ поискахъ за истиной одной и когда другой дорогой, указаній слѣдуетъ искать не въ матеріальномъ правѣ, а въ ученіи относительно распредѣленія доказываній между сторонами.

Доктрина „теоріи отрицанія“ представляется опровергнутой вышеприведенною аргументаціей. Поучительно отмѣтить здѣсь и тотъ фактъ, что въ этомъ пунктѣ Stölzel стоитъ со своимъ мнѣніемъ почти одинъ, будучи покинутъ остальными сторонниками того же литературнаго лагеря: Wach, Rich. Schmidt, Endemann и Weismann держатся въ вопросѣ относительно диспозитивнаго права прямо противоположнаго взгляда.

Намъ остается покончить еще съ одной контроверзой, возбудившей споръ между Stölzel'емъ [1]) и Staub'омъ [2]), въ которой третье мнѣніе выставилъ еще и Rosenberg [3]). Дѣло касается все того же процессуальнаго дѣйствія naturalia,—но въ такого рода концепціи. Обѣ стороны согласны, что состоялось отмѣнившее диспозитивную норму особое соглашеніе, и спорятъ только о томъ, каково его содержаніе: допустимъ, тяжущіеся согласны, что былъ ими установленъ срокъ, споръ только о томъ, какой длины. Истецъ говоритъ: срокъ—3 мѣсяца, отвѣтчикъ—6 мѣсяцевъ; диспозитивное право даетъ въ видѣ общей нормы—4 мѣсяца, но допускаетъ и удлиненіе, и сокращеніе срока по взаимному соглашенію контрагентовъ.

Въ данномъ казусѣ Staub совершенно правильно возлагаетъ onus probandi на отвѣтчика,—но вотъ на какихъ странныхъ основаніяхъ. Выведенный принципъ для распредѣленія доказываній, разсуждаетъ авторъ, заимствуетъ свое процессуальное содержаніе изъ матеріальной силы диспозитивнаго правила,—а та состоитъ въ томъ, что диспозитивное право представляетъ нормировку, которую законодатель счи-

[1]) S. 177—179, Anm. 1.

[2]) S. 22; согласенъ съ мнѣніемъ Staub'a Meyerhofer, l. c., S. 374.

[3]) S. 68—69 (Die Beweislast) и 106—115 (Arch. f. Civ. Pr., l. c.).

таетъ разумной и поэтому въ огромномъ большинствѣ случаевъ и желательной сторонамъ;—но если такъ, то мы сдѣлаемъ только шагъ впередъ въ томъ же направленіи, получимъ дальнѣйшее развитіе той же основной мысли и слѣдствіе описаннаго матеріальнаго значенія, свойственнаго диспозитивнымъ нормамъ, когда признаемъ, что въ случаѣ спора о содержаніи отмѣняющаго диспозитивное право соглашенія тому нечего доказывать, кто меньше отклоняется отъ законодательнаго правила, кто не такъ значительно отвергаетъ ту нормировку, которой законодатель хотѣлъ для общаго случая. Всякое отклоненіе отъ диспозитивнаго правила, продолжаетъ Staub, есть съ точки зрѣнія законодателя, сдѣлавшаго это правило,—особенность, исключеніе; и изъ двухъ исключеній, болѣе и менѣе значительнаго, должно быть доказано именно такое, которое наиболѣе расходится съ желаніями законодателя, съ его воззрѣніями на то, что есть въ сдѣлкѣ этого типа нормальное: болѣе значительное отступленіе есть и thema probandum.

Въ изложенной контроверзѣ слѣдуетъ признать разсужденія Staub'a безусловно невѣрными. Вопросъ рѣшается совершенно независимо отъ диспозитивнаго права, которое не стоитъ ни на сторонѣ истца, ни на сторонѣ отвѣтчика,— по крайней мѣрѣ, если ограничиваться строгимъ смысломъ понятія: naturalia negotii.

Если же смотрѣть на процессуальный смыслъ naturalia, какъ на какой то магнитъ, который распространяетъ свое дѣйствіе не только на заключенныя въ его рамкахъ понятія, но дальше и шире на прилежащія области, притягивая къ себѣ тѣ изъ юридическихъ фигуръ, что лежатъ ближе, дѣлая ихъ причастными своей силѣ, „намагничивая“ въ свою очередь, то мы искусственно растянемъ значеніе интересующаго насъ понятія за предѣлы термина. Опредѣленіе, даваемое диспозитивной нормой, имѣетъ тѣсно сжатый, заключенный въ самомъ себѣ смыслъ. Это императивъ, который имѣетъ примѣненіе при наличности своихъ предпосылокъ,— а не идеалъ, по степени бо́льшаго или меньшаго подражанія которому расцѣниваются съ точки зрѣнія своей вѣроятности остальные юридическіе моменты сдѣлки, имѣющіе вступить для его замѣны.

Неудачная идея Staub'a не всегда въ состояніи дать руководящій критерій для разложенія тяжести доказыванія. Когда бо̀льшая или меньшая удаленность отъ идеала, которымъ служатъ для сдѣлки ея naturalia, опредѣляется чисто ариѳметическимъ подсчетомъ, какъ въ примѣрѣ Staub'a, гдѣ онъ оперируетъ съ выражающими продолжительность срока цифрами, тамъ дѣло обстоитъ проще.

Но и то не всегда безъ недоумѣній. Положимъ, законъ въ видѣ naturalia предписываетъ необходимость заявить объ отказѣ отъ мѣста служащимъ по сельско-хозяйственному найму за 2 недѣли до расторженія договора,—но допускаетъ по взаимному соглашенію какъ продленіе, такъ и сокращеніе срока [1]). И вотъ стороны спорятъ: истецъ утверждаетъ, что согласно особому договору обязанъ былъ предупредить за одну недѣлю, а отвѣтчикъ возражаетъ, что напротивъ, за три недѣли. Одна сторона указываетъ такимъ образомъ на отступленіе отъ naturalia въ одну сторону, а другая—въ противоположную: но на одинаковое въ ариѳметическомъ отношеніи разстояніе, такъ что отступленія одинаково пріятны законодательному идеалу,—нѣтъ привилегированнаго и, напротивъ, обрѣтающагося не въ авантажѣ [2]). Здѣсь критерій Staub'a не даетъ руководства для разрѣшенія проблемы, если только судья не заставитъ доказывать in pari causa истца: in dubio pro reo.

Но возьмемъ другой примѣръ изъ области диспозитивнаго права. Поручительство предполагается во всей суммѣ, если противное не обозначено въ договорѣ (ст. 1556 X т. 1 ч.). Такимъ образомъ, если истецъ утверждаетъ, что поручительство установлено въ половинной долѣ, а отвѣтчикъ возражаетъ, что только въ третьей части долга,—по Staub'у повѣствованіе истца вѣроятнѣе, такъ какъ болѣе приближается къ идеалу диспозитивнаго права,—и отвѣтчикъ несетъ

---

[1]) Ст. 65 Полож. о наймѣ на сельско-хозяйственныя работы.

[2]) Другой примѣръ: законъ устанавливаетъ опредѣленный тарифъ или таксу для вознагражденія за извѣстнаго рода трудъ, но допускаетъ по взаимному согласію сторонъ и отступленіе,—какъ въ смыслѣ восхожденія вверхъ, такъ и нисхожденія внизъ по скалѣ. И истецъ утверждаетъ соглашеніе на X руб. выше, а отвѣтчикъ на столько же ниже: спрашивается, кому доказывать?

onus probandi. Нѣтъ ничего болѣе выгоднаго для истца, какъ наименьшее отступленіе отъ naturalia!

Солидарная отвѣтственность не предполагается, если не установлена въ договорѣ: содолжники платятъ pro rato (ст. 1548 X т. 1 ч.). Итакъ, недобросовѣстнымъ истцамъ никогда не придется доказывать accidentalia, если только въ законѣ стоятъ соотвѣтствующія диспозитивныя нормы. Отвѣтчикъ указываетъ уклоненіе: прекрасно. Слѣдуетъ,—уступая, что особое соглашеніе было, немного приблизить свой разсказъ къ желательнымъ для закона naturalia: такъ какъ у насъ идетъ рѣчь объ отвѣтственности содолжниковъ, то, набавивъ цифру, приводимую отвѣтчикомъ, истецъ подходитъ ближе къ долевой раскладкѣ долга,—хотя и съ совершенно противоположной стороны. Конечно, отвѣтчикъ, желая платить меньше, утверждаетъ, что его договорная доля ниже средней на 100 р.; истецъ же, наоборотъ, ищетъ съ него больше средней суммы, и именно на 99 р. [1]). Доказываетъ наибольшее отклоненіе отъ naturalia отвѣтчикъ.

Указанный способъ раздѣленія доказываній даетъ на практикѣ результаты, отъ которыхъ юристъ можетъ только пожать плечами... „Wer kann eine solche Divergenz der Entscheidung für Rechtens halten“!—справедливо удивляется Stölzel (S. 178 Anm.).

Но возьмемъ теперь случаи, гдѣ нельзя вовсе оперировать съ цифрами. Казалось бы, что методъ Staub'a и его способъ примѣненія диспозитивнаго права долженъ быть распространенъ и на эту область. И здѣсь наибольшій градусъ отклоненія отъ средней линіи, которая называется naturalia, доказываетъ сторона, на него ссылающаяся.

Ст. 2067 X т. 1 ч.: Если образъ употребленія ссужаемаго имущества не опредѣленъ въ договорѣ, ссудопринимать обязанъ пользоваться вещью сообразно ея назначенію и при томъ—salva rerum substantia. Какое же указаніе слѣдуетъ извлечь изъ диспозитивной части этой статьи, если стороны спорятъ относительно употребленія вещи? Чѣмъ болѣе отклоняется способъ, указываемый стороною, отъ ст. 2067, тѣмъ болѣе основаній возложить на нее тяжесть доказыва-

[1]) Принимая долевое распредѣленіе въ 200 р., получимъ, что истецъ требуетъ 299 р., отвѣтчикъ же предлагаетъ уплатить только 100 р.

нія. Но какъ будетъ доказывать истецъ то обстоятельство, что его способъ есть способъ отклоненія наименьшій? Потому что, если нѣтъ цифръ, которыя дѣйствительно даютъ методъ сравненія, стоящій выше подозрѣній со стороны своей общепригодности, то легко можетъ возникнуть вопросъ, какъ опредѣлить tertium comparationis? Есть дѣйствія, совершенно несоизмѣримыя какъ между собой, такъ и съ третьимъ дѣйствіемъ: положимъ, напримѣръ, что вещь сообразно своему назначенію въ оборотѣ допускаетъ одно употребленіе, истецъ претендуетъ отъ отвѣтчика на иное, какъ опредѣленное въ особомъ договорѣ, а отвѣтчикъ защищается указаніемъ на третье? Шляпа по общему правилу предназначена для того, чтобы носить ее: истецъ говоритъ, что ссудилъ вещь отвѣтчику только для выставленія въ витринѣ, а отвѣтчикъ споритъ, утверждая, что получилъ парижскую модель на фасонъ [1]). Что ближе къ naturalia, т. е. когда шляпа наименѣе отклоняется отъ своего главнаго назначенія,—быть носимой на головѣ: тогда ли, когда виситъ въ витринѣ, или когда служитъ моделью для изготовленія себѣ подобныхъ?

Итакъ, способъ Staub'a въ примѣненіи къ другого рода отклоненіямъ отъ диспозитивной нормы, гдѣ нельзя оперировать съ цифрами, приводитъ къ нелѣпости: между тѣмъ распространеніе его идеи за границу ариѳметики есть, перефразируя его выраженіе,—„только шагъ впередъ въ томъ же направленіи, дальнѣйшее развитіе той же основной мысли и слѣдствіе того же самого принципа“, изъ котораго исходитъ онъ самъ въ своемъ взглядѣ на naturalia negotii.

По мнѣнію Rosenberg'a [2]) въ случаяхъ, гдѣ стороны ссылаются каждая на свое „особое соглашеніе“, отступающее отъ диспозитивнаго права, судья долженъ возложить onus probandi поочередно на каждую изъ сторонъ: сперва на истца [3]), послѣ на отвѣтчика; а если бы оказалось, что ни

---

[1]) Положимъ, споръ возникъ изъ-за того, что отвѣтчикъ не имѣлъ права по словамъ истца изготовлять подобныя шляпы въ собственной мастерской.

[2]) Die Beweislast, S. 68—69; Arch. f. d. Civ. Pr., B. 44 (1903) S. 106—115.

[3]) Впрочемъ, это только въ томъ случаѣ, если истецъ выводитъ изъ „особаго соглашенія“ больше правъ, чѣмъ обезпечиваютъ ихъ ему

тотъ, ни другой не въ состояніи доказать своихъ положеній, тогда примѣняется диспозитивное право.

Для опроверженія этого взгляда я хочу взглянуть на вопросъ принципіально. Почему бы, въ самомъ дѣлѣ, не рекомендовать судьѣ подобную тактику? А отсюда можно пойти и дальше.

Наши дедукціи исходили изъ предпосылки, что примѣненіе диспозитивнаго права законодатель во всякомъ случаѣ считаетъ за благо: или для тѣхъ же частныхъ интересовъ двухъ договаривающихся гражданскихъ единицъ, или для выше стоящихъ интересовъ соціальной политики.

Но допустимъ, что нѣтъ подобной увѣренности у законодателя. Не знаетъ онъ, какимъ образомъ восполнить волю сторонъ на случай, если бы таковая паче чаянія осталась для его судьи скрытой. Завалить пропасть, оставшуюся между однимъ и другимъ пунктомъ соглашенія контрагентовъ, надобно: но сдѣлать это *хорошо*, законодатель оказывается не въ состояніи. За неимѣніемъ лучшаго, онъ принужденъ волей-неволей выставить свое предписаніе, однако чувствуетъ, что это значитъ не развязать, а разрубить Гордіевъ узелъ... Въ этой крайности онъ предписываетъ судьѣ: „удостовѣрься, что никакихъ собственныхъ соглашеній у сторонъ не было, установи для себя этотъ фактъ предварительно,—и только тогда дерзай. Моя диспозитивная норма—средство героическое: не употребляй иначе, какъ въ случаѣ нужды“. Или, дѣлая еще шагъ на пути преподанія подробныхъ инструкцій, законодатель говоритъ: „Дѣлай такъ: сперва возложи onus probandi на истца—пусть доказываетъ свои „отклоненія отъ naturalia“. Не удастся ему,—переложи на отвѣтчика: онъ доказываетъ свои. Убѣдившись, что и тотъ несостоятеленъ по части доказательствъ, примѣняй диспозитивное право. Но пускай его въ ходъ, повторяю, осторожнѣй: первое мѣсто—доказательствамъ противнаго“.

---

naturalia. Если же меньше, тогда истецъ не доказываетъ вовсе: судья прямо переходитъ къ положеніямъ отвѣтчика, который устанавливаетъ свои accidentalia, дающія ему больше выгодъ, чѣмъ диспозитивный законъ (Arch., S. 108). Методъ снова обнаруживаетъ свою непригодность, лишь только сталкивается съ несоизмѣримыми величинами.

Что можно было бы возразить противъ подобной законодательной тактики принципіально,—допустима ли она de lege ferenda, не противорѣчитъ ли основнымъ началамъ состязательнаго процесса? Вотъ вопросы, на которые мы рѣшаемся отвѣтить безусловно не въ ея пользу.

Противъ системы поочереднаго возложенія доказательствъ сперва на одну, послѣ на другую сторону слѣдуетъ замѣтить, что гражданскій процессъ въ его современной структурѣ боится по общему правилу искать истину внѣ словъ той или противной стороны. Онъ предполагаетъ,—пока противное non liquet,—что кто-нибудь одинъ правъ: отвѣтчикъ или истецъ. Терзаться сомнѣніемъ, что, быть можетъ, обѣ стороны лгутъ, не въ его принципахъ. На этой психологіи основывается, между прочимъ, институтъ судебнаго признанія: законодатель вѣритъ сторонамъ, пока тѣ другъ другу въ свою очередь вѣрятъ. Существуютъ и исключенія: въ предѣлахъ, вынуждаемыхъ необходимостью, судъ ловитъ злонамѣренныя, направленныя въ обходъ юстиціи и закона продѣлки тяжущихся (такъ называемые Scheinprozesse)[1]),—но правило „основного довѣрія“ остается въ силѣ, какъ обычный спутникъ (я нарочно не говорю—логическое слѣдствіе) и психологическій коррелятъ состязательности. Между тѣмъ, перекладывая обязанность доказываній при неуспѣхѣ истца на отвѣтчика и грозя примѣненіемъ „диспозитивнаго права“, если и отвѣтчикъ не будетъ удачливѣй, судъ провозгласилъ бы въ концѣ концовъ истину въ такомъ видѣ, что противъ нея въ одинъ голосъ протестуютъ оба противника. Правда, они называли одинъ одно, другой другое соглашеніе въ договорѣ: но что „никакого не было“—и потому примѣняются naturalia negotii, или что было то, какое призналъ за истину судъ,—оба несогласны: и отрицаніе ихъ, равносильное судебному признанію[2]), казалось бы, лишаетъ судью права сомнѣваться,—онъ обязанъ принять на вѣру ихъ слова, имъ лучше знать, чего „не было въ ихъ сдѣлкѣ“.

---

[1]) См. о нихъ Sintenis, Der simulirte Prozess, Z. f. C. P., Bd. 30 S. 370 и сл.

[2]) Возможность подобной юридической концепціи вытекаетъ, напримѣръ, изъ формулировки сущности судебнаго признанія у Weismann'a, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechtes (1903) S. 110.

Опять дѣло оное, если бы судъ какимъ-нибудь образомъ убѣдился, что стороны въ этомъ отношеніи лгутъ, что отрицаемый ими фактъ былъ: но развѣ сдѣлалъ судъ въ нашемъ случаѣ что-нибудь радикальное для точнаго выясненія истины? Между тѣмъ, здѣсь онъ отвергъ судебное признаніе тяжущихся... При чемъ шелъ окольной дорогой: заставилъ стороны доказывать справедливость ихъ утвержденій,—а когда онѣ обнаружили банкротство, якобы уличилъ обѣихъ во лжи. Но развѣ безсиліе доказать фактъ знаменуетъ его небытіе [1])? Нигдѣ, а особенно въ области права; сказано бо есть: non jus tibi deficit, sed probatio.

Между тѣмъ, не удостовѣрившись, какъ слѣдуетъ, въ несправедливости показаній, данныхъ сторонами, выносить рѣшеніе, находящееся въ вопіющемъ противорѣчіи съ институтомъ судебнаго признанія,—съ тѣмъ, что обѣ согласно назвали истиной,—врядъ ли соотвѣтствуетъ цѣлямъ правосудія.

Возлагая onus probandi на одну какую-нибудь изъ сторонъ,—и не испытывая болѣе истины, вѣря при неудачѣ истца увѣреніямъ противника, судъ можетъ питать хоть какую-нибудь надежду на то, что въ результатѣ рѣшенія достигнетъ процессуальной правды: но отвергнувъ за недостаткомъ доказательствъ утвержденія и той, и другой, и санкціонировавъ въ рѣшеніи „диспозитивное право“, отъ котораго открещиваются оба заинтересованныхъ лица, судъ навѣрное [2]) провозгласитъ неправду. Кажется, не слѣдуетъ искушать оракулъ,—опасно богинѣ правосудія поднимать слишкомъ высоко завѣсу, за которой скрывается богиня истины—Изида.

Это de lege ferenda. De lege lata тактика этого рода тѣмъ болѣе не годится для судьи. Въ самомъ дѣлѣ, каково будетъ его положеніе,—если, возложивъ поочередно доказательства на обѣ стороны и убѣдившись, что какъ отвѣтчикъ, такъ и истецъ имѣютъ въ своемъ распоряженіи одни голословныя заявленія, онъ рѣшится примѣнить диспозитивную норму? Не говоря уже о томъ, что его совѣсть не успокоится на подобномъ компромиссѣ: не найдя

---

[1]) Повторяю, требуется объективная истина, такъ какъ судебное рѣшеніе отвергаетъ здѣсь „признаніе“ сторонъ.

[2]) Или прихологическія основанія института судебнаго признанія негодны.

полной истины, удовольствоваться наименѣе вреднымъ для правой стороны отъ нея уклоненіемъ и наименѣе выгоднымъ для неправой посрамленіемъ правды,—указанный выходъ изъ затрудненія радикально расходится съ современными началами судопроизводства. Наше правосудіе отрекается отъ того судоотправленія, которое характеризуется юридической пословицей: „грѣхъ пополамъ“,—т. е., разъ не найденъ правый, судья дѣлитъ ущербъ, причиненный потерпѣвшему, надвое; если неизвѣстно, чья правда, разбиваетъ невыгодныя послѣдствія своего non liquet между обоими тяжущимися поровну (и тогда: чей „грѣхъ“ пополамъ?—судейскій? или заинтересованныхъ лицъ, непозаботившихся о доказательствахъ)?... Повторяю, ultimum refugium подъ защиту диспозитивнаго права не годится.

А если возлагать onus probandi при неудачѣ истца во вторую очередь на отвѣтчика, — чтобы въ случаѣ и здѣсь неуспѣха все-таки отказать въ искѣ истцу (иного выхода нѣтъ, такъ какъ диспозитивное право непримѣнимо),—тогда создается процедура, во-первыхъ, безплодная и безцѣльная (ибо все равно, докажетъ ли отвѣтчикъ или не докажетъ своихъ положеній, результатъ одинъ: absolve), хотя и стоящая и для сторонъ, и для суда немалыхъ заботъ [1]), а, во-вторыхъ, вредная, потому что лишаетъ судей того убѣжденія въ правотѣ творимаго дѣла, которое необходимо для лицъ, отправляющихъ высокое соціальное служеніе. Допустимъ дѣйствительно, что судья, не добившись удовлетворительныхъ доказательствъ ни отъ истца, ни отъ отвѣтчика, принужденъ все-таки рѣшить дѣло въ чью-нибудь пользу; но оба тяжущихся не сумѣли доказать своей правоты: почему же непремѣнно въ пользу отвѣтчика? Почему не истца, разъ и тотъ, и другой одинаково невооружены доказательствами? Если еще не испытывать состоятельности позиціи отвѣтчика, можно лелѣять мысль, что тотъ правъ: но здѣсь—вѣдь и ему не удалось оправдаться? При такихъ то условіяхъ, когда истина явно выскользнула изъ рукъ, судьѣ тяжело будетъ скрѣплять своей подписью рѣшеніе, въ правосудіи котораго онъ весьма и

[1]) Первой—въ смыслѣ собиранія и представленія доказательствъ, второму—въ смыслѣ обсужденія ихъ, подчасъ съ отложеніемъ дѣла на нѣсколько засѣданій.

весьма сомнѣвается, и при томъ теперь болѣе, нежели до истребованія доказательствъ отъ отвѣтчика.

Такимъ образомъ, поочередное возложеніе доказательствъ, за которое высказывается въ одномъ мѣстѣ (впрочемъ, passim) Knieriem [1]) и въ контроверзѣ съ диспозитивнымъ срокомъ Rosenberg [2]), не оправдывается правно-политической критикой: съ отступленіемъ при окончательной неудачѣ отыскать истину подъ защиту диспозитивнаго права,— такъ какъ противорѣчитъ тенденціи современнаго процесса; съ отказомъ въ искѣ, хотя бы и отвѣтчикъ представилъ доказательствъ не болѣе истца,—потому что осложняетъ теченіе тяжбы безцѣльной и вредной процедурой.

Итакъ, понимать инструкцію законодателя по поводу примѣненія диспозитивнаго права, прилагаемаго не иначе, какъ „при отсутствіи противоположныхъ соглашеній", невозможно въ томъ смыслѣ, что къ обязанности представленія доказательствъ привлечены будутъ оба тяжущихся поочередно. А при необходимости выбора между ними диспозитивная норма не содержитъ рѣшительно никакихъ указаній на то, отвѣтчику ли, какъ по смыслу „теоріи возраженія", или истцу, какъ того требуютъ теоретики „отрицанія", суждено доставить суду требуемый для удостовѣренія матеріалъ. По одному взгляду истецъ доказываетъ, что отступающаго отъ диспозитивнаго права соглашенія не было; помогая выясненію дѣла, судья (по статьѣ 335 уст.) разспроситъ отвѣтчика,—когда, при какихъ обстоятельствахъ и какого содержанія было то противорѣчащее истцу и диспозитивному закону соглашеніе, на которомъ ссылающійся основываетъ свои права. И истцу обыкновенно останется только опровергать отвѣтчика. По другому мнѣнію отвѣтчикъ, выставляя особое соглашеніе, будетъ доказывать его, чтобы не проиграть процесса. Но данныхъ для выясненія правды: былъ или нѣтъ особый уговоръ, у судьи въ одномъ случаѣ не болѣе, чѣмъ въ другомъ. И когда законодатель пишетъ судьѣ: „примѣняй диспозитивную норму лишь послѣ того,

---

[1]) S. 120: „Es kann vorkommen, dass beide Parteien die von ihnen behaupteten Verabredungen beweisen mussen, wenn sie beide—nach verschiedenen Richtungen - vom angemessenen oder üblichen Preise abweichen".

[2]) Beweislast, S. 68—69; Arch. S. 106—115.

какъ убѣдишься, что противоположнаго соглашенія не было у сторонъ", то онъ вовсе не даетъ предписанія: откуда и какимъ путемъ *убѣдишься*,—тѣмъ ли, что потребуешь доказательствъ отсутствія спеціальнаго договора у истца, или, перевернувъ процессуальныя позиціи. заставишь доказывать „особое соглашеніе" отвѣтчика и изъ его неудачи выведешь искомый фактъ. Вопросъ о распредѣленіи тяжести доказываній лежитъ внѣ формулировки законодательнаго текста въ диспозитивной нормѣ, не предусматривается этой послѣдней: предъ нами thema disputandi особаго порядка.

Кому естественнѣе и удобнѣе запастись доказательствами отступленія отъ законодательной диспозиціи, такъ чтобы можно было и фиксировать на немъ эту квалифицированную заботливость о своей сдѣлкѣ подъ угрозою потребовать ихъ въ будущемъ процессѣ,—далѣе, что выгоднѣе для правопорядка предпочесть in dubio: голословныя заявленія отвѣтчика или диспозитивное право съ его справедливой въ среднемъ нормировкой взаимныхъ обязанностей и правъ,—вотъ тѣ данныя, изъ которыхъ можетъ юриспруденція получить отвѣтъ на проблему: „кому доказывать отступленія отъ naturalia"?

Формулируемъ вкратцѣ нашъ общій выводъ: чтобы отнестись къ инструкціямъ законодателя по возможности тщательнымъ образомъ, судья, прежде чѣмъ примѣнить диспозитивное право, долженъ былъ бы потребовать доказательствъ отъ обѣихъ сторонъ поочередно, если и та, и другая ссылаются на „отступающія отъ naturalia" соглашенія. Но при неудачѣ въ этомъ отношеніи обѣихъ примѣнить диспозитивную норму было бы неправильно, такъ какъ судъ сталъ бы въ противорѣчіе съ институтомъ судебнаго признанія. Если же при неуспѣхѣ отвѣтчика все-таки приходится рѣшать дѣло въ его пользу, тогда требовать доказательствъ отъ послѣдняго правосудію излишне: все равно, дастъ или не дастъ ихъ отвѣтчикъ, выигрышъ процесса зависитъ отъ удачи доказать свои утвержденія на сторонѣ истца. А если такъ, то перваго суду лучше оставить въ покоѣ вовсе: чтобы „не искушать судью безъ нужды возвратомъ нѣжности" къ истцу и не затягивать безполезно процессовъ вставными инцидентами.

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Контроверза по поводу обычной въ оборотѣ покупной цѣны.

Мы переходимъ теперь къ вопросу, который не только составляетъ предметъ разногласія между двумя противоположными теоріями „отрицанія“ и „возраженія“,—но который и сторонниковъ этой послѣдней доктрины разбилъ на два спорящихъ лагеря[1]). Это контроверза о томъ, кто изъ тяжущихся долженъ доказывать, если противъ требованія истцомъ стоимости обычной въ оборотѣ для вещей этого рода,—на которую онъ имѣетъ право въ случаѣ необозначенія цѣны въ договорѣ,—отвѣтчикъ возражаетъ утвержденіемъ, что контрагенты согласились на нисшую оцѣнку точно опредѣленнаго размѣра.

Контроверза предполагаетъ существованіе въ кодексѣ или въ судебной практикѣ нормы, что за отсутствіемъ точнаго опредѣленія въ договорѣ цѣны продавецъ имѣетъ право на обыкновенную для вещей этого рода въ оборотѣ стоимость[2]).

Въ своемъ анализѣ вопроса мы также принуждены будемъ исходить изъ аналогичнаго юридическаго правила,—безотносительно къ тому обстоятельству, что его тщетно было бы искать на страницахъ нашего Свода. Такъ какъ матеріальныя нормы для цѣлей данной процессуальной работы безразличны по содержанію: выводы ея разсчитаны на любой кодексъ гражданскаго права; такъ какъ далѣе внутренняя

---

[1]) Въ пользу onus probandi у покупателя-отвѣтчика: Beckh, S, 189, 199 и сл.; Betzinger (1-е изд.) S. 352 Nr. 13; Brodmann, S. 99; Fitting: S. 39, 64 Anm. d; v. Knieriem (ссылки см. далѣе); Koffka, Deutsche Juristenzeitung, Jahrg. IV (1899) S. 173 ff; обязанность доказывать у продавца. предъявляющаго искъ, изъ сторонниковъ теоріи возраженія признаютъ, Staub, S. 12 и 20; Rosenberg, Arch., S. 83—86; Betzinger, 2-te Aufl., S. 164.

[2]) Для конструированія (при помощи распространительнаго толкованія) понятія „обычной въ оборотѣ стоимости“ (Angemessenes Kaufpreis) см., напримѣръ, статью 107 Общ. Уст. Росс. Жел. Дор.: „вознагражденіе за утрату... груза... исчисляется по торговой (биржевой или рыночной) цѣнѣ онаго, а за неимѣніемъ ея—по обыкновенной стоимости, которую однородные грузы того же качества имѣли въ то время и въ томъ мѣстѣ, когда и гдѣ должна была произойти выдача груза“.

состоятельность доктрины должна быть испробована на разрѣшеніи съ ея помощью всяческихъ контроверзъ по вопросу о раздѣленіи доказательствъ,—всякихъ, въ какомъ бы правѣ онѣ не возникали,—то мы уклонились бы отъ своей задачи, обойдя проблему, указанную выше, одну изъ наиболѣе трудныхъ,—устранивъ ее съ поля нашего зрѣнія простымъ заявленіемъ, что подобной не можетъ возникнуть при дѣйствіи X тома.

Кто же несетъ onus probandi: истецъ ли, утверждая, что опредѣленныхъ соглашеній о цѣнѣ не было, или отвѣтчикъ, защищаясь указаніемъ на точную цифру выговоренной цѣны?

Отвѣтъ зависитъ отъ другого вопроса: должно ли быть напередъ доказано отсутствіе соглашеній о цѣнѣ—или же это обстоятельство, обусловливающее обращеніе къ цѣнѣ „соразмѣрной“, предполагается, пока не доказана отвѣтчикомъ нисшая расцѣнка?

Essentialia сдѣлки несомнѣнно доказываетъ истецъ. Что же есть essentiale для купли-продажи, какъ мѣновой сдѣлки, т. е. тотъ элементъ, безъ котораго правоотношеніе не будетъ искомаго типа? Опредѣленное соглашеніе о цѣнѣ не есть essentiale, потому что его можетъ и не быть: правосудіе, разбирая споръ, восполнитъ тогда пробѣлъ собственными средствами и, призвавъ на помощь диспозитивное право, примѣнитъ обычную цѣну—pretium justum. Но соглашеніе о *нѣкоторой* цѣнѣ относится къ числу необходимыхъ признаковъ купли-продажи: безъ возмездности сдѣлка отошла бы въ разрядъ дарственныхъ актовъ. Итакъ, возмездный характеръ договора—явно или молчаливо обнаруженный—принадлежитъ къ essentialia negotii и долженъ быть непремѣнно доказанъ истцомъ [1]).

Въ самомъ дѣлѣ: если искъ продавца имѣетъ шансы на успѣхъ—все равно, будетъ ли установлено, что соглашенія о цѣнѣ было или его не было (и тогда—pretium justum), то ясно, что суть дѣла не въ оцѣнкѣ, а въ чемъ то иномъ, по отношенію къ чему и точное опредѣленіе въ договорѣ цѣны, и отсутствіе всякаго опредѣленія есть не болѣе, какъ

[1]) Это основная мысль, изъ которой исходитъ въ своемъ соч. Knieriem, см., напр., S. 5, 99 и сл.; contra—Stölzel, S. XIII—XIV.

подробность, accidentale. И на вопросъ, что же представляетъ собой тотъ необходимый элементъ, привходящими модификаціями котораго служатъ эти accidentalia, отвѣтъ остается тотъ, который данъ выше: essentiale—возмездный характеръ договора передачи цѣнностей изъ рукъ въ руки.

Однако пойдемъ далѣе. Но если essentialia—возмездность, если продавецъ fundatam habet intentionem уже тогда, если предъявляетъ искъ изъ договора, который обѣ стороны называли согласно куплей-продажей, то чемъ-нибудь долженъ же былъ законодатель заполнить пробѣлъ въ случаѣ отсутствія точнаго соглашенія между сторонами о цѣнѣ. Несомнѣнно, да,—если не хотѣлъ просто признать, что купля по неопредѣленной цѣнѣ невозможна и недѣйствительна, какъ таковая. [1])

Поэтому онъ и создаетъ диспозитивную норму такого содержанія: за отсутствіемъ *всякаго* соглашенія о цѣнѣ судья принимаетъ обычную стоимость вещи въ оборотѣ.

Тѣ изъ сторонниковъ „теоріи возраженія“, которые въ нашей контроверзѣ перешли на сторону „доктрины отрицанія“, останавливаются на этой редакціи подлежащей примѣненію нормы и утверждаютъ, что отсутствіе точной оцѣнки, на которую ссылается въ своемъ искѣ продавецъ, есть „часть его правопроизводящихъ фактовъ“ [2]), essentiale negotii [3]). Другіе говорятъ, что „въ законѣ нѣтъ нормы такого содержанія: за отсутствіемъ *иного* соглашенія примѣняется соразмѣрная покупная цѣна“ [4]).

Однако мнѣ кажется, что отъ формулировки, которую принимаютъ сами же авторы, до диспозитивной нормы того именно содержанія, на отсутствіи котораго такъ настаиваютъ Daubenspeck и Rosenberg, всего одинъ шагъ. И логическая

---

[1]) Напр., какъ это было въ римскомъ правѣ: Ulpianus in l. 2 § 1 Dig. de contrahenda emptione (18,1); § 1 Inst. de emptione (3, 24). Nulla venditio sine pretio! Такъ же прусское земское уложеніе (A L R, I, 11 § 12): „Mangelt die Feststellung des Preises, so ist kein Kauf abgeschlossen“.

[2]) Staub, S. 12 и 20; Betzinger (2-te Aufl.) S. 164; Rosenberg, Archiv, S. 83—86; Endemann, Lehrbuch, S. 495 N. 12.

[3]) Staub, l. c.; Rosenberg, Archiv, S. 86: притязаніе на justum pretium можетъ быть основано только на молчаливомъ соглашеніи о такой цѣнѣ. Ср. также S. 84.

[4]) Daubenspeck, Jur. Litteraturblatt 1900 S. 102; Rosenberg, Archiv S. 85—86.

послѣдовательность велитъ признать, что смыслъ обѣихъ редакцій одинъ и тотъ же.

Первоначальный видъ разбираемаго закона таковъ: при отсутствіи всякаго (или опредѣленнаго) соглашенія о цѣнѣ продавецъ имѣетъ право на обычную стоимость.

Однако и при выраженномъ expressis verbis соглашеніи о томъ, что вещь покупается за обычную ея стоимость, продавецъ тоже получаетъ эту цѣну; поэтому будетъ точнѣе написать въ законѣ слѣдующее: при отсутствіи *другого* соглашенія о цѣнѣ примѣняется justum pretium. Или иными словами,—чтобы привести диспозитивную норму въ тотъ видъ, который ей обыкновенно усваиваетъ законодатель: въ куплѣ-продажѣ продавецъ имѣетъ право на justum pretium если контрагенты не условились о другой цѣнѣ. При этой же редакціи сторонники „теоріи нормъ“ по крайней мѣрѣ должны быть одного мнѣнія: отступленія отъ диспозитивнаго права доказываетъ отвѣтчикъ.

Въ цѣлесообразности анализированной статьи de lege ferenda и въ особенности въ томъ, что ей производимая распланировка тяжести представленія доказательствъ есть справедливая, не можетъ быть сомнѣній.

По нашей теоріи та изъ сторонъ должна запастись доказательствами отступленій отъ диспозитивнаго права, въ пользу которой эти отступленія идутъ. Если поэтому покупателю удалось сбить цѣну ниже средняго уровня, то онъ и обязанъ имѣть доказательства въ рукахъ,—иначе продавецъ потребуетъ съ него рыночной цѣны и судья in dubio станетъ на сторону средней стоимости, какъ справедливой. Если высшую цѣну имѣетъ получить по договору продавецъ, то долженъ выступить съ доказательствами на судъ: въ противномъ случаѣ покупатель сошлется на среднюю цѣну, по которой и будетъ присужденъ къ уплатѣ.

Эта система распредѣленія доказательствъ между покупателями и продавцами мнѣ представляется наиболѣе справедливой. Отмѣчаю только, что рѣчь идетъ исключительно о куплѣ-продажѣ въ кредитъ, а не на наличныя деньги.

Иначе думаетъ Stölzel (S. XXIV): „всѣ покупатели, которые когда-либо пріобрѣтали товаръ дешевле рыночной цѣны, заплативъ за него тутъ же или впослѣдствіи налич-

ными деньгами, очутились бы на будущее время подъ угрозою иска о болѣе высокой рыночной цѣнѣ (за вычетомъ уплаченной части), и были бы осуждены, если бы не оказались въ состояніи доказать соглашеніе о нисшей оцѣнкѣ. Они не могли бы отвѣтить на искъ, что принятіе покупателемъ платежа исключаетъ претензію по поводу недоплаченной высшей цѣны; такъ какъ само собой разумѣется, что вслѣдствіе полученія денегъ кредиторъ не отказывается отъ превышающей уплаченную сумму части требованія. Или и здѣсь слѣдуетъ создать „презумпцію“: когда за купленную вещь продавецъ получаетъ платежъ, то сумма его представляетъ полную покупную цѣну,—при чемъ такая презумпція должна будетъ дѣйствовать сильнѣе, нежели другое предположеніе, что сдѣлка заключена по высшей „рыночной“ цѣнѣ?... Тѣмъ самымъ всѣ покупатели—и тѣ, которые платятъ Zug um Zug—оказались бы въ необходимости держать при себѣ нужныя доказательства въ теченіе всего давностнаго срока: я говорю о доказательствахъ того, что соглашеніе о нисшей цѣнѣ дѣйствительно состоялось“.

Прежде всего, слѣдуетъ отчислить изъ рязряда злополучныхъ покупателей, надъ которыми виситъ въ видѣ Дамоклова меча искъ о недоплаченной покупной цѣнѣ, тѣхъ контрагентовъ, которые имѣли счастливую привычку разсчитываться за покупку наличными деньгами.

Это признаетъ въ другомъ мѣстѣ Stölzel самъ (Schulung, S. 148 Anm. 1): „кто, выступая въ качествѣ отвѣтчика, ссылается на произведенный немедленно (Zug um Zug) платежъ, тотъ отрицаетъ самое возникновеніе искового требованія; ибо при куплѣ на наличныя деньги искъ относительно обязательства вообще никогда не можетъ имѣть мѣста“. Дѣйствительно, даже мудрено себѣ представить, какую исторію сочинитъ по поводу своихъ отношеній съ такими „благоразумными“ покупателями истецъ, чтобы не быть пойманнымъ на первомъ словѣ. „Соглашенія о цѣнѣ между нами не было“, начинаетъ онъ prima fronte. „Но немедленно послѣ того, какъ была выбрана вещь, отвѣтчикъ далъ мнѣ столько-то денегъ—меньше, чѣмъ стоили вещи по рыночной ихъ оцѣнкѣ,—и ушелъ“. Изъ этой картины судья долженъ увидѣть не то, что покупатель счелъ свой платежъ достаточ-

нымъ за извѣстную вещь,—а отвѣтчикъ, принявъ стоимость безъ протеста (cum potuit ac debuit), молчаливо согласился съ предложенной оцѣнкой[1])... О, ничуть! Отсюда по Stölzel'ю естественнѣй всего должно слѣдовать вотъ что. Какова цѣна вещи, объ этомъ не думали контрагенты вовсе. Ихъ уста молчали: и предполагается въ силу закона рыночная цѣна. А что покупатель вынулъ деньги и продавецъ взялъ ихъ, это къ вопросу о точной цѣнѣ отношенія не имѣетъ: ясно, что покупатель просилъ недостающую до полной стоимости сумму повѣрить въ долгъ, а контрагентъ молча согласился продать въ кредитъ...

На мой взглядъ представляется несомнѣннымъ, что судья изъ такой передачи обстоятельствъ дѣла истцомъ въ силахъ усмотрѣть одинъ фактъ: что сдѣлка была на наличныя, а не въ кредитъ; а тогда и по взгляду самого Stölzel'я обязанность доказать возникновеніе правопритязанія лежитъ на истцѣ,—ему придется устанавливать особое соглашеніе о послѣдующей доплатѣ недостающей суммы.

Утверждать сдѣлку съ немедленной реализаціей обязательствъ и въ то же время разсказывать, будто соглашенія о цѣнѣ (явнаго или молчаливаго) не было, будто могла тѣмъ не менѣе состояться venditio sine pretio, это значитъ говорить совершенно абсурдныя вещи, совмѣщая несовмѣстимыя понятія, допуская contradictio in adjecto. Что-нибудь одно долженъ утверждать истецъ: или что не было платежа цѣны вовсе, что сдѣлка была въ кредитъ,—но тогда при ссылкѣ отвѣтчика на немедленную уплату (Zug um Zug) обязанность доказать кредитный характеръ купли возникаетъ на сторонѣ истца; или что дѣйствительно имѣлъ мѣсто платежъ денегъ Zug um Zug,—но тогда судья скажетъ, что была также и молчаливая оцѣнка. Иначе какъ же квалифицировать тѣ манипуляціи съ знаками денежнаго достоинства, которыя происходили въ лавкѣ, когда монеты перемѣщались изъ кармана покупателя въ кассу торговца? Или это совершалось безъ всякаго отношенія къ оцѣнкѣ купленныхъ вещей?!...

---

[1]) Ср. Leonhard, S. 209.

Положительно, сутяжническія вожделѣнія продавцовъ не страшны покупателямъ, которые платятъ за свои сдѣлки немедленно наличными деньгами.

Но, быть можетъ, покупатели въ кредитъ должны трепетать передъ зловѣщими предсказаніями Stölzel'я? Можетъ быть, это они осуждены держать при себѣ въ теченіе давностнаго срока доказательства того, что покупка, отпущенная имъ изъ лавки въ кредитъ, куплена дешевле, чѣмъ стоятъ подобныя вещи на рынкѣ?

Въ этомъ случаѣ выводъ Stölzel'я приходится признать вполнѣ правильнымъ: въ невыгодномъ положеніи въ случаѣ злонамѣреннаго процесса находятся именно они.

Конечно, лазейки для надувательства правосудія существовали и существуютъ всюду и вездѣ. Законодателю слѣдуетъ по возможности замазывать щели отъ паразитовъ, однако создать кодексъ и изобрѣсти аппаратъ для проведенія въ жизнь законодательныхъ опредѣленій,—такой кодексъ и аппаратъ, чтобы послѣ этихъ способныхъ сдѣлать эпоху въ жизни человѣчества нововведеній гражданской неправдѣ оставалось бы только окончательно исчезнуть съ лица земли,—едва-ли когда удастся соціальнымъ организаціямъ. А если на худой конецъ неправдѣ представляется возможность получить pretium justum вмѣсто нисшей оцѣнки, то это еще и не такъ опасно для правооборота.

„Любой аферистъ, замѣчаетъ Stölzel (S. 128), который въ своемъ магазинѣ распродаетъ за безцѣнокъ товары, имѣлъ бы случай требовать по суду болѣе высокой „обычной“ цѣны и, отрицая подъ присягой [1]) выдвигаемое отвѣтчикомъ соглашеніе о нисшей оцѣнкѣ, получить добавочную приплату“.

Едва-ли найдется другой случай, гдѣ лжеприсяга принесла бы менѣе вреда для правой стороны, какъ здѣсь, справедливо говоритъ Knieriem (S. 143).

Отвѣтчику придется платить не любую цифру, назначенную подъ присягой противникомъ, а только „соразмѣрную“ цѣну. То, что даетъ критерій,—оцѣнка экспертовъ, требованія

[1]) По герм. праву тотъ, на комъ лежитъ onus probandi, имѣетъ право потребовать отъ противника подтвержденія его словъ присягой: и если тотъ произноситъ ее, то процессъ разрѣшается сообразно присягѣ. См. §§ 446–447 герм. проц. кодекса (Leonhard, S. 197—198).

рынка, обычаи оборота и проч.,—во всякомъ случаѣ предохраняетъ отъ произвольныхъ преувеличеній,—въ то время, какъ въ другомъ случаѣ продавецъ (при рѣшеніи по Stölzel'ю),—беззащитный,—всецѣло попадаетъ въ руки своего соперника по тяжбѣ.

Впрочемъ, аферистъ въ примѣрѣ Stölzel'я оказался бы въ самой невыгодной позиціи. Онъ долженъ былъ бы по смыслу гипотезы сперва распродать товаръ за безцѣнокъ и въ кредитъ, а потомъ требовать по суду денегъ. При этомъ письменныхъ обязательствъ съ подписью должника онъ не можетъ представлять въ судъ, потому что, если тамъ сказано, что товаръ проданъ, то навѣрное прибавлено и за какую цѣну; торговыя книги [1]) и счета, неподписанные должникомъ [2]), для послѣдняго безвредны: остается, предъявляя искъ, расчитывать только на то, что добросовѣстный отвѣтчикъ признается самъ, что товаръ дѣйствительно купилъ, денегъ за него при покупкѣ не отдалъ и станетъ возражать только по поводу высоты условленной стоимости. А если покупатель, раздосадованный тѣмъ, что съ него требуютъ дороже, чѣмъ сторговались, будетъ вовсе отрицать или самую куплю, или по крайней мѣрѣ сошлется на полную уплату денегъ при самой покупкѣ, то гипотетическій аферистъ вовсе останется безъ доказательствъ въ процессѣ и прогоритъ со своими прожектами. Нѣтъ, рѣшительно нельзя посовѣтовать кому бы то ни было наживаться тѣмъ способомъ, который указанъ у Stölzel'я.

На стр. 127 Stölzel желаетъ иллюстрировать свою основную точку зрѣнія слѣдующимъ разсужденіемъ. „Покупка за рыночную цѣну является заключенной не только тогда, если контрагенты покупаютъ безъ опредѣленія цѣны и фактически соглашаются на „обычную“ цѣну, но и въ томъ случаѣ, когда опредѣленно договариваются, что хотятъ въ качествѣ цѣны

---

[1]) Ст. 466 уст. гр. суд.: „Въ искахъ противъ лицъ, не принадлежащихъ къ торговому сословію, купеческія книги могутъ быть принимаемы за доказательство въ спорахъ о поставкѣ товаровъ... и тогда лишь, когда доказано, что товары дѣйствительно были поставляемы..., а сомнѣніе или споръ относится къ... цѣнѣ поставленныхъ или забранныхъ товаровъ“.

[2]) Ст. 472 уст. гр. суд.

имѣть pretium justum. Другими словами: соразмѣрная цѣна есть покупная цѣна или потому, что таковая условлена фактически, или потому, что она установлена словесно. Рядомъ съ этими обоими видами сдѣлокъ купли-продажи за „справедливую“ цѣну стоятъ, какъ третій видъ, тѣ купли, при которыхъ стороны опредѣляютъ стоимость вещи цифровыми данными. Искъ о покупной цѣнѣ въ 15 марокъ можетъ быть поэтому обоснованъ троякимъ образомъ. Истецъ можетъ утверждать: 1) 15 марокъ были условлены въ качествѣ покупной цѣны expressis verbis; 2) 15 марокъ—есть обычная стоимость вещи, а обычная цѣна установлена для даннаго договора—а) или тѣмъ, что контрагенты опредѣленнымъ образомъ выразили желаніе, чтобы сдѣлка состоялась по „обычной“ цѣнѣ, или б) тѣмъ, что купля-продажа была заключена безъ всякаго договора о цѣнѣ. Противъ каждой изъ этихъ трехъ исковыхъ претензій отвѣтчикъ можетъ безнаказанно возразить, что была условлена цѣна въ 12 марокъ. Неужели же въ первыхъ двухъ случаяхъ ссылка на соглашеніе о цѣнѣ будетъ представлять собою negatio, а въ послѣднемъ случаѣ наоборотъ exceptio“ [1])?

Мнѣ кажется, что въ извѣстной разницѣ между исками, имѣющими общаго только цифру требованія, нѣтъ ничего удивительнаго. Кромѣ того, Stölzel не вполнѣ правъ, когда требуетъ доказательствъ отъ продавца, который говоритъ, что въ пользу „соразмѣрной“ цѣны было установлено соглашеніе expressis verbis.

Я исхожу изъ отправного пункта тѣхъ теорій, которыя признаютъ правило: naturalia inesse praesumuntur. Истецъ ссылается въ этомъ случаѣ на naturalia, обозначенныя въ законѣ,—онъ fundatam habet intentionem и неужели его позиціи суждено ухудшиться только отъ признанія, что контрагенты опредѣленнымъ, ясно выраженнымъ образомъ, хотѣли именно тѣхъ юридическихъ эффектовъ, въ смыслѣ которыхъ истолковалъ бы ихъ волю законодатель за отсутствіемъ явнаго обнаруженія,—признавая, что имъ всего естественнѣй хо-

[1]) По терминологіи Stölzel'я (какъ и вообще нѣмецкихъ ученыхъ) negatio возлагаетъ onus probandi на истца, exceptio напротивъ переноситъ это бремя на отвѣтчика. Такъ же точно разсуждаетъ Rosenberg, Archiv, S. 84.

тѣть именно naturalia? Странное дѣло: когда истецъ говоритъ, что воля сторонъ не была опредѣленнымъ образомъ направлена на диспозитивное правило, судья находилъ возможнымъ истолковывать ихъ волю въ этомъ смыслѣ. Теперь истецъ говоритъ, что стороны дѣйствительно (не по умозаключенію судьи) диспозитивнаго права хотѣли: нѣтъ, пусть будетъ доказано на судѣ, что это такъ было! Да вѣдь законодатель въ своемъ диспозитивномъ правѣ подсказывалъ контрагентамъ, въ чемъ ихъ интересъ: давалъ готовую форму, въ которую такъ естественно было бы имъ облечь свою волю,—и они соблазнились: не желая устанавливать никакихъ иныхъ соглашеній, они сказали другъ другу: „мы—по закону... Какъ законъ, такъ и мы“... И забыли о доказательствахъ; упустили изъ виду, что схемы законодательной нормировки представляютъ по мнѣнію Stölzel'я [1]) не болѣе, какъ проектъ сдѣлки,—того же значенія, какъ и сочиненный нотаріусомъ или однимъ изъ заинтересованныхъ лицъ: а что на него согласилась противная сторона, это требуетъ еще доказательствъ... И жестокое разочарованіе ждетъ истца на судѣ: онъ попался въ законодательную западню: „пусть ты и желалъ заодно съ контрагентомъ именно того, что такъ убѣдительно вкладывалъ въ твои уста законъ, но или долженъ былъ ничего не говорить о своемъ намѣреніи никому, или позаботиться о доказательствахъ. Если бы вы съ отвѣтчикомъ молчали, вступая въ договоръ, тогда ваша воля считалась бы направленной на naturalia,—но вы сказали въ пользу примѣненія законодательной предусмотрительности опредѣленныя слова,—и вотъ, пусть истецъ докажетъ, что это такъ было“. („Языкъ мой—врагъ мой“, въ правѣ жаловаться на судьбу недостаточно молчаливый со своимъ контрагентомъ кредиторъ).

Нѣтъ, справедливо говоритъ Knieriem (S. 114): „Что правопорядокъ и безъ того признаётъ правомъ, то не получаетъ свою жизнь впервые отъ того, что стороны, предпринимая совершенно безполезный трудъ, санкціонировали и укрѣпили въ сдѣлкѣ этотъ пунктъ еще особымъ добровольнымъ соглашеніемъ“.

[1]) S. XXVI: „Gezetzliche Taxen oder Gebührenaussätze sind dabei... gleichgültig“...

У Stölzel'я есть и другіе аргументы въ пользу своего взгляда. „Покупка за соразмѣрную или обычную цѣну есть ничто иное, утверждаетъ авторъ, [1]) какъ покупка за фактически (посредствомъ facta concludentia) условленную цѣну, подобно тому, какъ покупка въ магазинѣ съ рекламою: „любая вещь за 3 марки“ есть ничто другое, какъ покупка за фактически, молчаливо условленные 3 марки“. И „молчаніе“, отсутствіе договора о цѣнѣ, которое выставлено законодателемъ въ качествѣ признака примѣнимости диспозитивнаго права, должно быть непремѣнно доказано со стороны истца. Существуетъ въ торговомъ кодексѣ слѣдующая норма: „Если торговецъ получаетъ отъ своего дѣлового пріятеля (Geschäftsfreund) предложеніе и не отвѣчаетъ, то въ его молчаніи заключается принятіе предложенія“ (§ 323 германскаго торговаго уложенія) [2]). Допустимъ, офферентъ хочетъ предъявить къ контрагенту искъ. Развѣ не долженъ истецъ доказать „молчаніе“ противника въ числѣ фактовъ, обосновывающихъ претензію къ нему, убѣждающихъ судью, что предложеніе принято? Или, можетъ быть, существуетъ диспозитивный законъ, содержащій въ пользу молчанія презумпцію: „Всякое предложеніе считается принятымъ, доколѣ отвѣтчикъ не докажетъ своего протеста“?

Прусское земское уложеніе (A. L. R., Thl. 1 Tit. 9 §§ 340 ff.) нормируетъ случай, что сосѣдъ строится близь межи сосѣда. Онъ долженъ увѣдомить послѣдняго, что имѣетъ намѣреніе застроить свой участокъ до такой-то черты: сосѣдъ, если онъ видитъ нарушеніе своихъ правъ и не желаетъ терпѣть этого, обязанъ высказать протестъ немедленно. Если же безмолвствуетъ, то считается согласившимся на возможный захватъ пограничной черты. Ясно, что искъ, опирающійся на признаніе сосѣдомъ постройки незатрагивающей чужихъ правъ, долженъ содержать утвержденіе, будто отвѣтчикъ не возражалъ на заявленіе истца,—фактъ, подлежащій доказыванію въ случаѣ спора.

---

[1]) S. XIII; см. также S. 92.

[2]) Стараго. Теперь норма выпущена въ новой редакціи уложенія, но вошла (правда, въ измѣненномъ видѣ) въ ст. 151 гражд. кодекса.

Итакъ,—вотъ примѣры, гдѣ „молчаніе“ составляетъ тему доказательства. Не слѣдуетъ ли по аналогіи раздѣлить также доказательства и въ нашемъ примѣрѣ съ рыночной покупной цѣной? Истецъ, какъ въ двухъ предыдущихъ случаяхъ, здѣсь тоже доказываетъ, что по вопросу о цѣнѣ стороны все время молчали.

Но мнѣ кажется, что Stölzel здѣсь смѣшиваетъ понятія. Истецъ не обязанъ доказывать „молчаніе“ о цѣнѣ потому, что есть диспозитивное право, которое говоритъ: „сдѣлки возмезднаго характера предполагаются заключенными по соразмѣрной цѣнѣ, пока не доказано противнаго“. Если бы была диспозитивная норма, постановлявшая: „сосѣдъ, котораго предупреждаютъ о намѣреніи застроить часть его межи, предполагается согласившимся, доколѣ онъ не докажетъ своего протеста“, то и примѣръ, приводимый Stölzel'емъ, разрѣшался бы не такъ, какъ онъ его разрѣшаетъ. При этомъ я думаю, что въ обоихъ казусахъ Stölzel'я протестъ или увѣдомленіе объ отказѣ отъ сдѣлки гораздо легче было бы доказывать именно отвѣтчику, а не истцу. Первому пришлось бы устанавливать положительное обстоятельство, случившееся въ предѣлахъ извѣстнаго времени и мѣста,—собственное наконецъ дѣйствіе, отъ котораго сохранились у виновника слѣды, при томъ же, о доказательствахъ котораго онъ могъ позаботиться нарочно. Несравненно труднѣе было бы установить отсутствіе протеста для истца: рѣчь идетъ объ отсутствіи дѣйствія; слѣдуетъ доказывать, что въ промежутокъ времени, болѣе или менѣе длинный, истецъ не получалъ писемъ объ отказѣ отъ сдѣлки или содержащихъ veto по поводу его operis novi nuntiatio; что въ его квартирѣ не появлялся отвѣтчикъ, чтобы извѣстить его о своемъ несогласіи или неудовольствіи лично. Я думаю, что указанные факты удастся истцу доказать только при исключительныхъ условіяхъ. Поэтому, я бы распредѣлилъ доказыванія между сторонами такъ, что истцу довольно установить одинъ фактъ: что онъ обращался къ контрагенту съ предложеніемъ вступить въ договоръ или съ предупрежденіемъ о намѣреніи застроить опредѣленный участокъ земли; а что имѣлъ мѣсто отказъ и протестъ, долженъ будетъ доказывать противникъ.

Проблема относительно „справедливой“ цѣны возникаетъ не только при куплѣ-продажѣ, но и въ цѣломъ рядѣ другихъ возмездныхъ сдѣлокъ. Knieriem иллюстрируетъ этотъ выводъ многочисленными примѣрами. Нѣкоторые могутъ возникнуть и на почвѣ нашего права. Напримѣръ, искъ о вознагражденіи за произведенныя работы безъ договорнаго обозначенія цѣны, гдѣ размѣръ слѣдующей платы опредѣляется на основаніи обычной мѣрки (свидѣтельскими показаніями, осмотромъ на мѣстѣ, экспертизой и пр.). Такіе иски допустимы по нашему праву: „такъ какъ по закону не предполагается, чтобы переходъ цѣнностей въ гражданскомъ оборотѣ происходилъ безвозмездно“ (касс. рѣш. 1877 года №№ 139, 144).

Присяжный повѣренный имѣетъ право на гонораръ по таксѣ, приложенной къ Судебнымъ Уставамъ: однако по взаимному соглашенію съ довѣрителемъ вознагражденіе можетъ быть увеличено или уменьшено, смотря по договору. Допустимъ, повѣренный ссылается на отсутствіе соглашенія и на гонораръ по таксѣ, тогда какъ неблагодарный кліентъ требуетъ сбавки, основываясь на особомъ соглашеніи, которое будто бы состоялось у нихъ съ адвокатомъ: кто доказываетъ свою правоту? Устанавливаемые въ законодательномъ порядкѣ тарифы и таксы представляютъ диспозитивное право (если въ законѣ опредѣленно не сказано, что это jus cogens); ихъ роль та, что они содержатъ pretium justum; сторонѣ, которая ссылается на „соразмѣрную“ плату, незачѣмъ еще доказывать, что таксированная закономъ цѣна есть именно „соразмѣрная“. Это одна изъ функцій упомянутыхъ законодательныхъ опредѣленій. Вопроса о томъ, cujus probatio, законодатель при этомъ expressis verbis не разрѣшаетъ [1]),—Stölzel, разумѣется, наложилъ бы доказательства на истца, что отступающихъ отъ тарифа соглашеній между контрагентами не было... Но кто придаетъ иное значеніе диспозитивному закону, тотъ согласится со взглядомъ Knieriem'а, что адвокатъ имѣетъ право на гонораръ по таксѣ, пока отвѣтчикъ не докажетъ своей ссылки на особое соглашеніе объ иной платѣ [2]).

[1]) См. Knieriem, S. 6.

[2]) Knieriem, ib., S. 117—119; Rosenberg, Archiv, l. c., S. 91.

Одинаковымъ образомъ распредѣляется тяжесть представляемыхъ доказательствъ и въ другихъ случаяхъ при наличности тарифовъ или таксъ, устанавливаемыхъ соотвѣтствующими властями или обычаемъ [1]).

Въ искахъ о вознагражденіи за вредъ и убытки правосудіе снова сталкивается съ вопросомъ о „справедливой“ оцѣнкѣ (ст. 675 X т.): но разумѣется, если бы имѣлось на лицо опредѣленіе размѣра слѣдующей съ отвѣтчика истцу уплаты по взаимному договору, дѣйствовало бы добровольное соглашеніе [2]). Но когда на подобную конъюнктуру ссылается прижимистый отвѣтчикъ, то онъ именно и будетъ обязанъ доказать утверждаемую мировую по поводу уплаты [3]).

Наконецъ, справедливость принимаемой въ текстѣ точки зрѣнія подтверждается косвеннымъ соображеніемъ. Если отвѣтчикъ противъ иска по поводу соразмѣрной цѣны возражаетъ ссылкой на нисшую оцѣнку вещи по договору, тогда in dubio примѣняется по Stölzel'ю не justum pretium, а стоимость, указанная отвѣтчикомъ. Однако, какъ быть, если отвѣтчикъ не явился и не указывалъ своей цифры въ подаваемыхъ суду бумагахъ,—если его судятъ заочнымъ рѣшеніемъ? Сомнѣній не представляется при дѣйствіи кодексовъ, содержащихъ правило: contumax pro judicato: но по русскому праву poena contumacium не существуетъ, „въ заочномъ рѣшеніи судъ присуждаетъ истцу всѣ требованія, имъ доказанныя“, говоритъ статья 722 нашего устава. Какую же сум-

---

[1]) Knieriem, S. 119—120; Rosenberg, Archiv, S. 91.

[2]) Справедливость вывода косвенно подтверждается ст. 646 X т., которая на случай неплатежеспособности виновнаго прямо указываетъ на полюбовную сдѣлку, какъ на естественный выходъ изъ затрудненія, и, кажется, налагаетъ на судъ прямую обязанность съ своей стороны способствовать разрѣшенію спора въ указанномъ смыслѣ. Ср. также ст. 2 Правилъ для охраненія полей и луговъ отъ потравъ и др. поврежденій (прил. 1 къ ст. 31 прим. 1 общ. учр. крест.), гдѣ законъ говоритъ слѣд.: „Если между задержавшими чужихъ домашнихъ животныхъ и хозяиномъ оныхъ не послѣдуетъ добровольнаго соглашенія о вознагражденіи, тогда хозяинъ означенныхъ животныхъ обязанъ заплатить по требованію хозяина земли, на которой животныя задержаны, или... денежное взысканіе по таксѣ, или, если хозяинъ земли не удовлетворится симъ взысканіемъ, вознагражденіе за причиненный убытокъ по оцѣнкѣ“.

[3]) Knieriem, S. 119.

му присудить истцу? Купля-продажа между тяжущимися состоялась,—допустимъ, этого не отрицаетъ и отвѣтчикъ,—а равнымъ образомъ и того, что еще не заплатилъ денегъ,—но неужели же отказать истцу во всей суммѣ иска только потому, что нельзя опредѣлить ея, нечего подставить на мѣсто судейскаго non liquet изъ-за отсутствія отвѣтчика? Ясно, что безъ помощи диспозитивнаго права здѣсь не обойдется процессъ!...

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Контроверза по поводу условія (и срока).

Теперь на очереди вопросъ о томъ, долженъ ли отвѣтчикъ доказывать наличность условія, отсрочки или конечнаго пункта, съ которымъ прекращается дѣйствіе договора,—если на нихъ ссылается, расходясь съ истцомъ, отрицающимъ существованіе спеціальныхъ соглашеній этого рода.

Теорія „отрицанія“ возлагаетъ onus probandi на истца,—въ противоположность доктринѣ „возраженія“. Съ точки зрѣнія нашего ученія проблема разрѣшается тѣмъ, что назначеніе срока или условія есть извѣстная модификація (осложненіе) типической схемы юридическихъ сдѣлокъ извѣстной категоріи,—и потому onus probandi на томъ, кто на данную отклоняющуюся форму ссылается. При томъ же сторона дѣлаетъ указаніе на условіе или срокъ, въ ея пользу прибавленные: а каждый изъ контрагентовъ долженъ запастись доказательствами тѣхъ подробностей сдѣлки, которыя говорятъ къ его выгодѣ.

Сторонники теоріи отрицанія оперируютъ съ другими доводами въ пользу своего взгляда. Ихъ аргументацію въ послѣднее время подробно анализировали Meyerhofer (Z. f. Schweiz. Recht, B. 22, 1903) и Rosenberg (Arch. f. die Civil. Praxis, B. 44, 1903) [1]), которымъ безъ труда удалось доказать

---

[1]) Еще раньше—Betzinger, у котораго уже были намѣчены главнѣйшіе аргументы (см. S. 332 ff. 1-го изд. и S. 112—122 2-го).

Интересно, что самъ Leonhard, новѣйшій защитникъ „теоріи отрицанія“, тоже относится критически къ попыткамъ обосновать тезисъ

всю ея ошибочность и односторонность. При этомъ въ тѣхъ вопросахъ, гдѣ ихъ способъ разсужденія приводилъ бы къ явно безнадежнымъ результатамъ,—именно въ контроверзѣ съ резолютивнымъ условіемъ,—многіе изъ приверженцевъ теоріи „отрицанія“ сами обнаруживаютъ непослѣдовательность,—и силы ихъ противниковъ, по выраженію Rosenberg'а, „получаютъ значительныя подкрѣпленія благодаря перебѣжчикамъ изъ чужого лагеря“ [1]).

Наиболѣе распространенный пріемъ, которымъ доктрина „отрицанія“ доказываетъ свои положенія, состоитъ въ слѣдующемъ порядкѣ мыслей [2]). Волеизъявленіе, выраженное вовнѣ въ сопровожденіи суспензивнаго условія, представляетъ одно нераздѣльное цѣлое: мы имѣемъ въ немъ единую цѣльную волю,—и абсолютно единое не разложимо на главные пункты и на второстепенныя детали: каждая подробность въ сдѣлкѣ одинаково важна съ субъективной точки зрѣнія контрагентовъ,—иногда, не будь одного какого-нибудь побочнаго соглашенія, и не состоялась бы вся сдѣлка... Итакъ, суспензивное условіе составляетъ интегрирующую часть волеизъявленія,—такую, которая не можетъ быть выдѣлена salva rerum substantia.

Поэтому, продолжаетъ оспариваемая доктрина, если отвѣтчикъ, возражая противъ договора, заключеннаго по словамъ истца pure, ссылается на суспензивное условіе, присоединенное къ сдѣлкѣ, то онъ выдвигаетъ *иное* въ качественномъ отношеніи волеизъявленіе, нежели то, которое фигурируетъ въ разсказѣ истца. Договоръ условный есть въ своей неразрывной цѣльности другой договоръ, чѣмъ договоръ безъ условія.

Въ силу указаныхъ причинъ ученые этого направленія видятъ въ изложеніи обстоятельствъ дѣла отвѣтчикомъ—квалифицированное или мотивированное отрицаніе основа-

---

въ этой контроверзѣ, какъ онѣ дѣлались до сихъ поръ его же собственными единомышленниками (см. Die Beweislast, 1904, S. 286—288).

[1]) Rosenberg, Arch. f. d. Civil. Praxis, Bd. 44., S. 35.

[2]) См. объ этомъ у Meyerhofer'a, l. c., S. 339 ff.; я веду изложеніе по Meyerhofer'у, у котораго группировка противныхъ мнѣній болѣе систематична.

ній иска [1]). Онъ отрицаетъ, чтобы состоялся тотъ самый договоръ, на который ссылается истецъ, и послѣдній долженъ съ своей стороны представить доказательства, что утверждаемая имъ сдѣлка заключена была тѣмъ самымъ образомъ и въ томъ видѣ, какъ онъ это утверждаетъ.

„Отрицаніе основаній иска"... Охотно соглашаюсь, что да; такъ какъ всякое возраженіе отвѣтчика въ концѣ концовъ есть по отношенію къ фактамъ истца прямое negatio,— и отрицаніе основаній иска, т. е. существенныхъ составныхъ моментовъ правопритязанія,—иначе несущественное возраженіе для истца—non nocet, для суда—non interest. При томъ же ко всякой подробности договорныхъ условій та или другая сторона можетъ въ конкретномъ случаѣ относиться настолько щепетильно и ревниво, что она то и есть въ ея глазахъ „главная часть" договора, какъ прекрасно оттѣняетъ самъ Stölzel [2]). Вѣдь всякое возраженіе—exceptio rei non sic sed aliter gestae, разъ только идетъ рѣчь о квалифицированномъ признаніи или отрицаніи; и процессуальный смыслъ возраженія заключается въ томъ, что всякое—прямо или косвенно, непосредственно или въ конечномъ только подсчетѣ,—но стоитъ въ отрицательномъ отношеніи къ главнымъ составнымъ частямъ сдѣлки.

Иначе, если оно не затрагиваетъ основаній иска вовсе, то оно не существенно и въ этомъ качествѣ для истца безвредно. Здѣсь, какъ и въ другихъ случаяхъ, utile per inutile vitiari non potest...

---

[1]) *Unger*, System des österreichischen Privatrechts, Bd. II, S. 572—574; *Römer*, Das sog. qualifizierte Geständniss, Arch. f. Civ. Praxis, Bd. 62, S. 164; *Windscheid*, Pandekten, Bd. 1, S. 387 Anm. (8-te Aufl.); *Enneccerus*, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, 1889, S. 186; *Stölzel*, Bd. 1, S. 108; 148 ff; 171 ff; R. *Schmidt*, S. 441 f; *Planck*, Lehrb. des deutschen Civilprozessrechts, 1 Bd. Allgemeiner Teil (1887) S. 325 ff; *Martinius* (брошюра) S. 50 ff; см. также *Wach* Z. f. C. P. B. 29 (1901) S. 393; *Gaupp-Stein*, Die Civilprozessordnung (5-te Aufl.) Bd. 1 (1901) S. 639 f; *Малининъ*, Записки Новороссійскаго Университета, т. 25 (1878 г.) стр. 107—108; *Endemann*, Lehrb., S. 507 Anm. 17 u 18; въ томъ же смыслѣ, но исходя изъ отрицательныхъ соображеній объ отсутствіи достаточныхъ основаній для перенесенія бремени доказательствъ на отвѣтчика—*Weber*, 3-te Aufl., S. 178—179.

[2]) S. 201; также Betzinger (1-е изд.) S. 333; (2-е изд.) S. 112; 114 (№ 91).

Однако, всѣ изложенные выводы, несмотря на ихъ правильность, совершенно не затрагиваютъ вопроса о распредѣленіи доказательствъ. Иначе пришлось бы признать, что и въ другихъ случаяхъ, гдѣ отвѣтчикъ отрицаетъ существенные факты противной стороны, бремя доказыванія нужно переложить на истца, чего однако communis opinio doctorum не дѣлаетъ.

Возьмемъ ссылку отвѣтчика на несовершеннолѣтіе: если бы этотъ дефектъ въ правоотношеніи дѣйствительно былъ, то нормальная структура правовой величины была бы нарушена; почему же не видѣть въ подобномъ заявленіи отвѣтчика отрицанія основныхъ элементовъ исковой претензіи (совершеннолѣтія одного изъ дѣйствующихъ лицъ)? И почему доказываетъ свою ссылку отвѣтчикъ, а не старается наоборотъ оправдаться истецъ, непонятно. Указанія теоретиковъ „отрицанія“ на то, что отвѣтчикъ несетъ onus probandi, такъ какъ оспариваетъ основанія иска, не доказываютъ ничего, такъ какъ доказываютъ больше, чѣмъ слѣдуетъ (qui nimium probat nihil probat)...

То же самое слѣдуетъ сказать и объ аргументѣ изъ нераздѣльности содержанія въ волеизъявленіи единомъ. Такое разложеніе цѣлаго на составные элементы допускаютъ въ другихъ случаяхъ и сами сторонники доктрины „отрицанія“, распредѣляя onera probandi, напримѣръ, въ симулированной сдѣлкѣ. Сущность ея, какъ извѣстно, состоитъ въ томъ, что контрагенты выражаютъ вовнѣ не всю свою волю, а только одну ея половину. Кто подписываетъ обязывающій его документъ, но въ то же время заявляетъ контрагенту, что дѣлаетъ подпись не obligandi causa, а съ какими нибудь посторонними цѣлями, тотъ, собственно говоря, не обнаруживаетъ своего animus obligandi, если взять его волеизъявленіе in toto et pleno. Кто передаетъ вещь, но тутъ же дѣлаетъ оговорку, что все это совершается контрагентами только для формы,—in fraudem creditorum или съ иными цѣлями,—тотъ не обнаруживаетъ воли къ передачѣ собственности совсѣмъ.

И однако процессъ допускаетъ въ этомъ единомъ и цѣломъ волеизъявленіи разложеніе на составные мо-

менты, заставляя отвѣтчика доказывать его ссылку на симуляцію [1]).

Значитъ,—съ недѣлимостью оперировать неправильно. Переходимъ къ послѣднему аргументу доктрины: къ указанію на то, что отвѣтчикъ выдвигаетъ aliud gestum въ договорной сферѣ. „Сдѣлка иная“: однако о томъ, что слѣдуетъ понимать подъ терминомъ: aliud, между сторонниками теоріи „отрицанія“ нѣтъ единогласія.

Одни говорятъ, что рѣчь идетъ о договорахъ различныхъ по своему юридическому содержанію. Купля-продажа подъ отлагательнымъ условіемъ есть совершенно иной договоръ, чѣмъ купля безъ условія; первая отличается отъ второй въ юридическомъ смыслѣ такимъ же образомъ, какъ и отъ всякой иной сдѣлки,—напримѣръ, займа, даренія, и т. д.

Но тогда доктрина приводитъ къ удивительному слѣдствію, что желаніе истца продолжать процессуальную борьбу, принявъ теперь точку зрѣнія противника, соглашаясь признать договоръ условнымъ, но надѣясь съ своей стороны доказать исполненіе условія, представляетъ недозволенное измѣненіе основаній иска,—и недопустимо по закону [2]). Перейти въ процессѣ отъ безусловнаго договора къ условному такъ же недопустимо, какъ невозможенъ переходъ отъ договора купли къ договору займа или даренія [3]). Обыкновенно, послѣдователи теоріи „отрицанія“ не хотятъ сдѣлать подобнаго вывода [4]) и тогда формулируютъ понятіе „aliud“ иначе. Вотъ почему, напримѣръ, Stölzel въ новѣйшемъ изданіи (5-мъ) своего сочиненія (Schulung für die Civilistische Praxis, Bd. 1) [5]) начинаетъ учить, что „понятіе *иной*, т. е. иначе заключенной сдѣлки въ вопросѣ о субстанціированіи иска существенно разнится отъ понятія *иной сдѣлки* въ вопросѣ объ измѣненіи основаній иска“, и что въ первомъ случаѣ рѣчь

[1]) См. Meyerhofer, S. 357—358; Beckh, S. 170 ff; Betzinger, S. 332 f; Rosenberg, Archiv, S. 56—60.

[2]) Unger, S. 574 ff; Martinius, S. 53, 55.

[3]) Этой deductio ad absurdum пользуются одинаково и Meyerhofer (S. 341), и Rosenberg (S. 54).

[4]) Напр., Endemann, S. 506 Anm. 15; Planck, Civilprozessrecht Bd. 1 S. 328 ff; R. Schmidt, S. 852 ff; Wach, Zur Lehre von der Klageänderung in Gruchot's Beiträgen Bd. 30 S. 769.

[5]) S. 90 Anm. 3.

идетъ о „другой сдѣлкѣ по ея фактическому обоснованію, не по юридическому содержанію“ [1]).

Однако всѣ эти ссылки теоріи на aliud gestum совершенно бездоказательны для интересующаго насъ вопроса. Терминъ: другое правоотношеніе, aliud—слишкомъ всеобъемлющаго и потому безцвѣтнаго содержанія, справедливо замѣчаетъ Staub [2]). „ Въ дѣйствительности, понятіе не имѣетъ точнаго, а потому не имѣетъ и никакого смысла. Само собой разумѣется, что если комплексъ фактическихъ предположеній, о которомъ идетъ рѣчь, хотя бы отчасти расположился иначе, нежели излагаетъ его истецъ, здѣсь имѣется „нѣчто другое“, чѣмъ утверждаетъ этотъ послѣдній [3]). Однако изъ этого пустопорожняго, безцвѣтнаго „aliud est“ ничего не слѣдуетъ... Если отвѣтчикъ выставляетъ возраженіе, что волеизъявленіе было выражено въ шутку, кто бы сталъ сомнѣваться, что серьозно задуманная сдѣлка, какой изображаетъ ее истецъ, представляетъ собой „нѣчто иное“, чѣмъ ради шутки предложенная и принятая? То же самое можно сказать и по поводу exceptio doli. Развѣ свободное волеизъявленіе не есть нѣчто совсѣмъ другое, нежели волеизъявленіе, сдѣланное подъ вліяніемъ обмана [4])? Однако вопросъ объ onus probandi идетъ въ этихъ случаяхъ совершенно самостоятельной дорогой. Слѣдовательно, aliud не есть лозунгъ въ спорѣ относительно распредѣленія доказательствъ“ [5]).

Другіе сторонники „теоріи отрицанія“ аргументируютъ выводы своего ученія такъ [6]): бытіе договора, заключеннаго подъ суспензивнымъ условіемъ, зависитъ отъ осуществленія условія; только тогда выраженныя въ сдѣлкѣ юридическія послѣдствія получаютъ жизнь. Отсюда: пока не наступило

---

[1]) Ср. объ этомъ у Rosenberg'a, Arch. f. Civ. Pr., B. 44 (1903) S. 54—55.

[2]) S. 20.

[3]) Также—Rosenberg, l. c., S. 55.

[4]) И, добавимъ, другое какъ въ смыслѣ сдѣлки иного содержанія, которая отличается отъ свободнаго волеизъявленія конечно уже не меньше, чѣмъ сдѣлка безусловная отъ условной, такъ и въ смыслѣ правоотношенія, иначе субстанціированнаго, выросшаго на иной фактической основѣ.

[5]) См. также у Meyerhofer'a, l. c., S. 357.

[6]) См. у Meyerhofer'a, S. 342.

условіе, договоръ представляетъ правоотношеніе еще въ незаконченномъ видѣ (imperfectum), и обязываетъ промиттента лишь къ одному—не препятствовать наступленію условія. Итакъ, договоръ,—вмѣстѣ съ тѣми положительными юридическими эффектами, на которые онъ въ будущемъ разсчитанъ,—пока еще in suspenso.

А значитъ, отвѣтчикъ, утверждая, что положенная въ основу иска сдѣлка состоялась подъ суспензивнымъ условіемъ, оспариваетъ законченность договора (perfectio) и тѣмъ самымъ косвенно отрицаетъ основанія иска [1]).

Эта аргументація исходитъ изъ явно невѣрныхъ предпосылокъ. По обычному словоупотребленію, подъ „незаконченнымъ“ договоромъ разумѣется такой, въ которомъ стороны не пришли еще къ окончательному соглашенію по всѣмъ безъ исключенія вопросамъ: нѣкоторые пункты ожидаютъ ратификаціи, почему и весь договоръ, какъ цѣлое, остается пока на стадіи предварительныхъ переговоровъ. Однако, ссылаясь на суспензивное условіе, отвѣтчикъ вовсе не имѣетъ въ виду *такую* незаконченность договора [2]). Онъ не сомнѣвается самъ и не хочетъ оставить въ сомнѣніи судей по поводу того, что договоръ заключенъ, состоялся, принялъ опредѣленный во всѣхъ подробностяхъ видъ: pendet не договорное соглашеніе, какъ таковое,—не оно in suspenso; pendet conditio, а вмѣстѣ съ нимъ и юридическіе эффекты сдѣлки. Но если договоръ передается обѣими сторонами, какъ законченное цѣлое—спорятъ о его содержаніи,—то исходный пунктъ аргументаціи, на который хочетъ опереться теорія „отрицанія“, неправиленъ [3]).

Наконецъ, сторонники оспариваемой доктрины говорятъ о необходимости полнаго и подробнаго изложенія на судѣ всѣхъ обстоятельствъ дѣла [4]). Только тогда истецъ имѣ-

---

[1]) Reinhold, Die Lehre von dem Klagegrunde und der Beweislast (1888), S. 99 ff; Bekker, System des heutigen Pandektenrechts Bd. II, 1889, S. 348; Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 1 (1900) S. 359 f.

[2]) Какъ это думаетъ Eccius, Gruchots Beiträge, Bd. 45, S. 274 ff; contra—Rosenberg, Archiv, S. 69—73.

[3]) См. также Betzinger (2. Aufl.) S. 118—119.

[4]) См. у Meyerhofer'a, S. 343.

етъ право на присужденіе, если его исторія договорнаго соглашенія является переданной со всѣми фактическими подробностями, начиная отъ перваго момента предварительныхъ переговоровъ и кончая послѣдней минутой завершительнаго consensus'a. *Обстоятельное* изложеніе: если какія-нибудь существенныя фактическія подробности пропущены въ повѣсти истца, это значитъ, что онъ молчаливо, implicite, отрицаетъ ихъ существованіе. Отсюда слѣдуетъ, что, отрицая условіе въ сдѣлкѣ, истецъ обязанъ доказать ея безусловность, и, съ другой стороны, если ничего не упоминаетъ даже въ своемъ изложеніи объ условности, долженъ отрицать ее implicite [1]).

Несомнѣнно, что истецъ обязанъ возможно полнѣе передать свои юридическія отношенія съ отвѣтчикомъ,—настолько полно, сколько это требуется интересами юридическаго обсужденія казуса, и насколько позволяетъ ему память. Однако, такая полнота передачи обстоятельствъ дѣла относится до голословныхъ утвержденій и отрицаній, а съ вопросомъ, кому придется опровергать или доказывать правоту истцовыхъ словъ, мы переходимъ въ совершенно новую область. Конечно,—если истецъ не упоминаетъ объ условіи, можно предположить, что по его мнѣнію условія совсѣмъ не было, но это вовсе не предрѣшаетъ вопроса, на комъ onus probandi, когда отвѣтчикъ сошлется на условную сдѣлку.

Затѣмъ, полнота изложенія касается конечно не только содержанія договора, но вообще всѣхъ обстоятельствъ дѣла, всѣхъ фактовъ, сопутствовавшихъ заключенію сдѣлки. Иначе непонятно, почему о содержаніи ея нельзя умолчать истцу, а относительно несовершеннолѣтія контрагента, симулированнаго волеизъявленія и т. д. позволительно хранить молчаніе. Но если обязанность быть откровеннымъ распространяется на всѣ обстоятельства спорнаго казуса, то неупоминаніе о симуляціи слѣдуетъ разсматривать, какъ ея отрицаніе: почему же не истецъ призванъ отстаивать непритворный характеръ волеизъявленія, какой самъ присваиваетъ сдѣлкѣ, а, наоборотъ, onus probandi перемѣщается на отвѣтчика [2])?

[1]) Stölzel, Schulung, S. 176 Anm., въ связи съ S. 74.

[2]) Ср. Meyerhofer, S. 360.

Примѣчаніе. Оригинальную попытку доказать onus probandi въ спорѣ по поводу условной сдѣлки на сторонѣ истца представляетъ собой конструкція Knieriem'a (Behauptungspflicht und Beweislast u. s. w., 1896).

Расходясь съ теоріей отрицанія въ контроверзѣ относительно обычной покупной цѣны, авторъ вполнѣ раздѣляетъ точку зрѣнія Stölzel'я по поводу суспензивнаго условія и срока. Вообще въ ученіи о квалифицированномъ признаніи позицію Knieriem'a можно обозначить, какъ „теорія возраженія наоборотъ“: тамъ, гдѣ послѣдняя въ спорѣ съ доктриною отрицанія возлагаетъ onus probandi на истца, Knieriem перекладываетъ его на отвѣтчика,—и обратно. Съ своимъ оригинальнымъ сочетаніемъ несогласимыхъ, казалось бы, тезисовъ авторъ стоитъ совершенно одинокимъ въ литературѣ. Такъ какъ онъ не нарисовалъ цѣлостной конструкціи, которая бы дала возможность понять, какъ представляетъ онъ себѣ общее ученіе о распредѣленіи доказательствъ, такъ какъ авторъ ограничивается изложеніемъ своихъ выводовъ по частнымъ вопросамъ, то его сочиненію, написанному въ полемическомъ духѣ, нельзя отвести мѣста въ ряду самостоятельныхъ попытокъ разрѣшенія нашей проблемы. Однако, сопоставляя контроверзу о справедливой цѣнѣ съ проблемой распредѣленія доказательствъ въ спорѣ объ условной сдѣлкѣ, Knieriem высказываетъ рядъ идей, наводящихъ на мысль, не слѣдуетъ ли, исходя изъ соображеній автора, примѣнить его тезисы при размежеваніи спорныхъ границъ доказыванія и въ другихъ областяхъ? Не рѣшаясь утверждать, чтобы таковы были подлинныя намѣренія автора, я долженъ высказаться—и самымъ рѣшительнымъ образомъ—противъ его послѣдующихъ дедукцій,—какъ въ смыслѣ несостоятельности ихъ общей, такъ и непригодности для разрѣшенія контроверзы съ условной сдѣлкой.

Автора соблазнило[1]) одно выраженіе у Лейбница: „какъ математикъ, говоритъ послѣдній, постоянно оперируетъ съ величинами, такъ юристъ—неизмѣнно съ понятіями“. Примѣненіе математическаго метода въ сферѣ юридическихъ матерій мы и находимъ на стр. 68—73 разбираемаго сочиненія. Нужно ли серьозно доказывать, что сентенція Лейбница можетъ быть понята только метафорически, что перенести четыре дѣйствія ариѳметики въ область „подсчета понятій“—логическихъ или юридическихъ безразлично—безъ необходимыхъ оговорокъ рискованно; что обозначать соотно-

[1]) См. на стр. 69.

шеніе двухъ юридическихъ понятій знаками плюсъ или минусъ логика позволяетъ далеко не всегда, и то—переходя на языкъ символовъ съ языка точной науки мышленія... Какъ бы то ни было, Knieriem неосторожно продѣлываетъ все это.

Въ юридической терминологіи,—читаемъ на 68-й страницѣ,—равно какъ и вообще въ любой области словесности,—простыя, основныя, типическія понятія обозначаются однимъ опредѣленнымъ словомъ. Когда появляются отклоненія отъ основного понятія, то, смотря по степени отклоненія, или создается новое типическое понятіе, или новая модификація присоединяется къ основному понятію и къ нему что-нибудь прибавляетъ или отъ него отнимаетъ. Поэтому въ природѣ языка коренится причина того, что обозначеніе болѣе простого, хотя и болѣе сильнаго права, часто нуждается въ гораздо меньшемъ количествѣ словъ, нежели обозначеніе менѣе простого, хотя и слабѣйшаго права... Подобнымъ образомъ безусловная или неограниченная срокомъ сдѣлка—логическій plus—излагается при помощи меньшаго числа словъ, нежели условная или срочная сдѣлка—логическій minus. Если отвѣтчикъ желаетъ, оспаривая negotium purum, выдвинуть условіе или отсрочку, то онъ выражается слѣдующимъ образомъ: „я признаю утвержденія иска, но долженъ присовокупить, что было соглашеніе о такомъ-то и такомъ-то условіи или срокѣ“. По словесному смыслу это объясненіе имѣетъ видъ, какъ будто нѣчто прибавляется къ исковой формулѣ,—но логически дѣло идетъ не о присоединеніи, не о сложеніи (additio), но о вычитаніи (subtractio). Если обозначить negotium purum черезъ a, и условіе или срокъ черезъ b, то сдѣлка, передаваемая отвѣтчикомъ, есть не $a+b$, но $a-b$... Всюду, гдѣ логически представляется уменьшеніе, вычитаніе, юридически говорятъ объ оспариваніи или отрицаніи..., когда же логически слѣдуетъ признать прибавленіе (additio), то и юридически идетъ рѣчь о присоединеніи, т. е. о заявленіи своего собственнаго, самостоятельнаго утвержденія.

Если отвѣтчикъ,—говорится на стр. 70,—оспариваетъ всѣ приводимые истцомъ факты, но не заявляетъ ничего своего, то занимаетъ по отношенію къ этимъ исковымъ фактамъ чисто отрицательную позицію. Линія, которой онъ держится при защитѣ, можетъ быть названа „границей отрицанія“: онъ достигъ ея, но не переступилъ за черту.

Когда отвѣтчикъ, возражая противъ словъ истца: „мы ничего не говорили о цѣнѣ“, выразился бы слѣдующимъ образомъ: „нѣтъ, мы говорили о цѣнѣ“,—въ этомъ случаѣ отвѣтчикъ достигъ бы той границы, на которой кончается область чистаго отрицанія и начинается область утвержденій,—достигъ, но не перешелъ Рубикона. Но когда, не ограничиваясь чистымъ отрицаніемъ, отвѣтчикъ прибавляетъ: „и цѣна, нами назначенная, была 12 марокъ“, то тѣмъ самымъ онъ перешагнулъ роковую черту, привнесъ въ исторію своихъ отношеній съ контрагентомъ новый фактъ,—вмѣсто обороны самъ перешелъ въ наступленіе. Обозначая искъ черезъ a и возраженіе черезъ b, мы изобразимъ выставляемую отвѣтчикомъ сдѣлку формулой не $a—b$, но $a+b$ (стр. 71).

Совершенно иная картина получается въ случаѣ ссылки отвѣтчика на условіе или срокъ. Здѣсь истецъ, который защищаетъ negotium purum, имѣетъ на своей сторонѣ логическій plus, тогда какъ указаніе отвѣтчика на условіе представляетъ логическій minus и, слѣдовательно, отрицаніе основаній иска. Формула возраженія: $a—b$ (стр. 72) [1]).

Чтобы опровергнуть математическій методъ Knieriem'a, достаточно указать на тотъ фактъ, что съ точки зрѣнія вышеизложенныхъ принциповъ ссылка отвѣтчика на симуляцію, на недѣеспособность, на принужденіе, ошибку, угрозу—все явится логическимъ minus'омъ, выразится формулой $a—b$, потребуетъ бо́льшаго количества словъ для своего стилистическаго изложенія: а это такія улики, которыя по воззрѣнію Knieriem'a явно говорятъ противъ истца,—онъ имѣетъ оправдать свою слабую позицію въ процессѣ, на немъ—onus probandi! Но ни одна процессуальная система не раздѣляла доказательствъ въ подобранныхъ случаяхъ по Книриму—всегда обратно. Итакъ, съ математическимъ методомъ, думается, покончено.

Съ точки зрѣнія теоріи, которой придерживается пишущій эти строки, ссылку на условіе и срокъ, какъ на мо-

[1]) Послѣ этихъ экскурсій въ область „приложенія къ юриспруденціи чистой математики “не въ правѣ ли читатель задать себѣ вопросъ: что же, подобное трактованіе юридическихъ матерій рекомендуется и въ остальныхъ случаяхъ, гдѣ только можетъ зайти рѣчь о раздѣленіи доказательствъ,- или примѣнимость приведенныхъ разсужденій ограничивается узкой сферой непосредственно затронутыхъ вопросовъ? Повидимому, авторъ претендуетъ на безграничное приложеніе своего математическаго метода (хотя въ предисловіи къ сочиненію обнаруживаетъ болѣе скромныя намѣренія; см. S. 1—2).

дификаціи, отступающія отъ схематической структуры правоотношенія, доказываетъ сторона, утверждающая и обязанная позаботиться о доказательствахъ договорныхъ пунктовъ, въ ея пользу идущихъ.

Относительно условной сдѣлки надобно въ частности замѣтить еще слѣдующее. Изъ двухъ лицъ, отъ которыхъ, разсуждая отвлеченно, можно было бы потребовать соотвѣтствующихъ доказательствъ, на практикѣ легче отвѣтчику свидѣтельскими показаніями установитъ, что условіе было, нежели истцу тѣмъ же способомъ убѣдить судью въ противоположномъ.

Если у отвѣтчика есть свидѣтели, которые говорятъ, что сдѣлка была условной, вопросъ для судьи исчерпанъ. Но допустимъ, что истецъ долженъ доказывать отсутствіе условія. Его свидѣтель передаетъ содержаніе договора, не упоминая объ условіи. Естественно, судья задаетъ ему вопросъ: „а условіе было“? И возможны со стороны довольно забывчиваго или особенно щепетильнаго свидѣтеля отвѣты—или: „не помню“, или: „кажется не было“, или: „этого я не слышалъ“ и проч. Между тѣмъ такихъ показаній недостаточно для *тоже* чрезмѣрно скрупулезнаго судьи. Онъ пожалуй можетъ вынести in scrinio pectoris sui заключеніе „non liquet“ относительно условія. Если onus probandi на истцѣ, тогда процессъ проигранъ, такъ какъ non liquet равносильно непризнанію сдѣлки безусловной; если же onus probandi на отвѣтчикѣ, тогда условность договора неудостовѣрена свидѣтелями и судья присуждаетъ искъ.

А такъ какъ ожидать отъ строго добросовѣстнаго свидѣтеля со средней памятью иныхъ показаній о подробностяхъ сдѣлки, чѣмъ тѣ, которыя перечислены въ видѣ примѣра выше, едва-ли не значитъ предъявить къ свидѣтелю pluspetitio, то ясно, что цѣлесообразнѣе требовать доказательствъ условнаго характера сдѣлки отъ отвѣтчика, а не безусловнаго—отъ истца [1]).

Можетъ быть, затруднительность доказывать отрицательный фактъ,—отсутствіе условія,—привело самихъ сторонни-

[1]) Такъ же и на основаніи аналогичныхъ разсужденій—Betzinger, (1-te Aufl.) S. 341; 2-te—S. 128 Anm. 3; Litten, Kritische Vierteljahresschrift, 1904, B. IX, S. 305 Anm. 1.

ковъ доктрины „отрицанія“ къ смягченію своихъ выводовъ, когда пришлось рѣшать in concreto вопросъ о томъ, что же именно долженъ доказывать истецъ, чтобы отстоять безусловный характеръ обязательства [1]). Если въ возраженіи отвѣтчика видѣть отрицаніе, то истецъ обязанъ былъ бы доказывать полное отсутствіе всякихъ условій; но это было бы чрезмѣрной и при томъ непроизводительной затратой силъ; естественнѣй сперва потребовать отъ отвѣтчика отзыва, какое же условіе было по его мнѣнію прибавлено, а потомъ только заставить истца опровергать условность. Послѣдній взглядъ дѣйствительно и проводился въ судебной практикѣ [2]): по моему, это наиболѣе естественный выводъ съ точки зрѣнія оспариваемой доктрины.

Но тѣ воззрѣнія, которыхъ держится большинство, явно обнаруживаютъ склонность облегчить участь истца. Ему незачѣмъ доказывать отрицательныхъ обстоятельствъ, что къ договору не было прибавлено отлагательнаго условія: его дѣло установить содержаніе сдѣлки въ томъ видѣ, какъ онъ передаетъ. Достаточно истцу предъявить документъ, излагающій сдѣлку, въ которомъ не упоминается объ условіи (впрочемъ, документы, какъ средство доказыванія, представляютъ въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ особенности); довольно, чтобы свидѣтели удостовѣрили сдѣлку, отозвавшись незнаніемъ по поводу условія [3]). Но интересно, что содержаніе договора во всѣхъ остальныхъ частяхъ, кромѣ пункта, касающагося условности, установлено и безъ того обоюднымъ признаніемъ сторонъ,—свидѣтеля объ этомъ нечего распрашивать; его вызываютъ, чтобы задать одинъ вопросъ: „было ли условіе“?—и, выслушавъ лаконическое: „не знаю“, рѣшаютъ тяжбу въ пользу истца. Конечно, отвѣтчику предоставляется поставить другихъ лицъ, которыя бы свидѣтель-

[1]) См. у Betzinger'a, 2-е изд., стр. 131—132; у него заимствуетъ изложеніе Meyerhofer, S. 345.

[2]) Seufferts Archiv Bd. XIII, 1860 Nr. 189 S. 269 (рѣшеніе высшаго апелляціоннаго суда въ Килѣ) (цитирую по Meyerhofer'y, S. 344); Linde, Z. f. C. P., II, S. 118.

[3]) Unger, Bd. II S. 574; Enneccerus, стр. 217 (впрочемъ, его разсужденія касаются terminus a quo въ договорѣ); Reinhold, Klagegrund, S. 102; Planck, Civilprozessrecht, Bd. 1 S. 327 Anm. См. также Wach, Z. f. C. P., Bd. 29, стр. 392; Martinius, стр. 49 брошюры.

ствовали въ пользу условія. Не ясно ли, что de facto, въ примѣненіи къ практикѣ судоговоренія, результаты будутъ тѣ же самые, какъ и для теоріи „возраженія“ [1]: только та требуетъ свидѣтелей условности прямо отъ отвѣтчика, и въ случаѣ свидѣтельскаго „не знаю“ присуждаетъ искъ потому, что не установлена условность, а не потому, чтобы можно было изъ отвѣта допрошеннаго лица заключить о безусловности договора.

Но нигдѣ, можетъ быть, непослѣдовательность теоріи „отрицанія“ не обнаруживается яснѣе, чѣмъ изъ ея выводовъ относительно резолютивнаго условія,—которые вмѣстѣ съ тѣмъ служатъ доказательствомъ и того, что доктрина, дѣлающая правильные выводы только въ ущербъ собственной послѣдовательности, не можетъ быть вѣрной.

Сущность резолютивнаго условія превосходно выражается въ римской дефиниціи: negotium purum, quod sub conditione resolvitur. И чтобы отличить его отъ суспензивнаго условія, надобно обратить вниманіе на одно: наступаютъ ли согласно намѣреніямъ сторонъ юридическіе эффекты сдѣлки немедленно послѣ ея заключенія, или откладываются впредь до осуществленія условія: въ первомъ случаѣ имѣется negotium purum, quod sub conditione resolvitur, во второмъ, напротивъ, negotium pendet [2]).

Но если указанный взглядъ на природу отмѣнительнаго условія вѣренъ [3]), то распредѣленіе ролей въ драмѣ представленія доказательствъ должно подчиниться не двумъ разнымъ, а одному и тому же началу.

---

[1]) Betzinger, 2-е изд., стр. 132.

[2]) Это для Betzinger'а, который вовсе не видитъ возможности различить оба вида условій. Но изъ приводимыхъ имъ на стр. 337—338 (1-го изд.) примѣровъ первый представляетъ чисто резолютивное условіе, а второй — суспензивное въ одной редакціи и резолютивное въ другой. Ср. дефиницію Leonhard'а, S. 315.

[3]) Это взглядъ Windscheid'а. См. Pandekten (изд. 8-е, подъ редакціей Kipp'а), Bd. 1 § 86 Note 4 u. S. 388 (такъ же и Kipp, S. 389—390): „Die auflösende Bedingung ist nichts anderes, als aufschiebende Bedingung einer auf Wiederaufhebung der Wirkungen der Hauptwillenserklärung gerichteten Nebenserklärung“. Такъ же—Martinius, S. 57—58; Regelsberger, Pandekten, S. 561 f; Meyerhofer, l. c., S. 363; Litten, l. c., S. 299—300; Unger, S. 575; Stölzel, S. 142.

Negotium purum,—сдѣлка, вступающая въ дѣйствіе немедленно,—quod sub conditione resolvitur,—но которая прекращается въ зависимости отъ наступленія суспензивнаго условія. Между тѣмъ, на вопросъ: кто доказываетъ суспензивное условіе въ сдѣлкѣ, мы умѣемъ отвѣтить изъ предыдущаго изложенія доктрины „отрицанія". И если она распредѣляетъ обязанности доказываній въ резолютивно-условной сдѣлкѣ иначе, то впадаетъ въ противорѣчіе съ собственными принципами [1]).

Посмотримъ... При резолютивномъ условіи дѣйствіе сдѣлки обнаруживается немедленно, но перемѣна—въ смыслѣ restitutio in integrum [2])—зависитъ отъ суспензивнаго условія. Значитъ, если бы истецъ добивался по суду перемѣны, онъ долженъ бы былъ сослаться на винословный періодъ въ сдѣлкѣ,—а такъ какъ по смыслу интересующей насъ контроверзы къ условію будетъ взывать отвѣтчикъ, то истецъ предполагается желающимъ отстоять status quo въ правоотношеніи.

Беру примѣръ, которымъ я уже пользовался гдѣ то раньше: договоръ найма на два года, если за этотъ періодъ домовладѣлецъ не выдастъ свою дочь замужъ. Квартирантъ съѣхалъ до срока, домовладѣлецъ обращается къ суду.Истецъ ссылается на безусловный характеръ договора: „контрактъ на два года". Отвѣтчикъ выдвигаетъ условіе: перемѣна, расторженіе обязательства, оправдывается условіемъ, бывшимъ въ сдѣлкѣ,—которое исполнилось („дочь вышла замужъ").

Допустимъ, что послѣдній фактъ стоитъ внѣ спора: in dubio—винословный періодъ въ сдѣлкѣ. Кто же теперь, какъ не истецъ, обязанъ доказать отсутствіе суспензивнаго условія, направленнаго на перемѣну прежнихъ юридическихъ отношеній, отстоять безусловный характеръ договора? По крайней мѣрѣ, такъ насъ учили теоретики „отрицанія" выше; и если почему-нибудь дѣло обстоитъ иначе въ случаяхъ, когда in suspenso не наступленіе, а прекращеніе юридическихъ эффектовъ договора, то на это должны быть основательныя причины: разницу слѣдуетъ вскрыть, чтобы оправдаться отъ упрека въ непослѣдовательности.

---

[1]) См. критику у Meyerhofer'a, S. 363—365; Rosenberg, Arch., S. 58—64.

[2]) Употребляю терминъ съ тѣми оговорками, которыя сами собой подразумѣваются.

Пользуясь разъясненіями Stölzel'я [1]) я позволю себѣ намѣтить слѣдующее различіе. Когда въ сдѣлкѣ суспензивное условіе и на него ссылается отвѣтчикъ, тогда онъ желаетъ отложить немедленное наступленіе юридическихъ эффектовъ сдѣлки въ болѣе долгій ящикъ: онъ отрицаетъ тогда осуществленіе условія, (послѣднее обстоятельство было бы выгодно не ему, а истцу,—наконецъ, будь исполненіе условія внѣ спора, отвѣтчику не помогла бы его ссылка).

Иначе—при резолютивномъ условіи. Отвѣтчикъ добивается здѣсь перемѣны въ прежнемъ status quo правоотношенія. Онъ для этого ссылается на два положенія: на условіе, указывающее случай, при которомъ правоотношеніе расторгается, и на наступленіе этого случая. А такъ какъ communis opinio за то, что исполненіе условія доказываетъ непремѣнно та сторона, которая на осуществленіе его ссылается, которой оно выгодно, то отсюда a contrario: всякое условіе считается in pendenti, пока противное не обнаружено [2]). Прилагая правило къ нашему случаю, имѣемъ: сторона, желающая оправдать метаморфозу въ прежнихъ юридическихъ отношеніяхъ, мало выигрываетъ отъ одной ссылки на условіе, присоединенное по поводу этой перемѣны къ сдѣлкѣ: ей надобно еще доказать, что условіе наступило,—иначе conditio предполагается in pendenti, а пока pendet, до тѣхъ поръ всякія нарушенія status quo представляются неправомѣрными.

Итакъ, наступленіе суспензивнаго условія доказываетъ всегда истецъ, резолютивнаго напротивъ того—отвѣтчикъ: такова разница. Отсюда безспорный выводъ: что при ссылкѣ на суспензивное условіе суду достаточно установить только условность сдѣлки, чтобы отказать въ искѣ, а при ссылкѣ на резолютивное надо удостовѣриться и въ наступленіи условія.

Отсюда Stölzel (вмѣстѣ съ другими учеными) дѣлаетъ заключеніе, что *естественнѣй* той сторонѣ, которая обязана установить на судѣ наступленіе условія, доказывать и самое помѣщеніе условнаго періода въ сдѣлкѣ.

Эту естественность я объясняю себѣ слѣдующимъ образомъ. Допустимъ, что сдѣлку, заключенную pure, будетъ

[1]) Das Recht, 1901, № 20, S. 503 (in fine), 504.

[2]) Stölzel, Schulung, S. 144; Das Recht, l. c., S. 504.

отстаивать согласно принципамъ теоріи „отрицанія“ истецъ, а отвѣтчикъ ссылается на резолютивное условіе. Однако въ результатѣ окажется, что истецъ—все равно, каковъ бы ни былъ успѣхъ его доказательствъ—работалъ понапрасну.

Въ самомъ дѣлѣ, удастся истцу доказать безусловный характеръ правоотношенія,—результатъ—отказъ въ искѣ; но и тогда, если ему не удастся установить своей thema probandum—судья увѣрится въ условности волеизъявленія,—все-таки истецъ считается выполнившимъ свою задачу и, сложа руки, можетъ ожидать, какъ справится съ своей обязанностью отвѣтчикъ: тому придется доказывать еще наступленіе условія, иначе судъ признаетъ правоотношеніе in suspenso.

Итакъ, докажетъ или не докажетъ безусловность истецъ, результатъ будетъ въ его пользу въ обоихъ случаяхъ: и главная рѣшающая роль принадлежитъ доказательствамъ отвѣтчика въ пользу наступленія условія. Но тогда съ этого въ интересахъ процессуальной экономіи и слѣдуетъ начинать: прежде всего предоставить отвѣтчику доказывать осуществленіе условія. Послѣ того только onus probandi получитъ для истца реальный и роковой смыслъ,—а этимъ стимуломъ нельзя пренебрегать въ процессѣ, построенномъ на состязательности, на вынужденной самодѣятельности сторонъ,—теперь уже, если истцу не посчастливится доказать отсутствіе условія въ договорѣ, его дѣло проиграно въ концѣ.

Но помѣстить наступленіе условія, когда самая условность сдѣлки подъ сомнѣніемъ, въ первую очередь,—въ 1-ый актъ судебной драмы, когда естественное мѣсто этому дѣйствію въ 5-омъ актѣ,—это значитъ насиловать логику вещей: получится „вывернутый на изнанку“ порядокъ представленія и обсужденія доказательствъ.

То, что по естественному ходу дѣла нужно было бы поставить въ концѣ, то помѣщается во вниманіе къ удобству разсмотрѣнія и экономіи въ процессѣ на первое мѣсто. Однако, какъ требованія процессуальной экономіи, такъ и ratio naturalis есть принципы, которые заслуживаютъ къ себѣ вниманія: чтобы согласить между ними противорѣчіе, остается подвергнуть пересмотру самый способъ распредѣленія доказательствъ, выбранный теоретиками „отрицанія“.

И дѣйствительно, замѣнивъ его системой, рекомендуемой доктриною „возраженія“, мы получимъ порядокъ, не страдающій ни недугомъ непроизводительной расточительности, ни непослѣдовательностью мышленія. И условный періодъ, прибавленный къ тексту договора, и осуществленіе условія доказываетъ отвѣтчикъ; не удастся установить ему того или другого обстоятельства, судья исходитъ въ своемъ рѣшеніи изъ правоотношенія, дѣйствующаго pure. Конечно, отвѣтчикъ будетъ доказывать сперва условность сдѣлки, какъ это требуется естественной послѣдовательностью, а потомъ перейдетъ и къ осуществленію условія.

Къ тактикѣ перемѣны фронта прибѣгаетъ, въ сущности говоря, и Stölzel, когда адоприруетъ въ интересующемъ насъ вопросѣ выводы противоположной доктрины: однако мнѣ кажется, что такой маневръ возможенъ только въ ущербъ началамъ собственной теоріи. Нецѣлесообразное распредѣленіе доказываній при суспензивномъ условіи не приводитъ къ процессуальнымъ несообразностямъ: но когда то же суспензивное условіе выступило въ нѣсколько своеобразной обстановкѣ,—въ примѣненіи къ прекращенію юридическихъ эффектовъ сдѣлки, начинающей свое дѣйствіе уже ex tunc,—тогда непланомѣрность системы обнаружилась вполнѣ ясно: пришлось поступиться или естественной послѣдовательностью хода представленія доказательствъ, или процессуальной экономіей. Stölzel нашелъ данные выводы неестественными и перешелъ на сторону доктрины „возраженія“ въ вопросѣ, однако не замѣчая, что это потребовало пожертвованія основнымъ принципомъ, который положенъ въ основаніе его доктрины.

Развѣ сдѣлка, заключенная pure, и такая, которая можетъ прекратить свое дѣйствіе въ зависимости отъ наступившаго условія, не двѣ разныхъ сдѣлки,—такъ что отвѣтчикъ, опираясь на вторую, выдвигаетъ aliud, отрицаніе основаній въ исковой претензіи? Отвѣтъ можетъ быть только утвердительный. Развѣ истецъ, замалчивающій роковое для дѣйствія его права условіе въ сдѣлкѣ, не грѣшитъ противъ обязанности полнаго, всесторонняго и подробнаго изложенія своей исковой претензіи: не отрицаетъ молчаливо условіе и не обязанъ доказать его отсут-

ствіе, если отвѣтчикъ протестуетъ противъ утаиванія подробностей договора? Развѣ наконецъ цѣльное волеизъявленіе съ резолютивнымъ условіемъ въ текстѣ не представляетъ неразрывнаго единства, изъ котораго нельзя выдѣлить части, чтобы сдѣлать изъ нея thema probandum для отвѣтчика?

Положительно, болѣе послѣдовательно поступаютъ тѣ ученые, которые возлагаютъ обязанность представленія доказательствъ при резолютивномъ и при суспензивномъ условіи безразлично на истца [1]).

Въ заключеніе критическаго разбора я хочу коснуться вопроса о томъ, кто доказываетъ исполненіе условія; какъ мы видѣли, общее мнѣніе даетъ тотъ отвѣтъ, что сторона, которая на осуществленіе ссылается [2]). Чтобы представить себѣ наглядно, почему это такъ, допустимъ, что на условіе ссылается истецъ, тогда какъ отвѣтчикъ возражаетъ, что оно не исполнилось. Конечно, наступленіе обусловливающаго факта доказываетъ истецъ. Теперь положимъ, что условный характеръ сдѣлки былъ выдвинутъ отвѣтчикомъ,—и доказанъ имъ или же безъ спора признанъ истцомъ. Но послѣдній утверждаетъ теперь, что условіе осуществилось. Такъ какъ онъ долженъ принять такимъ образомъ условный пе-

---

[1]) Малининъ, Записки Новороссійскаго Университета, т. 25 (1878 г.), стр. 108; Planck, Bd. 1 S. 328; Seuffert, Kritische Vierteljahrsschrift, Bd. 5, S. 356 ff; въ концѣ концовъ и Bekker, Pandekten, Bd. II, S. 349; Die Aktionen des römischen Privatrechts, Bd. II (1873) S. 290; такъ же Gaupp-Stein, Bd. 1 S. 639 ff; contra (и значитъ, въ ущербъ послѣдовательности): Unger, Bd. II S. 575; Windscheid, Bd. 1 § 86 S. 389; Enneccerus, S. 218; Stölzel, S. VI и Zeitschrift: „Das Recht“, 1901, № 20, S. 503; R. Schmidt, S. 445; Martinius, S. 57 ff; ср. также Wach, Z. f. C. P., B. 29, S. 393 (другія цитаты см. у Rosenberg'a, Archiv, S. 57—58 и Anm. 71); даже французская практика, поступаясь доктриной „недѣлимости признанія“, проводитъ въ интересующемъ насъ отношеніи разницу между обоими видами условія; см. у Fuzier-Herman, Code civil annoté, T. 3 (1896), комм. къ § 1356 п. 97. Указанная точка зрѣнія понятна со стороны послѣдователей теоріи „законченнаго договора“: сдѣлку съ резолютивнымъ условіемъ въ текстѣ нельзя конечно ни въ какомъ смыслѣ назвать „незаконченной“ (negotium imperfectum); см. Reinhold, Klagegrund, S. 103 f; Crome, Bd. 1 S. 560.

[2]) Выводъ, одинаково признаваемый и теоріей возраженія (Betzinger, 2-te Aufl., S. 162, 162—163, Meyerhofer, S. 347, 362), и теоріей отрицанія (Stölzel, Das Recht, S. 504; Schulung, S. 144; Unger, S. 463 Anm. 35).

ріодъ въ содержаніе положенной въ основаніе иска сдѣлки, сослаться на него,—и при томъ утверждая, что спорное явленіе имѣло мѣсто, то случай ничѣмъ не отличается отъ того перваго допущенія, изъ котораго мы исходили: исполненіе условія и здѣсь доказывается истцомъ.

Но положимъ, что истцу—при ссылкѣ отвѣтчика на резолютивное условіе—приходится утверждать не исполненіе, а напротивъ ненаступленіе обусловливающаго факта. Мы видѣли, что при указанныхъ процессуальныхъ позиціяхъ перемѣну, т. е. прекращеніе правоотношенія старается отстоять отвѣтчикъ, тогда какъ истецъ является защитникомъ status quo вещей и событій. Если бы истцомъ являлся теперешній отвѣтчикъ, претендуя на измѣненіе отношеній вслѣдствіе наступленія факта, тогда осуществленіе условія безъ сомнѣнія вынужденъ былъ бы доказывать онъ. Теперь онъ выступилъ съ тѣми же ссылками въ роли отвѣтчика: вмѣсто того, чтобы отстаивать юридическую состоятельность прекращенія прежнихъ отношеній, подавъ искъ,—онъ разорвалъ ихъ фактически и подвергся иску: однако его позиція въ процессѣ измѣниться отъ этого не могла,—иначе правосудіе выступило бы въ роли подстрекателя къ самовольнымъ нарушеніемъ правоотношеній [1]).

Такимъ образомъ, наступленіе условія доказываетъ всегда та сторона, которая на упомянутый фактъ ссылается.

Нѣкоторые ученые дѣлаютъ впрочемъ разграниченіе между отрицательными фактами и положительными. Отрицательный фактъ, поставленный въ качествѣ обусловливающаго въ сдѣлкѣ, незачѣмъ доказывать сторонѣ, которая на него ссылается: положительный фактъ противоположнаго содержанія, т. е. ненаступленіе условія, будетъ доказывать противникъ. Когда Rosenberg [2]) и Betzinger [3]) выводятъ свое правило изъ текста герм. гражд. уложенія [4]), которое создаетъ

[1]) Въ самомъ дѣлѣ: когда лицо желаетъ по суду добиться юридической метаморфозы, оно доказываетъ наступленіе условія; а когда оно учинило переворотъ самовольно и подвергается иску, ненаступленіе того же самого факта долженъ установить противникъ! Какъ выгоднѣй поступить разсудительному, хотя и недобросовѣстному человѣку?

[2]) Archiv f. d. Civ. Pr., B. 44 (1903) S. 63; Die Beweislast, S. 118.

[3]) Die Beweislast, 2-te Aufl., S. 173.

[4]) §§ 345, 358.

правило, что бездѣйствіе лица—non facere,—стоящее въ качествѣ договорныхъ его обязанностей, не доказывается, а наоборотъ опровергается заинтересованной стороной, тогда они, можетъ быть, и правы: но когда распространяютъ по аналогіи выводъ на отрицательныя обстоятельства вообще (Nichtgeschehen), тогда авторы выходятъ за черту допускаемаго толкованіемъ закона, да не только толкованіемъ, но, какъ увидимъ ниже, и логикой.

Распространеніе названнаго правила понятно со стороны тѣхъ ученыхъ, которые, какъ Fitting (l. c., стр. 32) и Martinius (стр. 11 и слѣд., стр. 27 брошюры), держатся презумпціи: ex praeteritis praesumitur circa futura. Однако, допустимъ, что въ видѣ условія былъ поставленъ такой фактъ (беру содержаніе примѣра у Martinius'a)[1]—„если 15 ноября не пойдетъ снѣга въ Эрфуртѣ". Спрашивается: неужели ненаступленіе условія—non esse или Nichtgeschehen—(въ нашемъ случаѣ то обстоятельство, что снѣгъ шелъ) долженъ будетъ доказывать отвѣтчикъ, который ссылается на это суспензивное условіе, помѣщенное въ его пользу, между тѣмъ какъ при положительномъ условіи („если снѣгъ пойдетъ"), будь оно вмѣсто отрицательнаго въ договорѣ, та же самая сторона, сославшись на условный текстъ контракта, могла бы терпѣливо ожидать доказательствъ наступленія событія отъ истца. Гдѣ смыслъ подобнаго отграниченія, за что осужденъ отвѣтчикъ нести (по исключенію) бо́льшую тяжесть доказываній при своей ссылкѣ на отсутствіе мятели, почему praesumptio въ пользу того, что 15 ноября снѣгъ въ Эрфуртѣ долженъ падать?

Если же принять точку зрѣнія Fitting'a и Martinius'a,—предположеніе въ пользу длительности разъ начавшихся состояній, въ пользу отсутствія перемѣнъ на Божьемъ свѣтѣ,—то спрашивается, что считать перемѣною въ погодѣ отъ 15 ноября: показаніе барометра на „ясную" или на „снѣжную погоду"?

Дальнѣйшія размышленія на эту тему я считаю совершенно излишними.

Точно такимъ же образомъ распредѣляются обязанности къ представленію доказательствъ и при ссылкѣ отвѣтчика на dies a quo или ad quem: въ обоихъ случаяхъ от-

[1]) S. 55 его брошюры: Behauptungs-und Beweislast u s. w .(1902).

срочку или соглашеніе о конечномъ пунктѣ дѣйствія договора доказываетъ отвѣтчикъ.

Нашъ Кассаціонный Сенатъ также высказывалъ неоднократно мысль, что исполненіе условія долженъ доказывать тотъ изъ тяжущихся, кто это обстоятельство утверждаетъ. Въ одномъ случаѣ отвѣтчикъ продалъ заложенныя у него акціи истца, на что онъ имѣлъ право лишь въ случаѣ *исполненія условія* („если курсъ упадетъ ниже 65 руб. и истецъ не представитъ дополнительнаго обезпеченія“) (см. рѣшен. 1873 г. № 16). Въ другомъ—право требованія истца зависѣло отъ состоянія кассы Ремесленнаго Собранія: только *при неимѣніи тамъ денегъ* обязался дополнить недостачу отвѣтчикъ (рѣш. 1873 г. № 434). Въ обоихъ случаяхъ обусловливающіе факты: паденіе курса и отсутствіе надлежащихъ суммъ должна была доказывать заинтересованная сторона.

Интересно также рѣшеніе 1876 г. № 134. На истцѣ, требовавшемъ возвращенія условнаго (резолютивно) дара, лежитъ обязанность доказать: 1) что даръ совершенъ подъ условіемъ, такъ какъ обыкновенный видъ даренія есть даръ безусловный, который возвращается дарителю лишь въ случаѣ неблагодарности одареннаго (ст. 974 X т. 1 ч.), 2) что условіе со стороны получившаго даръ не выполнено (дочь *не выдана* замужъ за истца).

Въ рѣшеніи 1878 г. № 31 сенатъ обязалъ истца доказывать осуществленіе условія; такъ какъ должникъ обязался уплатить долгъ „по возможности“, то истцу пришлось доказывать, что условленная „возможность“ наступила, т. е., что у отвѣтчика есть достаточное имущество.

Съ точки зрѣнія нашей доктрины общій тезисъ Сенатской практики: „исполненіе условія доказываетъ тотъ, кто утверждаетъ“ долженъ быть дополненъ дальнѣйшимъ ограниченіемъ: „если по обстоятельствамъ дѣла противнику не является болѣе удобнымъ и легкимъ установить противоположный фактъ (собственное дѣйствіе, состояніе собственнаго имущества и проч.“).

Мотивировка понятна: по тому что каждому легче всего доказать собственное дѣйствіе, такъ какъ удобнѣе и естественнѣе позаботиться о наличности соотвѣтствующихъ доказательствъ *въ моментъ совершенія его.*

ЧАСТЬ ЧЕТВЕРТАЯ.

Казуистика распредѣленія доказательствъ.

Въ этой главѣ я старался собрать всѣ случаи, представляющіе тотъ или другой интересъ на почвѣ примѣненія изложенныхъ въ нашей теоріи положеній къ практикѣ юридической жизни. Въ значительной части анализу подвергался матеріалъ, собранный Rosenberg'омъ въ его статьѣ „о квалифицированномъ признаніи“: [1]) однако я вводилъ въ изложеніе и другія контроверзы, найденныя у иныхъ авторовъ, и въ русской сенатской практикѣ. Установить какую-либо систему я не находилъ ни возможнымъ, ни цѣлесообразнымъ.

По вопросу о дѣйствительности договора можно установить слѣдующія руководящія положенія.

Съ точки зрѣнія матеріальнаго права, для дѣйствительности сдѣлки требуется, чтобы выраженное волеизъявленіе отвѣчало подлинной волѣ. Однако, какъ справедливо замѣчаетъ Rosenberg, [2]) „обезпеченность оборота требуетъ, чтобы заявленія, носящія внѣшніе признаки волеизъявленій, и разсматривались, какъ таковыя“. Отсюда презумпція, что выраженная воля считается соотвѣтствующей волѣ дѣйствительной: ибо только по внѣшнимъ проявленіямъ мы можемъ судить о внутреннихъ психическихъ состояніяхъ,— слово именно и предназначено для того, чтобы довести до свѣдѣній окружающихъ о волѣ. Но можетъ случиться, что намѣренно или безсознательно—вслѣдствіе неправильнаго изложенія мысли, небезукоризненныхъ условій передачи или иныхъ причинъ—воля не совпадаетъ съ ея выраженіемъ: объективное толкованіе понимаетъ ее иначе, нежели субъективныя предначертанія самого обладателя воли. И тогда является вопросъ: чему отдать преимущество и что принести

[1]) Archiv für die Civilistische Praxis, Bd. 44 (1903) S. 1—142.

[2]) Die Beweislast, 1900, S. 121.

въ жертву, выбирая между настоящей волей и ея искаженнымъ выраженіемъ. Интересы оборота требуютъ предпочтенія объективному проявленію воли: однако положительное право знаетъ и рядъ исключеній изъ правила; во всякомъ случаѣ разладъ между волей и ея выраженіемъ доказываетъ та сторона, которая на vitium negotii дѣлаетъ ссылку. Ей открыта внутренняя подкладка мнимаго волеизъявленія,—она, слѣдовательно, имѣетъ въ виду опредѣленный комплексъ фактовъ, отрицаемый противникомъ,—ей поэтому легче установить закулисную сторону дѣла. Съ другой стороны, если, какъ часто бываетъ, на разладъ между выраженіемъ и настоящей волей указываетъ самъ ея обладатель, то собственныя намѣренія знакомѣе ему самому,—онъ и проливаетъ на нихъ свѣтъ: а пока сдѣлка обсуждается по его собственнымъ словамъ,—sua sententia damnatur!...

Иллюстраціей вышеприведенныхъ разсужденій могутъ послужить слѣдующія кассаціонныя разъясненія.

Передаточная надпись предполагаетъ переходъ обязательства въ собственность другого лица: однако та же форма можетъ прикрывать собой иное матеріальное содержаніе, которое въ случаѣ спора устанавливаетъ на судѣ тотъ, кто ссылается; можно, напримѣръ, доказывать, что передача обязательства въ дѣйствительности не осуществилась (или утратила свое значеніе за пропускомъ давности,—см. рѣшеніе 1876 г. № 382), можно доказывать, что передаточная надпись сдѣлана безденежно,—документъ переданъ другому лицу не въ собственность, а лишь для взысканія долга въ пользу настоящаго кредитора (рѣш. 1876 г. № 410).

Соблюденіе формы, предписанной закономъ для сдѣлки, доказываетъ тотъ изъ тяжущихся, кто отсюда свои права выводитъ [1]). Это начало было признано и въ нашей кассаціонной практикѣ: см. рѣшеніе Сената отъ 1871 г. № 916. Такъ, по ст. 2111 X т. 1 ч., сохранная росписка должна бмть вся отъ начала до конца писана и подписана или самимъ поклаже-принимателемъ, или, если онъ по болѣзни не можетъ писать самъ, то довѣреннымъ отъ него лицомъ, съ

[1]) Sic: Beckh, S. 154 ff; Endemann, S. 497 Anm. 22; Rosenberg, Archiv, S. 31 Anm. 41; Martinius, Arch. f. Bürg. Recht, Bd. 24 (1904) S. 55; Betzinger, 2-te Aufl., S. 169.

оговоркой о томъ въ текстѣ, за подписью свидѣтелей, и пр. Въ данномъ случаѣ представленная росписка была только подписана поклажепринимателемъ собственноручно, и истецъ ничѣмъ не доказалъ, чтобы его контрагентъ по болѣзни не могъ написать всю росписку.

Если отвѣтчикъ возражаетъ, что договоръ, положенный въ основаніе иска, вовсе не состоялся, такъ какъ стороны не обмѣнялись необходимыми волеизъявленіями, тогда истцу придется доказывать противное. Онъ устанавливаетъ соотвѣтствующими данными, что имѣло мѣсто предложеніе вступить въ договоръ со стороны одного изъ контрагентовъ и принятіе предложенія со стороны другого [1]).

Если по торговымъ обычаямъ или по особому соглашенію между теперешними отвѣтчикомъ и истцомъ въ извѣщеніи о согласіи на сдѣлку нѣтъ надобности,—молчаніе или другія facta concludentia считаются за согласіе,—тогда истецъ доказываетъ существованіе подобнаго торговаго узуса или соглашенія, да тѣ facta concludentia, изъ которыхъ онъ имѣлъ право заключить о согласіи на сдѣлку контрагента,—предполагая однако, что эти facta состояли въ опредѣленныхъ дѣйствіяхъ отвѣтчика, а не въ молчаніи или отсутствіи извѣщеній объ отказѣ. Это потому, что молчаніе было бы очень трудно доказать истцу, вынужденному устанавливать неопредѣленный отрицательный фактъ—неполученіе извѣстій объ отказѣ отъ предложенія, тогда какъ отвѣтчику удостовѣрить свое собственное положительное дѣйствіе, наоборотъ, очень легко,—къ тому же въ его рукахъ должны находиться и соотвѣтствующіе оправдательные документы,—этого уже требуетъ отъ коммерсанта diligentia boni patris-familias [2]).

Если домовладѣлецъ привлекаетъ къ суду квартиранта изъ договора найма, молчаливо продолженнаго послѣднимъ на слѣдующій мѣсяцъ (тѣмъ фактомъ, что наниматель не

---

[1]) Rosenberg, Archiv, S. 25.

[2]) Къ тому же выводу на основаніи интерпретаціи положительнаго права (герм. гражд. улож.) приходитъ кромѣ Rosenberg'a Betzinger, 2-te Aufl., S. 174.

очистилъ помѣщенія въ срокъ), тогда, чтобы опровергнуть презумпцію [1]), отвѣтчику придется доказать, что онъ заявлялъ хозяину о своемъ намѣреніи прекратить правоотношеніе вовсе или продлить его всего на нѣсколько дней [2]).

Точно также, если домовладѣлецъ отрицаетъ свое согласіе на продолженіе договора, то долженъ доказать, что заявлялъ объ этомъ квартиранту, что тотъ, слѣдовательно, самовольно не оставлялъ помѣщенія долѣе срока [3]).

Если предлагавшій договоръ указывалъ въ оффертѣ для принятія срокъ (terminus ad quem), предупреждая о своемъ нежеланіи вступать въ обязательственныя отношенія послѣ окончанія его, тогда для удостовѣренія несостоявшейся сдѣлки ему достаточно установить—кромѣ упомянутой оговорки—еще фактъ истеченія даннаго срока; что увѣдомленіе о принятомъ предложеніи послѣдовало въ предѣлахъ назначеннаго времени, это доказываетъ уже отвѣтчикъ, желая отстоять дѣйствительность соглашенія (собственное дѣйствіе доказывать лицу легче) [4]).

Представляютъ въ разбираемомъ нами отношеніи интересъ тѣ случаи, гдѣ вопросъ идетъ о достигнутомъ или не достигнутомъ соглашеніи по всѣмъ тѣмъ пунктамъ, отъ которыхъ зависитъ окончательное заключеніе договора. Конечно, доказываетъ истецъ, что договоръ со стадіи предварительныхъ переговоровъ перешелъ на ступень обмѣна волеизъявленій (дѣйствительныхъ или мнимыхъ, но во вся-

---

[1]) Думаю, что такого рода praesumptio facti можно установить и для нашей судебной практики. Въ герм. улож. существуетъ praesumptio juris (§ 568).

[2]) И подлежитъ иску о возмѣщеніи убытковъ за просрочку въ очищеніи квартиры. Если же отвѣтчикъ утверждаетъ сверхъ того, что истецъ согласился продолжить договоръ найма еще на нѣсколько дней, — тогда какъ домохозяинъ вовсе отвергаетъ добавочное соглашеніе,—то доказать существованіе такового лежитъ на обязанности отвѣтчика.

[3]) Rosenberg, ib., S. 26; см. у него ссылки на Planck'a, Bürgerliches Gesetzbuch, Erl. 2 за § 568; Bruckner, Die Miete, 2. Aufl. (1902) S. 132.

[4]) Имѣющій много общаго случай разбирался въ пратикѣ нашего Сената. По договору было поставлено условіемъ, что, если истецъ не явится за полученіемъ запроданнаго хлѣба въ теченіе преклюзивнаго срока, отвѣтчикъ воленъ продать хлѣбъ другому. Сенатъ потребовалъ отъ истца доказательствъ того, что тотъ являлся не позже условленнаго числа за покупкой (рѣш. 1874 г. № 358).

комъ случаѣ связывающихъ обѣ стороны)[1]. Эта обязанность истца вытекаетъ изъ необходимости для него доказать вообще юридическую дѣйствительность сдѣлки, положенной въ основаніе иска.

Какъ извѣстно, нѣкоторые пункты договора являются настолько существенными, что при отсутствіи соглашенія о нихъ, сдѣлка или вообще является несостоявшейся, или переходитъ въ разрядъ обязательственныхъ отношеній другого типа. Это—essentialia negotii. Но иногда воля сторонъ дѣлаетъ изъ нѣкоторыхъ второстепенныхъ элементовъ сдѣлки conditio sine qua non своего согласія на договоръ. Такое значеніе извѣстнаго пункта должно быть установлено той изъ сторонъ, которая дѣлаетъ изъ него grand cas (я предполагаю, что по остальнымъ существеннымъ моментамъ сдѣлки соглашеніе достигнуто и суду это извѣстно). Итакъ, допустимъ, что опредѣленная подробность въ договорѣ выдвигается отвѣтчикомъ въ рангъ первостепенной величины: то обстоятельство, что безъ соглашенія объ этомъ пунктѣ отвѣтчикъ не хотѣлъ вовсе вступать въ договоръ, доказываетъ именно послѣдній; но что соглашеніе дѣйствительно было достигнуто, этотъ фактъ долженъ быть доказанъ уже истцомъ[2].

Такимъ обязательнымъ моментомъ для окончательнаго заключенія сдѣлки стороны могутъ поставить письменную форму договора, для дѣйствительности котораго не требуетъ ея даже законъ,—такъ что безъ формы объявляютъ самый контрактъ ничтожнымъ. Здѣсь опять-таки экстра-ординарное значеніе формы въ договорѣ доказываетъ та изъ сторонъ, которая форму выдвигаетъ[3]; соблюденіе же ея устанавливаетъ тяжущійся, желающій признанія сдѣлки по суду дѣйствительной. Пока non liquet, потому ли хотѣли контрагенты непремѣнно облечь договоръ въ письменную форму, что придавали ей особую важность, считали за conditio sine

---

[1]) Rosenberg, Archiv, S. 28.

[2]) Sic: Rosenberg, S. 28—30; у него ссылка на Beckh'a, S. 192 и на Neumann'a, Handausgabe des Bürgerl. Gesetzbuchs, 2. Aufl., Bem. 3 zu § 154 (первый за, второй противъ Rosenberg'a).

[3]) Почти-что господствующее мнѣніе; цитаты см. у Rosenberg'a, S. 30 Anm 39.

qua non для самой дѣйствительности соглашенія, или просто для того, чтобы поставить содержаніе своей воли внѣ сомнѣній на будущее время, тогда предполагается in dubio послѣднее: для сдѣлокъ по закону неформальныхъ naturale есть безразличіе формы въ вопросѣ объ обязательности содержанія,—кто ссылается на отступленіе въ сторону экстраординарнаго значенія формы по особому договору, тотъ и долженъ доказывать. Поэтому, если установлено на судѣ, что стороны заключили сдѣлку по телефону, упомянувъ о своемъ намѣреніи непремѣнно облечь ее послѣ въ письменную форму, то in dubio не предполагается недѣйствительность обоюднаго волеизъявленія въ противномъ случаѣ, и моментъ совершенія договора пріурочивается къ событіямъ у телефона, а не къ позднѣйшимъ дѣйствіямъ [1]).

Что законченный между сторонами договоръ долженъ получить окончательную силу только подъ условіемъ согласія на него третьяго лица, это доказываетъ тотъ, кто ссылается: тогда послѣдовавшее согласіе устанавливаетъ противникъ, выдвигая обязательность сдѣлки [2]). Согласіе третьяго лица взято здѣсь, какъ наглядный примѣръ вообще условнаго дѣйствія договора: можно подставить вмѣсто какое угодно другое обусловливающее событіе.

Удобнымъ средствомъ доказать окончательное заключеніе договора служитъ данный контрагенту задатокъ: юридическій смыслъ этого обезпеченія часто и состоитъ именно въ удостовѣреніи момента обязательнаго дѣйствія договора [3]).

Отсутствіе серьозныхъ намѣреній у контрагента долженъ доказать тотъ, кто ссылается на уклоненіе отъ нор-

---

[1]) Ср. Rosenberg, Archiv, S. 31.

[2]) Sic: Rosenberg, Archiv, S. 31—32.

[3]) См. prof. Oertmann въ Словарѣ юридическихъ и государственныхъ наукъ, подъ ред. Волкова и Филиппова, т. 1 (1901 г.), подъ словомъ: Arrha, стр. 493 и 494. Однако не безусловно всегда: см. проф. Кассо, „Запродажа и задатокъ“ (Ж. М. Ю., 1903, май), гдѣ оттѣняется въ русскомъ правѣ иная функція задатка: arrha pacto imperfecto data, чтобы гарантировать вступленіе въ будущій договоръ. Все зависитъ отъ намѣреній сторонъ: „задатокъ... толкуется согласно намѣренію сторонъ и можетъ, какъ, напримѣръ, при наймѣ играть лишь роль внѣшняго осязательнаго признака состоявшагося соглашенія“ (Кассо, стр. 39 отдѣльнаго оттиска).

мальнаго порядка дѣловыхъ сношеній. Какъ общее правило, законодатель предполагаетъ, что animus contrahendi, выраженный въ опредѣленной формѣ, обнаруживаетъ серьозную „волю къ сдѣлкѣ“, а тотъ, кто утверждаетъ, что событія разыгрались въ исключительной обстановкѣ, указывающей на отсутствіе строго-юридическаго, дѣлового характера (внѣ условій нормальнаго круга явленій, какимъ представляется онъ законодателю,—тамъ, гдѣ дѣйствующія лица вели себя не какъ „контрагенты“,—качество, которымъ законодатель привыкъ надѣлять свои „человѣческія абстракціи“),—кто, повторяю, ссылается на подобныя отступленія отъ „нормальнаго“, тотъ и обязанъ доказать свои экстра-ординарныя положенія [1]).

Также разбиваетъ между спорящими лицами onus probandi и теорія „возраженія“ [2]); напротивъ, доктрина „отрицанія“ въ лицѣ Stölzel'я [3]) и Leonhard'a [4]) проводитъ противоположную точку зрѣнія, по которой оправдаться отъ упрека, что понялъ въ юридическомъ смыслѣ несерьозное, мнимое волеизъявленіе, обязанъ истецъ.

Если профессоръ въ авдиторіи произноситъ формулу, обѣщанія заплатить, ему лишнее доказывать, что мнимое обязательство принято имъ на себя docendi, а не obligandi causa,—доказываетъ Stölzel; если владѣлецъ коннаго завода, сидя въ ложѣ на представленіи Ричарда III, слышитъ со сцены: „Коня, полъ-царства за коня!“,—онъ не можетъ, немедленно отдавъ по телефону приказаніе доставить требуемое на квартиру того, кто былъ сейчасъ королемъ Англіи, послѣ притянуть артиста къ суду,—и тамъ, утверждая, что слышалъ изъ устъ отвѣтчика pollicitatio (!) или предложеніе вступить въ договоръ купли (?), требовать съ него хорошую сумму (пусть даже не стоющую полъ-царства) за

---

[1]) Такъ, въ рѣшеніи Кассаціоннаго Сената за 1870 № 1136 возложена тяжесть представленія доказательствъ на отвѣтчика, который утверждалъ, что долговая росписка подписана имъ въ шутку.

[2]) Betzinger, 2-te Aufl., S. 113 Anm. 2; Rosenberg, S. 32—33; см. у него ссылки на Planck'a, Bem. 2 zu § 336, и др.

[3]) Das Recht, 1901 № 20, S. 505 in fine u. 506. Такъ же Litten, Krit Vierteljahresschrift, B. IX (1904) S. 301.

[4]) S. 288, 309—310.

одну изъ лошадей своихъ конюшень. Когда г. Боровиковскій писалъ въ своихъ „Экскурсіяхъ въ область русской рѣчи“ [1]), что обѣщаетъ премію тому, кто способенъ уловить смыслъ, прочтя подрядъ трижды указанныя имъ статьи проекта Вотчиннаго Устава, нужно ли прибавлять, что авторъ могъ спать спокойно въ увѣренности, что его никогда не привлекуть къ отвѣту, или во всякомъ случаѣ, что не ему придется доказывать на судѣ отсутствіе серьозной „воли къ сдѣлкѣ“ въ вышеприведенныхъ строкахъ?

Профессія преподавателя юридическихъ наукъ или актера сдѣлалась бы невыносимымъ гнетомъ, жалуется Stölzel [2]), если бы этимъ лицамъ жестокій рокъ судилъ всякій разъ приводить доказательства того, что ихъ слова со сцены или въ авдиторіи не могутъ быть истолкованы въ смыслѣ юридическихъ предложеній или обѣщаній.

Но въ томъ-то и дѣло, что вопросъ рѣшаетъ ссылка на обстановку произнесенія спорныхъ фразъ: достаточно лицамъ поименованныхъ профессій на судѣ установить, что инкриминируемыя слова имѣли мѣсто на лекціи или на театральныхъ подмосткахъ, какъ прежнее предубѣжденіе судьи смѣнится сочувствіемъ и onus probandi спадетъ на плечи истца.

Нельзя же въ самомъ дѣлѣ думать,—а къ тому приводитъ неправильное мнѣніе Stölzel'я,—будто профессора-юристы или актеры рѣдко обязываются иначе, какъ въ цѣляхъ поученія и просвѣщенія, не иначе, какъ по обязанностямъ служенія или службы, и будто ихъ всюду сопровождаетъ презумпція, что они произносили дѣловыя формулы несерьозно и въ обстановкѣ школы или театра....

Наравнѣ съ отсутствіемъ серьозной „воли къ сдѣлкѣ“ (animus contrahendi) у отвѣтчика должны обсуждаться съ точки зрѣнія распредѣленія доказательствъ и другіе случаи, гдѣ съ внѣшней стороны подающее надежды на возникновеніе обязательства изъявленіе воли оказывается, по словамъ стороны, таящимъ въ себѣ внутренніе недостатки, которые сво-

---

[1]) Журналъ Мин. Юстиціи, 1900 г., № 8, стр. 11.

[2]) Schulung, S. 181, Anm.

дятъ силу состоявшагося правоотношенія на нѣтъ [1]). Такой смыслъ имѣютъ указанія на симуляцію [2]) (подъ внѣшней формой одной сдѣлки скрывается условленная между сторонами сдѣлка иная).

Ссылки на обманъ и принужденіе, подъ вліяніемъ которыхъ будто бы дано согласіе со стороны отвѣтчика, какъ на такія аномальныя явленія правооборота, какихъ нельзя подозрѣвать при наличности съ внѣшней стороны дѣйствительной сдѣлки, обязанъ доказывать отвѣтчикъ. Это до такой степени естественно, что въ нашемъ X томѣ дозволяется оспариваніе сдѣлки изъ-за указанныхъ дефектовъ только при соблюденіи особыхъ условій: „надлежитъ заявить о томъ окольнымъ людямъ или мѣстной полиціи того же дня, какъ оное произошло, и затѣмъ, не далѣе 3-го или 4-го дня, и отнюдь не позже недѣли послѣ того, просить о произведеніи изслѣдованія“ (ст. 703 X т. 1 ч.). Законъ, повидимому, даже не допускаетъ доказательствъ противъ сдѣлки по поводу принужденія, если отвѣтчикъ не сдѣлалъ въ срокъ предписанной заявки. Кассаціонная практика (рѣш. 1876 г. № 398) отмѣнила драконовское ограниченіе 703 статьи, но его побудительная причина—недовѣріе къ должникамъ, ссылающимся на принужденіе,—должна сохранить свою силу, вліяя на распредѣленіе доказательствъ къ невыгодѣ для обязавшагося лица.

Точно также распредѣляетъ onus probandi и Betzinger [3]). За то противорѣчитъ послѣдовательности дальнѣйшее его замѣчаніе, согласно которому, наоборотъ, истецъ долженъ приводить доказательства противъ ссылки отвѣтчика на то, что долговой документъ подписанъ имъ противъ воли, такъ какъ истецъ насильно водилъ его рукой по бумагѣ. Здѣсь усматриваетъ авторъ „отрицаніе основаній иска“ и, невольно слѣдуя за предшественниками—послѣдователями „теоріи

[1]) Communis opinio doctorum: см. напримѣръ, Wach, Z. f. C. P., B. 29 S. 389; Rosenberg, Arch. f. d. Civil. Praxis, Bd. 44 (1903) S. 24.

[2]) Sic: Гуляевъ, Акты и свидѣтельскія показанія, Журн. Минист. Юстиціи, 1902, № 9, стр. 83—84; кассац. рѣш.: 1869 г. № 987; 1870 г. № 350 и 1504; 1871 г. № 1162; 1874 г. № 687; 1876 г. № 110; даже если третье лицо ссылается на симуляцію, onus probandi лежитъ на немъ: ср. рѣшенія 1891 г. № 62 и 1892 № 28.

[3]) 1-te Aufl., S. 349.

отрицанія", возлагаетъ onus probandi на истца. Однако разрѣшеніе казуса расходится съ его собственной доктриной: принужденіе всякаго рода и вида одинаково регулируется закономъ въ особой нормѣ, въ видѣ исключеній изъ общаго правила, и кто ссылается на отдѣльную статью, несетъ onus probandi; разрѣшеніе казуса неправильно съ точки зрѣнія постулята: „мѣрить одинаковое однообразно",—ибо какую разницу можно уловить между остальными случаями принужденія къ сдѣлкѣ и тѣмъ, что указываетъ въ видѣ „отрицанія самыхъ основаній иска" Betzinger? То и другое—исключительныя, аномальныя явленія,—и почему они не должны быть въ качествѣ таковыхъ всегда доказаны тѣмъ, кто на нихъ ссылается?

Я оставляю въ сторонѣ тотъ аргументъ, что между полнымъ отсутствіемъ воли, о чемъ можно говорить единственно въ примѣрѣ у Betzinger'a, и микроскопическимъ проявленіемъ ея, когда лицу предоставляется на выборъ: умереть или подписать документъ (qui potest mori, non potest cogi), едва-ли мыслимо провести точную границу. А отъ правильнаго размежеванія зависитъ вопросъ, на кого возложить onus probandi—половинную потерю процесса.

Наконецъ, исходя изъ толкованія нашего права, изъ сопоставленія ст. 702 и 703 X т. 1 ч., остается прійти къ одному заключенію: случай принужденія при помощи vis absoluta трактуется Сводомъ наравнѣ съ другими, менѣе неизбѣжными воздѣйствіями на волю,—для всѣхъ ихъ примѣняется ст. 703 съ отяготительными доказательствами на сторонѣ отвѣтчика. „Принужденіе бываетъ, когда кто-либо, *бывъ захваченъ во власть другого*, принуждается" и т. д.: развѣ это не фотографія съ вышеприведеннаго примѣра, взятаго Betzinger'омъ изъ пандектъ?

Еще случай „порочной воли" въ сдѣлкѣ даютъ психическія ненормальности одного изъ контрагентовъ. Сенатъ въ рядѣ рѣшеній [1]) совершенно правильно разъяснилъ, что законъ дозволяетъ оспаривать сдѣлку, какъ совершонную въ минуты умопомраченія, но для этого, если не было въ оффиціальномъ порядкѣ признано общей недѣеспособности

[1]) Рѣшенія: 1869 г. № 235, 1870 г. № 873; 1871 г. № 643; 1874 г. № 662 и др.

лица, надобно на судѣ доказать, что оно именно въ моментъ совершенія акта лишено было надлежащихъ психическихъ способностей. Вполнѣ правильное рѣшеніе, такъ какъ ненормальное состояніе психики не предполагается, пока не будетъ доказано.

Убѣдительно съ этой стороны мотивировано рѣшеніе 1880 г. № 276: „Коль скоро завѣщанія самоубійцъ законъ признаетъ вообще недѣйствительными (2 п. 1017 ст. X т. 1 ч.), сохраняя за ними силу только въ случаѣ, когда самоубійство послѣдовало въ припадкѣ душевной болѣзни или безпамятствѣ (рѣш. 1876 г. № 92), на истцѣ, требующемъ уничтоженія духовнаго завѣщанія вслѣдствіе факта самоубійства завѣщателя, въ силу 366 статьи уст. гражд. суд., только и можетъ лежать обязанность доказать фактъ самоубійства; если же отвѣтчикъ съ своей стороны утверждаетъ, что фактъ этотъ совершился при обстоятельствахъ, не влекущихъ за собою признанія требованій истца правильными, то онъ и долженъ доказать тѣ обстоятельства, кои по его утвержденію служатъ опроверженіемъ событія, истцомъ уже доказаннаго и дающаго послѣднему законное основаніе требовать уничтоженія завѣщанія... Свободная воля всегда предполагается и потому не присутствіе, а напротивъ отсутствіе оной подлежало удостовѣрить“.

Опровергая дѣйствительность сдѣлки (завѣщательнаго распоряженія) изъ-за вкравшагося при составленіи акта дефекта—преступной воли, истецъ по общимъ началамъ нашей теоріи долженъ былъ доказать основанія своего иска. А такъ какъ воля предполагается свободной, а „преступная“ воля—виновной, пока лицо, ближе знающее обстановку дѣла, не удостовѣритъ правосудіе въ противномъ,—то onera probandi въ данномъ случаѣ Сенатъ распредѣлилъ вполнѣ правильнымъ способомъ.

Въ рѣшеніи 1892 г. № 4 Сенатъ слѣдующимъ образомъ разложилъ бремя доказыванія по аналогичному поводу. Самоубійство страхователя доказываетъ страховое общество, отказавшееся платить наслѣднику премію. Тогда истецъ replicando обязанъ доказать, что лишеніе покойнымъ себя жизни произошло подъ вліяніемъ психическаго разстройства, для чего достаточно установить одинъ фактъ, что покойный

дѣйствительно страдалъ такимъ разстройствомъ. И тогда страховое общество, снова принимая на себя onus probandi, устанавливаетъ фактъ намѣреннаго самоубійства (напр., въ dilucida intervalla и проч.).

Когда отвѣтчикъ, болѣе или менѣе соглашаясь съ фактическимъ изложеніемъ истца, даетъ обстоятельствамъ дѣла другое юридическое толкованіе, подводя ихъ подъ слагаемыя иной сдѣлки, то истецъ долженъ отстаивать свою позицію, опровергая утвержденія противника [1]). Положимъ, отвѣтчикъ противъ иска изъ договора займа возражаетъ тѣмъ, что деньги были ему подарены,—изъ договора поклажи или ссуды—ссылается на сдѣлку купли или даренія; вмѣсто договора купли, по которому продавецъ требуетъ съ него денегъ, утверждаетъ сдѣлку ссуды или найма [2]), въ силу которой будто бы имѣетъ право держать у себя вещь въ теченіе извѣстнаго срока, и т. д.

Сложнѣе представляется случай, гдѣ отвѣтчикъ противъ иска о платежѣ покупной цѣны ссылается на то, что спорный предметъ былъ имъ полученъ отъ истца in solutionem. Здѣсь такимъ образомъ отвѣтчикъ утверждаетъ, что онъ былъ кредиторомъ истца въ извѣстной денежной суммѣ, что стороны согласились новировать обязательство и по новому договору кредиторъ получилъ право взять извѣстный товаръ изъ лавки должника: онъ теперь взялъ, но, исполнивъ свое обязательство, бывшій должникъ ссылается на куплю-продажу и требуетъ вознагражденія изъ возмездной сдѣлки. Процессуальныя позиціи сторонъ тѣ же, какъ и въ томъ болѣе простомъ случаѣ, когда исполнившій обязательство отвѣтчикъ требуетъ за исполненіе деньги. Этотъ простѣйшій казусъ мы и станемъ анализировать прежде. Требовать доказательствъ, что былъ извѣстный договоръ, кото-

---

[1]) При чемъ, если разногласіе касается фактическихъ подробностей излагаемой сдѣлки, истецъ обязанъ доказать свои факты, несогласующіеся съ утвержденіями отвѣтчика; если рѣчь идетъ только о намѣреніяхъ сторонъ, и фактовъ, обнаруживающихъ тѣ или иные мотивы контрагентовъ, на лицо нѣтъ, тогда дѣло истца проиграно, такъ какъ на немъ лежитъ onus probandi.

[2]) См. рѣшеніе нашего Кассаціоннаго Сената за 1875 г. № 769: истецъ утверждалъ отдачу требуемой по суду вещи въ наемъ, отвѣтчикъ ссылался на продажу. Onus probandi былъ возложенъ на истца.

рый только что исполненъ должникомъ, съ отвѣтчика и бывшаго кредитора было бы напрасно, потому что онъ, получивъ исполненіе, не имѣетъ болѣе надобности держать при себѣ доказательствъ стараго права требованія, предалъ ихъ уничтоженію или выдалъ на руки прежнему контрагенту. Между тѣмъ, истецъ, выдвигая особую сдѣлку, изъ которой выводитъ свое право требованія къ отвѣтчику, долженъ былъ запастись доказательствами возникновенія у него права требованія, почему правосудію будетъ вполнѣ умѣстно потребовать ихъ именно съ него.

Аналогичнымъ образомъ разрѣшается казусъ и при ссылкѣ отвѣтчика на datio solvendi causa, тогда какъ истецъ выдвигаетъ datio obligandi causa: одинъ изъ контрагентовъ утверждаетъ, что исполненіе извѣстныхъ съ его стороны дѣйствій обязываетъ другую сторону къ предпринятію отвѣтныхъ, какъ того требуетъ договоръ (do ut des): а противникъ, не отрицая фактовъ, даетъ имъ иное толкованіе: дѣйствіе истца онъ квалифицируетъ, какъ выполненіе обязанности, на немъ уже прежде лежавшей,—и по совершенно другой сдѣлкѣ, изъ которой обязаннымъ онъ, отвѣтчикъ, не былъ, или свои обязательства раньше исполнилъ. Словомъ, одинъ изъ контрагентовъ указываетъ на договоръ, только что возникшій съ момента исполненія дѣйствій истцомъ, а другой—на прекращенный и окончательно реализованный этимъ исполненіемъ: доказательствъ можно ожидать, а потому и требовать именно съ перваго, т. е. съ истца [1]).

Основываясь на только что разобранномъ примѣрѣ, Rosenberg полемизируетъ [2]) со взглядами тѣхъ ученыхъ, которые въ контроверзѣ съ „рыночной покупной цѣной“ возлагаютъ onus probandi на отвѣтчика. Если продавцу достаточно доказать взятіе отвѣтчикомъ изъ его лавки вещей не въ видѣ даренія (стало быть—возмездно) и тогда истецъ въ

[1]) Sic: Rosenberg, Archiv, S. 78; см. у него ссылки на Römer'a, Arch. für die Civil. Praxis, Bd. 62 (1879) S. 154, Seuffert'a, Bem. 2 zu § 289 Civ.-Proz.-Ordnung, и на судебную практику; такъ же Betzinger, 2-te Aufl., S. 177. Ср. въ томъ же смыслѣ и рѣшеніе нашего Кассаціоннаго Сената (отъ 1871 г. № 953): въ искѣ о возвращеніи отданныхъ въ починку саней отвѣтчикъ возражалъ, что вещь была дана ему in solutionem; Сенатъ возложилъ onus probandi на истца.

[2]) Archiv, S. 86.

правѣ требовать на судѣ за нихъ „обычную“ плату, квалифицируя правоотношеніе, какъ куплю-продажу (разсужденіе, изъ котораго исходитъ по словамъ Rosenberg'а оспариваемый взглядъ),—то и ссылка отвѣтчика, что онъ получилъ товаръ дѣйствительно не въ даръ, однако и не купилъ, а только взялъ въ зачетъ своего прежняго долга, не поможетъ, не освободитъ его отъ доказательствъ. Однако возложить на отвѣтчика onus probandi значитъ стать въ противорѣчіе съ изложеннымъ выше анализомъ казуса, а требовать дальнѣйшихъ доказательствъ отъ истца запрещаетъ исходной тезисъ оспариваемаго взгляда въ извѣстной контроверзѣ.

Такимъ образомъ, тѣ ученые, которые стояли за onus probandi отвѣтчика при его ссылкѣ на „обычную покупную цѣну“, впадаютъ въ самопротиворѣчіе, если требуютъ доказательствъ отъ истца относительно его animus obligandi (а не solvendi) послѣ указанія противника на datio in solutionem,— или въ ошибку, если и въ этомъ послѣднемъ случаѣ сдѣлаютъ обязаннымъ къ представленію доказательствъ тоже отвѣтчика.

Но мнѣ кажется, что анализъ Rosenberg'а идетъ мимо вопроса. Никакого самопротиворѣчія, на которое онъ указываетъ, не существуетъ. Неправильно, будто возмездное взятіе вещей изъ лавки ручается за сдѣлку купли-продажи.

По его собственному взгляду, въ той же контроверзѣ продавецъ, чтобы установить куплю-продажу, долженъ сверхъ возмезднаго характера сдѣлки доказать еще отсутствіе соглашенія о цѣнѣ. Но и этого для обоснованія купли, какъ таковой, недостаточно. Допустимъ, что мнимый покупатель, соглашаясь, что о цѣнѣ контрагенты молчали, все-таки говоритъ свое: была не купля, а datio in solutionem; это утвержденіе, ничуть не противорѣчащее обстоятельствамъ, изложеннымъ и доказаннымъ до сихъ поръ со стороны истца.

Или еще лучше: ссылаясь на куплю-продажу, продавецъ даже успѣлъ доказать опредѣленное соглашеніе о цѣнѣ: а отвѣтчикъ все-таки утверждаетъ, что была не купля, а datio in solutionem въ зачетъ прежняго долга, но вещи дѣйствительно были приняты и даны по опредѣленной оцѣнкѣ. Опять-таки возраженіе, согласующееся съ установленнымъ пока матеріаломъ.

Отсюда слѣдуетъ, что и взятіе товара по опредѣленной взаимнымъ соглашеніемъ цѣнѣ не индивидуализируетъ сдѣлку купли-продажи въ достаточной степени, такъ какъ отвѣтчикъ можетъ сослаться всегда на datio in solutionem.

Такимъ образомъ, продавцу придется доказывать, что была именно сдѣлка купли-продажи, а не другого рода соглашеніе: не коммиссіонный контрактъ, не datio in solutionem [1],—а купля, договоръ съ опредѣленнымъ animus obligandi (и отнюдь не solvendi). Намѣренія же сторонъ въ этомъ случаѣ часто бываютъ видны уже изъ ихъ собственнаго словоупотребленія, такъ какъ въ квалификаціи сдѣлки куплей едва-ли кто ошибется,—до такой степени правоотношеніе общеупотребительно въ оборотѣ.

На истца ложится тяжесть представленія доказательствъ и тогда, если противъ иска изъ договора займа отвѣтчикъ защищается возраженіемъ, что деньги ему уплачены авансомъ за работу, которую онъ обязался исполнить, или если при искѣ изъ товарищескихъ правоотношеній отвѣтчикъ ссылается на то, что его противникъ не былъ товарищемъ, а только уполномоченнымъ на веденіе дѣлъ,—или наоборотъ въ искѣ къ довѣренному послѣдній отвѣчаетъ, что состоялъ не въ служебныхъ, но въ товарищескихъ отношеніяхъ къ истцу [1]. Точно также onus probandi падаетъ на истца при спорѣ о юридическомъ характерѣ сдѣлокъ: была ли купля или коммиссіонный договоръ, locatio-conductio operarum или operis, купля или товарищескія правоотношенія, наемъ или ссуда и т. д. [2].

Если споръ идетъ не о существѣ правоотношенія, выдвигаемаго истцомъ, но по поводу индивидуализаціи требуемаго исполненія въ количественномъ или въ качественномъ отношеніи, onus probandi снова угрожаетъ истцу. Вѣдь опредѣлить искомое исполненіе съ указанной стороны входитъ въ содержаніе возникшей по словамъ истца сдѣлки: а ея возникновеніе доказываетъ кредиторъ.

Итакъ, величину заемной суммы и высоту условленнаго процента; качество, количество, родъ и видъ покупаемыхъ предметовъ, или той работы, къ которой подрядился или

[1]) Sic: Brodmann, Vom Stoffe des Rechts, 1897, S. 98.

[2]) Rosenberg. S. 79; см. у него суд. практику.

нанялся отвѣтчикъ; индивидуальные признаки имѣющей быть доставленной вещи при договорѣ поставки,—или того экономическаго назначенія, которое было при этомъ въ виду; соглашеніе объ особыхъ свойствахъ, если объектъ иска долженъ былъ имѣть ихъ; то обстоятельство, что купля была только на пробу и при какихъ данныхъ условленная проба должна считаться удовлетворительной,—все это доказываетъ истецъ [1]).

На истца падаетъ onus probanbi тогда, если поручитель-отвѣтчикъ возражаетъ, что поручительство было не въ той суммѣ, которую взыскиваетъ кредиторъ, а въ меньшей [2]), или относилось не къ этому долгу, или было не срочнымъ, а простымъ [3]) и т. д.

Онъ же доказываетъ и при ссылкѣ отвѣтчика на альтернативное обязательство, что право выбора принадлежитъ не должнику, какъ это предполагается по общему правилу, но въ силу особаго соглашенія кредитору, или что должникъ уже воспользовался своимъ правомъ выбора, указавъ именно на то обязательство, которое является теперь предметомъ иска [4]).

Но когда отвѣтчикъ возражаетъ, что его обязательство было не простымъ, но альтернативнымъ, тогда onus probandi лежитъ на немъ: такъ какъ онъ ссылается на отступающую отъ простой структуры конфигурацію праваотношенія [5]).

Отвѣтчикъ ссылается на исполненіе договора, противъ чего истецъ возражаетъ, что данное исполненіе дѣйствительно было, но относилось къ другому долгу. Спрашивается, кто доказываетъ справедливость своихъ объясненій?

Если обязать къ этому истца, то затруднительность его позиціи усложнится тѣмъ обстоятельствомъ, что этотъ другой долгъ, какъ исполненный, потерялъ тѣ доказательства, которыми былъ снабженъ въ рукахъ истца раньше: тогда,

---

[1]) См. Rosenberg, S. 80 - 81.

[2]) Если бы кредиторъ требовалъ полную сумму долга, за него была бы презумпція диспозитивнаго права (ст. 1556 X. т.) и onus probandi грозилъ бы отвѣтчику.

[3]) Ср. ст. 1558 и 1560 X т. 1 ч.

[4]) Rosenberg, S. 81.

[5]) Contra—Rosenberg, S. 81; sic—Beckh, S. 194.

положимъ, былъ у истца соотвѣтствующій документъ, а теперь, въ слѣдъ за исполненіемъ, актъ выданъ на руки бывшему должнику или преданъ уничтоженію. У истца средствъ доказать свою ссылку на бывшій долгъ нѣтъ; и лишился онъ ихъ именно потому, что исполнялъ свои обязанности, какъ кредитора, правильно: упрекнуть его правопорядку не въ чемъ.

Значитъ, возложить onus probandi на отвѣтчика? Тоже не безъ неудобствъ: если связь между даннымъ обязательствомъ и даннымъ исполненіемъ не ясна изъ самого свойства послѣдняго (а вѣдь только въ такомъ случаѣ вопросъ о распредѣленіи и получаетъ живой смыслъ), тогда что же останется доказывать отвѣтчику? Что *никакихъ иныхъ* отношеній у него съ истцомъ не было?.... Задача сама по себѣ часто невыполнимая; и несравненно легче, пожалуй, истцу, который имѣетъ въ виду какую-то опредѣленную свою долговую претензію, доказать, что представленная росписка могла относиться именно къ ней; пусть во всякомъ случаѣ онъ обнаружитъ свои дѣловыя отношенія съ отвѣтчикомъ, иначе правосудіе давало бы въ руки кредитора легкій способъ затруднить исковую защиту всѣхъ правъ: неугодно ли должнику доказывать, что у него не было другихъ долговыхъ отношеній помимо предложенныхъ на разсмотрѣніе суда!

Выходъ изъ затрудненія дается, мнѣ кажется, такимъ компромиссомъ: истецъ доказываетъ только, что иныя сдѣлки онъ съ отвѣтчикомъ заключалъ, по которымъ послѣдній оставался ему должнымъ [1]); но какъ только возможность другихъ обязательствъ, къ которымъ могло относиться спорное исполненіе, доказана, то погашеніе исполненіемъ именно того изъ нихъ, которое въ данное время является объектомъ иска, устанавливаетъ уже отвѣтчикъ,—такъ какъ исполненіе онъ доказываетъ и обязанъ подтвердить, что его исполненіе относится къ тому именно обязательству, которое онъ считаетъ погашеннымъ [2]). А что другія обязательства прекращены исполненіями другого рода, этотъ фактъ опять-та-

[1]) Сознаніе отвѣтчика можетъ сдѣлать эти доказательства ненужными.

[2]) Такъ же, какъ въ текстѣ, распредѣляетъ onera probandi Betzinger, 2-te Aufl., S. 175—176.

ки въ состояніи доказывать онъ, такъ какъ доказательства исполненія и ихъ должны находиться въ его рукахъ, если онъ употребляетъ въ своихъ дѣлахъ diligentia boni patrisfamilias: вѣдь предъяви истецъ искъ изъ тѣхъ обязательствъ, надлежащее исполненіе ихъ все равно пришлось бы доказывать отвѣтчику.

Однако нужно замѣтить, что въ вопросѣ играетъ роль и praesumptio facti, по которой исполненіе, произведенное должникомъ, но относимое вѣрителемъ къ другому обязательству, считается погашающимъ данное право требованія, если оба обязательства одинаковы и по суммѣ, и по времени погашенія, и по всѣмъ остальнымъ признакамъ. Съ одной стороны, отвѣтчикъ лишенъ при такой ссылкѣ истца всякихъ уже средствъ полнѣе индивидуализировать свое исполненіе, а съ другой—невѣроятно подобное сходство двухъ требованій, доходящее до полнаго тождества. И тогда обязанность опровергать презумпцію переходитъ на истца.

Въ нашей кассаціонной практикѣ встрѣчаются слѣдующія разъясненія по интересующему насъ вопросу, противорѣчащія одно другому: рѣш. 1869 г. № 793—заявленіе истца, что платежная росписка относится не къ данному вексельному требованію, а къ другому долгу, безъ документа, доказывается истцомъ [1]); рѣшеніе 1872 г. № 180—противъ иска изъ письменнаго документа отвѣтчикъ возражалъ, что часть долга уплатилъ; истецъ заявилъ, что уплата относилась къ другимъ расчетамъ: onus probandi на отвѣтчикѣ; рѣшеніе 1874 г. № 58,—у наслѣдодателя была съ истцомъ мировая сдѣлка; но истецъ представилъ долговую росписку покойнаго, на ту же сумму и той же числовой даты, утверждая однако, что она не относится именно къ тому долгу, о которомъ состоялась мировая, а составляетъ самостоятельный долговой актъ наслѣдодателя, выданный по другимъ расчетамъ; истецъ обязанъ доказать, что другіе расчеты были помимо мировой сдѣлки.

Оригинальнымъ представляется взаимное соотношеніе позицій, когда истецъ требуетъ разницу, оказавшуюся въ его

---

[1]) Ср. въ томъ же смыслѣ рѣш. 1870 г. № 496: впрочемъ, тамъ разсуждала палата, а Сенатъ только призналъ ея доводы относящимися до существа дѣла и потому свыше своей компетенціи.

пользу послѣ обратной покупки однажды проданнаго отвѣтчику товара. Здѣсь истецъ отыскиваетъ по суду, въ сущности говоря, покупную цѣну за первую продажу, но соглашается зачесть ту сумму, которую самъ задолжалъ за вторую. Ссылка на вторую сдѣлку и exceptio compensationis должна бы служить орудіемъ защиты въ устахъ отвѣтчика: а такъ какъ reus in excipiendo fit actor, то сумму направленнаго противъ истца долга былъ бы обязанъ устанавливать кредиторъ. Теперь, предваряя возможное возраженіе противника, признаніе въ пользу зачета дѣлаетъ самъ же истецъ: однако onera probandi не могутъ распредѣлиться отъ этого иначе,—разъ отвѣтчикъ присоединяется къ ссылкѣ истца, онъ адоптируетъ ее себѣ—и со всѣми выгодными и невыгодными послѣдствіями подобной операціи. Такимъ образомъ, въ нашемъ случаѣ истецъ доказываетъ цѣну первоначальной купли-продажи, отвѣтчикъ—послѣдующей [1]).

Въ германской судебной практикѣ былъ искъ слѣдующаго содержанія [2]). Въ концѣ января отвѣтчикъ купилъ у истца двѣ сельско-хозяйственныхъ машины, при чемъ истецъ согласился принять въ зачетъ покупной суммы двѣ другихъ машины иной системы,—съ тѣмъ, чтобы онѣ были ему доставлены не позже апрѣля мѣсяца. По словамъ истца, отвѣтчикъ прислалъ ему эти машины только въ началѣ іюля, почему онѣ и не были приняты,—теперь же продавецъ взыскиваетъ съ покупателя сумму, оставшуюся такимъ образомъ непокрытой. Отвѣтчикъ возражалъ только одно: по условію, доставка машинъ была назначена истцомъ не на весенній, а на осенній сезонъ, къ августу мѣсяцу,—почему присылка ихъ въ іюлѣ была вполнѣ своевременной [3]).

Апелляціонный судъ разрѣшилъ казусъ неправильно, потребовавъ доказательствъ отъ отвѣтчика. Соглашеніе относительно in solutionem datio есть съ точки зрѣнія юридической конструкціи [4]) замѣна обязательства уплатить деньги обязательствомъ доставить вмѣсто того опредѣленныя вещи,—

---

[1]) Sic: Rosenberg, S. 82; contra—одно изъ рѣшеній Reichsgericht'a, см. ibid. Anm. 110.

[2]) См. Seuffert's Archiv Bd. 33 Nr. 341.

[3]) См. подробное изложеніе у Rosenberg'a, S. 49—50.

[4]) См. Endemann, Lehrbuch, S. 804 Anm. 4.

въ данномъ случаѣ, иной системы машины. Обязательство изъ купли-продажи замѣнилось такимъ образомъ обязательствомъ изъ договора поставки,—однако новація состоялась подъ условіемъ своевременнаго исполненія.

Своего обязательства доставить машины не отрицалъ и отвѣтчикъ, только заявлялъ, что срокъ исполненія былъ инымъ, нежели утверждаетъ истецъ. По общимъ началамъ распредѣленія доказательствъ установить самый фактъ исполненія лежитъ на обязанности должника: но вопросъ о томъ, какое исполненіе является надлежащимъ или своевременнымъ, есть составная часть исковой формулы, текстъ договора и thema probandum для истца [1]).

Rosenberg приводитъ еще три примѣра изъ судебной практики: одинъ—случай съ условной сдѣлкой [2]), два другихъ—съ „рыночной“ покупной цѣной.

Подрядчикъ требовалъ „обычную“ цѣну за произведенныя строительныя работы; отвѣтчикъ защищался ссылкой на договоръ о болѣе низкомъ вознагражденіи. Истецъ возражалъ, что нисшая такса зависѣла отъ осуществленія извѣстнаго условія; отвѣтчикъ отрицалъ условность—вовсе, или по крайней мѣрѣ въ томъ видѣ, какъ передавалъ соглашеніе по этому поводу истецъ; а на случай, если бы судъ все-таки призналъ оговорку о низшей цѣнѣ условной, заявлялъ, что указываемое истцомъ событіе осуществилось.

Представленіе доказательствъ должно будетъ итти въ слѣдующемъ порядкѣ: такъ какъ истецъ призналъ соглашеніе о нисшей цѣнѣ, но сослался на условный характеръ договора, то содержаніе условнаго текста будетъ доказывать онъ; въ случаѣ, если ему не удастся сдѣлать это, онъ получитъ вознагражденіе въ томъ меньшемъ размѣрѣ, о которомъ говорилъ отвѣтчикъ,—если же удастся, тогда отвѣтчикъ, ссылаясь на осуществленіе условія, будетъ обязанъ установить это обстоятельство: наступленіе обусловливающаго факта всегда доказываетъ тотъ, кто послѣднее утверждаетъ. Если отвѣтчикъ не будетъ въ состояніи обнаружить, что условіе наступило, тогда судья сочтетъ соглашеніе о пониженномъ вознагражденіи недѣйствующимъ въ данномъ случаѣ и тог-

[1]) Sic: Rosenberg, S. 50—51 Anm. 66 (хотя по инымъ основаніямъ).
[2]) S. 88—89.

да ссылка истца на диспозитивную норму съ ея „соразмѣрной“ цѣной получаетъ примѣненіе [1]).

Фабула второго случая состояла въ слѣдующемъ. Отвѣтчикъ въ теченіе нѣсколькихъ лѣтъ бралъ у истца пиво по опредѣленной цѣнѣ; начиная съ 1 мая 1875 г. цѣна была повышена. Такъ говорилъ истецъ; по словамъ же отвѣтчика цѣна, начиная съ 1871 года, была, напротивъ, понижена; особое соглашеніе о цѣнѣ, относимое истцомъ къ 1875 году, въ дѣйствительности имѣло мѣсто въ 1876 году; а въ 1875 состоялось другое, но повысившее цѣну не такъ значительно, какъ утверждаетъ истецъ.

Особое соглашеніе о пониженіи цѣны съ 1871 года будетъ доказывать отвѣтчикъ, если не желаетъ платить первоначальной цѣны; истецъ съ своей стороны обязанъ доказать, что его договоръ о повышеніи платы произошелъ именно въ 1875, а не въ 1876 году,—или, что соглашеніе, бывшее по словамъ отвѣтчика въ 1875 году, установило ту именно высшую цѣну, которую отвергаетъ покупатель. Въ противномъ случаѣ за 1875 годъ отвѣтчикъ заплатитъ ту цѣну, которую самъ указалъ [2]).

Послѣдній случай разрѣшенъ Oberlandsgericht'омъ въ Karlsruhe въ 1899 г. Стороны уже нѣсколько лѣтъ находились между собой въ дѣловыхъ отношеніяхъ: истецъ рубилъ для отвѣтчика лѣсъ, послѣдній платилъ ему опредѣленное вознагражденіе. Истецъ передаетъ на судъ, что въ одинъ прекрасный день онъ явился къ хозяину и потребовалъ повышенія платы, такъ какъ вообще рабочія цѣны въ данной мѣстности поднялись. По словамъ истца, наниматель согласился платить больше; по словамъ отвѣтчика, стороны порѣшили въ концѣ концовъ остаться при прежнихъ уловіяхъ, если только хозяинъ будетъ поручать всѣ свои лѣсныя работы исключительно истцу, что и выполнялъ неукоснительно.

Надобно сказать, что истецъ требовалъ обычной въ данной мѣстности платы: поэтому судъ рѣшилъ, что откло-

---

[1]) Sic: Rosenberg, S. 88—89, и приводимыя у него судебныя рѣшенія (хотя мотивировка послѣднихъ и не отличается ясностью основныхъ положеній).

[2]) Sic: Rosenberg, S. 92—93; иначе Reichsgericht, который требовалъ въ обоихъ случаяхъ доказательствъ отъ отвѣтчика.

неніе отъ диспозитивной нормы, имѣвшее будто бы мѣсто при послѣдующемъ соглашеніи о цѣнѣ, долженъ доказать хозяинъ, который утверждалъ такое отклоненіе.

Однако судъ не принялъ въ расчетъ, что бывшее предметомъ спора соглашеніе о цѣнѣ являлось не первичнымъ, а послѣдующимъ, не создававшимъ вновь, а лишь направленнымъ на возможное измѣненіе прежнихъ договорныхъ отношеній. А всякую послѣдующую перемѣну въ первоначальной сдѣлкѣ доказываетъ по общему правилу утверждающая это сторона. Правда, здѣсь отвѣтчикъ не отрицалъ новаго соглашенія вовсе,—даже признавалъ, что оно прибавило къ старому договору новое условіе; однако требовать, чтобы содержаніе вторичнаго обмѣна волеизъявленій было отвѣтчикомъ доказано,— и при томъ въ тѣхъ пунктахъ, которые по его словамъ остались неизмѣнными,—правопорядокъ не въ правѣ, такъ какъ лицу не къ чему запасаться новыми доказательствами прежнихъ условій. Иначе пришлось бы выставить такой юридическій постулятъ, что всякій разъ, когда вашъ контрагентъ приходитъ къ вамъ съ предложеніемъ измѣнить прежній договоръ, и уходитъ, отказавшись отъ непринятаго проекта, вы все-таки обязаны запасаться доказательствами отношеній, оставшихся въ неприкосновенности. Наоборотъ, другая сторона сдѣлки, если бы она добилась измѣненія контракта, имѣла бы интересъ и стимулъ позаботиться о доказательствахъ,—съ нея будетъ и цѣлесообразнымъ, и справедливымъ потребовать ихъ правосудію. Наконецъ, когда позднѣйшій договоръ, измѣнивъ одни пункты стараго, оставилъ въ прежнемъ видѣ другіе,—каждая изъ сторонъ доказываетъ только нововведенія, говорящія въ ея пользу.

Въ нашемъ казусѣ, согласіе хозяина на повышеніе заработной платы, установленной первоначальнымъ договоромъ въ слишкомъ низкомъ размѣрѣ, долженъ доказать истецъ [1]); ему же пришлось бы доказывать и условіе относительно монополіи на рубку лѣса у отвѣтчика, если бы истецъ хотѣлъ осуществить это свое право, а хозяинъ отрицалъ его; наконецъ, работодатель несетъ onus probandi въ томъ един-

[1]) Sic—Rosenberg, S. 93.

ственномъ случаѣ, если бы противникъ отрицалъ исполненіе имъ упомянутаго условія.

Когда отвѣтчикъ утверждаетъ, что къ сдѣлкѣ присоединена оговорка о начальномъ или конечномъ срокѣ (terminus a quo или ad quem), то слѣдуетъ различать, принадлежитъ ли соглашеніе о срокѣ къ essentialia negotii, или нѣтъ [1]). Оно принадлежитъ къ первымъ, напримѣръ, въ биржевыхъ сдѣлкахъ. Когда поэтому отвѣтчикъ ссылается при такихъ условіямъ на иное опредѣленіе о времени, нежели то, какое выставляетъ истецъ, то въ его возраженіи заключается отрицаніе основныхъ положеній истца и послѣдній несетъ onus probandi.

Въ другихъ случаяхъ слѣдуетъ возложить бремя представленія доказательствъ на ту сторону, которая ссылается на срокъ, болѣе продолжительный [2]). Положеніе дѣла аналогично тому, когда одна сторона требуетъ бо́льшую, другая меньшую сумму долга, одна указываетъ на бо́льшую, другая на меньшую высоту процентовъ, и т. д.

Правильность нашей точки зрѣнія подтверждается косвеннымъ образомъ непригодностью всякихъ остальныхъ критеріевъ. Относительно того, что нельзя распредѣлять представленіе доказательствъ по моменту большаго или меньшаго отклоненія отъ диспозитивнаго срока, говорено было выше, по поводу мнѣнія Staub'a [3]) (см. стр. 192—196).

Невозможность требовать при разногласіи сторонъ о срокѣ доказательствъ всякій разъ отъ истца—мнѣніе Stölzel'я [4])—вытекаетъ изъ тѣхъ соображеній, что въ одномъ и томъ же правоотношеніи сторона, указывающая, положимъ, наименѣе продолжительный срокъ, можетъ оказаться какъ въ положеніи отвѣтчика, такъ и истца: вмѣсто того, напримѣръ, чтобы самовольно выйти изъ правоотношенія и подвергнуться иску по поводу нарушенія срока, она можетъ сама обратиться въ судъ, домогаясь прекращенія обязательственныхъ отношеній и очутиться со своей ссылкой на бо-

---

[1]) Ср. Seuffert, Kommentar zur Civilprozessordnung, къ ст. 262.

[2]) Ср. Knieriem, S. 129—130; иначе—Rosenberg, Archiv, S. 113—114; Seuffert, Kommentar zur Civilprozessordnung, zum Art. 262.

[3]) S. 22.

[4]) Schulung, S. 177—179, Anm. 1.

лѣе короткій срокъ въ положеніи истца. Преслѣдуя тотъ случайный критерій, какой даетъ процессуальное положеніе отвѣтчика или истца, правосудіе, такимъ образомъ, нарушитъ основное правило распредѣленія доказательствъ, по которому onus probandi зависитъ отъ вопроса, кому удобнѣе было запастись доказательствами факта своевременно, а не отъ позиціи аттакующаго или защищающагося на судѣ лица.

Чтобы яснѣе представить себѣ практическую пригодность выставленнаго принципа, анализируемъ отношенія, вытекающія изъ договоровъ имущественнаго найма, какъ одни изъ наиболѣе часто встрѣчающихся въ жизни споровъ по поводу срочныхъ сдѣлокъ. Сказанное будетъ относиться къ договору товарищества, довѣренности, личнаго найма и т. д.

Итакъ допустимъ, что домохозяинъ утверждаетъ въ процессѣ срокъ меньшій, квартирантъ большій. На комъ onus probandi?

Какъ сказано, на той изъ сторонъ, которая основываетъ свои права на болѣе продолжительномъ срокѣ. Это вытекаетъ изъ психологіи подобныхъ контрактовъ, поскольку изъ нея можно сдѣлать выводъ о томъ, какіе изъ своихъ интересовъ обезпечиваетъ доказательствами каждый изъ контрагентовъ, и соотвѣтственно тому, въ подтвержденіе какихъ нарушеній договора можно требовать удостовѣреній отъ одного или другого изъ тяжущихся.

Если мы спросимъ, какова главная цѣль и мотивъ установленія въ такихъ договорахъ срока съ точки зрѣнія интересовъ каждой изъ сторонъ и какой ближе другихъ лежащій стимулъ побуждаетъ контрагентовъ опредѣлять взаимнымъ соглашеніемъ terminus ad quem въ этихъ сдѣлкахъ, то отвѣтъ будетъ таковъ: чтобы каждая изъ сторонъ не прекратила договора *раньше* условленнаго времени. Психологически во вниманіе именно къ этой цѣли и создаютъ свои срочные контракты договаривающіяся лица въ сдѣлкахъ личнаго и имущественнаго найма, товарищества, довѣренности и др. И уже рефлекторнымъ дѣйствіемъ упомянутаго уклада является и тотъ дальнѣйшій выводъ, что и продолжать прежнія отношенія далѣе срока также невозможно безъ обоюднаго согласія: связывая контрагентовъ на извѣстный

періодъ времени, срочная сдѣлка тѣмъ самымъ непремѣнно и развязываетъ ихъ юридически-обязательнымъ образомъ по истеченіи срока; и кто желаетъ удержать оковы, тотъ долженъ доказать, что расторженіе произошло въ противность договору, т. е. раньше срока.

Однимъ словомъ, психологія перечисленныхъ договоровъ учитъ, что намѣренія сторонъ направляются на то, чтобы удержать контрагентовъ въ путахъ обязательства въ теченіе извѣстнаго періода времени, а изъ психологіи этой — то дальнѣйшее слѣдствіе, что можно ожидать отъ каждой опроверженія только тѣхъ правонарушеній, которыя направлены на самовольный уходъ изъ договора до времени, а не на произвольное желаніе удержать за собой договорную позицію послѣ срока. Каждый изъ контрагентовъ соображаетъ, есть ли шансы, что сторона не обманетъ довѣрія раньше срока, и въ случаѣ сомнѣнія житейское благоразуміе совѣтуетъ обезпечить себя противъ вѣроломства письменнымъ контрактомъ, свидѣтелями и тому подобными средствами. Если же сомнѣній по поводу преждевременнаго ухода, наоборотъ, нѣтъ,—напр., собственный эгоистическій интересъ контрагента, какъ это очевидно домовладѣльцу, помѣшаетъ оставить квартиру до срока,—то нѣтъ надобности и запасаться доказательствами: срокъ обезпечиваетъ выгоды скорѣе послѣднему, чѣмъ собственнику помѣщенія. Доказательствами долженъ запасаться квартирантъ. И вдругъ срокъ оказался настолько полезнымъ для квартиранта, что тотъ не желаетъ оставить нанятого дома и послѣ истеченія времени: требовать доказательствъ отъ хозяина, что срокъ былъ короче, неправильно: въ случаѣ преждевременнаго желанія освободиться отъ нанимателя со стороны домовладѣльца, какъ рисуетъ обстоятельства дѣла квартирантъ, ожидать ихъ слѣдуетъ именно отъ усердія послѣдняго.

При чемъ роль истца или отвѣтчика въ процессѣ, повторяю, не даетъ истиннаго критерія для нахожденія обязаннаго къ представленію доказательствъ лица: конечно, чаще обращающійся къ суду есть лицо, утверждающее, что квартирантъ вышелъ изъ договора до срока,—однако небезусловно всегда такъ. Домохозяинъ, вмѣсто того, чтобы отказать жильцу отъ квартиры, заставить его съѣхать и тѣмъ

вынудить къ предъявленію иска, можетъ оказаться самъ въ роли истца, желая добиться очищенія своего дома отъ нанимателя по суду. И если правосудіе, какъ это думаетъ Stölzel, будетъ требовать въ этомъ послѣднемъ случаѣ доказательствъ отъ домовладѣльца, то оно явится подстрекателемъ къ учиненію правонарушеній для домохозяина, такъ какъ, произвольно выйдя изъ договора, онъ очутится въ привилегированномъ съ точки зрѣнія доказываній положеніи отвѣтчика, между тѣмъ, какъ, самъ предъявляя искъ, возьметъ onus probandi на себя.

Характерно, что судебная практика,—нѣмецкая [1]) и наша,— требовала доказательствъ болѣе продолжительнаго срока, на который ссылался отвѣтчикъ въ искахъ собственника къ арендатору объ освобожденіи земельнаго участка или къ квартиранту объ очищеніи квартиры.

И суды мотивировали свой выводъ тѣмъ, что отвѣтчикъ выдвигаетъ ограниченіе безспорно принадлежащаго истцу права требованія на возвратъ владѣнія (нѣмецкая практика) или ограниченіе правъ собственности лица (нашъ Кассаціонный Сенатъ)—и потому несетъ onus probandi.

Выводъ безупреченъ, если отвѣтчикъ не отрицаетъ правъ собственности у противника: въ противоположномъ случаѣ послѣднему придется или брать на себя громоздкій виндикаціонный процессъ, или принимать onus probandi срока въ искѣ изъ обязательственныхъ отношеній [2]).

Интересно мотивированы эти кассаціонныя рѣшенія. 1873 года № 1302: при предъявленіи собственникомъ требованія о прекращеніи владѣнія и пользованія посторонняго человѣка принадлежащимъ ему имуществомъ обязанность доказать основанія, по которымъ онъ считаетъ себя въ правѣ продолжать владѣть и пользоваться тѣмъ имуществомъ, не можетъ не лежать на отвѣтчикѣ: поэтому Съѣздъ правильно осудилъ отвѣтчика, который не доказалъ того, что квартира сдана ему въ наймы на болѣе продолжительный срокъ.

Или рѣшеніе 1874 г. № 37: по смыслу ст. 81 уст. гр. суд. тяжущійся, утверждающій, что ему принадлежитъ какое-

[1]) См. у Rosenberg'a, Archiv, S. 114 Anm. 173.

[2]) Такъ—въ кассаціонномъ рѣшеніи 1879 г. № 225: на искъ изъ договора аренды отвѣтчикъ возразилъ, что онъ самъ собственникъ.

нибудь право въ чужомъ имуществѣ, обязанъ представить доказательства въ подтвержденіе тѣхъ обстоятельствъ, на которыхъ онъ это право основываетъ. И отвѣтчикъ, утверждая, что ему принадлежитъ по такой-то (болѣе продолжительный) срокъ право на пользованіе землею, безспорно составляющею собственность истца, долженъ былъ доказать основаніе этого права [1]).

Обязанности представленія доказательствъ въ договорѣ довѣренности распредѣляются слѣдующимъ образомъ. Допустимъ, что привлекаемый къ отвѣтственности контрагентъ возражаетъ, что, вступая въ сдѣлку, онъ дѣйствовалъ отъ чужого имени, и потому иску не подлежитъ. Здѣсь ссылка отвѣтчика рисуетъ необычное сцѣпленіе обстоятельствъ, указываетъ на сдѣлку, отступающую отъ простой структуры правоотношеній, при которой каждый считается дѣйствующимъ отъ собственнаго имени и отвѣчающимъ за свои дѣйствія лично [2]): поэтому на отвѣтчика и ложится тяжесть представленія доказательствъ.

И опять Betzinger (стр. 349 1-го изд. и стр. 160—2-го), соглашаясь съ общимъ выводомъ, подъ вліяніемъ „теоріи отрицанія“ дѣлаетъ исключеніе въ пользу противоположнаго взгляда для случая, гдѣ отвѣтчикъ выставляетъ себя не пред-

[1]) Точка зрѣнія Rosenberg'a и Stölzel'я допускаетъ еще третій выходъ для собственника: учинить некараемое закономъ стѣсненіе владѣльческихъ отношеній арендатора или жильца (напр.,—прекратить проѣздъ черезъ собственный участокъ къ арендуемому, или отопленіе квартиры), тѣмъ вынудить контрагента къ предъявленію иска и восторжествовать на судѣ, получивъ въ награду за сообразительность выгодную позицію отвѣтчика (по мнѣнію названныхъ авторовъ ссылка отвѣтчика на болѣе продолжительный срокъ есть отрицаніе основныхъ положеній истца, побуждающее послѣдняго къ предъявленію доказательствъ). Не думаю, чтобы законодательная политика, поощряющая такіе пріемы, и теоріи, одобряющія подобные выводы, были цѣлесообразны.

[2]) Ср. *Endemann*, Lehrbuch, S. 498—499: Das Verkehrsvertrauen beruht auf der Pflicht, dass jeder für die abgegebene Willenserklärung persönlich einzutreten hat. *Sattelmacher*, S. 64: „Normal“ ist, dass, wenn zwischen zwei Personen ein Vertrag geschlossen wird, die beiden Vertragsschliessenden auch selbst verpflichtet und berechtigt sein wollen. Dass aber die Wirkungen eines zwischen zwei Parteien abgeschlossenen Vertrages, sofern sie das Geschäft nur namens einer dritten Person abgeschlossen haben, nicht die Kontragenten selbst, sondern die durch sie Vertretenen treffen,

ставителемъ, а простымъ посланцемъ (nuntius): тогда слѣдуетъ квалифицировать его возраженіе, какъ „отрицаніе основаній иска“ (Leugnung des Klagegrundes), какъ оспариваніе самого факта возникновенія договора,—и доказываетъ свои положенія истецъ. Однако точной разграничительной линіи между фактическимъ и юридическимъ представительствомъ провести врядъ-ли возможно,—одинъ видъ переходитъ въ другой отъ едва замѣтныхъ прибавленій и измѣненій [1]); съ другой стороны и разницы никакой между однимъ и другимъ возраженіемъ отвѣтчика усмотрѣть нельзя: въ обоихъ случаяхъ онъ оспариваетъ возникновеніе обязательства у себя, слагая отвѣтственность на представляемаго,—и почему не принять „спора противъ основаній иска“ безразлично и въ первомъ, и во второмъ казусѣ, неизвѣстно.

Если далѣе истецъ обращается со взысканіемъ къ принципалу изъ сдѣлки, совершонной съ его представителемъ, тогда онъ обязанъ доказать право на представленіе у послѣдняго. Однако слѣдуетъ, можетъ быть, различать (чего не дѣлаетъ нѣмецкая литература), какъ далеко зашелъ въ своемъ отрицаніи отвѣтчикъ, привлекаемый въ качествѣ довѣрителя къ суду. Онъ можетъ отрицать всякое право на представленіе у лица, съ которымъ истецъ имѣлъ несчастіе заключать сдѣлку; но онъ можетъ, не отказываясь признавать даннаго контрагента своимъ представителемъ вообще, отрицать у него полномочіе обязываться отъ чужого имени извѣстнаго рода сдѣлкой. Кажется, было бы правильнѣй возложить тяжесть доказыванія во второмъ случаѣ на принципала: онъ выдавалъ полномочіе дѣйствовать отъ своего имени, ему и легче доказать кругъ дѣйствій, къ совершенію которыхъ призванъ представитель. Въ иномъ положеніи третье лицо—истецъ: когда трудно судить о правахъ повѣреннаго изъ внѣшней обстановки, тогда самое большее, что человѣкъ дѣлаетъ, это—заглядываетъ въ довѣренность контра-

ist eine gesetzlich besonders hervorgehobene Abweichung von der Regel und beruht auf einer Ausnahmenorm, dessen thatsächliche Voraussetzungen von demjenigen bewiesen werden müssen, der sich auf dieselben beruft. Sic: *Rosenberg*, S. 121; см. у него др. цитаты. Contra—*R. Schmidt*, S. 445.

[1]) Ср. Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht, 1897, S. 5 Anm. 8 (см. у него же ссылки на другихъ авторовъ) u. S. 55.

гента и изъ ея содержанія узнаетъ кругъ полномочій, которыми тотъ снабженъ; требовать, чтобы осторожный еще списалъ для себя текстъ вѣрительнаго письма, значило бы разсчитывать на квалифицированную внимательность и предусмотрительность.

За то, если отвѣтчикъ, привлекаемый къ суду въ качествѣ принципала, вовсе отвергаетъ у лица, съ которымъ совершалъ сдѣлку истецъ, всякое право обязываться на чужое имя, то необходимость доказать возраженіе: „я не выдавалъ никакой довѣренности“, какъ трудно поддающееся удостовѣренію, не можетъ пасть на мнимаго довѣрителя. При томъ же противоположная законодательная политика могла бы сильно стѣснить оборотъ: вообразите только, что къ вамъ является неизвѣстный и заявляетъ, что отъ вашего имени выданъ векселъ вашимъ пріятелемъ: неугодно ли доказывать по суду, что никакихъ полномочій вы ему не давали! Потомъ, если у васъ не хватаетъ доказательствъ, въ утѣшеніе предоставляется взыскивать вексельную валюту съ добраго пріятеля: и послѣ того, какъ вы докажете, что тотъ дѣйствовалъ отъ вашего имени, а онъ оправдаться, представивъ довѣренность, окажется не въ состояніи, вы выиграете процессъ, хотя и не всегда взыщете убытки.

Но не лучше ли имѣть съ мнимымъ представителемъ дѣло векселепринимателю: тотъ хоть въ чемъ-нибудь провинился передъ правооборотомъ—невнимательно, не потребовавъ довѣренности, повѣрилъ полномочіямъ того, кто выдалъ отъ чужого имени обязательство, и проч. А для псевдодовѣрителя ихъ кредитная сдѣлка въ полномъ смыслѣ слова—res inter alios acta.

Могутъ получиться далѣе и другія комбинаціи въ спорѣ изъ договора довѣренности. Напримѣръ, отвѣтчикъ ссылается на то, что истецъ дѣйствовалъ не за себя, а отъ чужого имени,—или: истецъ желаетъ реализовать сдѣлку, заключенную на его имя представителемъ, а отвѣтчикъ утверждаетъ, что его контрагентъ выступалъ въ сдѣлкѣ самостоятельнымъ лицомъ: въ обоихъ случаяхъ onus probandi на той сторонѣ, которая на представительство ссылается [1]).

[1]) Sic: Rosenberg, S. 120; Sattelmacher, S. 64; contra—R. Schmidt, S. 445; Weismann, S. 125.

Однако во всѣхъ перечисленныхъ случаяхъ тяжущемуся для осуществленія своей обязанности установить представительство достаточно будетъ доказать одинъ фактъ: что контрагентъ дѣйствовалъ не отъ своего имени; а что онъ не вышелъ изъ предѣловъ полномочія, это предполагается, пока противное не доказано представителемъ или принципаломъ, желающими объявленія по этой причинѣ сдѣлки недѣйствительной [1]).

Казусъ на стр. 114—115 разрѣшается Rosenberg'омъ по моему неправильно. Маклеръ требовалъ вознагражденія по суду, утверждая, что таковое было ему обѣщано, если переговоры относительно сдѣлки будутъ окончены при его посредничествѣ къ выгодѣ для отвѣтчика,—что и случилось. Но отвѣтчикъ отрицаетъ условіе истца, выдвигая другое: если заключенная сдѣлка реализуется безъ всякихъ затрудненій (для пользовавшагося услугами контрагента). Rosenberg возлагаетъ onus probandi на отвѣтчика, который указываетъ на отступленіе отъ § 652 германскаго гражданскаго уложенія, устанавливающаго право на вознагражденіе для маклера, если сторона пользовалась его услугами въ переговорахъ съ контрагентомъ.

Однако законъ не указываетъ на дальнѣйшее условіе, созданное по словамъ истца добровольнымъ соглашеніемъ сторонъ: „если условія заключенной сдѣлки будутъ выгодными для отвѣтчика“. Эту добавочную оговорку долженъ былъ бы установить истецъ,—такъ какъ она отрицается отвѣтчикомъ, хотя не просто (negatio simplex), а съ указаніемъ на иное содержаніе условія (negatio per positionem alterius): „если сдѣлка будетъ исполнена контрагентомъ безъ всякихъ осложненій“. Такимъ образомъ, доказывать истинное содержаніе договора придется истцу: такъ, повидимому, и разрѣшилъ казусъ Reichsgericht [2]).

---

[1]) Къ нашей точкѣ зрѣнія приближается Rosenberg, возлагая onus probandi по поводу „особыхъ ограниченій полномочія“ или прекращенія договора довѣренности до заключенія спорной сдѣлки на представителя или принципала, утверждающихъ это на судѣ. См. Archiv, S. 120—121.

[2]) См. цитату у Rosenberg'a, S. 115 Anm. 174 (Seuffert's Archiv, Bd. 44 Nr. 4: Bolze, Bd. VI Nr. 1042).

Купля „на пробу“ или „если понравится“ есть условная сдѣлка; однако можетъ быть заключена и подъ отлагательнымъ условіемъ, такъ что договоръ будетъ окончательно состоявшимся лишь, когда договоръ получитъ одобреніе,—и подъ отмѣнительнымъ, расторгаясь вслѣдствіе неодобренія его покупателемъ. Германское уложеніе въ § 495 выставляетъ презумпцію, по которой in dubio сдѣлку слѣдуетъ толковать въ пользу суспензивнаго условія; кажется, что къ тому же выводу слѣдуетъ прійти, разсуждая просто съ точки зрѣнія чистой теоріи. При суспензивномъ условіи покупатель обязуется вступить въ договоръ въ будущемъ, при резолютивномъ—вступаетъ немедленно, но имѣетъ право отступиться впослѣдствіи: по смыслу контроверзы на комбинацію перваго рода будетъ ссылаться отвѣтчикъ-покупатель,—эти условія менѣе для него тягостны; a in dubio pro debitore,—значитъ, резолютивный характеръ купли доказываетъ продавецъ [1]).

Если въ силу особаго соглашенія между контрагентами молчаніе покупателя по поводу неподходящихъ качествъ пробнаго товара обозначаетъ согласіе на сдѣлку, тогда свое заявленіе о противномъ по предыдущему доказываетъ отвѣтчикъ-покупатель [2]).

Отвѣтчикъ обязанъ доказывать ссылки на свое право отступиться отъ договора: безусловное или въ зависимости отъ неисполненія противной стороной ея договорныхъ обязанностей; ссылку на lex commissoria [3]), pactum displicentiae [4]), in diem addictio [5]), pactum reservati dominii [6]) и т. д.

Затѣмъ, всякія побочныя соглашенія, на которыя ссылается сторона,—поскольку они придаютъ сдѣлкѣ необыч-

---

[1]) Rosenberg, S. 117.

[2]) Также и по герм. праву: Rosenberg, S. 117.

[3]) Право признать куплю ничтожной въ случаѣ, если покупная цѣна не будетъ выплачена сполна въ срокъ.

[4]) Право объявить договоръ незаключеннымъ, если найдетъ купленную вещь не подходящей.

[5]) Право уничтожить договоръ, если въ теченіе извѣстнаго срока получитъ болѣе выгодное предложеніе заключить сдѣлку.

[6]) Право сохранить, не взирая на передачу, вещь на правахъ собственности впредь до уплаты покупной цѣны.

ный и отступающій отъ простой формы видъ, доказываетъ также тотъ, кто ихъ выдвигаетъ: напримѣръ, что при дареніи, наслѣдствѣ или отказѣ указанъ опредѣленный modus, цѣль и проч. Положимъ, отвѣтчикъ, признавая, что хотѣлъ дать взаймы истцу, утверждаетъ, что обѣщался открыть тому кредитъ только для постройки дома; онъ и обязанъ доказать эту своеобразную форму заемныхъ отношеній [1]).

Если покупатель оспариваетъ въ процессѣ, чтобы соглашеніе имѣло своимъ объектомъ ту самую вещь, которую желаетъ видѣть проданной истецъ, то onus probandi ложится на продавца: въ виду отрицанія отвѣтчикомъ essentialia купли-продажи нельзя признать истца обосновавшимъ свой искъ въ достаточной степени. Поэтому, если въ процессѣ о проданной виллѣ отвѣтчикъ-покупатель, предъявляя exceptio non adimpleti contractus, указываетъ на то, что вмѣстѣ съ виллой купилъ и долженъ получить также меблировку и библіотеку, то доказывать противное призванъ будетъ истецъ [2]).

Если же продавцу удалось бы установить, что по условію покупатель пріобрѣлъ земельный участокъ со всѣмъ живымъ и мертвымъ инвентаремъ, тогда Rosenberg [3]) желаетъ перемѣстить тяжесть представленія доказательствъ на покупателя, который говоритъ, что ему переданы не всѣ запасы вина или сѣна, не всѣ земледѣльческія орудія, и т. д. Я считаю подобное мнѣніе неправильнымъ. Пока споръ шелъ о текстѣ соглашенія, onus probandi падалъ на истца; здѣсь — ему удалось доказать текстъ: „покупаю землю со всѣмъ живымъ и мертвымъ ея инвентаремъ“, а фактъ надлежащаго исполненія своихъ обязанностей по договору, содержаніе котораго извѣстно, доказываетъ по общимъ правиламъ обязанное лицо, т. е. продавецъ.

Бремя представленія соотвѣтствующихъ доказательствъ ложится на того изъ контрагентовъ, который утверждаетъ, что по договору были условлены особыя качества предмета, служившаго объектомъ сдѣлки. Это потому, что naturale въ такихъ правоотношеніяхъ—вещи средняго достоинства, съ

---

[1]) Sic: Rosenberg, S. 119, который ссылается на Beckh'a, S. 177.

[2]) Sic: Rosenberg, S. 127; contra—Betzinger, 2-te Aufl., S. 165—166.

[3]) S. 128.

тѣми обычными свойствами, которыхъ требуетъ отъ нихъ оборотъ, какъ существенное условіе ихъ полезности и признакъ, исчерпывающій все ихъ назначеніе.

Законъ можетъ и не содержать диспозитивной статьи указаннаго содержанія; но требованіе, чтобы циркулирующія въ оборотѣ вещи обладали in dubio тѣми качествами, изъ-за которыхъ оборотъ именно и считаетъ ихъ цѣнными, какъ мѣновыя величины,—вытекаетъ изъ самой природы этихъ послѣднихъ. Однако различныя категоріи вещей одного названія могутъ по воззрѣніямъ оборота различаться одна отъ другой настолько значительно, что не имѣютъ между собой ничего ровно общаго, кромѣ уцѣлѣвшаго термина, который указываетъ на общія историческія воспоминанія. Поэтому, когда на требованіе доставить партію купленнаго кофе-мокко продавецъ отвѣчаетъ готовностью предложить истцу ячменное кофе, на требованіе шампанскаго Редереръ отвѣтчикъ желаетъ удовлетворить русскимъ донскимъ шампанскимъ, и т. д., тогда нельзя видѣть въ заявленіяхъ сторонъ ссылки на особыя качества того или другого продукта, но просто взаимное разногласіе по поводу купленнаго объекта [1]).

Въ двухстороннемъ договорѣ каждый изъ контрагентовъ долженъ запастись доказательствами обязанностей своего соучастника по сдѣлкѣ и того факта, что онъ въ свою очередь исполнилъ лежащія на немъ дѣйствія, какъ слѣдуетъ. Тогда истецъ, установивъ кромѣ того еще и характеръ сдѣлки, которая была между ними заключена, можетъ предъявлять свой искъ къ отвѣтчику, на exceptio non adimpleti contractus возражая въ репликѣ или отрицаніемъ тѣхъ обязанностей, на немъ будто бы лежащихъ, на которыя указываетъ противникъ [2])—или доказательствами исполненія ихъ, какъ того требуетъ договоръ [3]).

---

[1]) Sic: Rosenberg, S. 131—132; см. у него ссылку на Lehmann'a, Nr. 5 zu § 378 H. G. B.

[2]) Поскольку подобное отрицаніе способно по общимъ началамъ распредѣленія доказательствъ возложить onus probandi на противника.

[3]) Betzinger, S. 165—166; ср. Sattelmacher, S. 69.

Въ самомъ дѣлѣ: исполненіе доказываетъ та сторона, которая его предпринимаетъ; поэтому фактъ совершенія опредѣленныхъ дѣйствій, которыя онъ квалифицируетъ, какъ исполненіе, доказываетъ истецъ, когда противникъ выдвигаетъ противъ—exceptio non adimpleti contractus. Съ другой стороны, содержаніе оспариваемаго отвѣтчикомъ договора доказываетъ по общему правилу истецъ (поскольку должникъ не ссылается на „особыя отклоненія“ отъ типичной конфигураціи сдѣлки): отсюда онъ обязанъ оправдать совершонное имъ исполненіе обязательства съ точки зрѣнія соотвѣтствующихъ статей даннаго контракта.

Однако германская юриспруденція давно уже выработала презумпцію, заимствуя ее еще изъ римскихъ источниковъ [1]). Адоптированная сперва въ кодификаціяхъ торговаго права въ частномъ случаѣ [2]),—доставки пересылаемыхъ продавцомъ покупателю товаровъ [3]),—презумпція перешла и въ германское гражданское уложеніе съ обобщеннымъ уже содержаніемъ [4]). Она говоритъ слѣдующее: если исполненіе принято безпрекословно кредиторомъ, то предполагается отсутствіе недостатковъ: а если бы таковые оказались, то подтвердить ихъ существованіе лежитъ уже на обязанности замѣтившаго ихъ впослѣдствіи отвѣтчика [5]).

---

[1]) Вопросъ спорный; см. у Leonhard'a, S. 370. Нѣкоторые изъ нѣмецкихъ ученыхъ признавали ея дѣйствіе еще до появленія герм. уложенія, выводя „юридическое предположеніе“ изъ общихъ принциповъ: таковы, напримѣръ, Dernburg, Pandekten, Bd. 2 (1892), S. 60; André, Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, 1890, S. 51 ff. (цитирую по Leonhard'y, S. 376 Anm. 2).

[2]) См. объ этомъ—Riesser, Der Einfluss Handelsrechtlichen Ideen, 1894, S. 28 Anm. 3.

[3]) По поводу желѣзно-дорожной перевозки она попала и въ нашъ Общій Уставъ, ст. 103.

[4]) Ст. 363: „послѣ того, какъ кредиторъ принялъ въ качествѣ исполненія обязательства удовлетвореніе, предложенное ему въ видахъ исполненія, на него падаетъ бремя доказательства, если онъ будетъ отказываться признать за учиненнымъ удовлетвореніемъ значеніе исполненія потому, что оно составляетъ не то удовлетвореніе, которое ему слѣдовало, или что оно было недостаточно“.

[5]) Въ такомъ же смыслѣ наниматель, жалуясь въ судѣ на невозможныя условія существованія въ квартирѣ, долженъ доставить доказательства: потому что осматривалъ нанимаемое помѣщеніе заранѣе и долженъ былъ замѣтить недостатки, если бы таковые существовали.

Raison d'être названной презумпціи состоитъ въ слѣдующемъ. Когда объектъ исполненія переходитъ во владѣніе адресата, то становится вещью изъ его имущества (in bonis), почему этому лицу и удобнѣе запастись доказательствами ея недостаточной доброкачественности. Поэтому уже одному правосудіе могло бы требовать доказательствъ отъ новаго владѣльца. Съ другой стороны, констатированіе замѣченныхъ недостатковъ до момента принятія вещи въ новое владѣніе дѣлаетъ вопросъ о происхожденіи таковыхъ весьма яснымъ и не возбуждающимъ сомнѣній: кредиторъ въ правѣ не принимать исполненія съ дефектами,—periculum debitoris, если недостатки были. Но когда исполненіе принято и недочеты обжалованы лишь впослѣдствіи, то для правосудія открывается въ высшей степени мудреный вопросъ: не произошла ли порча по винѣ самого новаго владѣльца, какъ обыкновенно обвиняетъ его должникъ. Если бы въ тотъ рѣшающій и единственный моментъ, когда дѣло могло получить непререкаемую ясность,—въ моментъ принятія исполненія,—кредиторъ тщательнѣй отнесся къ своимъ собственнымъ интересамъ, uti bonus paterfamilias, если бы не отказался выяснить вопросъ, пока не было еще поздно, то истина была бы открыта просто и легко; а теперь, принявъ вещь въ свое владѣніе, онъ далъ противъ себя поводъ для основательныхъ подозрѣній и нареканій, отъ которыхъ трудно и защищаться [1]),—упустивъ время и затемнивъ дѣло, онъ самъ же запуталъ правосудіе,—самъ же обязанъ и привести вопросъ въ ясность.

Принявъ подобную мотивацію названной презумпціи, легко дать отвѣтъ и на тѣ недоумѣнія, которыя указываетъ Leonhard, критикуя постановленія германскаго уложенія, включившаго въ статьѣ 363 интересующее насъ правило въ число законныхъ предположеній. „Одно фактическое принятіе (исполненія) не значитъ ничего. Ибо покупатель принимаетъ иногда товары только для того, чтобы получить владѣніе. Его дальнѣйшія намѣренія могутъ быть совершенно иными. Поэтому къ принятію владѣнія должно присоединиться еще какое-нибудь заявленіе. „Признаніемъ“ принятіе квалифицировать еще нельзя; такъ какъ тогда труд-

[1]) Sua sententia damnatur.

но было бы отличить данный случай отъ признанія въ собственномъ смыслѣ, какъ сдѣлки. Вѣрнѣе, что въ принятіи не заключается ничего больше, какъ чисто фактическое показаніе принявшаго, что исполненіе послѣдовало въ ожидаемомъ порядкѣ (ordnungsmässig): собственное свидѣтельство—и только. Какъ вообще внѣ-судебныя признанія, оно имѣетъ силу на основаніи правилъ объ оцѣнкѣ доказательствъ противъ сдѣлавшаго его“ [1]). Онъ долженъ опровергнуть свидѣтельства, которое его дѣйствія даютъ противъ него самого, показывая въ пользу одобреннаго исполненія. Такой выводъ основывается по общему правилу на соображеніяхъ вѣроятности; сюда присоединяются и требованія справедливости. Но гдѣ обѣ отмѣченныхъ точки зрѣнія неприложимы, тамъ и принятіе исполненія не оправдываетъ никакого вывода. Поэтому, вопросъ разрѣшается въ каждомъ случаѣ въ зависимости отъ конкретныхъ обстоятельствъ.

Принявшій исполненіе не могъ сразу замѣтить недостатковъ или же сдѣлалъ оговорку, что не станетъ осматривать вещи теперь, откладывая это на послѣдующее время: примѣнима ли къ даннымъ случаямъ указанная презумпція? Leonhard, уклоняясь отъ категорическаго отвѣта, ставитъ разрѣшеніе казуса въ зависимость отъ конкретной обстановки [2]); съ нашей точки зрѣнія проблема разбирается такимъ образомъ: незамѣтные недостатки, если только принявшій докажетъ на судѣ ихъ характеръ, устраняютъ дѣйствіе презумпціи. Если бы кредиторъ и старался въ моментъ принятія осматривать доброкачественность вещи, uti bonus paterfamilias, его усилія не могли бы послужить ни къ чему,—его винить за упущеніе возможности разъяснить дѣло, за нежеланіе придти на помощь правосудію,—неосновательно. Такимъ образомъ, при безспорности ненадлежащаго исполненія въ настоящее время, остается темнымъ вопросъ, было ли оно такимъ прежде, или же недостатки получились впослѣдствіи (по винѣ или безъ вины новаго хозяина): но тогда доказать доброкачественность исполненія долженъ тотъ, кто ее утверждаетъ. Рѣчь идетъ о его собственномъ дѣйствіи съ одной стороны, и объ

---

[1]) S. 374.

[2]) S. 375.

исполненіи, доказать которое по общему правилу обязанъ должникъ, съ другой.

Еще случай: кредиторъ принимаетъ исполненіе,—однако съ заявленіемъ, что откладываетъ осмотръ, сохраняя за собой право неодобренія во всякое время. Здѣсь дѣло зависитъ отъ согласія должника. Послѣдній имѣетъ право требовать осмотра немедленно; но, быть можетъ, уже запасся безспорными доказательствами безупречности исполненія, не страшится передать владѣніе кредитору и подвергнуть вещь риску послѣдующей порчи съ опасностью своего безсилія установить на судѣ, что дефекты произошли только впослѣдствіи: ничто не мѣшаетъ ему тогда поступиться своей выгодной позиціей въ процессѣ и подарить противнику срокъ осмотра вмѣстѣ съ презумпціей одобреннаго принятія. Однако, обстоятельства дѣла могутъ устранять предположеніе о жертвѣ, дѣлая съ другой стороны и для кредитора неизбѣжнымъ принятіе безъ предварительнаго контроля: положимъ, исполненіе было доставлено при такихъ условіяхъ, что осмотръ являлся невозможнымъ за позднимъ временемъ, а отказъ въ принятіи грозилъ бы должнику убытками. Тогда съ принятіемъ снова не связывается презумпція одобренія.

Совершенно правильное разъясненіе было дано по иску кредитора къ поручителю въ нашей судебной практикѣ (касс. рѣшеніе 1870 г. № 1467).

При взысканіи съ поручителя не истецъ долженъ доказывать наступленіе обстоятельствъ, обусловливающихъ отвѣтственность поручителя (неполную получку денегъ съ главныхъ должниковъ), но этотъ послѣдній, возражая противъ иска, долженъ доказать ненаступленіе фактовъ, которые бы могли сдѣлать обращеніе къ нему иска правомѣрнымъ. Правильное рѣшеніе [1]), потому что, если кредитору трудно доказывать неисполненіе обязательства въ искѣ къ главному должнику, то не менѣе трудно и въ искѣ къ поручителю; а послѣдній, чтобы доказать исполненіе, можетъ всегда привлечь къ дѣлу главнаго должника въ видѣ третьяго лица: должникъ будетъ доказывать исполненіе, и въ случаѣ, если не докажетъ, подвергнется иску о регрессѣ со стороны

---

[1]) Такъ же—Beckh, S. 236.

поручителя, вынужденнаго все-таки удовлетворить сперва кредитора изъ собственныхъ денегъ.

На истцѣ, согласно кассаціонному разъясненію 1870 г. за № 101 лежитъ обязанность доказать, что преклюзивный срокъ, установленный закономъ для предъявленія извѣстныхъ исковъ, не пропущенъ имъ: въ данномъ случаѣ, что владѣльческій искъ предъявленъ у мирового судьи въ теченіе 6-тимѣсячнаго срока, а не 3 года спустя, какъ утверждали отвѣтчики [1]). Въ другомъ рѣшеніи истецъ доказываетъ, что имъ не пропущена исковая давность (1870 г. № 1282).

Такимъ образомъ Сенатъ не проводитъ здѣсь разграниченія между возраженіемъ о давности, ссылку на которую, какъ это установлено и въ нѣмецкой [2]), и во французской наукѣ, доказываетъ отвѣтчикъ [3]),—и пропускамъ преклюзивнаго срока, гдѣ onus probandi подчиняется особымъ началамъ. Хотя мнѣніе по поводу послѣдней проблемы еще не установилось въ наукѣ, однако правильнымъ, кажется, слѣдуетъ признать слѣдующій взглядъ Rosenberg'a [3]): истеченіе срока, какъ условіе, отрицательно дѣйствующее на возникновеніе права и при томъ условіе особаго порядка, наступленіе котораго, т. е. пропускъ срока, лишаетъ истца правъ, an und für sich принадлежащихъ ему по мнѣнію законодателя, доказываетъ отвѣтчикъ, или, чтобы выразиться общѣе, сторона, ссылающаяся на это исключительное условіе погашенія правъ. Но совершеніе того дѣйствія (судебнаго, какъ во многихъ случаяхъ), которое по закону должно произойти въ предѣлахъ преклюзивнаго срока, чтобы воспрепятствовать погашенію права, гораздо легче установить самому дѣятелю [5]): поэтому противнику достаточно доказать, 1) на какой именно пунктъ вре-

---

[1]) Точно также въ рѣш. за 1871 г. № 1216: на истцѣ „лежитъ доказать какъ справедливость своего требованія, такъ и самое право на искъ, особливо когда это право опредѣлено и ограничено закономъ".

[2]) Communis opinio: см. напр., Endemann, Lehrb., S. 499 Anm. 33.

[3]) Die Beweislast, S. 143—144.

[4]) Нѣсколько иначе—Wach, Z. f. C. P., Bd. 29 (1901) S. 391—392; Betzinger, 2-te Aufl., S. 174; Endemann, S. 489 Anm.

[5]) Leonhard, S. 183.

мени приходится тотъ моментъ, съ котораго теченіе срока начинается, и 2) истеченіе срока въ настоящее время [1]).

Тогда другая сторона будетъ обязана установить, что соотвѣтствующее дѣйствіе было ею осуществлено въ предѣлахъ намѣченнаго періода.

Итакъ, въ кассаціонномъ дѣлѣ 1870 года № 101 отвѣтчикъ долженъ былъ бы удостовѣрить, когда осуществилось нарушеніе владѣнія: и если бы оказалось, что три года назадъ, истцу пришлось бы доказывать, что искъ былъ имъ поданъ въ теченіе первыхъ шести недѣль послѣ правонарушенія,—или, что уже разумѣется само собой, опровергать отвѣтчика, отстаивая болѣе поздній моментъ спорнаго событія.

Позднѣе Сенатъ отказался отъ своего взгляда на onera probandi въ спорѣ о давности, установивъ, что ссылку на нее доказываетъ сторона, которая выводитъ отсюда свои права. См. рѣшенія за 1875 годъ №№ 155, 186, 256; 1876 г. № 28; 1882 № 91. За то перерывъ владѣнія въ спорный двухъ-лѣтній промежутокъ долженъ былъ устанавливать replicando истецъ (1876 г. № 28) [2]): и справедливо, такъ какъ непрерывность, какъ нѣчто неопредѣленное, безбрежное и лишенное конкретныхъ очертаній, доказывать на судѣ противнику было бы совершенно немыслимо. По поводу иско-

---

[1]) Нашъ законодатель придерживается такой системы распредѣленія доказательствъ въ статьѣ 1550 X т. 1 ч.: „Въ тѣхъ случаяхъ, когда должникъ уплачиваетъ часть долга, а контрагентъ выполняетъ часть принятой на себя обязанности и послѣ назначенныхъ сроковъ, подтверждая тѣмъ дѣйствительность выданныхъ обязательствъ, началомъ давности считается первый день послѣ того, въ который сдѣлана позднѣйшая уплата или выполненіе обязанности, если при томъ будутъ доказательства, что уплата или выполненіе обязанности произведены дѣйствительно до истеченія давности".

Обстановка казуса такова: отвѣтчикъ возражаетъ, что обязательство его покрыто давностью, истецъ указываетъ replicando на то, что теченіе давности слѣдуетъ считать съ позднѣйшаго момента, когда должникъ выполнилъ часть своего обязательства: на обязанности истца лежитъ доказать при этомъ, что частичное выполненіе послѣдовало до истеченія 10-лѣтняго срока. Значитъ, разногласіе по вопросу о томъ, къ какому моменту относить частичное исполненіе и вмѣстѣ—начало теченія новаго срока: probatio est actoris.

[2]) Sic: Betzinger, 2-te Aufl., S. 174; Leonhard, Die Beweislast, 1904, S. 182.

вой давности см. въ томъ же смыслѣ рѣш. 1882 года № 11. Въ рѣшеніи 1900 года № 17 истеченіе давностнаго срока, погашавшее долгъ, должна была доказывать сторона, которая ссылалась на давность; перерывъ давности—replicando—противникъ (ср. еще рѣш. 1877 года № 242).

Исполненіе обязательства доказываетъ должникъ: доказываетъ и наличность обстоятельствъ, помѣшавшихъ ему „исполнить". Напримѣръ,—вслѣдствіе уничтоженія не по его винѣ самого предмета договора [1]). Въ кассаціонномъ рѣшеніи 1871 года № 428 должникъ былъ признанъ обязаннымъ доказывать, что истребленъ пожаромъ лѣсъ, изъ котораго онъ подрядился поставлять истцу дрова.

По разъясненію Сената, о которомъ упоминается въ рѣшеніи 1874 года № 302 [2]), mora creditoris—уклоненіе домохозяина отъ полученія наемной платы—доказываетъ отвѣтчикъ, желая устранить отъ себя тѣ невыгодныя послѣдствія, которыя по контракту влекла за собой несвоевременная уплата квартирныхъ денегъ.

Рѣшеніе представляется правильнымъ, такъ какъ исполненіе договора имѣетъ доказать отвѣтчикъ, располагая всѣми для того данными,—равнымъ образомъ—и уклоненіе отъ исполненія: въ его власти запастись для того свидѣтелями, при которыхъ онъ сталъ бы предлагать кредитору уплату; наконецъ, по ст. 2055 X т. 1 ч. ему дано право представить платежную сумму въ судебное мѣсто (depositio) и тѣмъ избавиться отъ послѣдствій своей невольной просрочки. А истцу при иномъ примѣненіи 366 ст. уст. пришлось бы доказывать „неисполненіе" отвѣтчикомъ обязательства въ срокъ, что является въ большинствѣ случаевъ недоступной для удостовѣренія темой [3]).

Можетъ быть, наиболѣе частый, почти ежедневно совершаемый въ оборотѣ каждымъ изъ насъ видъ купли-продажи, есть такъ назыв. Baarkauf, — купля-продажа, реали-

---

[1]) Такъ же: Rosenberg, Beweislast, S. 130; Wach, Z. f. C. P., Bd. 29 (1901) S. 390; Endemann, S. 499 Anm. 33; Betzinger, 2-te Aufl., S. 170.

[2]) Разъясненію, подтвержденному въ рѣш. 1874 г. № 302.

[3]) Sic: Endemann, S. 500 Anm. 37; Rosenberg, Beweislast, S. 81; Wach, Z. f. C. P., Bd. 29 (1901) S. 390. См. интерпретацію русскаго права на стр. 83 (примѣч. 1) настоящей работы.

зуемая немедленно. Сущность таковой состоитъ въ томъ, что сторона одновременно платитъ деньги и получаетъ покупаемую вещь. Stölzel [1]) (на стр. 148 пр. 1) совершенно правъ, говоря, что послѣ состоявшейся сдѣлки на контрагентахъ не остается главныхъ обязанностей, связанныхъ съ природою договора: передать вещь, заплатить стоимость (обязательства второго порядка, напр.—отвѣтственность по очисткѣ, само собою сохраняются въ силѣ). Сдѣлки этого рода совершаются въ общежитіи ежеминутно: покупка билета въ кассѣ театра или желѣзной дороги [2]), покупка кушаній и напитковъ на вокзалѣ [3]), газеты у разнощика, овощей съ лотка у торговки, и т. п.

Особенный характеръ этихъ сдѣлокъ заключается въ томъ, что стороны лучшее обезпеченіе своихъ правъ видятъ въ немедленной реализаціи и прекращеніи отношеній. Странно было бы требовать отъ нихъ, чтобы та или другая подумала и позаботилась о доказательствахъ въ будущемъ процессѣ,—и противоестественный ригоризмъ въ этомъ направленіи правопорядка все равно не привелъ бы ни къ какой цѣли: такія сдѣлки продолжали бы заключаться неформально и безъ всякихъ слѣдовъ въ видѣ instrumenta probationis; только единственнымъ средствомъ спасенія у отвѣтчиковъ сдѣлалась бы ложь, именно—отрицаніе договора. Въ самомъ дѣлѣ, если бы трактовать сдѣлки Zug um Zug по обычному масштабу, то отвѣтчикъ-покупатель долженъ бы былъ доказывать свой платежъ; но на это у него нѣтъ и не можетъ быть данныхъ. Или, предъяви искъ не продавецъ, а покупщикъ—первый оказался бы въ невыгодной позиціи, не имѣя въ большинствѣ случаевъ доказательствъ въ рукахъ (кромѣ случайныхъ свидѣтелей

---

[1]) Schulung f. d. Civ. Praxis.

[2]) Если не видѣть въ получаемой карточкѣ „квитанціи“, какъ это дѣлаетъ Stölzel (S. 147, 165 и XV—XVI); contra—согласно тексту (т. е., признавая сдѣлку заключенною неформально)—Staub, S. 29—27; для вопроса о доказываніи споръ, впрочемъ, не имѣетъ значенія: оба автора согласно возлагаютъ onus probandi на истца, — первый, такъ какъ отвѣтчикъ представилъ квитанцію въ платежѣ,—второй, основываясь на Erfahrungssatz, что покупка билета происходитъ не иначе, какъ съ немедленной уплатой денегъ.

[3]) Betzinger, 2-te Aufl., S. 167 u. Anm.

прикащиковъ, если интересующая насъ сдѣлка состоялась въ магазинѣ).

Однимъ словомъ, ясно, что при такихъ сдѣлкахъ примѣнять общіе принципы неправильно: такъ какъ поведеніе контрагентовъ разсчитано на то, что исковыхъ требованій изъ договора не возникнетъ, то и правила о распредѣленіи доказательствъ слѣдуетъ пріурочивать къ указаннымъ тенденціямъ; поэтому, продавецъ, выступая съ необычнымъ требованіемъ,—при остановкѣ когда искъ представляетъ что-то маловѣроятное,—долженъ доказывать все: и возникновеніе купли, и экстра-ординарное неполученіе платежа. Съ выводомъ согласны обѣ теоріи: „отрицанія“ [1]) и „возраженія“ [2]),—однако, если ссылка на Baarkauf, на сдѣлку съ немедленной реализаціей, заставляетъ истца доказывать отсутствіе платежа [3]), не воспользуются ли удобнымъ возраженіемъ злостные отвѣтчики, не сдѣлается ли указаніе на куплю Zug um Zug излюбленнымъ средствомъ не платить своихъ долговъ? Betzinger принимаетъ ссылку отвѣтчика лишь тогда уважительной, „если послѣднему придутъ на помощь показанія опыта, что подобнаго рода купли обыкновенно совершаются только Zug um Zug“ [4]).

Значитъ, рѣшающій голосъ принадлежитъ житейскому обычаю, который дѣлитъ всѣ купли-продажи на два сорта: такія, которыя обыкновенно заключаются подъ условіемъ немедленнаго платежа денегъ и полученія вещей, и такія, гдѣ подобнаго обыкновенія не существуетъ. Сдѣлки только перваго разряда являются привилегированными для отвѣтчика въ смыслѣ полнаго освобожденія его отъ доказательствъ. Stölzel, кажется, усвояетъ означенное дѣйствіе возраженію отвѣтчика: „überhaupt bei jeder Geltendmachung eines Baar-

[1]) Römer, Z. f. Handelsrecht, Bd. 23, S. 44 и Archiv f. Civil. Praxis, B. 62, S. 180—181; Bähr, Urtheile des Reichsgerichts, 1883, S. 34—35; Stölzel, Z. f. C. P., Bd. 22, S. 554—555; Schulung, S. 148 Anm. 1; Endemann, Lehrb., S. 500 Anm. 34; Litten, Krit. Vierteljahresschrift, Bd. 9, S. 300.

[2]) Betzinger, 1-te Aufl., S. 366—367; 2-te Aufl., S. 167; Rosenberg, Beweislast, S. 102 - 103.

[3]) Или сдѣлку въ кредитъ: Weismann, Lehrbuch des Civilprozessrechts, 1903, S. 124—125.

[4]) S. 367; ср. S. 167 (2-го изд.); также Rosenberg, Beweislast, S. 102—103.

kaufs oder wenigstens bei gewissen Geschäften des täglichen Kleinverkehrs“ (повседневнаго мелкаго оборота). Первая половина его формулы вручила бы отвѣтчикамъ удобное и опасное орудіе противъ истцовъ, а принятіе второй однородно съ предложеніемъ Betzinger'a. Иного выхода дѣйствительно и не можетъ быть, хотя неудобства такого порядка вещей отлично рисуетъ самъ Stölzel (стр. 55 прим.), дѣлая (по другому, правда, поводу) замѣчаніе по адресу Staub'a: отмѣтимъ „то практическое неудобство, что отсутствуетъ всякая норма, которая бы отграничивала одни объекты купли подъ первую, другія подъ вторую категорію“,—т. е. относила бы Baarkauf къ числу обычной конфигураціи сдѣлокъ съ одними объектами и не относила съ другими. Onus probandi („потеря на половину процесса“) „не можетъ зависѣть отъ того, что судья A считаетъ сдѣлки съ товаромъ X обычно заключаемыми Zug um Zug, а судья B—совершаемыми безъ немедленной реализаціи отношеній [1]). Въ интересахъ прочности правопорядка такой теоріи слѣдуетъ предпочесть ту, которая допускаетъ (хотя однобокую, но) [2]) послѣдовательность“.

Какъ старался я доказать на стр. 46—47 настоящей работы, въ искѣ о вознагражденіи за причиненные вредъ и убытки не истецъ доказываетъ отсутствіе случая, а наоборотъ отвѣтчикъ отсутствіе вины на своей сторонѣ.

Въ этомъ смыслѣ неоднократно высказывался и Кассаціонный Сенатъ, хотя и не безъ уклоненій въ противоположную сторону. Такъ, въ рѣшеніи 1870 г. № 1132 правонарушитель былъ признанъ обязаннымъ доказывать, что убилъ животное, принадлежавшее истцу, случайно или въ видахъ необходимой обороны.

Тотъ же принципъ проводится въ рѣшеніи 1871 года № 1125, гдѣ отвѣтчикъ доказывалъ стеченіе обстоятельствъ, которыхъ онъ, причинившій вредъ и убытки, предотвратить не могъ,—въ рѣшеніи 1876 г. № 114, гдѣ отвѣтчикъ дол-

---

[1]) Между тѣмъ, отсутствіе точной разграничительной линіи въ ученіи о распредѣленіи доказательствъ есть самый тяжкій упрекъ для всякой системы, предлагающей тотъ или иной критерій (Litten, l. c., S. 303).

[2]) Вставка наша.

женъ былъ удостовѣрить, что фактъ произошелъ безъ всякой вины или неосторожности съ его стороны,—въ рѣшеніи 1879 года № 352, гдѣ отвѣтчикъ долженъ была установить отсутствіе вины въ разрывѣ водопроводной трубы на сторонѣ общества,—въ рѣшеніи 1879 года № 66, гдѣ предполагалась вина „господъ и вѣрителей“ въ случаѣ причиненія убытковъ дѣйствіями служащихъ и повѣренныхъ [1]),—наконецъ, въ рѣшеніи 1883 г. № 8, гдѣ нарушеніе строительнаго устава, допущенное городской управой, и причиненные тѣмъ домовладѣльцу убытки были поводомъ для суда потребовать отъ управы доказательствъ утверждаемой ею наличности особыхъ условій почвы и плана улицъ, при которыхъ законъ даетъ право поступаться интересами домовладѣльцевъ.

Въ рѣшеніи 1880 г. № 66 признано, что владѣлецъ верхней мельницы, требуя отъ сосѣда пониженія уровня воды, долженъ доказать, что его мельница не можетъ дѣйствовать по винѣ отвѣтчика, который запрудою поднималъ у себя воду: здѣсь „вина“ употребляется въ смыслѣ: „(сознательное) дѣйствіе лица“. Въ рѣшеніи 1886 г. № 94 владѣлецъ верхней мельницы былъ присужденъ доказывать не только, что подтопъ его мельницы существуетъ, но и то, что онъ происходитъ „по винѣ владѣльца верхней мельницы“.

Напротивъ, Сенатъ требовалъ доказательствъ вины отъ истца въ рѣшеніи 1879 г. № 166 (вины перевозчика въ порчѣ чая), хотя впослѣдствіи (въ рѣшеніи 1888 г. № 65) снова отступился отъ своего мнѣнія, требуя отъ истца толь-

---

[1]) Для отклоненія отъ себя отвѣтственности „господа и вѣрители“ обязаны доказать, что они своимъ слугамъ и повѣреннымъ не поручали и не могли предотвратить тѣхъ дѣйствій, которыми причинены истцу вредъ и убытки. Правильное толкованіе,—тѣмъ болѣе, что родителямъ въ аналогичномъ случаѣ для сложенія съ себя отвѣтственности за преступленія и проступки, совершенные ихъ дѣтьми, положительно предписано въ законѣ доказывать, что они „не имѣли никакихъ средствъ къ предупрежденію“ (ст. 653 и 686 X т. 1 ч.). Такъ же—проф. Малининъ, Записки Новоросс. Университета, 1878 г., т. 26, стр. 209—211; contra (хотя и критикуя законодательное постановленіе)—Оршанскій, Журн. гражд. и угол. права, 1874 г., № 5, стр. 42, 44—47 и 43. Пирвицъ (Ж. М. Ю., 1895, III, стр. 64) допускаетъ предположеніе о винѣ „хозяевъ“, но не „родителей“ (ib., стр. 62).

ко доказательствъ утраты или поврежденія сданнаго для перевозки груза и признавая обязаннымъ доказать наличность извиняющихъ обстоятельствъ уже возчика, отвѣчающаго какъ за себя, такъ и за дѣйствія своихъ служащихъ и агентовъ.

Въ рѣшеніи 1877 года № 220 сенатъ заставилъ нанимателя доказывать, что сырость присуща нанятому помѣщенію, а не произошла *по винѣ* самого квартиранта. Это едвали справедливая точка зрѣнія.

Въ дѣлѣ 1877 г. за № 128 отъ истица, оспаривая дѣйствительность арендnаго договора, лежавшаго на купленномъ съ торговъ имѣніи, утверждала, будто на сдѣлку найма не было дано согласія другимъ братомъ контрагента, почему и договоръ по поводу общаго имѣнія былъ написанъ на имя одного только изъ собственниковъ. Сенатъ разрѣшилъ казусъ, возложивъ onus probandi на арендатора-отвѣтчика: такъ какъ иначе пришлось бы истицѣ доказывать отрицательное обстоятельство, что согласіе другимъ собственникомъ не было дано.

Сенатъ распредѣлилъ доказательства между сторонами правильно. Tertius оспариваетъ здѣсь сдѣлку, заключенную двумя лицами, гдѣ одинъ изъ контрагентовъ долженъ бы былъ дѣйствовать не только отъ своего лица, но и отъ имени брата. Такъ какъ каждый предполагается дѣйствующимъ только отъ собственнаго имени, пока противное не доказано или не презумируется по закону (какъ это бываетъ въ полномъ товариществѣ), такъ какъ на единоличный характеръ обязательства указываетъ составленіе его на имя одного только изъ братьевъ, а послѣдующее согласіе, если бы такое было дано другимъ, опирается на сдѣлку, отдѣленную отъ интересующей насъ промежуткомъ времени, и ссылка на нее должна быть доказана, то въ данномъ случаѣ Сенатъ разрѣшилъ дѣло правильно, потребовавъ доказательствъ отъ отвѣтчика-арендатора, а не отъ истицы.

Въ предисловіи къ настоящему сочиненію былъ указанъ казусъ, разрѣшенный при помощи „свободной оцѣнки“ судомъ свидѣтельскихъ показаній. Отвѣчая на вопросъ о бремени доказательствъ принципіально, надобно возложить onus

probandi на сторону, которая указываетъ на болѣе раннюю смерть лица. Напомню фактическія подробности дѣла. Шелъ вопросъ о моментѣ смерти счастливца, сорвавшаго банкъ но умершаго отъ разрыва сердца—неизвѣстно только, во время или послѣ игры. Рулетка отказывалась выдать выигрышъ наслѣдникамъ, утверждая, что смерть прекратила юридическія отношенія между нею и игрокомъ; а если тѣмъ не была снята ставка, помѣщенная на rouge и давшая выигрышъ, то съ минуты смерти оставленіе денегъ на прежнемъ мѣстѣ не могло имѣть юридическаго значенія.

Однако, ссылаясь на прекращеніе юридическихъ отношеній, отвѣтная сторона должна и доказать это прекращеніе: если смертью,—должна доказать смерть; если относитъ смерть къ опредѣленному моменту времени,—должна подтвердить данными, что смерть послѣдовала не позже указаннаго срока.

Теперь допустимъ, что рулетка выдала бы выигрышъ на руки тѣхъ, кто взялся быть добровольнымъ представителемъ умершаго, а послѣ, спохватившись, требуетъ отъ наслѣдниковъ „неправомѣрнаго обогащенія“ обратно. Претензія формулируется въ такихъ выраженіяхъ: „въ цѣляхъ исполненія договора выдано отвѣтчику столько-то рублей; но плательщикъ не вѣдалъ, что обязательство уже прекратилось за смертью контрагента: истецъ требуетъ возвращенія уплаченнаго sine causa назадъ“.

Общимъ основаніемъ всѣхъ исковъ о „неправомѣрномъ обогащеніи“ является недѣйствительность сдѣлки, путемъ которой имущество перешло въ руки другого лица [1]); но недѣйствительность обязательства, которое признавалъ въ силѣ самъ плательщикъ, пока не убѣдился въ противномъ, долженъ удостовѣрить онъ самъ. Прежде всего, его собственное поведеніе говоритъ противъ него: онъ считалъ себя обязаннымъ исполнить, не естественно ли счесть его такимъ и суду? Sua sententia damnatur. И если онъ разувѣрился въ фактѣ, пусть переубѣдитъ и правосудіе. При томъ, исполнивъ обязательство, должникъ обыкновенно получаетъ отъ контрагента доказательства его правъ. А предавъ ихъ

[1]) v. Mayr, Die Condictio, 1900, S. 391.

уничтоженію, лицо злонамѣренное въ искѣ можетъ заявить, что ошибочно считало себя „обязаннымъ“; если бы потребовать опроверженій отъ противника, то послѣдній при всемъ желаніи не могъ бы удостовѣрить своихъ правъ: между тѣмъ, выдавъ послѣ исполненія доказательства на руки своему бывшему должнику, онъ вовсе не поступилъ необдуманно, а только исполнилъ свою законную обязанность.

Итакъ, и здѣсь администрація рулетки будетъ доказывать прекращеніе обязательства по игрѣ смертью контрагента, послѣдовавшей въ такой-то моментъ, до такой-то ставки.

Ученіе о владѣльческомъ искѣ [1]) строится по нашему праву на двухъ статьяхъ: 531 X т. 1 ч. и 73 уст. гр. суд., которой соотвѣтствуетъ ст. 49 раздѣлъ II правилъ о производствѣ судебныхъ дѣлъ, подвѣдомственныхъ Земскимъ Начальникамъ и Городскимъ Судьямъ. Матеріальный законъ говоритъ: „Всякое, даже и незаконное, владѣніе охраняется правительствомъ отъ насилія и самоуправства дотолѣ, пока имущество не будетъ присуждено другому и сдѣланы надлежащія по закону о передачѣ онаго распоряженія“. Процессуальный кодексъ характеризуетъ владѣльческій искъ со стороны ученія о доказательствахъ: „По дѣламъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія Мировой Судья не входитъ въ разсмотрѣніе документовъ, удостовѣряющихъ право собственности на недвижимое имѣніе, но лишь возстановляетъ нарушенное владѣніе“; при чемъ позднѣйшій законодательный источникъ, Правила, выражается еще точнѣе: „Земскій Начальникъ... не входитъ въ разсмотрѣніе вопроса *о правѣ собственности*“...

Изъ только что цитированныхъ законоположеній ясно, что вопросъ о правахъ на владѣніе не можетъ заходить при разборѣ владѣльческаго иска вовсе. Указаніе на права въ исковомъ прошеніи будетъ равносильно выставленію иной исковой формулы: виндикаціоннаго процесса, жалобы на нарушеніе обязательственныхъ отношеній и т. д.

Отсюда выводъ, что для обоснованія владѣльческаго иска по русскому праву совершенно не годилась бы формула: „я владѣлъ раньше тебя, теперь ты владѣешь,—воз-

[1]) См. по этому вопросу: Петражицкій, Право, 1901 г., № 3, стр. 121—123; Фридштейнъ, Вѣстникъ Права, 1900 г., № 7.

врати". Не всегда справедливо на основаніи выставленныхъ въ такомъ искѣ данныхъ лишить отвѣтчика всякихъ возраженій о правахъ. Что изъ того, что лицо владѣетъ послѣ противника: а если оно имѣетъ права на владѣніе, получивъ ихъ въ силу состоявшагося договора? Иначе послѣ всякаго перехода вещи въ другія руки,—даже основаннаго на договорѣ и юридически вполнѣ правильнаго,—бывшій владѣлецъ могъ бы снова получить отчужденную только что вещь: путемъ подачи владѣльческаго иска. „Я владѣлъ вещью раньше тебя—возврати". Отвѣтчикъ хочетъ сказать на судѣ, что онъ вещь купилъ,—однако возраженіе о правахъ не допускается въ спорѣ о владѣніи.

Итакъ, указанная выше формула не годится: поищемъ другую.

Раціонально защищать владѣльческія отношенія—даже чисто фактическаго характера,—но противъ чего? противъ насилія надъ личностью и самоуправства. Раціональна такая формула: „Ты отнялъ у меня вещь насиліемъ—возврати". И тогда исключеніе вопроса о „правѣ" владѣть справедливо: насиліе, самоуправство запрещены вообще; пусть у лица есть право на вещь,—осуществлять это право (въ случаѣ противодѣйствія противника) иначе, какъ по суду недозволено [1]). Отвѣтчикъ пренебрегъ запрещеніемъ закона: пусть пеняетъ на себя, а вещь будетъ возвращена прежнему владѣльцу. Возможно, что этотъ не имѣлъ правъ, а лишившій его владѣнія ихъ имѣетъ: но послѣдній прибѣгъ къ запрещенному насилію. Въ наказаніе ему и въ защиту правопорядка отъ самоуправствъ и насилій вещь отнимается у новаго обладателя и возвращается прежнему владѣльцу, даже незаконному. Здѣсь справедливо оставить безъ разсмотрѣнія вопросъ о правахъ, занимаясь на судѣ разрѣшеніемъ одного вопроса: „былъ или не былъ фактъ *насильственнаго* отнятія вещи".

Однако кромѣ овладѣнія насильственнаго существуютъ и еще способы отнятія вещи, одинаково запрещенные въ оборотѣ. Напримѣръ, завладѣніе тайное.

Чтобы подвести этотъ случай подъ формулу владѣльческой защиты, надобно подвергнуть распространительной

---

[1]) Не беру случая т. н. jus retentionis и др.

интерпретаціи текстъ ст. 531 X т. Личность защищается не только отъ насилія, но и противъ самоуправства. Самоуправствомъ называется самовольное, съ насиліемъ или тайно учиненное осуществленіе права помимо судебной помощи. Но если такимъ образомъ дается владѣльческій искъ противъ лица, тайно похитившаго вещь изъ чужихъ рукъ во имя осуществленія своихъ правъ на нее, то неестественно лишить бывшаго владѣльца аналогичныхъ средствъ защиты противъ лица, которое даже не имѣло въ виду самовольно осуществлять свои права,—такихъ у него не было и оно это знало.

Итакъ, владѣльческій искъ распространяется по аналогіи и на завладѣніе тайное *вообще*. Однако, подъ завладѣніемъ „тайнымъ“ надо разумѣть такое, когда одно лицо захватило вещь, которою раньше владѣлъ другой,—и употребляя особыя *ухищренія*, чтобы тотъ не замѣтилъ овладѣнія. Разъ отвѣтчикъ видѣлъ или зналъ, что вещью владѣетъ другой, то независимо отъ того, были или не были у кого-либо изъ нихъ права, красть ее онъ не смѣлъ. Возстановленіе правъ должно было осуществиться путемъ судебной защиты.

Напротивъ, недостаточно того факта, что раньше владѣлъ истецъ, теперь владѣетъ отвѣтчикъ, а первый не видѣлъ, когда и какъ лишился владѣнія. Законъ долженъ былъ предвидѣть, что новый владѣлецъ, быть можетъ, имѣлъ право овладѣть. Развѣ ему не позволено употреблять для этого всякія, лишь бы не противозаконныя, дѣйствія? Онъ, *не скрываясь*, овладѣлъ, но и не прилагая особыхъ заботъ о томъ, чтобы прежній владѣлецъ непремѣнно *видѣлъ*, присутствовалъ при овладѣніи. А если тотъ нарочно избѣгаетъ столь прискорбнаго для себя зрѣлища и потомъ предъявляетъ владѣльческій искъ: „Я раньше владѣлъ и не видѣлъ, какъ вещью овладѣлъ отвѣтчикъ: прошу возвратить мнѣ ее по принадлежности“?

Новый владѣлецъ хочетъ возразить что-то о своихъ правахъ,—но по статьѣ 73 устава этого допустить нельзя...

Итакъ, conditio sine qua non для владѣльческаго иска,—особыя ухищренія и махинаціи, которыя обнаруживаютъ намѣреніе скрыть овладѣніе, поступая „воровскимъ манеромъ“,—операціи опасныя и недозволенныя въ оборотѣ...

Тѣ же разсужденія примѣнимы и къ поссесорному иску, который имѣетъ цѣлью устранить посягательства со стороны третьихъ лицъ на безмятежное владѣніе вещью.

Въ обоихъ случаяхъ истецъ долженъ доказать наличность недозволенныхъ въ оборотѣ—„насильственныхъ, тайныхъ или вѣроломныхъ посягательствъ“ [1]) на его владѣніе со стороны отвѣтчика,—все равно, было ли результатомъ отнятіе вещи или только невозможность владѣть ею безпрепятственно.

Надобно отмѣтить только, что въ искѣ противъ посягательствъ на спокойное владѣніе ссылка отвѣтчика на собственныя отношенія къ той же вещи, которыя онъ характеризуетъ тѣмъ же терминомъ: „владѣльческихъ“, и при которыхъ дѣяніе, инкриминируемое ему истцомъ, какъ нарушеніе фактическаго господства, являлось въ свою очередь лишь осуществленіемъ пользованія вещью,—что подобная ссылка возлагаетъ на истца обязанность доказать исключительный характеръ своего владѣнія или отсутствіе соотвѣтствующихъ признаковъ на сторонѣ противника. Ибо вопросъ о томъ, что отвѣтчикъ не имѣетъ права владѣть, невозможенъ.

Однако судъ долженъ взвѣсить, есть ли въ лицѣ отвѣтчика такія проявленія „фактическаго господства“, какія характерны для владѣнія (исключительнаго, независимаго отъ истца, или съ нимъ совмѣстнаго [2]), смотря по тому, какъ описываетъ дѣло тяжущаяся сторона),—иными словами, достаточно ли инкриминируемыхъ отвѣтчику фактовъ, чтобы вывести изъ нихъ заключеніе о его самостоятельномъ владѣніи, и не нужно ли дополнительныхъ моментовъ для понятія, которые тогда уже будетъ доказывать, защищая свое возраженіе, самъ же отвѣтчикъ.

Ученіе о границахъ владѣльческаго иска сталкивается съ однимъ еще вопросомъ. Внѣ поля нашего разсмотрѣнія остались случаи „завладѣнія договорнаго“: положимъ, арендаторъ завладѣлъ вещью по договору съ хозяиномъ,—но договоръ прекратился, а контрагентъ не возвращаетъ вещь собственнику; или—собственникъ препятствуетъ спокойному пользованію нанимателя, однако, не учиняя запрещеннаго

[1]) Петражицкій, Право, 1901 г., № 3. стр. 122.

[2]) Ссылка на владѣніе общее.

закономъ насилія. Защищать такія отношенія владѣльческимъ искомъ нельзя: основныя условія—учиненіе хитрости, тайнаго похищенія, насилія—отсутствуютъ; лишить отвѣтчика ссылки на *права*, несправедливо: можетъ быть, арендаторъ потому не очищаетъ имѣнія, что дѣйствительно не насталъ для этого срокъ. Остается класть въ основаніе иска тѣ обязательственныя отношенія, которыя между контрагентами были.

Впрочемъ, такъ какъ главная выгода владѣльческихъ процессовъ это—облегченіе возможности собственникамъ защищать свои отношенія къ вещамъ, не прибѣгая всякій разъ къ виндикаціонному иску [1]), то недопущеніе поссессорныхъ тяжбъ тамъ, гдѣ возможны формулы обязательственнаго права, не должно влечь практическихъ неудобствъ. Какъ бы то ни было, но изъ основныхъ положеній института владѣнія по нашему праву иного вывода сдѣлать немыслимо: случаи овладѣнія вещью „по договору", безъ учиненія нетерпимыхъ въ оборотѣ махинацій, лежатъ внѣ владѣльческой защиты [2]).

Переходимъ къ вопросу о виндикаціи по русскому праву.

Виндикація есть искъ невладѣющаго собственника къ владѣющему несобственнику. Поэтому истецъ обязанъ доказать помимо владѣнія на сторонѣ отвѣтчика еще и свое право собственности на вещь.

Если онъ пріобрѣлъ собственность способомъ первоначальнымъ, такъ что право впервые возникло въ его рукахъ относительно данной вещи, тогда ему остается удостовѣрить источникъ происхожденія своей собственности: давность, находку, овладѣніе вещью брошенной и т. д. [3]).

Если же право пріобрѣтено по преемству отъ другихъ лицъ, тогда обязанности истца усложняются. По началу

[1]) Это споръ слишкомъ тяжелый и обременительный для доказыванія,—ибо требуетъ для недвижимыхъ имуществъ формальнаго документа, а для движимыхъ опроверженія презумпціи: en fait de meubles la possession vaut titre.

[2]) Васьковскій, Учебникъ гражданскаго права, вып. 2 (1896), стр. 53—54; contra—сенатъ (70/420, 401, 73/1258; 74/333) и Анненковъ, Система гражданскаго права, т. 2 (1895 г.), стр. 581.

[3]) Zelenka, Die Beweislast bezüglich des Eigentums bei der Mobiliarvindication, 1902, S. 14—16.

строгой виндикаціи, онъ долженъ доказать не только тотъ фактъ, что пріобрѣлъ свое право однимъ изъ законныхъ способовъ передачи, но удостовѣрить вмѣстѣ съ тѣмъ и права своихъ предшественниковъ usque ad infinitum,—не только того лица, которое ему вещь уступило, но и правопреемника этого послѣдняго и т. д. [1]).

Probatio diabolica есть только логическій выводъ изъ нормы: ubi rem meam invenio, ibi vindico: потому что, стоитъ одному изъ болѣе раннихъ владѣльцевъ получить вещь отъ несобственника—и этотъ дефектъ явится роковымъ для всѣхъ послѣдующихъ пріобрѣтателей: nemo plus juris ad alterum transferre potest, quam ipse habet. Они всѣ оказываются несобственниками и для защиты своихъ отношеній къ вещи не могутъ пользоваться виндикаціоннымъ искомъ.

Такимъ образомъ, виндикантъ долженъ доказать права собственности у всѣхъ предыдущихъ передатчиковъ,—восходя вверхъ до тѣхъ поръ, пока не будетъ найдено лицо, у котораго источникъ пріобрѣтенія предоставляется первоначальнымъ [2]).

Однако институтъ давности и здѣсь приходитъ на помощь. Достаточно прослѣдить законность переходовъ собственности на протяженіи послѣднихъ 10 лѣтъ; такъ какъ всѣ предшественники владѣли animo domini, отчуждая вещь, и давностное владѣніе одного зачитывается другому, то теперешній истецъ совмѣстилъ въ своихъ рукахъ всѣ условія давности и выступаетъ въ процессѣ въ качествѣ пріобрѣтателя собственности первоначальнаго [3]).

Впрочемъ, существующія въ современныхъ законодательствахъ поземельныя книги, содержащія оффиціальныя указанія на переходы недвижимой собственности, способствуютъ облегченію участи лица, создавая презумпцію, что тотъ именно есть настоящій собственникъ, за кѣмъ имѣніе записано по книгамъ.

Наши нотаріальныя установленія обязаны по закону слѣдить за дѣйствительностью переходовъ, которые они от-

---

[1]) Ср. Оксъ, „Виндикація“, Журн. Гражд. и Угол. Права, 1874 г., № 3, стр. 40—41.

[2]) Zelenka, S. 17.

[3]) Zelenka, S. 18—19.

мѣчаютъ въ реестрѣ крѣпостныхъ дѣлъ. Правда, нѣкоторые переходы могутъ совершиться безъ санкціонирующаго контроля не только нотаріата, но и суда въ порядкѣ охранительнаго производства. Таковы, напр.,—наслѣдованія по закону, если управомоченныя лица не пожелаютъ ввестись въ права чрезъ посредство судебной власти. Но за немногими исключеніями переходы недвижимой собственности контролируются или судомъ, или старшимъ нотаріусомъ. Наслѣдники вводятся въ права по суду и отмѣчаютъ о новомъ титулѣ собственности у старшаго нотаріуса. Купившій имѣніе съ публичнаго торга представляетъ совершенную у младшаго нотаріуса данную старшему для отмѣтки въ крѣпостномъ реестрѣ. Однако въ двухъ перечисленныхъ случаяхъ обращеніе къ старшему нотаріусу не обязательно въ томъ смыслѣ, чтобы безъ отмѣтокъ въ поземельныхъ книгахъ переходы собственности были недѣйствительными: но такъ какъ отчужденія или залоги имѣнія невозможны безъ производства описанной процедуры, то собственный интересъ пріобрѣтателей долженъ побуждать ихъ къ тому, чтобы отмѣтки въ реестрѣ производились своевременно и констатировали новое положеніе вещей.

Дѣло въ томъ, что при отчужденіи [1]) недвижимости—путемъ ли даренія [2]) или купли,—и при раздѣлѣ (сдѣлки, дѣйствительность которыхъ зависитъ отъ облеченія ихъ въ крѣпостную форму) старшій нотаріусъ обязанъ удостовѣриться, „что... имущество дѣйствительно принадлежитъ сторонѣ, его отчуждающей“ [3]). Для этого онъ потребуетъ отъ контрагентовъ доказательствъ права собственности: справится въ реестрахъ крѣпостныхъ дѣлъ, за кѣмъ числится имѣніе по книгамъ, и, если не за отчуждающимъ теперь его лицомъ, то увидитъ надобность возстановить весь порядокъ послѣдовательныхъ переходовъ [4]). Однимъ словомъ, доказательства, которыя законъ указываетъ для виндиканта, должны быть представлены и нотаріусу,—съ той разницей, что,

---

[1]) И залогѣ.

[2]) Сюда относятся: дарственныя, рядныя и отдѣльныя записи.

[3]) Ст. 167 п. 2 Пол. о нот. части.

[4]) Ст. 168 Пол. о нот. части.

основываясь на давности, собственникъ обязанъ сначала ввестись во владѣніе въ охранительномъ порядкѣ.

Утвержденія въ правахъ наслѣдства (по закону или по завѣщанію—безразлично) достаточно для нотаріуса, потому что согласно ст. 1301 X т. 1 ч. [1]) лица при такихъ условіяхъ въ правѣ отчуждать наслѣдственныя вотчины юридически-дѣйствительнымъ образомъ.

Итакъ, при наличности указаній въ крѣпостномъ реестрѣ на то, что за даннымъ лицомъ числится данное имѣніе, лицо предполагается его собственникомъ, пока не будетъ доказано противное. Это потому, что подобное указаніе не могло бы попасть въ поземельную книгу безъ повѣрки со стороны старшаго нотаріуса; а этой повѣркѣ, въ силу свойственнаго вообще дѣйствіямъ нотаріусовъ назначанія—удостовѣрять въ кругѣ своихъ функцій соотвѣтствующіе факты, усваивается publica fides.

Если по книгѣ имѣніе записано за инымъ лицомъ, тогда для виндикаціи предъ судомъ (и для отчужденія недвижимости передъ старшимъ нотаріусомъ) заинтересованному лицу придется доказывать дѣйствительность переходовъ собственности отъ записаннаго въ книгѣ землевладѣльца къ этому новому пріобрѣтателю.

Изъ сказаннаго слѣдуетъ, что съ обязанностью доказывать юридическую дѣйствительность всѣхъ переходовъ собственности на протяженіи давностнаго срока виндиканту придется считаться въ томъ единственномъ случаѣ, если его имѣніе не попало въ крѣпостной реестръ вовсе.

Но для виндикаціонныхъ исковъ о движимомъ имуществѣ существуютъ въ современныхъ законодательствахъ совершенно особыя правила. Прежде всего, кодексы: французскій [2]), австрійскій [3]), германскій [4]) и нашъ [5]) создали презумпцію въ пользу наличнаго владѣльца движимымъ имуществомъ, по которой владѣніе ручается за право собственности, „доколѣ противное не будетъ доказано“.

---

[1]) И кассаціонному разъясненію въ рѣш. за 1894 г. № 5.

[2]) Code civil, art. 2279.

[3]) § 323 гражданскаго уложенія.

[4]) § 1006 гражданскаго уложенія.

[5]) Ст. 534 X т. 1 ч.

Лицу, у котораго вещь въ рукахъ находится, должно быть доказано, что онъ не является собственникомъ [1]). По германскому законодательству, презумпція собственности „не имѣетъ силы противъ прежняго владѣльца, у котораго вещь украдена или которымъ она потеряна или инымъ образомъ утрачена“ (§ 1006 гр. ул.): отсюда, истцу достаточно установить свое болѣе раннее владѣніе и помимо воли случившееся его прекращеніе, чтобы обезсилить презумпцію собственности на сторонѣ противника [2]). Наше законодательство указаннаго ограниченія не знаетъ; поэтому истцу остается одно средство: доказать, что отвѣтчикъ не есть собственникъ. Конечно, судья долженъ потребовать у того объясненій, какимъ образомъ онъ пріобрѣлъ свою собственность. Если отвѣтчикъ скажетъ, что купилъ ее у истца, послѣднему придется доказывать, что означенной сдѣлки между ними не было или что вещь перешла въ руки противника въ результатѣ иного юридическаго отношенія. Въ случаѣ иска о недвижимомъ имуществѣ, ссылка на куплю со стороны отвѣтчика перенесла бы onus probandi на него, такъ какъ въ его рукахъ долженъ находиться крѣпостной документъ; но для отчужденія движимыхъ вещей письменной формы не предписано и требовать удостовѣреній отъ пріобрѣтателя тщетно.

Поэтому истцу остается при подобныхъ условіяхъ одно: доказать, что отчужденія не было,—такъ какъ вещь перешла къ противнику по другой причинѣ. Впрочемъ, удобнѣе предъявить владѣльческій искъ, если теперешній владѣлецъ отнялъ у истца владѣніе силой или взялъ тайно (vi aut clam): тогда—даже при дѣйствіи презумпціи въ пользу собственности похитителя, какъ наличнаго владѣльца—будетъ выигранъ поссессорный процессъ. Пусть отвѣтчикъ и получилъ права на взятіе вещи въ силу соотвѣтствующей сдѣлки: однако овладѣть ею самоуправствомъ онъ не смѣлъ, имѣя въ своемъ распоряженіи единственно закономѣрный путь—судебнаго процесса въ случаѣ невыдачи вещи со стороны истца. А такъ какъ въ тяжбѣ о владѣніи вопросъ о правахъ исключается вовсе [3]), то, не взирая на презумпцію права собствен-

[1]) См. касс. рѣш. 1876 г. № 550.

[2]) Gierke, Fahrnisbesitz, 1897. S. 25.

[3]) Ст. 73 уст. гр. суд.; ср. рѣш. сената за 1875 г. № 495 и др.

ности, вытекающую изъ наличнаго владѣнія, отвѣтчикъ долженъ будетъ въ наказаніе за самоуправство возвратить имущество прежнему владѣльцу [1]).

Однако допустимъ, что вещь, вышедшая изъ владѣнія истца способомъ, безспильнымъ перенести право собственности на другое лицо, попадаетъ въ руки третьяго держателя, къ которому и предъявляется искъ. Презумпція собственности говоритъ въ пользу отвѣтчика; но та же самая презумпція идетъ и за собственность прежняго владѣльца, теперешняго истца. Если наличный владѣлецъ въ правѣ сказать о себѣ: „владѣю, слѣдовательно, я собственникъ“, то и бывшій владѣлецъ можетъ съ тѣмъ же основаніемъ утверждать: „я владѣлъ, значитъ—я былъ собственникомъ“ [2]). Такимъ образомъ, ему не придется доказывать свое право собственности (опровергать презумпцію долженъ будетъ отвѣтчикъ); но тотъ фактъ, что собственность помимо его воли вышла изъ его владѣнія и перешла въ третьи руки способомъ, не влекущимъ потерю правъ у виндиканта, удостовѣряетъ этотъ послѣдній.

Дальнѣйшій вопросъ о томъ, достаточно ли доказать виндиканту кражу, чтобы взять свою вещь у каждаго, къ кому вещь перешла отъ вора, рѣшается въ зависимости отъ постановленій нашего законодательства о томъ, въ какой степени допустима виндикація движимыхъ вещей. Если безгранично, такъ что первый дефектъ въ пріобрѣтеніи вещи первымъ ея держателемъ послѣ виндиканта (напр., кража) налагаетъ печать недѣйствительности на всѣ послѣдующіе переходы мнимаго права, тогда никакихъ возраженій—кромѣ отсутствія права собственности у истца—не будетъ принято отъ отвѣтчика. Если же въ нашемъ правѣ допустить такъ называемое „квалифицированное овладѣніе“, тогда доказательствомъ кражи со стороны истца не исчерпывается вопросъ по отношенію къ неповинному въ ней отвѣтчику [3]); однако послѣдній обязанъ установить фактъ пріі-

[1]) Васьковскій, Учебникъ гражд. права, вып. II, 1896 г., стр. 54.

[2]) Слѣдствіе, принятое expressis verbis въ германскомъ гражданскомъ уложеніи: п. 2 ст. 1006. Ср. Gierke, Fahrnisbesitz, 1897, S. 26.

[3]) Ср. въ этомъ отношеніи кассаціонное рѣшеніе 1872 г. № 891: при несоблюденіи формальностей о закладѣ отчужденіе должникомъ вещи третьему лицу даетъ возможность послѣднему не бояться виндикаціи, развѣ бы истецъ доказалъ, что третье лицо знало о закладѣ.

обрѣтенія имъ вещи при обстановкѣ, при которой дѣйствуетъ правило: Hand wahre Hand. Какъ извѣстно, вопросъ о границахъ виндикаціи движимостей споренъ въ нашей литературѣ [1]).

Въ сущности говоря, для полнаго удостовѣренія правъ собственности надобно было бы доказывать не только тотъ фактъ, что вещь пріобрѣтена въ прошломъ, но и то еще, что собственность сохранялась до послѣдняго момента, не бывъ отчуждена въ другія руки. Однако этотъ вопросъ не поднимается по отношенію къ недвижимой собственности, потому что всякое новое отчужденіе отмѣчается въ крѣпостномъ реестрѣ и сопровождается выдачей нотаріальнаго документа, такъ что послѣдующій переходъ, если бы таковой дѣйствительно случился, можетъ и долженъ быть удостовѣренъ послѣдующимъ пріобрѣтателемъ.

Не то съ движимыми вещами. Отчужденія совершаются неформально, при чемъ наличное владѣніе предполагаетъ собственность; если виндикантъ докажетъ, что пріобрѣлъ имущество въ прошломъ, то наличный владѣлецъ можетъ выдвинуть возраженіе, что получилъ право собственности отъ того же истца и, такъ какъ устами владѣнія говоритъ презумпція, судья долженъ вѣрить отвѣтчику, donec contrarium probatur. Выводомъ изъ ст. 534 X т. является требованіе къ собственнику, чтобы, передавая вещь въ чужія руки, онъ запасался удостовѣреніями того, что передается не собственность, а одно изъ второстепенныхъ правомочій.

Однако презумпція ст. 534 остается неопровергнутой и при такихъ условіяхъ: доказано, что первоначально съ передачей владѣнія не соединялся переходъ собственности; но въ одинъ изъ послѣдующихъ моментовъ возможно было и окончательное отчужденіе вещи отъ прежняго собственника владѣльцу. Римляне называли подобную перемѣну собственника безъ передачи владѣнія—brevi manu traditio.

Тѣмъ не менѣе здѣсь ссылку на измѣненіе въ первоначальномъ характерѣ отношеній къ вещи доказываетъ отвѣтчикъ. Лишнее указывать на то, какъ тяжелымъ сдѣлалось бы бремя доказыванія для виндиканта при противоположныхъ

[1]) См. статью Васьковскаго въ Журн. Мин. Юст., 1895 г.; ср. также: Анненковъ, Система русскаго гражданскаго права, т. 2, изд. 1895 г., 254—309.

условіяхъ. Установить отсутствіе послѣдующихъ отчужденій почти немыслимо. Собственнику пришлось бы собирать доказательства, что въ каждый изъ дней, истекшихъ отъ договора, положимъ, найма, въ силу котораго вещь перешла въ руки другого лица, и до предъявленія къ послѣднему иска, виндикантъ не отчуждалъ своего имущества. Поэтому юридическая логика предписываетъ ограничить примѣненіе ст. 534 тѣми случаями, когда первоначальная передача владѣнія отъ истца къ отвѣтчику является необъяснимой [1]). Но лишь только истецъ въ состояніи доказать, что передалъ вещь не въ собственность, то дальнѣйшія перемѣны въ своихъ отношеніяхъ къ вещи будетъ доказывать уже отвѣтчикъ. Перемѣна владѣнія является внѣшнимъ показателемъ метаморфозъ въ правахъ собственности; но когда первая перемѣна владѣнія объясняется другими причинами, помимо отчужденія, а послѣдующихъ перемѣнъ не было, то измѣненія во внутреннихъ отношеніяхъ къ вещи, не затрогивающія внѣшнихъ проявленій, должны быть доказаны тѣмъ, кто на нихъ ссылается.

Простымъ примѣненіемъ указаннаго начала къ собственности общей являются слѣдующіе выводы. Общее владѣніе ручается за общую собственность; отсюда вытекаетъ, что единоличный собственникъ въ случаѣ ссылки совмѣстнаго владѣльца на участіе въ правахъ собственности на имущество долженъ опровергнуть его, доказавъ тотъ производный титулъ владѣнія, на которомъ основываются отношенія отвѣтчика къ вещи. Но дальнѣйшихъ опроверженій противъ ссылки, что вещь сдѣлалась общей собственностью впослѣдствіи, уже послѣ заключенія указанной истцомъ сдѣлки,—не требуется отъ виндиканта.

Вопросъ о виндикаціи движимостей испытываетъ нѣкоторыя модификаціи въ примѣненіи къ истребованію вещей, описанныхъ ради цѣлей судебнаго взысканія. Общее правило въ этомъ отношеніи таково, что подвергаются описи и продажѣ всѣ вещи, находящіяся во владѣніи должника. Но третьи лица, утверждающія, что арестъ наложенъ на

---

[1]) Я не касаюсь казусовъ, гдѣ владѣлецъ пріобрѣлъ владѣніе отъ третьяго лица.

ихъ собственность, которая только состояла въ чужомъ владѣніи, предъявляютъ искъ (ст. 1092 уст. гр. суд.), гдѣ въ качествѣ виндикантовъ принимаютъ на себя onus probandi.

Raison d'être упомянутой процессуальной ситуаціи, нарушающей общіе принципы ученія о доказательствахъ въ томъ случаѣ, когда самъ должникъ отрекается отъ чужой собственности, которую ему процессуальный законъ навязываетъ,—состоитъ въ стремленіи законодателя обезпечить интересы взысканія. При описи имущества судебная полиція часто будетъ поставлена въ затрудненіе предъ вопросомъ о розыскѣ вещей, принадлежащихъ должнику: самъ онъ склоненъ отрицать у себя всякую собственность или, наоборотъ, указывать на чужую, какъ на объектъ взысканія; доказательствъ отъ него въ томъ и другомъ случаѣ дожидаться тщетно. Взыскателю свойственно придерживаться распространительныхъ тенденцій въ вопросѣ относительно объема принадлежащей должнику собственности, при чемъ понятіе „чужого“ не отграничивается въ достаточной степени тщательно; доказательствъ по самой природѣ дѣла онъ обыкновенно бываетъ безсиленъ представить. Наконецъ, въ силу тѣхъ же соображеній, невозможно поручить изслѣдованіе вопроса самодѣятельности судебнаго пристава: онъ не обладаетъ подходящими свѣдѣніями и не въ состояніи добыть соотвѣтствующихъ доказательствъ.

Законодатель выдвигаетъ для пристава презумпцію: считать тѣ вещи собственностью должника, которыя находятся во владѣніи послѣдняго [1]). Презумпція отвѣчаетъ отчасти постановленію ст. 534 X т. 1 ч.: „Движимыя вещи почитаются собственностью того, кто ими владѣетъ, доколѣ противное не будетъ доказано“. Мотивація, легшая въ основаніе цитированнаго закона, послужила исходнымъ пунктомъ и разбираемой нормы взыскного производства. Владѣніе движимостью ручается prima facie за принадлежность вещи должнику. Третьи лица, передавшія въ руки послѣдняго не собственность, а одно владѣніе, имѣютъ доказывать противное: поступая осторожно (diligenter) и относясь къ своимъ дѣламъ тщательно (uti bonus paterfamilias), они должны были

[1]) Ст. 1091 уст. гражд. суд.

заручиться доказательствами своихъ правъ на случай недобросовѣстности контрагента. Ибо стоило послѣднему сказать: „вещь моя“, и за него оказывалось и законное предположеніе. Однако, абсолютно справедливой къ интересамъ третьихъ лицъ статью 1092 устава назвать нельзя: опасность, противъ которой тѣ должны были держать наготовѣ доказательства собственности,—вѣроломство контрагента,—въ данномъ случаѣ реализуется не всегда (должникъ, на владѣніе котораго наложено взысканіе, часто согласенъ возвратить чужую вещь, случайно описанную); но во вниманіе къ интересамъ правопорядка вообще, успѣшности взысканія и выгодамъ истцовъ законодатель приноситъ въ жертву обезпеченность третьихъ лицъ, требуя отъ нихъ квалифицированной заботливости относительно доказательствъ, не допуская полагаться на добросовѣстность контрагента.

Частнымъ случаемъ въ примѣненіи указаннаго правила, что владѣніе доказываетъ въ глазахъ судебнаго пристава собственность, является статья 976 уст. гражд. суд.: „при взысканіи съ одного изъ супруговъ, подвергается описи и продажѣ вся движимость, находящаяся въ общей ихъ квартирѣ, за исключеніемъ платья и бѣлья другого супруга и вещей, о принадлежности коихъ этому супругу представлены достовѣрныя доказательства“. Какъ извѣстно, наше законодательство признаетъ полную имущественную раздѣльность супруговъ (ст. 109 X т. 1 ч.); однако несомнѣнно и то, что многія изъ вещей, внесенныхъ въ семейный обиходъ каждымъ, находятся въ общемъ владѣніи и пользованіи обоихъ [1]). Правда, общее правило гласитъ, что доказанное судебному приставу или очевидное общее владѣніе должника съ третьимъ лицомъ не даетъ права обращаться съ вещью, какъ съ собственностью единоличной: (donec contrarium probatur) предполагается собственность общая. Однако, законодатель относится недовѣрчиво къ правдивости показаній одного изъ супруговъ, склоннаго подъ вліяніемъ чувства покрывать даже недобросовѣстность любимаго человѣка. Поэтому супружеская позиція относительно доказательствъ при взыска-

[1]) Ст. 109 употребляетъ терминъ: „общее владѣніе“ въ смыслѣ: „общей собственности“. Это обычная неточность X тома.

ніи и описи осложняется: истецъ долженъ доказать свою исключительную собственность на вещь.

Однако, если позиція виндиканта-супруга тяжелѣе, нежели общаго владѣльца, то она все-таки удобнѣе, чѣмъ третьяго лица, котораго вещь во владѣніи должника описана. Если бы подвергалась аресту вещь, находящаяся въ общемъ владѣніи нѣсколькихъ лицъ, то (распространительное примѣненіе 1091 статьи устава) судебная исполнительная власть приняла бы общее владѣніе за доказательство общей собственности и относилась къ ней, какъ къ таковой, пока заинтересованнымъ лицомъ не будетъ доказано противнаго.

Для супружескихъ отношеній законодателемъ создана иная презумпція: все общее владѣніе предполагается собственностью супруга-должника, пока не будетъ доказано иного. Съ общимъ владѣніемъ исполнительная власть поступитъ не такъ, какъ съ собственностью общей,—но какъ съ собственностью только должника; въ худшемъ случаѣ—при наложеніи на общее владѣніе взысканія—въ пользу совладѣльца очистилась бы по крайней мѣрѣ половина стоимости имущества, но на уплату супружескаго долга она пойдетъ вся. Впрочемъ, для освобожденія описанной движимости отъ ареста виндиканту достаточно удостовѣрить только пріобрѣтеніе вещей на свое имя: фактъ совмѣстнаго владѣнія явствуетъ ео ipso, способъ происхожденія владѣльческихъ отношеній другого супруга подсказывается условіями совмѣстной жизни. А послѣдующія превращенія другого супруга изъ общаго владѣльца въ единоличнаго собственника подлежатъ доказыванію со стороны послѣдняго.

Почему? Если бы имущество перешло въ собственность къ супругу-должнику впослѣдствіи, тогда осуществилась бы со стороны прежняго собственника отчасти brevi manu traditio,—поскольку новый пріобрѣтатель получилъ права собственности на вещь, которой до того времени только владѣлъ (хотя и совмѣстно съ другимъ супругомъ), отчасти constitutum possessorium,—поскольку прежній собственникъ, отказываясь отъ правъ на вещь, продолжалъ ею владѣть,—но уже для другого лица. Но ссылки и на brevi manu traditio, какъ выяснено выше, и

на constitutum possessorium тѣмъ болѣе—доказываетъ сторона, которая ихъ дѣлаетъ.

Было бы совершенно неправильнымъ итти въ истолкованіи смысла презумпціи дальше. Было бы несправедливымъ требовать отъ супруга-виндиканта доказательствъ еще и того, что вещь,—его доказанная собственность въ прошломъ,—не перешла къ другому супругу путемъ отчужденій позднѣе. Нельзя думать, чтобы законодатель хотѣлъ наложить на лицъ, которыхъ бракъ принуждаетъ къ совмѣстной жизни, обязанность запасаться доказательствами раздѣльности имущественныхъ массъ въ каждый моментъ продолжающагося сожительства,—да и какія доказательства въ этомъ случаѣ годятся? Мало установить титулъ первоначальной собственности: вѣдь въ любой послѣдующій моментъ супругъ могъ пріобрѣсть отъ супруга вещь; а такъ какъ презумпція закона выражается формулой: общее владѣніе ручается за единоличную собственность должника-супруга, то sensu et jure stricto слѣдовало бы требовать отъ виндиканта доказательствъ также того, что ни въ одинъ послѣдующій моментъ вещь не перешла въ собственность другого супруга. Подобный ригоризмъ правосудія дѣлалъ бы изъ виндикаціи собственности, описанной въ общемъ супружескомъ владѣніи, probatio diabolica. Поэтому судебная практика благоразумно высказывается за болѣе снисходительное къ истцамъ примѣненіе презумпціи, вытекающей изъ статьи 976 уст.[1])

Къ противоположному однако выводу надобно прійти при интерпретаціи статьи 1092 того же законодательнаго источника. Ограничивая свои требованія въ искѣ о сложеніи ареста съ чужой вещи, описанной во владѣніи должника, доказательствами только того факта, что вещь въ прошломъ была пріобрѣтена виндикантомъ, судебная практика сузила бы идею законодателя, выразившуюся въ ст. 543 (X т. 1 ч.): „en fait de meubles la possession vaut titre“. Эта презумпція говоритъ въ пользу владѣльца и тогда, когда тотъ заявляетъ: „я купилъ вещь у самаго виндиканта“. На послѣднемъ—probatio contrarii. Не допуская *этого* выводы

---

[1]) Кассаціонныя рѣшенія: 1869 г. № 237, 1870 г. № 1363; 1874 г. № 388; 1899 г. № 10.

изъ статьи 534, интерпретація остановилась бы на заключеніи, будто норма законодателя разсчитана только на лицъ, несомнѣнно не находившихся между собой въ юридическихъ отношеніяхъ. Если отвѣтчикъ говоритъ виндиканту: „rem meam esse ajo, потому что я купилъ ее у третьяго лица“,— valet praesumptio; если же утверждаетъ другое: „я купилъ ее у тебя“, статья 534 непримѣнима. Повторяю, подобное разграниченіе однородныхъ случаевъ было бы совершенно произвольнымъ, не вытекающимъ изъ закона.

Итакъ, въ отношеніяхъ между посторонними лицами моменту нахожденія вещи въ имуществѣ одного или другого изъ контрагентовъ придается болѣе рѣшающее значеніе. Такъ какъ законодатель создалъ презумпцію: „владѣніе предполагаетъ собственность“, то житейское благоразуміе требуетъ отъ человѣка, передающаго владѣніе своей вещью, чтобы онъ заручился доказательствами производныхъ отношеній къ ней со стороны контрагента—на случай его вѣроломства. Поэтому, третье лицо, требующее исключенія изъ описи своей вещи, найденной во владѣніи должника, обязано выяснить вопросъ, какимъ образомъ попала она въ чужія руки, при чемъ по точному смыслу закона недостаточно одного факта— болѣе ранняго пріобрѣтенія собственности со стороны виндиканта,—надобно еще установить и другой,—что должникъ владѣлъ ею по титулу, дававшему право только на владѣніе.

Однако можно говорить, продолжая анализъ еще дальше, что и установленіе обязательственныхъ отношеній къ вещи со стороны должника является само по себѣ не рѣшающимъ вопроса. Въ тотъ моментъ, къ которому относится договоръ, передающій только владѣніе, вещь была собственностью виндиканта—а въ одинъ изъ позднѣйшихъ моментовъ контрагентъ могъ купить то же имущество у прежняго собственника. Говоритъ ли презумпція ст. 534 за возможность перемѣнъ собственности при неизмѣнности владѣнія (salva possessione)? За возможность сдѣлокъ, результатомъ которыхъ было то, что римляне квалифицировали терминомъ: brevi manu traditio?

На поставленный вопросъ слѣдуетъ отвѣтить отрицательно. Презумпція ст. 534 дѣлаетъ изъ перемѣнъ владѣнія показатель перемѣнъ собственности. Поэтому, чтобы обез-

вредить для себя это показаніе, собственникъ обязанъ, передавая вещь, запастись доказательствами, что не отчуждается собственность, переносится лишь одно изъ второстепенныхъ правомочій. Но обезвредивъ соотвѣтствующими данными перемѣну владѣльца, онъ сдѣлалъ съ своей стороны все, что могъ, и чего въ правѣ требовать отъ него юстиція. По естественному порядку вещей субъектъ, начинающій владѣть на титулѣ собственности вмѣсто прежняго производнаго титула, долженъ представить доказательства перемѣны. Тотъ фактъ, что онъ „владѣетъ", не говоритъ за собственность, такъ какъ передача владѣнія въ тотъ моментъ, когда таковая осуществилась, объясняется другими юридическими отношеніями, а не перенесеніемъ собственности. А если дѣйствительно соотвѣтствующая метаморфоза имѣла мѣсто впослѣдствіи, то новый собственникъ долженъ былъ получить доказательства новой сдѣлки отъ контрагента.

Другая точка зрѣнія на презумпцію ст. 534 (X т.) немыслима, потому что налагала бы на виндиканта probatio diabolica.

Теперь я заимствую нѣсколько случаевъ изъ области наслѣдственнаго права, нашедшихъ себѣ разрѣшеніе въ нашей сенатской практикѣ.

Рѣшеніе за 1867 г. № 347 содержитъ вполнѣ правильное распредѣленіе доказательствъ въ искѣ противъ завѣщанія: кромѣ доказательствъ родового характера неправильно завѣщаннаго имущества, проситель, какъ предъявляющій искъ объ этомъ имѣніи, согласно ст. 366 уст. гр. суд. обязанъ доказать свое право на спорное имѣніе, т. е. доказать, что онъ состоитъ въ числѣ лицъ, къ которымъ можетъ дойти это имѣніе ab intestato, иными словами—установить свое родство съ завѣщателемъ.

Съ точки зрѣнія проводимой въ настоящемъ сочиненіи доктрины родовой характеръ имѣнія, какъ исключительное свойство объекта сдѣлки, опорочивающее ея дѣйствительность (vitium negotii), доказываетъ сторона, которая это исключительное качество имущества выдвигаетъ. Недвижимость становится родовою послѣ перваго своего перехода къ наслѣдникамъ по закону или—другими безвозмездными способами—къ

лицамъ, которыя все равно унаслѣдовали бы ее по закону [1]). Если тяжущійся указываетъ на родовой характеръ имѣнія, то утверждаетъ, что наслѣдодатель въ свое время получилъ землю въ качествѣ наслѣдника по закону. Утверждая подобное положеніе, онъ опирается на опредѣленную совокупность фактовъ, ему хорошо извѣстныхъ,—и долженъ доказать ихъ: а опровергать сдѣлки (да еще mortis causa) по одному сомнѣнію въ дѣйствительности послѣднихъ, поднимая вопросъ: „могъ ли завѣщать наслѣдодатель свое имущество"?—недопустимо въ прочно поставленномъ правовомъ оборотѣ.

Кромѣ того, и свои права, какъ истца, свою legitimatio ad rem (а, слѣд., и ad causam) проситель долженъ подтвердить доказательствами, такъ какъ оспаривать завѣщаніе и претендовать на завѣщанное имущество въ правѣ только лицо управомоченное. Но доказывать, что истецъ—единственный наслѣдникъ, или устраняющій остальныхъ, какъ ближайшій, совершенно лишнее [2]). Не исключена прежде всего возможность, что эти ближайшіе наслѣдники просто отказываются отъ наслѣдства,—и потому не отыскиваютъ его, не взирая на недѣйствительность завѣщанія. Если при подобной ситуаціи не дать иска наслѣдникамъ болѣе отдаленнымъ, тогда они будутъ лишены своихъ правъ только по винѣ ближайшихъ родственниковъ; если требовать отъ истца доказательствъ отсутствія лучше управомоченныхъ наслѣдниковъ, или—логическое слѣдствіе того же принципа—отказа ихъ отъ наслѣдства [3]), тогда часто имущество достанется въ руки по неправильному завѣщанію третьему лицу,—потому только, что первенствующіе по рангу наслѣдники молчатъ или неизвѣстны истцу [4]), что правосудіе заградило своимъ педантизмомъ уста всѣмъ тѣмъ, которые могли бы представить свои возраженія.

---

[1]) Васьковскій, Учебникъ гражданскаго права, 1894 г., вып. 1, стр. 93.

[2]) Эту точку зрѣнія проводилъ кассаторъ; Сенатъ обошелъ вопросъ молчаніемъ, однако далъ такую формулировку своему тезису, которая предоставляетъ толковать его именно въ этомъ смыслѣ.

[2]) Неужели истцу придется брать отреченіе отъ всѣхъ возможныхъ претендентовъ?

[4]) А собирать справки о всѣхъ развѣтвленіяхъ родословнаго дерева и о томъ, какіе изъ эпигоновъ находятся еще въ живыхъ, довольно мудреная задача.

А не будь отягченныхъ условій доказыванія, наслѣдникъ, хотя бы и отдаленный, установивъ недѣйствительность завѣщанія, получилъ бы имущество: и отъ ничтожныхъ завѣщательныхъ распоряженій былъ бы избавленъ оборотъ,—неправда не терпѣлась бы въ его нѣдрахъ только потому, что нѣтъ оружія у лицъ, способныхъ помѣряться съ ней силами. Если же впослѣдствіи оказался бы на лицо наслѣдникъ ближайшій и оттягалъ имущество у побѣдителя, некого винить послѣднему: зачѣмъ зарился на чужое добро?

Правда, при непоявленіи Primus'a кровный родственникъ можетъ, конечно, въ нашемъ примѣрѣ получить наслѣдственное имущество „не по чину"; но все-таки этотъ выходъ долженъ считаться въ оборотѣ предпочтительнымъ, нежели торжество недѣйствительнаго завѣщанія,—которое потому именно и недѣйствительно, что вредно. Изъ двухъ субъектовъ: неуправомоченнаго наслѣдника ex testamento и ab intestato, лучшее право принадлежитъ послѣднему: онъ одно изъ тѣхъ лицъ, противъ обогащенія которыхъ законодатель ничего не имѣетъ, пока не явится лучшій претендентъ; а неуправомоченный наслѣдникъ по завѣщанію нетерпимъ даже и при тѣхъ условіяхъ, что никакихъ правъ другіе наслѣдники не заявляютъ,—выморочное имущество достается государству.

Итакъ, мы видимъ, что и во второй половинѣ своего толкованія рѣшеніе 1867 г. № 347 стоитъ на вѣрной дорогѣ, требуя доказательствъ отъ претендента, оспаривающаго завѣщаніе, что онъ—одно изъ тѣхъ лицъ, къ которымъ можетъ перейти наслѣдственное имущество ab intestato,—а если не единственное и не ближайшее по родству къ завѣщателю, такъ для суда это non interest [1]).

Приведу еще рѣшеніе за 1876 годъ № 66, гдѣ Сенатъ безусловно правильно требуетъ доказательствъ отъ душепри-

---

[1]) Вопросъ о томъ, долженъ ли наслѣдникъ ab intestato доказывать, что онъ ближайшій къ наслѣдодателю и что не было оставлено завѣщанія, являлся спорнымъ для нѣмецкой доктрины до изданія германскаго уложенія. См. Unger, System des österreich. Privatrechts, Bd. II (1892) S. 565 Anm. 27; теперь онъ рѣшается въ пользу облегченнаго доказыванія: Beckh, S. 275; Rosenberg, Beweislast, S. 147—148; Betzinger, 2-te Aufl., S. 170; Weismann, S. 125—126.

казчика, который лучше другихъ могъ знать количество и составъ наслѣдственнаго имущества и при томъ обязанъ отчетностью передъ наслѣдниками.

„Въ приложеніи статьи 366 устава гражданскаго судопроизводства къ завѣщаніямъ слѣдуетъ признать, говоритъ Сенатъ, что истецъ исполнилъ обязанность доказать свой искъ, когда онъ доказалъ существованіе того завѣщательнаго распоряженія, которое обязываетъ исполнителя завѣщанія выдать истцу извѣстную сумму денегъ. Если исполнитель завѣщанія возражаетъ, что онъ по той или другой причинѣ, между прочимъ по недостаточности наслѣдственнаго имущества для удовлетворенія выдачъ, свободенъ отъ исполненія завѣщательнаго распоряженія, то онъ обязанъ представить доказательства въ подтвержденіе этого возраженія. Если признать, что истецъ, предъявляющій искъ, обязанъ доказать существованіе въ рукахъ исполнителя завѣщанія суммы, достаточной для исполненія распоряженія, указаннаго въ завѣщаніи, то это значитъ поставить истца во многихъ случаяхъ въ невозможность доказать свой искъ. Имущество, оставшееся послѣ завѣщателя, выдается исполнителю завѣщанія безъ обязательнаго участія въ его дѣйствіяхъ тѣхъ лицъ, въ пользу которыхъ выдачи назначены; затѣмъ, исполнитель завѣщанія распоряжается и производитъ выдачи также безъ обязательнаго участія лицъ, въ пользу которыхъ сдѣланы выдачи. Слѣдовательно, эти лица могутъ не знать, существуетъ ли достаточно имущества для производства выдачъ или нѣтъ. Между тѣмъ, исполнитель завѣщанія, будучи распорядителемъ имущества, имѣетъ эти свѣдѣнія. Такимъ образомъ и съ этой точки зрѣнія слѣдуетъ признать, что обязанность доказать отсутствіе наличныхъ суммъ, недостатокъ полученнаго имущества на производство всѣхъ выдачъ, должна лежать на исполнителѣ завѣщанія“.

Однако отвѣтчику приходится доказывать отрицательное обстоятельство: недостатокъ наслѣдственнаго имущества? Правда, Сенатъ перевелъ спорный фактъ на другую форму выраженія: душеприказчикъ могъ доказать, какія суммы онъ получилъ и сколько выдалъ,—изъ сопоставленія цифръ и выяснится размѣръ остатка. Но отрицательные факты именно и доказываются часто косвеннымъ путемъ изъ по-

ложительныхъ, исключающихъ наличность первыхъ: ср. Rosenberg, Die Beweislast, S. 116.

Еще случай изъ наслѣдственнаго права:

Истцы обратились съ претензіей къ одной только наслѣдницѣ, считая ее единственной; та возражала, что наслѣдствомъ воспользовались и другія лица (рѣш. 1877 г. № 330). Палата нашла, что доказать, какая доля въ наслѣдственномъ имуществѣ принадлежитъ отвѣтчицѣ, и какая — остальнымъ наслѣдникамъ, лежитъ на обязанности истцовъ. По общему правилу, аргументировалъ Сенатъ, каждая изъ тяжущихся сторонъ обязана доказать тѣ обстоятельства, которыя она приводитъ въ свою защиту: а такъ какъ заявленіе о томъ, что имущество наслѣдодателя перешло не къ одному лицу, и что отвѣтственность по долгамъ умершаго должна быть распредѣлена между всѣми сонаслѣдниками исходило со стороны отвѣтчицы, составляя ея возраженіе противъ иска, то и onus probandi лежитъ на ней.

Такое рѣшеніе вопроса представляется справедливымъ по существу [1]): такъ какъ каждому изъ сонаслѣдниковъ разумѣется легче доказать, что наслѣдниковъ было нѣсколько (и какіе именно), что они раздѣлили между собой наслѣдственную массу извѣстнымъ образомъ, вслѣдствіе чего на долю отвѣтчика приходится такая-то часть отвѣтственности. Всѣ доказательства раздѣла должны быть на рукахъ у сонаслѣдника. Наоборотъ, немыслимо доказывать порядокъ раздѣла для кредитора покойнаго наслѣдодателя. Гдѣ взять ему доказательства, если бы онъ и хотѣлъ? Онъ заключалъ сдѣлку съ однимъ лицомъ: за смертью послѣдняго вмѣсто одного образовалась группа, опредѣленнымъ способомъ раздѣлившая между собою долги. Ясно, что наслѣдники и должны ему доказывать, своему кредитору, какъ они раздѣлили имущество и между кѣмъ, да кѣмъ.

Въ искѣ наслѣдницъ къ своему брату о выдѣлѣ $^2/_{14}$ изъ имущества отца Палата признала (съ чѣмъ молчаливо согласился и Сенатъ) истицъ обязанными установить составъ наслѣдственнаго имущества въ моментъ смерти наслѣдодателя,—что послѣднія и сдѣлали, представивъ суду

[1]) Такъ же и по германскому праву: Beckh, S. 253—254; Rosenberg, Beweislast, S. 149.

двѣ данныхъ на имя отца: изъ означеннаго въ нихъ имущества имъ были вычислены наслѣдственныя части.

Такъ какъ отвѣтчикъ возражалъ, что на свой счетъ сдѣлалъ улучшенія и постройки на наслѣдственной землѣ, то Сенатъ потребовалъ отъ него же и доказательствъ этихъ фактовъ (рѣш. 1877 г. № 56). Послѣдній выводъ безспоренъ; что же касается обязанности доказывать составъ наслѣдственной массы на сторонѣ истицъ, требующихъ выдѣла своихъ частей отъ того изъ сонаслѣдниковъ, кто наслѣдство уже принялъ, то вопросъ рѣшается на мой взглядъ совершенно иначе. У такого наслѣдника должны быть доказательства, какъ велико было имущество, ему оставленное; онъ имѣетъ всѣ свѣдѣнія объ его объемѣ и качествѣ: быть можетъ, была сдѣлана оставшаяся ему небезъизвѣстной оффиціальная опись,—или онъ долженъ былъ позаботиться объ изготовленіи подобной описи самъ, въ интересахъ предусмотрительности, uti bonus paterfamilias [1]); наконецъ, онъ знаетъ, что принадлежало лично ему до принятія наслѣдства, и въ состояніи установить количество впослѣдствіи поступившаго въ видѣ наслѣдства. Всѣхъ перечисленныхъ средствъ установить границы своихъ правъ наслѣдственнаго участія лишены прочіе сонаслѣдники. Поэтому наслѣдникъ, завладѣвшій имуществомъ, обязанъ предъ остальными, нѣкоторымъ образомъ, отчетностью, которая и должна выразиться въ томъ, что объемъ принадлежащихъ ему правъ устанавливаетъ на судѣ онъ. Его позиція аналогична положенію душеприказчика: а рѣшеніе 1876 г. № 66 въ подобномъ спорѣ возложило обязанность доказыванія — на послѣдняго [2]).

Въ рѣшеніи за 1869 г. № 1266 Сенатъ, выставивъ презумпцію, что судебное утвержденіе въ правахъ наслѣдства служитъ удостовѣреніемъ „наслѣдничьяго званія“ лица, и

[1]) Вѣроятно, что институтъ: beneficium inventarii пріуроченъ къ извѣстному житейскому узусу—составляетъ списокъ наслѣдственнаго имущества прежде его принятія.

[2]) Въ случаѣ отговорки отвѣтчика незнаніемъ, какъ велико было принятое имъ наслѣдство, истцы представятъ приблизительный расчетъ суммамъ, на которыя они считаютъ себя наслѣдниками, и производство должно сообразоваться mutatis mutandis съ ст. 911 и др. уст. гр. суд., примѣняемыми по аналогіи.

что фактическое отсутствіе наслѣдственнаго имущества или фактическое вступленіе въ права наслѣдника третьихъ лицъ, какъ возраженія противъ отвѣтственности за долги наслѣдодателя со стороны утвержденныхъ судомъ наслѣдниковъ, должны быть доказаны именно послѣдними, разсуждалъ такимъ образомъ: „судебная палата нарушила и ст. 366 уст. гр. суд., когда признала, что истецъ съ наслѣдника долженъ представить надлежащее удостовѣреніе не объ утвержденіи отвѣтчика наслѣдникомъ, но о томъ, что наслѣдникъ получилъ какое либо имущество послѣ умершаго вотчинника. Истецъ обязывается удостовѣрить то событіе, которое полагаетъ въ основаніе своего иска. Въ настоящемъ случаѣ истица, утверждая, что отвѣтчики суть отвѣтственныя лица, поелику они наслѣдники, представила удостовѣреніе въ томъ, что они признаны судомъ за наслѣдниковъ умершей Кононовой; слѣдовательно, истица удостовѣрила то, что по содержанію иска своего обязывалась удостовѣрить. Отвѣтчицы, возражая противъ иска, не оспаривали того, что онѣ наслѣдницы, но, отрицая свою отвѣтственность, въ подтвержденіе сего сослались на событія, по мнѣнію ихъ, несовмѣстныя съ сею отвѣтственностью, т. е., что онѣ не воспользовались наслѣдствомъ, а всѣмъ имуществомъ послѣ умершей Кононовой распоряжался и воспользовался сынъ ея (стороннее лицо, въ настоящемъ дѣлѣ не участвовавшее). Въ такомъ видѣ состязанія надлежало отвѣтчицъ поставить въ обязанность доказывать то, что онѣ утверждали, и представить имъ законную къ тому возможность, но возлагать на истицу обязанность опровергнуть сіе возраженіе, когда оно отвѣтчицами не доказано, было бы извращеніемъ законнаго порядка, въ коемъ распредѣляется между сторонами по смыслу 366 ст. уст. гр. суд. обязанность доказывать основанія иска и возраженія“.

Приводимое рѣшеніе даетъ образчикъ того своеобразнаго слога и тѣхъ аргументацій—мало убѣдительныхъ для теоретика,—которыми Сенатъ обыкновенно мотивировалъ свои въ существѣ дѣла часто правильные выводы. Здѣсь онъ ,повидимому, оперируетъ съ положеніемъ: affirmanti incumbit probatio и reus in excipiendo fit actor: но въ какихъ взаимныхъ отношеніяхъ стоятъ другъ къ другу по-

нятія „основаній иска“ и „возраженія“, этого въ разсужденіяхъ Сената искать было бы тщетно.

Въ дѣйствительности распредѣленіе доказываній зависитъ отъ другихъ причинъ и условій. Судебный порядокъ есть нормальный способъ принятія наслѣдства,—воля лица быть наслѣдникомъ выразилась въ этомъ актѣ, какъ нельзя болѣе ясно; и тотъ фактъ, что лицо по исключенію не оказалось въ искомомъ „званіи“—потому что de facto имуществомъ владѣлъ и пользовался другой,—долженъ быть доказанъ неудавшимся наслѣдникомъ [1]). И onus probandi не является несправедливымъ: каждому гораздо лучше знать собственныя имущественныя отношенія,—а потому и легче установить, что наслѣдственныхъ вещей въ его обладаніи (in bonis) не находится и никогда въ его руки не переходило.

Приведу еще рядъ рѣшеній Сената по вопросу объ отчетности лицъ. Рѣшеніе 1868 года № 880: судомъ установлено, что отвѣтчикъ-опекунъ призналъ фактъ полученія отыскиваемой истцомъ суммы: тѣмъ самымъ, говоритъ Сенатъ, судъ счелъ это обстоятельство нетребующимъ дальнѣйшихъ доказательствъ со стороны истца, слѣдовательно долженъ былъ считать, что наступила очередь доказать свои возраженія для отвѣтчика, т. е. удостовѣрить, что деньги были употреблены имъ на пользу истцовъ-подопечныхъ.

Рѣшеніе снова правильное. Эта обязанность—доказать способъ употребленія полученныхъ суммъ, вытекаетъ изъ общей обязанности представленія отчета, которая лежитъ на опекунахъ, повѣренныхъ и т. д. Проф. Малининъ [2]) справедливо проводитъ аналогію съ постановленіями устава гражд. судопр., которыя допускаютъ объ истребованіи отчета искъ (ст. 896 и слѣд.), и за непредставленіе его грозятъ присужденіемъ истцу приблизительнаго размѣра суммъ, подлежащихъ взысканію (ст. 911). Обязанность „отчетности“ предполагаетъ и приложеніе „оправдательныхъ документовъ“ или ссылку на другія доказательства, которыми обязанный отчетностью долженъ запастись, чтобы не остаться съ одними голословными объясненіями и заявленіями, и не быть осужденнымъ въ процессѣ.

[1]) Въ томъ же смыслѣ кассац. рѣш. за 1893 г. № 88.

[2]) Записки Новороссійскаго Университета, т. 24, стр. 138—139.

Аналогичное начало проводится въ рѣшеніи 1869 г. № 1212: при предъявленіи иска хозяиномъ-купцомъ къ прикащику, который будто бы не далъ отчета хозяину, отвѣтчикъ долженъ былъ доказать, что, напротивъ, вполнѣ разсчитался съ принципаломъ (См. Анненковъ, Суд. Журн., 1874 г. № 3, стр. 22). Или другой случай: судъ имѣлъ въ виду сознаніе отвѣтчика въ полученіи отъ истца отыскиваемой суммы, которую сторона признавала себя обязанной употребить на опредѣленное назначеніе: счетъ о количествѣ израсходованныхъ съ этою цѣлью денегъ, голословно указанный, оспаривался истцомъ. Обязанность доказать количество израсходованныхъ суммъ Сенатъ возложилъ на отвѣтчика (1869 г. № 9). Ср. еще рѣшенія: 1872 г. № 145 и 307, 1884 г. № 71: когда установлено, что повѣренный вслѣдствіе даннаго ему порученія получилъ деньги, слѣдующія довѣрителю, обязанность доказать передачу денегъ этому послѣднему лежитъ на его представителѣ. Тоже въ рѣшеніи 1872 г. № 1006, гдѣ передачу денегъ должна была доказать жена въ качествѣ фактическаго представителя своего мужа. См. еще рѣшенія 1875 г. №№ 670 и 880.

Въ заключеніе я хотѣлъ бы коснуться интерпретаціи ст. 542 устава гражданскаго судопроизводства. Норма содержитъ презумпцію—и потому, въ сущности говоря, не относится къ нашей темѣ (въ настоящей работѣ я не затрагиваю существующихъ въ законѣ презумпцій); однако, такъ какъ текстъ указанной статьи и въ литературѣ, и въ судебной практикѣ толкуется совершенно превратно, то я не счелъ лишнимъ посвятить нѣсколько строкъ выясненію вопроса.

Вина лежитъ въ двусмысленной редакціи названной нормы, въ силу чего та способна получить и одинъ, и другой смыслъ.

Приведемъ сперва параллельную статью германскаго кодекса [1]): „Домашніе документы, подписанные тѣмъ лицомъ, отъ имени котораго они составлены..., служатъ полнымъ доказательствомъ того, что содержащіяся въ нихъ волеизъяв-

[1]) § 416 германскаго процессуальнаго кодекса (въ прежней его редакціи—§ 381). Ср. еще § 440 новаго или 405 стараго устава.

ленія сдѣланы лицомъ, отъ имени котораго актъ составленъ". Другими словами, подлинность подписи должника подъ актомъ создаетъ презумпцію, что и все содержаніе акта, писаннаго отъ имени лица, подлинно, т. е. исходитъ дѣйствительно отъ его воли. При такихъ условіяхъ противнику стоитъ только доказать, что одна подпись сдѣлана собственной рукой того, чье имя стоитъ подъ документомъ,—и судъ по презумпціи будетъ вѣрить подлинности всего остального содержанія письменной сдѣлки.

Та же норма существуетъ и въ австрійскомъ процессѣ (ст. 310, 312 уст.) [1]).

А теперь прочтемъ ст. 542 нашего устава. „Сомнѣніе въ подлинности акта не можетъ быть заявлено лицомъ, отъ имени коего актъ выданъ или составленъ, если онъ тѣмъ лицомъ подписанъ".

Первая фраза: сомнѣніе въ подлинности не можетъ быть заявлено, какъ извѣстно,—выраженіе техническое, и значитъ на терминологіи составителей устава, что бремя доказыванія въ спорѣ по поводу подлинности акта лежитъ на томъ, кто сомнѣвается въ ней. Поэтому можно перефразировать норму такимъ образомъ: „Onus probandi въ спорѣ о подлинности акта лежитъ на лицѣ, отъ имени котораго актъ выданъ, если онъ тѣмъ лицомъ подписанъ".

Повидимому, смыслъ нормы именно тотъ, какъ и въ выше цитированныхъ иностранныхъ уложеніяхъ: разъ доказано, что лицомъ дѣйствительно подписанъ актъ („если онъ тѣмъ лицомъ подписанъ"), выданный отъ его имени,—за достовѣрность документа стоитъ презумпція, все остальное содержаніе его считается исходящимъ отъ той же воли.

А если рукоприкладчикъ все-таки хочетъ оспаривать подлинность акта, то онъ же и обязанъ доказать юридическую несостоятельность бумаги.

Итакъ, при подобной интерпретаціи ст. 542 уст. можно установить слѣдующее правило: домашніе документы, подписанные должникомъ собственноручно, имѣютъ презумпцію

---

[1]) Г. Цвингманъ въ своихъ „Замѣткахъ о повѣркѣ письменныхъ доказательствъ" ссылается еще на итальянскій процессуальный кодексъ (ст. 284) и на французскую практику (см. Журн. Мин. Юстиціи, ноябрь, 1898 г., стр. 2 и прим. 3).

достовѣрности всего остального содержанія: стоитъ доказать такимъ образомъ только подлинность подписи,—и тогда презумируется подлинность цѣлаго документа: противное должно быть доказано несогласнымъ.

Къ сожалѣнію, подобное толкованіе статьи 542 встрѣчается только у составителей новаго проекта (устава гражд. судопроизводства). Между тѣмъ и литература, и судебная практика интерпретируютъ нашъ дѣйствующій кодексъ иначе, при чемъ теоретики безъ исключенія согласны, что при ихъ толкованіи относящіяся сюда статьи устава гражданскаго судопроизводства „врядъ-ли могутъ быть причислены къ наиболѣе удачнымъ частямъ этого узаконенія", какъ выражается въ мягкой формѣ Цвингманъ [1]).

Рядъ недоразумѣній начинаетъ, сколько можно судить, все та же ст. 542 уст. гр. суд., въ особенности въ сопровожденіи съ тѣми законодательными мотивами, которые подъ статьей въ оффиціальномъ изданіи приведены. „Право заявить сомнѣніе въ подличности подписи подъ домашнимъ актомъ предоставляется только тому лицу, говорятъ редакторы, которое само не участвовало въ составленіи акта и коего подпись подъ нимъ не значится". Статью и мотивъ понимаютъ такъ, что разъ только актъ подписанъ именемъ извѣстнаго лица, оно имѣетъ единственно лишь споръ о подлогѣ, т. е., опровергая подлинность акта, беретъ onus probandi на себя [2]). Но едва-ли мотивы составителей имѣютъ убѣдительную силу. Если лицо не участвовало въ составленіи акта и подпись подъ документомъ—не его, onus probandi не угрожаетъ такому лицу,—такова исходная мысль редакторовъ устава. Но мнимый должникъ, оспаривая подлинность подписи, именно и утверждаетъ, что онъ лицо, не участвовавшее въ составленіи акта, и, хотя на бумагѣ и стоитъ его имя, но онъ документа не подписывалъ. И суду, разумѣется, неизвѣстно, правдивы ли эти утвержденія или

---

[1]) „Замѣтки о повѣркѣ письменныхъ доказательствъ въ гражданскомъ процессѣ", въ Журн. Минист. Юстиціи, 1898 года, ноябрь, стр. 1. Такъ же—Энгельманъ, Учебникъ Русскаго гражданскаго судопроизводства, 1904 г. (2-е изд.), стр. 294—295, прим. 4.

[2]) См. Цвингманъ, l. c., стр. 3; Энгельманъ, Учебникъ русскаго гражданскаго права, 2-е изд. (1904 г.), стр. 295 прим 4.

нѣтъ. Повидимому, все-таки подлинность подписи долженъ будетъ удостовѣрить тотъ изъ тяжущихся, который говоритъ, что должникъ сдѣлалъ ее собственноручно [1]).

Однако, практика и литература толкуютъ ст. 542 иначе: должникъ, котораго имя стоитъ подъ документомъ, въ спорѣ противъ подлинности принимаетъ onus probandi на себя.

И получается слѣдующая нелѣпость. Стоитъ любому сутягѣ написать на имя, кого захочетъ изъ гражданъ Россійской Имперіи, долговой документъ, поставить подъ нимъ надлежащее имя и фамилію должника,—и, предъявивъ мнимое обязательство въ судъ, онъ заставитъ доказывать неподлинность подписи отвѣтчика. По общимъ началамъ всякаго процесса лицо, предъявляющее искъ, обязано доказать хоть что-нибудь по поводу своихъ притязаній: „истецъ долженъ доказать свой искъ“. гласитъ уставъ (ст. 366). И несправедливо, чтобы каждый встрѣчный тянулъ насъ въ судъ и говорилъ: „а ну, докажите-ка, что Вы мнѣ ничего не должны“! Между тѣмъ при указанномъ толкованіи ст. 542 уст. дѣло на то очень походитъ. Грамотность — явленіе теперь довольно обычное, состряпать документъ на чужое имя — не особенно трудная задача: между тѣмъ въ награду за представленіе столь убѣдительнаго доказательства, какъ умѣнье подписать чужую фамилію, мнимый кредиторъ будетъ имѣть удовольствіе видѣть, удачно ли противникъ станетъ справляться съ тяжелымъ бременемъ „спора о подлогѣ“.

Еще если бы было житейской аксіомой правило, что всякій, не выдававшій акта, можетъ легко обнаружить подложность написаннаго на его имя, тогда толкованіе ст. 542 уст. не угрожало бы мирному житію и благополучію россіянъ; а такъ какъ подобной аксіомы нѣтъ, то желающему, пожалуй, легко удастся и обогатиться на чужой счетъ,—въ особенности, если принять во вниманіе неудовлетворительное состояніе нашей судебной экспертизы (наипаче же—въ уѣздныхъ городахъ) [2]). А необходимость поднимать для

---

[1]) Цвингманъ, l. c., стр. 4.

[2]) См. отзывы практиковъ у Городысскаго, Журн. Мин. Юстиціи, 1901 г., № 5, стр. 161. Впрочемъ, по замѣчанію Каррары, вообще „каллиграфы одни изъ самыхъ невозможныхъ экспертовъ и по способности выдумывать могутъ быть приравнены къ охотникамъ“.

опроверженія подлинности подписи или акта ту „сумочку переметную“, которая носитъ по Уставу названіе: производства по спору о подлогѣ документа,—съ перспективою возбудить дѣятельность уголовной юстиціи и въ случаѣ неудачи заявленнаго спора подвергнуться штрафу (отъ 10 до 300 р.) [1],—еще болѣе усложняетъ и безъ того незавидное положеніе оспаривающаго чужой почеркъ лица [2].

---

[1]) Ст. 562 устава гражданскаго судопроизводства.

[2]) Вотъ почему нельзя не соласиться съ глубокой основательностью совѣта, который г. Е. Буринскій (авторъ спеціальной технико-юридической работы: „Судебная экспертиза документовъ“, 1903 г.) адресуетъ публикѣ со столбцовъ газеты: „Русь“ (1905 г. 22 февраля № 45): „Читатель! Если кому-нибудь вздумается подать на васъ въ судъ требованіе по документу, котораго вы никогда не писали и не выдавали, вспомните, что говоритъ оберъ-прокуроръ уголовнаго кассаціоннаго департамента (Щегловитовъ) и не спорьте, ради Бога,—платите поскорѣе! „Спорящіе почти всегда проигрываютъ процессы и должны благодарить судьбу, если они не подвергаются, въ довершеніе всего, преслѣдованію за ложный доносъ“. (Щегловитовъ, Сѣверный Вѣстникъ 1892 г. № 11).

ЧАСТЬ ПЯТАЯ.

Кассаціонная практика.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Сенатъ въ поискахъ за объединяющими началами.

Въ виду значительной практической важности проблемы о распредѣленіи доказательствъ приходилось высказываться по относящимся сюда вопросамъ и нашему Кассаціонному Сенату. Онъ тоже старался отыскать руководящія начала, которыя позволили бы отвѣчать на задаваемыя практикой затрудненія „однообразно“. Въ поискахъ за принципомъ онъ бросался отъ французскаго догмата „недѣлимости признанія“ къ римскому афоризму, что отрицательныя обстоятельства не подлежатъ доказыванію,—однако такъ и не могъ остановиться на сколько-нибудь опредѣленной конструкціи. Не могъ выработать и многочисленнаго ряда положеній, санкціонированныхъ въ качествѣ usus fori,—подобныхъ хотя бы тѣмъ, которыя сдѣлались выводами communis juris въ германской практикѣ.

Принимая въ свои руки бразды руководительства за примѣненіемъ ст. 366 уст. гр. суд., Сенатъ оказался въ незавидномъ положеніи. Самъ законъ не давалъ опредѣленныхъ указаній: не было таковыхъ и въ литературѣ—я не говорю уже о только что зарождавшейся нашей,—но даже и въ иностранной, которую можно было бы взять моделью.

При подобныхъ условіяхъ первые шаги Сената въ дѣлѣ разъясненія началъ, регулирующихъ проблемы распредѣленія доказательствъ, были болѣе, чѣмъ робкими. Рѣшеніями отъ 1867 г. (№№ 43, 117, 280 и др.) былъ установленъ пріоритетъ истца относительно обязанности представленія доказательствъ: только тогда наступаетъ аналогичная обязанность у отвѣтчика, если и когда истецъ сначала исполнилъ

свою,—раньше требовать отъ отвѣтчика доказательствъ судъ не имѣетъ права, хотя бы показанія отвѣтной стороны были просто голословны.

Такимъ образомъ, въ этихъ рѣшеніяхъ разъяснялось недоразумѣніе слишкомъ уже элементарнаго свойства.

А въ слѣдующемъ, 1868 г., появилась доктрина (проскальзывавшая и въ предыдущемъ), которая еще болѣе подчеркивала testimonium paupertatis высшаго въ судебной іерархіи судилища: Сенатъ провозгласилъ, что распредѣленіе между сторонами тяжести доказываній относится къ вопросамъ „по существу дѣла“, такъ что въ силу ст. 5 учр. суд. устан. и 11 уст. гражд. суд. не подлежитъ кассаціонной повѣркѣ. Эта идея повторяется во всѣхъ сколько-нибудь интересныхъ кассаціонныхъ случаяхъ названнаго года: промелькнувъ въ качествѣ „случайной гостьи“ еще въ 1867 г. (рѣшенія №№ 209 и 492), она возводится въ степень принципа въ 1868 и 1869 гг. (см. рядъ рѣшеній: 1868 г. №№ 35, 122, 270, 283, 463, 519, 553, 555, 579, 618, 718; 1869 г. №№ 34, 145, 213, 308, 465, 470, 1041, 1133). Въ слѣдующіе годы идея встрѣчается все рѣже и рѣже: ср., напр., рѣшенія 1870 г. №№ 252 и 695; 1874 г. №№ 56, 381; 1875 г. № 404; однако временно снова оживаетъ въ 1880 г. (см. рѣшенія №№ 155, 174, 212, 219, 247, 259) [1]).

Къ чести высшаго руководителя нашей судебной практики слѣдуетъ сказать, что даже въ періодъ расцвѣта доктрины „кассаціоннаго невмѣшательства“ онъ не проводилъ ея до конца, но, подчиняясь запросамъ жизни, давалъ зачастую весьма важныя указанія нисшимъ инстанціямъ по вопросамъ распредѣленія доказательствъ [2]). Съ другой стороны, справедливость требуетъ отмѣтить, что за формулу: „вопросъ относится къ существу дѣла“ Сенатъ укрывался зачастую и впослѣдствіи, даже послѣ того, какъ отступилъ отъ догмата: laisser faire, laisser passer въ проблемахъ правильнаго распредѣленія доказательствъ. За статьей 11 устава Сенатъ пряталъ свое неумѣнье помочь практикѣ въ ея затрудненіяхъ.

[1]) Ср. также рѣшенія 1882 г. № 21; 1883 г. №№ 15, 35 и др.

[2]) Укажу въ качествѣ примѣра рѣшенія: 1867 г. № 347; 1868 года № 880.

1868 и 1869 годы знаменательны, какъ свидѣтели неудачной попытки Сената уклониться отъ трудной задачи нахожденія принципа, неуказаннаго ни въ законѣ, ни въ литературѣ; жизнь заставила „блюстителя за правильнымъ и единообразнымъ примѣненіемъ закона“ взять на себя тяжелую роль удовлетворенія ея насущныхъ потребностей; однако и впослѣдствіи, руководимый болѣе внутреннимъ юридическимъ чутьемъ и жизненнымъ опытомъ, нежели твердыми началами, Сенатъ вынужденъ бывалъ отъ времени до времени изрекать: ignoramus, прячась за „существо дѣла“,— ultimum refugium въ вопросахъ, гдѣ разрѣшеніе спора требовало бы выясненія общаго принципа, котораго найдено въ концѣ концовъ все-таки не было. А 1879 годъ снова отмѣченъ руководящимъ рѣшеніемъ по одному изъ наиболѣе частыхъ въ нашей судебной практикѣ споровъ,—о платежѣ за наемъ квартиры, — гдѣ Leitmotiv'омъ звучитъ отбой и отступленіе подъ спасительную защиту крѣпкихъ стѣнъ ст. 11 уст.: проблема распредѣленія доказательствъ зависитъ отъ конкретной обстановки казуса и разрѣшается однажды навсегда въ нисшихъ инстанціяхъ.

Итакъ, въ 1868 году способъ распредѣленія доказываній провозглашается стоящимъ внѣ кассаціонной ревизіи, такъ какъ „оцѣнка представленныхъ сторонами доказательствъ и признаніе доказаннымъ или недоказаннымъ того, что каждый изъ тяжущихся утверждаетъ, зависитъ отъ усмотрѣнія суда, рѣшающаго дѣло по существу и кассаціонной повѣркѣ не подлежитъ“.

Смягченіе „теоріи невмѣшательства“ замѣтно однако уже въ рѣшеніи 1869 г. № 485: „опредѣленіе силы и значенія представленныхъ по дѣлу доказательствъ принадлежитъ суду и, относясь къ существу дѣла, не можетъ подлежать разсмотрѣнію кассаціонной юстиціи. Но съ другой стороны, такъ какъ окончательный выводъ суда, хотя-бы и относящійся къ существу дѣла, не долженъ противорѣчить предписанію закона, то не подлежитъ сомнѣнію, что Правительствующій Сенатъ можетъ находить нарушеніе 366 статьи устава гражданскаго судопроизводства въ томъ случаѣ, когда въ судѣ признаются доказательствами такія обстоятельства, которыя по закону не могутъ служить доказательствами права, за-

явленнаго тяжущимися, или когда судъ требуетъ отъ тяжущагося такихъ доказательствъ, которыя вовсе не требуются закономъ или представленіе которыхъ даже невозможно“ [1]).

Вторая половина формулы въ особенности развязываетъ Сенату руки въ его правѣ руководить нисшими инстанціями въ вопросѣ о распредѣленіи доказательствъ между сторонами: чуть только судъ потребовалъ отъ истца представленія бо̀льшаго количества доказательствъ, нежели слѣдуетъ, и не потребовалъ соотвѣтствующихъ доказательствъ отъ отвѣтчика или наоборотъ,—иными словами: такъ или иначе нарушилъ правила относительно onus probandi, онъ конечно сталъ въ противорѣчіе съ закономъ, по крайней мѣрѣ въ вопросѣ о его примѣненіи,—и рѣшеніе, такимъ образомъ постановленное, будетъ отмѣнено Сенатомъ.

Въ томъ же 1869 г. Сенатъ обратился за руководящимъ критеріемъ въ ученіи о распредѣленіи доказательствъ къ французскому праву. Догма „нераздробляемости признанія“ была отвергнута составителями устава; однако, подъ вліяніемъ пристрастія къ французской юриспруденціи, тогда водворившагося у насъ въ слѣдъ за рецепціей французскихъ началъ въ уставѣ гражданскаго судопроизводства, теорія недѣлимости признанія была адоптирована и Сенатомъ,—и при томъ въ чистомъ ея видѣ, какъ она проводилась французами, безъ модификацій и поправокъ, внесенныхъ уже въ то время нѣмецкой юриспруденціей.

Прежде всего, останавливаетъ на себѣ вниманіе въ этомъ отношеніи взглядъ Сената на сдѣлки, совершонныя вопреки требованію закона неформально, но признанныя противной стороной, которая тѣмъ не менѣе возражаетъ, что договоръ былъ, но съ ея стороны исполненъ. Съ точки зрѣнія современной доктрины подобныя сдѣлки, какъ заключенныя безъ соблюденія предписанныхъ закономъ формъ, вовсе не могутъ стать объектомъ судебной охраны. Однако Сенатъ разсуждалъ такъ: искъ не доказанъ, потому что не представлено необходимыхъ по закону доказательствъ (письменныхъ актовъ); и когда отвѣтчикъ возразилъ, что договоръ

[1]) Эта формулировка выбрана, какъ выражающая общій взглядъ Сената, у Думашевскаго, Систематическій Сводъ рѣшеній Кассаціоннаго Департамента Сената, 1866—1871 гг. (Спб. 1872), стр. 175 (ср. еще № 486).

возникъ, но прекращенъ исполненіемъ, то тѣмъ самымъ наличность долга въ данный моментъ не признается, а подвергается отрицанію: значитъ, долгъ для настоящаго времени является все-таки недоказаннымъ, ждетъ еще подтвержденій,—и именно отъ истца, такъ какъ отъ противника можно требовать ихъ не въ первую, а только во вторую очередь, не раньше, а непремѣнно послѣ того, какъ представитъ свои истецъ.

Въ другихъ случаяхъ Сенатъ, приходя къ подобному же выводу, аргументировалъ его нѣсколько иначе. Истецъ указывалъ, что отвѣтчикъ, ссылаясь на уплату, признавалъ тѣмъ не менѣе возникновеніе обязательства: слѣдовательно, долговое требованіе установлено признаніемъ. Но чтобы вывести изъ словъ отвѣтчика это заключеніе, пришлось бы раздробить его признаніе, разсуждалъ Сенатъ. Вѣдь отвѣтчикъ не говорилъ о правѣ истца на полученіе уплаты въ настоящее время: его признаніе состоитъ изъ двухъ частей: „обязательство было (а), но теперь его нѣтъ (в)"—и извлечь отсюда доводы въ пользу истца можно только путемъ произвольнаго исключенія изъ реплики отвѣтчика второй ея половины.

Такъ или приблизительно такъ доказывалъ свой тезисъ Сенатъ въ рѣшеніи 1869 года № 436.

Близкую на первый взглядъ аналогію съ предыдущимъ случаемъ представляетъ тотъ, гдѣ стороны обмѣниваются аналогичными утвержденіями, только рѣчь идетъ о сдѣлкѣ, которую разрѣшено по закону заключать неформально.

Также отвѣтчикъ, признавая возникновеніе своего обязательства въ прошломъ, отрицаетъ его дѣйствіе для текущаго момента: „обязательство было, но прекращено исполненіемъ". Сенатъ разрѣшалъ вопросъ о тяжести доказываній по предыдущему: истецъ долженъ доказывать отсутствіе исполненія,—тотъ фактъ, что обязательство дѣйствуетъ и до настоящаго времени.

Въ ошибочномъ взглядѣ Сената виновата неудачная догма недѣлимости признанія, которая начинаетъ съ этого года укореняться въ нашей практикѣ, гдѣ и проводится—не вполнѣ къ счастію послѣдовательно—вплоть до 1881 года. Въ поискахъ за ключемъ для разрѣшенія проблемы: „на

комъ onus probandi“? Сенатъ хватается за французскую доктрину о нераздробляемости признанія, думая почерпнуть оттуда стройное ученіе о вопросѣ.

Но теорія давала во многихъ случаяхъ сбивчивые, а въ иныхъ и невѣрные отвѣты: такъ было и въ интересующемъ насъ примѣрѣ.

Что догма относительно юридической силы признанія не покрываетъ собой проблемы о распредѣленіи доказательствъ, это болѣе, чѣмъ ясно: отвѣтчикъ признаетъ фактъ, что взялъ въ займы деньги, но добавляетъ, что уплатилъ долгъ. Вопросъ о томъ, что обязательство было, дѣйствительно разрѣшается судебнымъ признаніемъ; но остается другое обстоятельство невыясненнымъ: былъ ли платежъ,—затрудненіе лежитъ внѣ компетенціи института судебнаго признанія и требуетъ самостоятельныхъ изысканій. Для разрѣшенія загадки институтъ признанія, какъ таковой, никакихъ данныхъ не даетъ, хотя и избавляетъ истца отъ представленія доказательствъ того, что обязательство въ прошломъ дѣйствительно возникло.

Съ нашей точки зрѣнія исполненіе обязательства въ данномъ примѣрѣ доказываетъ отвѣтчикъ, потому что ему удобнѣе запастись доказательствами событія заранѣе, потому что правно-политическія соображенія дѣлаютъ изъ него лучшаго помощника правосудія, если только онъ склоненъ отнестись къ своимъ дѣламъ тщательно,—uti bonus paterfamilias...

Однако обстановка случая въ послѣднемъ примѣрѣ нѣсколько особая. Прежде всего, истецъ ничѣмъ не доказалъ своего иска,—и мало того, доказательствами заранѣе тоже, можетъ быть, не запасся, какъ и отвѣтчикъ: послѣдній не виновнѣе передъ правосудіемъ, нежели первый. Мало того: факты, которыхъ онъ бы не могъ доказать, даритъ ему просто добросовѣстность отвѣтчика: что̀ стоило послѣднему вмѣсто того, чтобы сказать: „да, былъ долженъ, но уплатилъ“, выразиться: „нѣтъ, не былъ долженъ“, или, не запираясь, но умалчивая: „нѣтъ, не долженъ“? Вѣдь тогда истецъ бы потерялъ процессъ изъ-за отсутствія у себя доказательствъ. Но чистосердечный отвѣтчикъ поступилъ иначе,—онъ не скрываетъ фактовъ: „былъ долгъ, но уплаченъ“.

Мудрая законодательная политика поощряетъ тѣ качества, которыя ей полезны для выясненія истины, а не караетъ за правдивость, дѣлая выгоднымъ запирательство: между тѣмъ здѣсь за искренность правосудіе возлагаетъ на отвѣтчика onus probandi [1]). „Тогда ни одинъ отвѣтчикъ не будетъ имѣть возможности упомянуть на судѣ о томъ, что онъ былъ долженъ, безъ опасенія, чтобы такое показаніе не было ему вмѣнено въ сознаніе долга существующаго", разсуждаетъ въ одномъ изъ своихъ рѣшеній Сенатъ (1869 г. № 856), „и чтобы не было съ него присуждено взысканія, не взирая на всѣ его возраженія и доказательства (?) о необязательности платежа".

Мнѣ кажется напротивъ, что противоположная точка зрѣнія, на которой стоитъ Сенатъ, или нелогична, или приводитъ къ невозможнымъ юридическимъ послѣдствіямъ въ тѣхъ именно случаяхъ, когда истецъ запасся доказательствами заключенной сдѣлки и такимъ образомъ исполнилъ свои обязанности передъ правосудіемъ.

Анализируемъ этотъ казусъ. По предыдущему отвѣтчикъ возражаетъ, что былъ долженъ, но заплатилъ. И тогда доказательства истца въ пользу заключеннаго нѣкогда контракта дѣлаются излишними, такъ какъ соотвѣтствующіе факты и безъ того сознаны отвѣтчикомъ. И если можно вообще требовать какихъ-нибудь доказательствъ отъ истца, то единственный смыслъ—требовать доказательствъ неуплаты, неисполненія обязательства; потому что наличность сдѣлки и безъ того признается отвѣтчикомъ, дѣлая всякія доказательства этого событія со стороны истца безцѣльными. Такова логика процесса. Почему же въ данномъ примѣрѣ, когда истецъ обладаетъ доказательствами сдѣлки, и Сенатъ, и господствующее во французской наукѣ воззрѣніе возлагаетъ тяжесть представленія доказательствъ на отвѣтчика, а не на истца? Гдѣ послѣдовательность? Если истцомъ представлены доказательства возникновенія сдѣлки, наличность ея прекращенія доказываетъ отвѣтчикъ; если же у истца этихъ доказательствъ нѣтъ, но они восполняются сознаніемъ отвѣтчика, onus probandi переходитъ на послѣдняго. Развѣ

[1]) Такъ же—проф. Малининъ, Записки Новороссійскаго Университета, т. 22 (1877 г.) стр. 128.

по закону [1]) признаніе фактовъ не дѣлаетъ доказательства ихъ излишними?

Если бы сенатской практикѣ съ неформальными обязательствами суждено было укорениться, тогда при разбирательствѣ дѣлъ получались бы курьезные споры о томъ, была ли составлена сдѣлка формальнымъ или неформальнымъ образомъ; даже больше того: были или не были при сдѣлкѣ свидѣтели,—при чемъ отвѣтчикъ, вполнѣ признавая договоръ со всѣми тѣми подробностями, на которыхъ настаиваетъ истецъ, возражаетъ горячо противъ одного: по его словамъ сдѣлка была заключена словесно и съ глазу на глазъ съ истцомъ,—а тотъ проситъ судъ дать ему срокъ на представленіе письменнаго текста сдѣлки (предполагая, что этого имъ почему-нибудь до сихъ поръ сдѣлано не было) или ходатайствуетъ о допросѣ свидѣтелей, чтобы подтвердить заключеніе сдѣлки доказательствами, хотя отвѣтчикъ содержаніе ея in toto et pleno подтвердилъ собственнымъ признаніемъ. А что, если судья найдетъ представленіе дальнѣйшихъ доказательствъ со стороны истца операціей излишней и безцѣльной и въ его домогательствахъ откажетъ? Тогда удивленный Сенатъ можетъ стать въ тупикъ передъ кассаціонный жалобой: „судъ не допросилъ моихъ свидѣтелей, хотя и призналъ наличность всѣхъ фактовъ, которые тѣ могли бы показать“, или: „судъ не разрѣшилъ мнѣ отсрочки засѣданія для представленія документа, гдѣ изложена сдѣлка, хотя содержаніе ея онъ установилъ именно въ томъ смыслѣ, какой та дѣйствительно имѣла: прошу рѣшеніе согласно ст. 366 уст. гр. суд. отмѣнить“.

Въ чемъ же дѣло? Да просто въ томъ, что, если бы содержаніе сдѣлки было установлено свидѣтелями или актами, тогда доказывать исполненіе лежало бы на обязанности отвѣтчика; если же истецъ своихъ доказательствъ не представилъ, а противникъ, сознавая долгъ бывшій, отрицаетъ его существованіе въ текущій моментъ, onus probandi на истцѣ. Отъ безцѣльныхъ доказательствъ, привнесенныхъ въ процессъ истцомъ, зависѣло бы то или иное раздѣленіе бремени доказываній между сторонами: вотъ почему тяжу-

[1]) Ст. 480 устава гражданскаго судопроизводства.

щіеся и имѣли бы интересъ играть на судѣ свою странную комедію.

Надо быть послѣдовательнымъ правосудію; исполненіе обязательства доказываетъ отвѣтчикъ, если онъ не отрицаетъ долговыхъ отношеній въ прошломъ. Правдивость его въ этомъ отношеніи почтенна, но заслуживаетъ поощренія такъ же мало, какъ и полное признаніе себя обязаннымъ платить; качества чистосердечія пріятны для правосудія, но вознаградить ихъ порою бываетъ нечѣмъ, а въ ущербъ истцу расточать благодарность — довольно жестокая благотворительность... „Но вѣдь я бы могъ вовсе отрицать сдѣлку,— и тогда истцу нечѣмъ доказать своихъ правъ“? „Какъ знать, отвѣчаетъ правосудіе. Доказательства у истца могутъ быть. Если же ихъ нѣтъ, конечно, ему отказали бы въ искѣ, не будь они покрыты судебнымъ признаніемъ, — и виноватъ былъ бы онъ самъ. Однако премировать отвѣтчика за предполагаемую добросовѣстность, требуя отъ истца доказательствъ совершенно безцѣльныхъ, противорѣчитъ началу процессуальной экономіи, а заставлять послѣдняго въ награду добросовѣстному противнику доказывать не тѣ факты, которые онъ легче всего могъ бы доказать по естественному порядку вещей, не тѣ, о которыхъ онъ долженъ былъ запастись доказательствами заранѣе, а другіе, которые установить въ большинствѣ случаевъ для него явится труднымъ, если не вполнѣ невозможнымъ,—значитъ поднести истцу даръ Данайцевъ“.

И нельзя во всякомъ случаѣ давать отвѣтчику полную власть выбирать изъ двухъ способовъ защиты тотъ, какой опровергнуть истцу труднѣе: разобрать, какихъ доказательствъ у истца нѣтъ,—доказательствъ наличности сдѣлки или доказательствъ отсутствія ея исполненія, и въ зависимости отъ подсчета или отрицать самую сдѣлку, возлагая на истца onus probandi ея возникновенія, или сознать сдѣлку, утверждая исполненіе договора,—и въ награду за мнимую правдивость и подарокъ истцу суммы фактовъ перенести центръ доказательствъ и спора на другой пунктъ. Послѣднее было бы ловкимъ стратегическимъ маневромъ съ цѣлью завлеченія противника въ засаду. Справедливѣе, настаивая на обязанности имѣть доказательства для истца

своихъ, и для отвѣтчика своихъ фактовъ, требовать отъ каждаго опредѣленныхъ данныхъ, карая и за отсутствіе ихъ опредѣленными процессуальными послѣдствіями.

Итакъ, точка зрѣнія необходимости поощрять добросовѣстность правдивыхъ отвѣтчиковъ, перенося въ благодарность за ихъ признаніе бремя доказываній на истца, не выдерживаетъ критики,—тѣмъ болѣе, что покровительственная политика станетъ иногда, какъ мы видѣли, благотворить именно недобросовѣстности и коварству. И единственнымъ оправданіемъ этого щепетильнаго отношенія къ отвѣтчику выставляется боязнь отвратить человѣка правдиваго отъ его склонности говорить всю правду. Но, во-первыхъ, эта цѣль, если проводить ея постуляты послѣдовательно, окажется все равно недостижимой. „Лучше оправдать 10 виновныхъ, чѣмъ заставить одного невиннаго для своего спасенія солгать въ процессѣ“. Но при такой политикѣ все ученіе о распредѣленіи доказательствъ должно быть упразднено. Единственная возможность культивировать на сторонѣ отвѣтчика склонность говорить безъ утайки всю истину, состоитъ въ томъ, чтобы не возлагать на него бремени доказываній вовсе. Только тогда совѣсть его не остановится предъ необходимостью выбирать между процессуальной выгодой и матеріальной правдой. Онъ былъ недѣеспособнымъ при заключеніи сдѣлки; дѣйствовалъ подъ вліяніемъ принужденія, ошибки, обмана и пр.: но если сказать всю правду, доказывать всѣ эти ссылки придется отвѣтчику. И является болѣе выгоднымъ просто отрицать самое существованіе сдѣлки, чтобы перемѣстить onus probandi на истца. Предлагаемая система поощренія людей говорить на судѣ правду должна была бы свести на нѣтъ все ученіе относительно распредѣленія доказательствъ.

Во всякомъ случаѣ идеалъ процесса состоитъ вовсе не въ томъ, чтобы правдивость тяжущейся стороны сдѣлать всякій разъ для нея фактомъ безвреднымъ,—чтобы не было никакой опасности говорить на судѣ правду, а скорѣе въ томъ, чтобы найти способы распознаванія процессуальной истины, все равно, правду или ложь станутъ говорить на судѣ участники тяжбы. И этотъ путь: заставить каждую изъ сторонъ собирать доказательства заранѣе, до процесса,—

распредѣливъ между ними обязанности собиранія предварительно и при томъ такъ, чтобы на долю каждой приходились тѣ, которыми ей удобнѣе запастись,—а затѣмъ неуклонно проводить карательную политику: если нѣтъ доказательствъ тѣхъ фактовъ, которые должны быть доказаны данной стороной, ей лучше не поднимать процесса; а поднявъ, быть готовой къ тому, что ихъ можетъ потребовать правосудіе и лишить въ случаѣ отсутствія ихъ лицо судебной защиты; только добросовѣстность противника или неправильный его расчетъ могутъ избавить отъ потери процесса, подаривъ требовавшіе безъ того доказательствъ факты.

Взглядъ, неправильность котораго я только что старался доказать выше, проводился Сенатомъ въ рѣшеніяхъ: 1869 г. №№ 366 и 691 [1]), 856 [2]), 930 [3]) и 259 [4]) (противоположное воззрѣніе высказывается въ рѣшеніи 1869 г. № 308) [5]); 1870 г. [6]) №№ 788, 1575, 1759; 1871 г. № 164 [7]); 1872 г. №№ 91, 157, 486, 709, 936 [8]); 1873 г. №№ 366 и 1508; 1874 г. №№ 73 и 290; 1876 г. № 426 [8]).

---

[1]) При взысканіи по неподписанному счету Сенатъ возложилъ доказательства неуплаты на истца.

[2]) То же—въ искѣ по заборной книжкѣ.

[3]) Отвѣтчикъ признавалъ, что размолъ пшеницы произведенъ на мельницѣ истца; но утверждалъ, что деньги были уплачены; onus probandi—на истцѣ.

[4]) Основаніе иска—долговая росписка, исполненіе обязательства по которой не доказано отвѣтчикомъ: onus probandi на истцѣ.

[5]) Снова искъ по неподписанному счету: но уплату долженъ былъ доказывать отвѣтчикъ.

[6]) Содержаніе казусовъ слѣд.: въ рѣш. 1870 г. № 788: отвѣтчикъ, признавая фактъ покупки лошадей, утверждалъ, что деньги уплачены; onus probandi—на истцѣ, такъ какъ доказательствъ у него нѣтъ, а признаніе недѣлимо; 1870 г. № 1575: взыскивался долгъ, письменныхъ доказательствъ у истца не было; отвѣтчикъ признавалъ долговыя отношенія въ прошломъ, утверждая, что долгъ уплаченъ; Сенатъ рѣшилъ, что признаніе недѣлимо; 1870 г. № 1759: искъ изъ словеснаго договора; на судѣ отвѣтчикъ говорилъ, что договоръ былъ, но исполненъ; onus probandi на истцѣ, такъ какъ признаніе недѣлимо.

[7]) Отвѣтчикъ утверждалъ, что, отпустивъ истца, съ нимъ расчелся, истецъ голословно настаивалъ на противномъ: in pari causa—признаніе недѣлимо.

[8]) При договорѣ неформальномъ „неисполненіе“ доказываетъ истецъ.

Въ 1870 г. Сенатъ, держась въ принципѣ взгляда, что неисполненіе по неформальному обязательству доказываетъ истецъ, хотя бы отвѣтчикъ и признавалъ самъ наличность соотвѣтствующей сдѣлки,—допустилъ отступленіе для договоровъ, заключенныхъ съ отсрочкою исполненія („въ кредитъ"): тамъ фактъ удовлетворенія доказываетъ должникъ.

Идея проводилась Сенатомъ не вполнѣ послѣдовательно: встрѣчаются рѣшенія и въ обратномъ смыслѣ. Однако этой конструкціи суждено было сыграть свою роль въ сенатской практикѣ распредѣленія доказательствъ. Интересна мотивировка, которой оправдывалъ Сенатъ свое исключеніе изъ правила о нераздробляемости признанія. Если сдѣлка заключена съ отсрочкою платежа денегъ, т. е. въ кредитъ, то это значитъ, что субъектъ исполненія остается обязаннымъ платить деньги, взятыя въ долгъ. Но для договора займа законъ требуетъ письменной формы, заемъ—договоръ формальный; съ другой стороны, въ этой сдѣлкѣ кредитору достаточно доказать лишь возникновеніе долга—платежъ доказываетъ должникъ [1]).

Мотивировка эта, фрагментарные слѣды которой проявляются и въ другихъ мѣстахъ, наиболѣе полно формулирована въ рѣшеніи за № 225 (1870 года).

Неоднократно разъясняемо было, разсуждаетъ Сенатъ, что самый фактъ забора изъ лавки товара, если собственно объ этомъ предметѣ возникъ споръ, можетъ быть доказываемъ свидѣтельскими показаніями; но изъ этого не слѣдуетъ, чтобы, въ случаѣ забора товара въ кредитъ, неуплата денегъ могла быть также удостовѣряема показаніями свидѣтелей: такъ какъ въ этомъ случаѣ представляется уже не споръ о какомъ-либо событіи, когда-либо совершившемся, а споръ о существованіи долга, и подобное обстоятельство можетъ быть доказываемо не иначе, какъ письменными документами, напр., подписаннымъ должникомъ счетомъ, роспискою его или другимъ заемнымъ обязательствомъ и

---

[1]) Думашевскій неправильно видитъ въ приводимыхъ у него на стр. 154—157 рѣшеніяхъ противорѣчіе: всѣ кромѣ № 1412 являются послѣдовательнымъ проведеніемъ одного начала.

т. п. [1]). А такъ какъ въ настоящемъ дѣлѣ спора о самомъ фактѣ забора отвѣтчикомъ изъ лавки истца товара не было, а истецъ доказывалъ неуплату за проданный товаръ, т. е. доказывалъ существованіе за отвѣтчикомъ долга, но въ удостовѣреніе сего письменныхъ доказательствъ, требуемыхъ закономъ, не представилъ, то такимъ образомъ судъ не нарушилъ никакого закона, не допустивъ допроса свидѣтелей (которые, какъ утверждалъ истецъ, показали бы, что деньги за этотъ товаръ въ 1869 году уплачены не были) [2]).

Та же мысль проводится въ рѣшеніи 1871 г. № 366: продажа товара есть „по свойству своему продажа на наличныя деньги уже по тому одному, что продажа товаровъ вообще должна почитаться всегда таковой", если не будетъ доказано, что она была сдѣлкой въ кредитъ (при чемъ въ случаѣ спора отсрочку платежа доказываетъ истецъ); при неполученіи же денегъ въ слѣдъ за передачей товара немедленно истецъ не обязанъ доказывать отсутствія отсроченнаго такимъ образомъ платежа,—за то доказываетъ другое: заемную сдѣлку,—каковой является отсрочка уплаты по мнѣнію Сената,—и доказываетъ непремѣнно письменными актами.

Теорія „кредитной сдѣлки" переживаетъ дальнѣйшую модификацію въ рѣшеніи 1870 г. № 1900.

„На истцѣ... лежала обязанность доказать лишь событіе продажи чугуна и то, что въ моментъ этой сдѣлки онъ не получилъ съ покупщика слѣдуемыхъ денегъ; обстоя-

---

[1]) Не безъ вліянія на эту конструкцію осталась ст. 2045 X т. 1 ч.: „къ заемнымъ обязательствамъ, домашнимъ порядкомъ совершаемымъ, принадлежатъ подписанные должникомъ счеты въ суммахъ, слѣдующихъ за работу, услугу, забранныя издѣлія или товары и т. п." Ср. рѣш. 1870 г. № 65: „подтвержденіемъ же дѣйствительности существованія долга за забранный товаръ и издѣлія, по ст. 2031 и 2045 (X т. 1 ч.), могутъ служить только письменные акты въ формѣ долговаго обязательства, подписаннаго должникомъ".

[2]) См. ту же доктрину въ рѣшеніяхъ 1870 г. №№ 241, 486, 1784 (отпускъ товаровъ въ кредитъ доказываетъ истецъ) и въ рѣшеніяхъ 1870 г. №№ 65, 911; 1871 г. № 555 (непремѣнно письменными доказательствами). Та же точка зрѣнія была примѣнена и къ спорамъ о существованіи долга за произведенныя работы (только вопросъ о необходимости письменной формы выступалъ менѣе ясно): см. рѣшенія 1870 года № 1256 и 1871 г. № 396.

тельства эти вполнѣ подтвердились, какъ призналъ Съѣздъ, показаніями выставленныхъ со стороны истца свидѣтелей",— теперь уже onus probandi перемѣщается на отвѣтчика, заканчиваетъ Сенатъ свою аргументацію.

Интересно, что здѣсь онъ съ одной стороны считаетъ истца обязаннымъ доказать отсутствіе платежа денегъ Zug um Zug, немедленно послѣ доставки товара, т. е. проводитъ, какъ будто свою доктрину, что сдѣлка съ отсрочкою платежа („въ кредитъ") есть заемъ, почему и кредитный характеръ правоотношенія, т. е. обязательство займа, доказываетъ истецъ, а платежъ долга—отвѣтчикъ; но съ другой стороны—письменныхъ доказательствъ для займа не требуетъ, удовлетворяясь въ противность рѣшенію за № 225 свидѣтельскими показаніями.

Съ нашей точки зрѣнія всѣ приведенные выше казусы разрѣшаются такимъ образомъ: если отвѣтчикъ ссылается на немедленную уплату денегъ вслѣдъ за исполненіемъ договора со стороны истца, onus probandi переходитъ на послѣдняго, который обязанъ доказать кредитный характеръ сдѣлки. Однако письменныхъ актовъ непремѣнно не требуется, потому что сдѣлка съ отсрочкою платежа денегъ не есть обязательно заемъ. Если же отвѣтчикъ, признавая, что денегъ при заключеніи договора не уплатилъ, ссылается на послѣдующій платежъ, доказательства должны быть представлены именно имъ. Аргументы pro thesi см. выше, стр. 278—281).

Надобно добавить, что въ этомъ же смыслѣ иногда высказывался и Сенатъ, исходя изъ такого разсужденія. Разъ только фактъ исполненія договора одной стороной стоитъ внѣ сомнѣній, она въ правѣ требовать отъ другой доказательствъ исполненія лежащаго на той обязательства. Сенатъ проводилъ эту аргументацію даже въ казусахъ, совершенно однородныхъ съ только что разобранными: напр.—на судѣ искъ объ уплатѣ денегъ за бочку вина, полученіе которой доказано (рѣш. 1870 г. № 1412). „Коль скоро, разсуждаетъ Сенатъ, мировой съѣздъ призналъ право истца на полученіе денегъ доказаннымъ, то имѣлъ полное основаніе требовать отъ отвѣтчика доказательствъ объ уплатѣ тѣхъ денегъ". Гдѣ же спрашивается обязательность письменныхъ актовъ, удостовѣря-

ющихъ отпускъ вина въ кредитъ, гдѣ заемъ и всѣ сопутствующіе этой сдѣлкѣ аттрибуты?

Въ дальнѣйшей эволюціи Сенатъ начинаетъ колебаться въ опредѣленіи понятія „сдѣлки въ кредитъ“. Въ основаніе одного иска (рѣшеніе 1873 г. № 502) была положена росписка слѣдующаго содержанія: „куплено у истца 40 бочекъ патоки цѣною за столько-то съ доставкою въ Рязань“. Отвѣтчикъ призналъ фактъ покупки, но ссылался на уплату. Палата, всецѣло руководствуясь предшествующими разъясненіями Сената, отказала въ искѣ, признавъ сдѣлку продажею товара въ кредитъ, при которой существованіе долга долженъ доказывать истецъ,—и не иначе, какъ представленіемъ письменнаго документа, гдѣ опредѣлялась бы мѣра сдѣланнаго кредита и соотвѣтствующая тому обязанность должника. А безъ такого доказательства сдѣлка представляется неформальной, при чемъ на истца падаетъ обязанность доказать и неуплату ему денегъ. Все это точнѣйшее воспроизведеніе идей, высказанныхъ въ разное время Сенатомъ.

Однако, съ другой стороны, очевидно, что даже условіе письменности было соблюдено при этой куплѣ-продажѣ; и неясно, что еще должно быть отмѣчено въ актѣ, чтобы онъ могъ быть признанъ состоятельнымъ. Повидимому, требовалось бы прямое указаніе на то, что продавецъ отсрочиваетъ платежъ денегъ на такой-то срокъ. Чуткій къ практическимъ потребностямъ Сенатъ вынужденъ былъ смягчить свой ригоризмъ въ трактованіи кредитныхъ сдѣлокъ. Но, не рѣшаясь сразу отказаться отъ взгляда, что всякая сдѣлка съ отсрочкою платежа есть заемъ, Сенатъ вышелъ изъ затрудненія другимъ путемъ. Данную сдѣлку нельзя квалифицировать сдѣлкою въ кредитъ: Палата вывела свое заключеніе не изъ содержанія росписки, а изъ объясненій повѣреннаго отвѣтчика, который на судѣ утверждалъ, что платежъ денегъ долженъ былъ послѣдовать по доставкѣ товара въ Рязань; между тѣмъ для понятія сдѣлки въ кредитъ этой фактической отсрочки платежа денегъ недостаточно; ея существо—въ томъ, что платежъ денегъ по условію долженъ быть произведенъ *не при передачѣ товара*, но въ особо опредѣленный *срокъ*; неуплата денегъ въ самый моментъ совершенія договора или до передачи товара не мо-

жетъ обратить сдѣлку продажи за наличныя деньги въ сдѣлку продажи въ кредитъ. Поэтому вмѣстѣ съ квалификаціей сдѣлки кредитною Сенатъ отвергаетъ и возложеніе доказательствъ неуплаты на продавца, тѣмъ болѣе, что нельзя требовать отъ лица доказательствъ факта отрицательнаго. Между тѣмъ сдѣлка облечена въ письменную форму, а не заключена только словесно, и „на каждой изъ сторонъ лежала обязанность подтвердить исполненіе своихъ обязанностей доказательствами“: сознаніе отвѣтчика избавило отъ этого истца, но обязанность доказать уплату все-таки лежитъ на отвѣтчикѣ (рѣш. 1873 г. № 502) [1]).

Подробный обзоръ и, быть можетъ, лучшую критику своей прежней догмы, оперировавшей съ понятіемъ „кредитной сдѣлки“, даетъ самъ же Сенатъ въ одномъ изъ своихъ руководящихъ разъясненій: отъ 1882 г. № 3.

„Въ рѣшеніи 1867 г. № 400 и въ др. (69/33, 421; 74/722) высказано, говоритъ Сенатъ, что, хотя купля-продажа движимости (ст. 711 X т. 1 ч.) и не требуетъ облеченія состоявшагося соглашенія въ письменную форму, но и при продажѣ въ долгъ необходимо письменное удостовѣреніе образовавшагося долгового отношенія (ст. 2017 и 2045 X т. 1 ч.), и свидѣтельскія показанія не допускаются въ подтвержденіе долга, возникшаго изъ купли-продажи, произведенной не на наличныя деньги. Такое же начало примѣнялось кассаціонной практикой и къ дѣламъ о взысканіи денегъ по личному найму, а именно, не допускались свидѣтельскія показанія въ удостовѣреніе долга по личному найму, хотя бы самый договоръ найма и могъ быть доказываемъ свидѣтелями (рѣш. 1871 г. № 242, 1873 г. № 762); но въ позднѣйшее время Правительствующій Сенатъ пришелъ къ тому толкованію существующихъ законовъ, что по искамъ о взысканіи денегъ, недоплаченныхъ по личному найму, свидѣтелями можно доказывать какъ заключеніе договора, такъ и условія его, если личный наемъ не принадлежитъ къ числу требующихъ по закону письменной формы, и что существованіе долга за работу, произведенную по допускаемому за-

[1]) Такъ же—въ рѣшеніи 1875 г. № 871 (доставка извѣсти, но неполученіе денегъ Zug um Zug были установлены).

комъ словесному договору, можетъ быть удостовѣряемо не одними письменными документами (рѣш. 1874 г. № 713, 1875 г. № 73, 1876 г. № 178)".

„Независимо отъ того Правительствующій Сенатъ въ рѣшеніи 1874 г. № 713 призналъ, что даже при невозможности для истца представить надлежащія доказательства заключенія договора личнаго найма, оспариваемаго отвѣтчикомъ, истецъ не лишается права отыскивать вознагражденіе за оказанныя услуги или произведенныя работы, при чемъ фактъ оказанія услугъ или производства работъ и размѣръ слѣдующаго за нихъ вознагражденія могутъ быть удостовѣряемы всякаго рода доказательствами, въ томъ числѣ и свидѣтелями".

„Въ рѣшеніи 1877 г. № 183 указана возможность допускать свидѣтельскія показанія въ доказательство того, что платежъ не могъ быть произведенъ при пріемѣ товара, такъ какъ товаръ былъ купленъ не на наличныя деньги, а въ кредитъ".

„Этимъ позднѣйшимъ разъясненіямъ уже не можетъ соотвѣтствовать то положеніе, что долгъ, вытекающій изъ купли-продажи движимости не на наличныя деньги и вообще изъ сдѣлки, для которой не предписана закономъ письменная форма, долженъ быть удостовѣренъ письменнымъ актомъ и не можетъ быть доказываемъ свидѣтельскими показаніями".

„Признавая необходимымъ войти нынѣ вновь въ подробное разсмотрѣніе вопроса о допустимости свидѣтельскихъ показаній по искамъ о взысканіи денегъ за движимыя вещи, перешедшія отъ одного лица къ другому по словесному договору купли-продажи, Сенатъ прежде всего считаетъ нужнымъ установить, что понятіе о долгѣ имѣетъ общее значеніе для всѣхъ юридическихъ отношеній, влекущихъ за собой обязанность платежа. Существованіе долга можетъ имѣть своимъ источникомъ не одни обязательства по договорамъ, но и иныя обязательства, истекающія не изъ договоровъ,—напр., обязательства, происходящія изъ недозволенныхъ дѣяній, изъ правонарушеній, влекущихъ за собой отвѣтственность за убытки (т. X ч. 1, ст. 693). Будучи послѣдствіемъ разнообразныхъ обязательствъ, долгъ находится въ непосредственной связи съ тѣмъ, изъ котораго

вытекаетъ. И если самая сдѣлка—источникъ долга—требуетъ письменной формы для заключенія, то нельзя доказывать свидѣтелями наличность долга".

„Однако нельзя не замѣтить, что для присужденія продавцу цѣны купленной движимости имѣетъ значеніе не только тотъ фактъ, что совершилась купля-продажа и возникло обязательство покупателя къ платежу, но и то, что это обязательство еще не исполнено. Если при существованіи письменныхъ доказательствъ, свидѣтельствующихъ объ юридическихъ отношеніяхъ сторонъ, можно признать, что возникшее обязательство платежа почитается продолжающимъ свое существованіе, пока обязанный къ платежу не докажетъ исполненіе этой обязанности, то такое же начало не можетъ имѣть безусловнаго примѣненія къ случаямъ, когда установленіе юридическихъ отношеній, влекущихъ за собой платежъ одною стороною другой, не было удостовѣрено письменными документами, предназначенными именно служить въ качествѣ доказательствъ. Пріобрѣтающій движимость по словесной сдѣлкѣ и получающій пріобрѣтенную вещь безъ выдачи какого-либо акта не можетъ быть признаваемъ обязаннымъ непремѣнно озаботиться обезпеченіемъ себѣ способовъ къ удостовѣренію производства платежа за полученную вещь, посредствомъ истребованія платежной росписки или посредствомъ передачи денегъ при посторонникъ лицахъ, могущихъ быть свидѣтелями; а потому неимѣніе у такого покупателя доказательствъ платежа не всегда можетъ служить основаніемъ къ установленію, что возникшее изъ купли-продажи обязательство платежа осталось неисполненнымъ и продолжаетъ существовать".

„Вслѣдствіе совершенной невозможности предопредѣлить, при какихъ данныхъ въ подобныхъ случаяхъ можно почитать обязательство платежа еще существующимъ, Сенатъ находитъ, что согласно рѣшенію за 1877 г. № 183 при удостовѣреніи свидѣтельскими показаніями (но не письменными доказательствами) возникновенія обязательства отвѣтчика къ платежу за пріобрѣтенную имъ движимость и при наличности заявленія отвѣтчика объ исполненіи имъ этого обязательства, хотя бы это заявленіе и не было подтверждено доказательствами, отъ усмотрѣнія суда, основаннаго на существу-

ющихъ между сторонами отношеніяхъ, на соблюдаемыхъ въ данной мѣстности обыкновеніяхъ, на большей или меньшей достовѣрности объясненій тяжущихся и на другихъ данныхъ, зависитъ признать искъ, т. е. существованіе долга, доказаннымъ или недоказаннымъ, и такое заключеніе суда, какъ вытекающее изъ оцѣнки фактической стороны дѣла, по убѣжденію совѣсти, не можетъ подлежать повѣркѣ въ кассаціонномъ порядкѣ. При указанныхъ условіяхъ судебныя мѣста имѣютъ достаточныя средства для постановленія соотвѣтствующихъ истинѣ рѣшеній и при допущеніи свидѣтельскихъ показаній, въ качествѣ доказательства по искамъ о взысканіи денегъ, неуплаченныхъ по словеснымъ сдѣлкамъ о куплѣ-продажѣ движимости, по которымъ платежъ отсроченъ по волѣ сторонъ или вообще не произведенъ при передачѣ движимости".

Оперируя съ доктриной нераздробляемости признанія, Сенатъ самъ же не могъ не чувствовать ея несостоятельности; во всякомъ случаѣ, его не удовлетворяла эта теорія. Уже въ 1871 г. былъ выставленъ и другой принципъ,—быть можетъ, подъ вліяніемъ мотивовъ къ статьѣ 366 уст.,—начало, которому было суждено лечь впослѣдствіи въ основаніе многихъ другихъ рѣшеній и аргументацій Сената въ интересующей насъ области. Этотъ принципъ :„negativa non probantur", „согласно съ общимъ юридическимъ правиломъ можно требовать лишь доказательствъ положительнаго факта, а не отрицательнаго" (рѣшеніе 1871 г. № 1125).

Указанное начало было высказано по поводу ссылки отвѣтчика въ искѣ о возмѣщеніи вреда и убытковъ на стеченіе обстоятельствъ, которыхъ правонарушитель предотвратить не могъ. Если оперировать съ догмой недѣлимости признанія, то приходится видѣть въ возраженіи отвѣтчика—отрицаніе своей отвѣтственности и, такъ какъ признаніе недѣлимо, требовать дополнительныхъ доказательствъ отъ истца. Чтобы избѣжать вывода, оставалось обратиться къ другому принципу.

Быть можетъ подъ вліяніемъ статьи Анненкова [1]), одобрявшаго этотъ принципъ, какъ ключъ къ полному разрѣ-

[1]) Судебный Журналъ, 1874 г., № 3.

шенію всей проблемы о раздѣленіи между сторонами доказательствъ, римскій афоризмъ привился въ нашей судебной практикѣ и на него станетъ ссылаться Сенатъ еще во многихъ и многихъ случаяхъ.

Доктрина снова не проводилась Сенатомъ послѣдовательно—онъ зачастую самъ требовалъ отъ стороны доказательствъ чисто отрицательныхъ фактовъ: напримѣръ, *неполученія наслѣдства* отвѣтчикомъ, хотя и утвержденнымъ въ правахъ судебнымъ порядкомъ (рѣш. 1869 г. № 1266), *отсутствія денегъ* въ кассѣ Ремесленнаго Собранія (рѣш. 1873 г. № 434), *недостаточности наслѣдственной массы* для производства изъ нея выдачъ легатаріямъ (рѣш. 1876 г. № 66), *непередачи* представителемъ принципалу денежныхъ суммъ (рѣшеніе 1876 года № 484),—далѣе, доказательствъ того факта, что „господа и вѣрители“ *не поручали* своимъ служащимъ и *не могли предотвратить* тѣхъ ихъ дѣйствій, которыми причинены истцу вредъ и убытки (рѣш. 1879 г. № 66), что наслѣдникъ своевременно не узналъ о существованіи завѣщанія и не могъ его представить къ утвержденію въ годичный срокъ (рѣш. 1879 г. № 119), и т. д.

При чемъ въ рѣшеніи за 1880 г. № 207 Сенатъ, потребовавъ отъ истца доказательствъ отрицательнаго обстоятельства (что старозаимочная земля „не дана лишь въ пользованіе отъ казны“), самъ же указалъ и способъ, которымъ onus probandi могъ быть осуществленъ: обстоятельство отрицательное должно быть доказано, „какъ таковое“, „не иначе, какъ представленіемъ доказательствъ противоположнаго оному факта положительнаго“ („т. е., что земля состояла въ пользованіи истца на полномъ правѣ собственности“). Если замѣнить въ формулѣ Сената фразу „не иначе, какъ“ словами: „между прочимъ, и“, то его положеніе можетъ быть принято къ руководству, какъ одинъ изъ способовъ удостовѣренія чисто отрицательныхъ обстоятельствъ.

Съ утвержденіемъ въ нашей судебной практикѣ догмы: negativa non probantur появилась у тяжущихся весьма понятная тенденція—во избѣжаніе угрожающаго процессуальнаго бремени ссылаться на отрицательный характеръ своихъ фактовъ. Тогда Сенатъ вынужденъ бывалъ иногда давать уклончивыя объясненія: не отказываясь отъ своего правила,

онъ отказывался считать тѣ или другія обстоятельства „отрицательными“. Напримѣръ, „недостаточность имущества“ (рѣшеніе 1876 г. № 66), „неграмотность лица“ (рѣш. 1880 г. № 68), „неимѣніе“ у покойнаго другихъ сыновей кромѣ истца (рѣш. 1900 г. № 20).

Какъ бы то ни было, начиная съ 1872 г., Сенатъ оперируетъ все чаще и чаще съ положеніемъ, что отрицательные факты не доказываются,—сперва, не отрекаясь и отъ стараго начала „нераздробляемости признанія“, а со временемъ отказавшись наконецъ отъ этого послѣдняго всецѣло.

Рѣшенія, проводящія тотъ и другой принципъ, идутъ первоначально параллельными рядами; старый проводится въ рѣшеніяхъ: 1872 г. №№ 157, 180, 486, 709, 899; 1874 г. № 721; 1875 г. №№ 192 и 262; 1877 г. № 212; 1878 г. № 191; 1881 г. № 131; новый—въ рѣшеніяхъ: 1872 г. №№ 300, 307, 710; 1873 г. №№ 6, 502; 1874 г. № 256, 718; 1875 г. №№ 340, 370, 383, 468, 871, 880, 897; 1877 г. №№ 128, 181; 1878 г. №№ 12, 33, 95; 1879 г. №№ 153, 352, 375; 1880 г. №№ 68, 69; 1884 г. № 54; 1891 г. № 73; 1892 г. № 44; 1894 г. № 100; 1896 г. № 25; 1899 г. № 9; 1900 г. № 17.

Наконецъ, принципъ: negativa non probantur выраженъ даже въ опредѣленіи Соединеннаго Присутствія 1-го и Кассаціонныхъ Департаментовъ Сената (1900 г. № 151. Журн. Мин. Юст., 1901, IV, 341).

Съ отреченіемъ отъ прежняго взгляда на нераздробляемость признанія можно было бы принять безпрепятственно выводъ, что неисполненіе обязательства доказываетъ должникъ. Принципъ, по которому отрицательныя обстоятельства не подлежатъ доказыванію, скорѣе требовалъ, чѣмъ отвергалъ подобное заключеніе: истцу лишнее доказывать „отсутствіе исполненія“, въ частности—„неплатежъ долга“. [1])

Какъ бы то ни было, но правило подобнаго содержанія все еще продолжаетъ оставаться въ области pia desiderata

---

[1]) Ср. въ этомъ смыслѣ аргументацію сенатскаго рѣшенія за 1872 г. № 710.

для нашей судебной практики [1]). Сенатъ такъ и не рѣшился сдѣлать вывода, что исполненіе доказываетъ должникъ, хотя одно время и былъ очень недалекъ отъ такого тезиса, хотя послѣдній висѣлъ часто на кончикѣ пера авторовъ многихъ рѣшеній, которыя предназначались въ качествѣ общаго руководства для практики. Дѣлу повредила, какъ это ни странно, давно отвергнутая доктрина недѣлимости признанія, вставшая въ рѣшительный моментъ „сторожевою тѣнью“ въ защиту стараго права.

Въ 1874 г. идея, что отвѣтчикъ долженъ доказывать исполненіе, дѣлаетъ болѣе рѣшительные шаги: Сенатъ устанавливаетъ такую обязанность сначала тогда, если въ двухстороннемъ договорѣ истецъ доказалъ исполненіе своей обязанности и требуетъ въ свою очередь исполненія обязанности отъ отвѣтчика (въ особенности, когда исполненіе реальное) (рѣш. 1874 г. № 340). Но аргументація Сената не однообразна: то—невозможность для истца доказывать отрицательное обстоятельство (неуплату отвѣтчикомъ денегъ) [2]) то—право каждой стороны, доказавъ свое исполненіе, требовать исполненія вмѣстѣ съ доказательствами отъ контрагента [3]), то—обязанность отвѣтчика, если доказана или признана неуплата при самомъ полученіи товара (значитъ—отпускъ въ кредитъ), доказывать послѣдующій платежъ.

Въ рѣшеніи 1874 г. за № 207 Сенатъ высказывается по вопросу, кто доказываетъ въ спорѣ объ исполненіи, довольно подробно: на основаніи ст. 366 уст. гр. суд. прежде всего на истцѣ лежитъ обязанность представить въ подтвержденіе своихъ требованій тѣ доказательства, какія по закону могутъ удостовѣрить о существованіи его права, защищаемаго предъ судомъ; если же такія доказательства представлены, то право истца предполагается существующимъ; прекращеніе этого права должно быть доказано отвѣтчикомъ

---

[1]) Ср. интересную полемику pro и contra правила между г. Гюнсбургомъ, отстаивавшимъ его, и г. Зуевымъ, опровергавшимъ общепригодность принципа. Судебная Газета, 1888 г. № 47 и 52 и 1889 г. № 4.

[2]) Рѣшеніе 1874 г. № 256: истецъ съ своей стороны доказалъ поставку пшеницы.

[3]) Рѣшеніе 1874 г. №№ 280 и 730.

[4]) Рѣшеніе 1874 г. №№ 724 и 830.

и не можетъ быть предполагаемо судомъ. Соотвѣтственно этому, если истецъ представилъ письменный актъ, свидѣтельствующій о его правѣ требовать отъ отвѣтчика платежа или исполненія извѣстныхъ дѣйствій, судъ не въ правѣ ожидать отъ истца доказательствъ въ подтвержденіе того, что отвѣтчикъ не произвелъ условленнаго платежа или не совершилъ того дѣйствія, къ которому былъ обязанъ, но изъ доказательствъ, отвѣтчикомъ представленныхъ, можетъ заключить, что право истца погашено надлежащимъ исполненіемъ по акту; въ противномъ случаѣ, требуя отъ стороны доказательствъ, представленія которыхъ лежитъ на обязанности ея противника, судъ нарушаетъ ст. 366 уст. гр. суд. (69/1266). Въ данномъ дѣлѣ Сенатъ призналъ, что Палата въ виду представленныхъ со стороны истца: неустоичной записи и справки о предъявленіи просроченной закладной по взысканію, не имѣла права требовать отъ истца доказательствъ неплатежа долга по закладной въ срокъ.

Совершенно вѣрное рѣшеніе, такъ какъ исполненіе вообще доказываетъ отвѣтчикъ: и тогда, когда истецъ требуетъ исполненія, и тогда, когда взыскиваетъ неустойку по поводу неисполненія [1]).

Та же идея проводится въ рѣшеніи за 1876 годъ подъ № 346 съ прекрасной мотивировкой: установленіе противоположнаго начала „сдѣлало бы въ большинствѣ случаевъ взысканіе по договорамъ невозможнымъ, такъ какъ доказательства выполненія обязательства по естественному порядку вещей должны находиться въ рукахъ лица обязавшагося, а не лица, имѣющаго право требованія, достаточно подтверждаемое фактомъ существованія самого договора или обязательства“.

Къ сожалѣнію, эта идея, что должникъ всегда доказываетъ исполненіе, которая, казалось, готова была утвердиться благодаря цитированнымъ выше рѣшеніямъ, снова была предана забвенію, подвергшись модификаціямъ и ограниченіямъ въ руководящемъ разъясненіи отъ 1877 г. № 183. Тѣмъ не менѣе, мы встрѣчаемъ ее въ слѣд. рѣшеніяхъ 1875 г.: № 23 (въ спорѣ о выдачѣ истцу условленнаго содержанія), №№ 336 и 712 (въ искѣ изъ договора личнаго найма, послѣ того,

[1]) Такъ же: Wach, Z. f. C. P., Bd. 29, S. 387; Endemann, S. 485 (текстъ къ примѣч. 15) и 500 (Anm. 35).

какъ истецъ доказалъ произведенныя имъ работы [1])—свидѣтельскими показаніями и отзывами экспертовъ въ одномъ случаѣ или письмами отвѣтчика—въ другомъ), № 897 (когда сдача покупщику товара признана этимъ послѣднимъ и рѣчь шла объ уплатѣ денегъ), № 706 (когда доказанъ фактъ употребленія представителемъ собственныхъ денегъ по дѣламъ довѣрителя), № 486 (если удостовѣрено обращеніе отвѣтчикомъ доставленной провизіи на нужды собственной кухни). Въ томъ же смыслѣ появились рѣшенія 1878 года №№ 37, 203, 232, 277.

Въ періодъ отъ 1877 до 1882 г. въ оправданіе своей начинавшей устанавливаться практики, что исполненіе обязательства доказываетъ должникъ [2]), Сенатъ началъ приводить презумпцію, по которой переходъ цѣнностей изъ рукъ въ руки не предполагается (рѣшенія: 1877 г. № 183; 1878 г. №№ 203, 232; 1879 г. № 339; 1882 г. № 35) [3]).

Болѣе всего вниманіе кассаціонной практики сосредоточено было на искахъ изъ двухсторонних обязательствъ, въ частности на искахъ домохозяевъ къ квартирантамъ о платежѣ денегъ. По поводу этого рода процессовъ писались руководящія разъясненія, на нихъ изощрялся въ своихъ юридическихъ конструкціяхъ Сенатъ: новыя идеи и принципы, новыя точки зрѣнія высказывались впервые или немедленно примѣнялись къ этимъ искамъ. И на нихъ же Сенатъ яснѣе всего видѣлъ всякій разъ ошибочность своихъ выводовъ...

Первыя рѣшенія совершенно правильно требовали доказательствъ платежа отъ должника, если доказано или признано, что онъ пользовался нанятымъ помѣщеніемъ. Разъ признано, говоритъ рѣшеніе 1869 г. № 784, что отвѣтчикъ жилъ въ домѣ истца извѣстный срокъ и за извѣстную плату, доказать платежъ денегъ лежитъ на обязанности истца: право же домохозяина достаточно удостовѣряется фактомъ заключенія договора съ соотвѣтствующимъ содержаніемъ.

---

[1]) Contra—рѣшеніе 1876 г. № 426, хотя изъ дѣла видно, что произведенныхъ отвѣтчикомъ работъ истецъ и не отрицалъ.

[2]) Ср. еще неопредѣленно въ интересующемъ насъ отношеніи мотивированное рѣш. 1879 г. № 233.

[3]) Тезисъ, что исполненіе доказываетъ должникъ, выставляется еще въ рѣшеніи 1894 г. № 100.

Однако, такъ какъ договоръ найма квартиры въ этомъ случаѣ совершенъ былъ неформально, то Сенатъ, чтобы остаться послѣдовательнымъ, долженъ былъ бы признать, что голословному утвержденію отвѣтчика о платежѣ денегъ можно дать столько же вѣры, какъ и голословному заявленію истца о неплатежѣ. А если такъ, то, исходя изъ признаннаго въ то время въ Сенатской практикѣ догмата нераздробляемости признанія, надобно было потребовать доказательствъ неплатежа денегъ квартирантомъ-отвѣтчикомъ отъ домохозяина истца. Эта точка зрѣнія дѣйствительно и проводится въ рѣшеніи 1870 г. № 879.

Однако уже въ томъ же 1870 г. было опредѣленно провозглашено и другое мнѣніе.

Въ каждомъ спорномъ дѣлѣ, говоритъ рѣшеніе подъ № 1893, на каждой сторонѣ лежитъ обязанность доказывать всѣ тѣ обстоятельства, которыя обусловливаютъ ея право противъ противной стороны относительно предъявленныхъ ею требованій.

Въ договорахъ двухсторонних, къ числу которыхъ принадлежатъ и договоры найма, каждая сторона имѣетъ противъ другой, согласно условіямъ договора, и обязательства, которыя должна исполнить, и права, по которымъ можетъ требовать исполненія...

По симъ правовымъ основаніямъ оказывается, что Съѣздъ неправильно призналъ искъ наимодателя недоказаннымъ, когда съ его стороны были доказаны признаніемъ отвѣтчика всѣ обстоятельства, служившія къ утвержденію того, что его обязательства изъ найма противъ наемщицы имъ всѣ были исполнены и онъ затѣмъ вправѣ былъ требовать отъ нея условленнаго платежа, количество котораго она не отвергала, отзываясь только бездоказательно исполненіемъ уже своего безспорнаго обязательства къ платежу.

Итакъ, если фактъ снятія квартиры доказанъ или не отвергается, но квартирантъ ссылается на уплату денегъ, onus probandi на отвѣтчикѣ.

Тотъ же принципъ проводится въ рѣшеніяхъ №№ 1175, 1489, 1667.

Въ 1872 г. мы видимъ сенатскій выводъ въ нѣсколько иной аргументаціи: квартирантъ обязанъ доказать уплату

денегъ, такъ какъ „при спорѣ о существованіи какого-нибудь обстоятельства обязанность представленія доказательствъ лежитъ на томъ, кто утверждаетъ, а не на томъ, кто отрицаетъ это существованіе“ (рѣш. № 710).

Выводъ правильный, хотя и основанный на ложномъ принципѣ: negativa non probantur. Это вѣрное правило было вскорѣ предано забвенію подъ вліяніемъ конструкціи „кредитной сдѣлки“.

Дѣйствительно, въ рѣшеніяхъ №№ 846 и 1001 (1872 г.) Сенатъ уже оперируетъ съ своей точкой зрѣнія, что сдѣлка, не реализованная въ обоюдномъ исполненіи немедленно, есть „сдѣлка въ кредитъ“ и подчиняется правиламъ распредѣленія доказательствъ для займа.

По ст. 81 уст. гр. суд. обязанность отвѣтчика подтвердить доказательствами свои возраженія возникаетъ лишь тогда, когда утвержденія противника основаны на доказательствахъ; споръ же идетъ о томъ, остался ли отвѣтчикъ при выѣздѣ изъ квартиры долженъ домохозяину или нѣтъ, и одно признаніе отвѣтчика, что онъ жилъ за опредѣленную словесно плату, не даетъ повода требовать отъ него доказательствъ уплаты, такъ какъ существовавшія между нимъ и домовладѣльцемъ отношенія прекратились, и въ случаѣ, если жилецъ оставилъ квартиру, не заплативъ денегъ, то между ними образуются новыя, предметомъ которыхъ является уже не наемъ помѣщенія, а образовавшійся отсюда долгъ. Существованіе же долга долженъ сперва доказать взыскатель, такъ какъ въ этомъ случаѣ отрицаніе отвѣтчика имѣетъ одинаковую силу съ утвержденіемъ истца [1]).

Это воззрѣніе получило дальнѣйшее развитіе въ 1874 г.: Сенатъ выработалъ доктрину, по которой обязанность доказывать отрицаемый истцомъ платежъ за квартиру лежитъ на отвѣтчикѣ, пока тотъ не очистилъ еще помѣщенія,—но разъ только выѣхалъ, образовались уже отношенія долговыя и требуется или письменный контрактъ (какъ для заемной сдѣлки) [2]) или доказательства неуплаты отъ истца. Въ

[1]) Въ томъ же смыслѣ еще рѣшеніе 1873 г. № 1604.

[2]) И тогда доказываетъ свой платежъ квартирантъ.

этомъ смыслѣ редактированы рѣшенія: 1874 г. №№ 31 и 159; 1875 г. №№ 196, 383 и 515 [1]); 1876 г. № 489.

Въ особенности рельефно данная точка зрѣнія выражена въ рѣшеніи отъ 1875 г. № 383. Вопросъ о распредѣленіи обязанностей доказываній въ искахъ домовладѣльцевъ къ квартирантамъ о платежѣ квартирной платы, говорится въ цитированномъ рѣшеніи, „постоянно былъ разъясняемъ на точномъ основаніи ст. 1705 т. X ч. I въ томъ смыслѣ, что, если во время предъявленія иска договорныя отношенія между собственникомъ имущества и нанимателемъ еще не прекратились, то на обязанности собственника лежитъ доказать, что онъ исполнилъ возложенныя на него ст. 1691 и 1705 т. X. ч. I обязанности, т. е. предоставилъ нанятое имущество въ пользованіе нанимателя на извѣстныхъ условіяхъ относительно предмета, цѣны и срока найма, и затѣмъ уже наниматель долженъ доказать, что онъ съ своей стороны исполнилъ возложенныя на него тою же ст. 1705 т. X ч. 1 обязанности, т. е., что онъ уплатилъ слѣдующія съ него согласно договора за пользованіе предоставленнымъ ему имуществомъ деньги: вслѣдствіе сего, если домовладѣлецъ доказалъ, что относительно предмета, цѣны и срока договора найма квартиры состоялось добровольное между имъ и жильцомъ соглашеніе (ст. 1528 т. X ч. 1), и что жилецъ, во время предъявленія иска, пользовался квартирою въ его домѣ, то обязанность доказать платежъ денегъ за квартиру лежитъ, очевидно, на жильцѣ, и домовладѣльцу не можетъ быть поставлено въ вину непредставленіе отрицательныхъ доказательствъ въ томъ, что онъ денегъ за квартиру не получалъ...

Если наоборотъ домовладѣлецъ предъявляетъ искъ о наемной платѣ уже послѣ того, какъ жилецъ выѣхалъ изъ дома истца, т. е., если въ моментъ предъявленія иска договорныя отношенія по найму имущества съ обоюднаго согласія домовладѣльца и квартиранта прекратились, то, очевидно, что истецъ обязанъ представить доказательства не только того, что такія договорныя отношенія существовали, но и того, что эти договорныя отношенія послужили основаніемъ къ возникновенію другихъ обязательныхъ отношеній; что за

[1]) Однако въ рѣшеніи 1875 г. № 627 квартирантъ былъ признанъ обязаннымъ доказывать платежъ и независимо отъ указанной доктрины.

прекращеніемъ его отношеній къ отвѣтчику, какъ домовладѣльца къ жильцу (ст. 1705 т. X ч. 1), между ними образовались отношенія кредитора къ должнику (ст. 2050 т. X ч. 1); существованіе же долга, проистекающаго отъ договора, требуетъ, по смыслу 2017 ст. 1 ч. X т., письменнаго доказательства и при отсутствіи таковаго—отвѣтчикъ, бывшій жилецъ, не можетъ быть обязанъ къ представленію доказательствъ отрицательнаго обстоятельства, т. е., что онъ не состоитъ должникомъ его бывшаго домовладѣльца" (рѣш. 1875 г. № 383).

Въ 1877 году Сенатъ пытается подвести итоги своимъ разъясненіямъ о субъектѣ доказываній въ двухсторонних обязательствахъ и о способѣ доказывать разные относящіеся сюда факты. Мы видѣли, что въ предыдущіе годы онъ устанавливалъ принципы, которые потомъ самъ же отмѣнялъ, убѣдившись въ ихъ несостоятельности. При окончательномъ пересмотрѣ, какъ часто бываетъ, значеніе отвергнутыхъ основоположеній и аргументы за ихъ цѣлесообразность, полузабытые изъ-за новыхъ вѣяній, снова всплыли наружу и повліяли на Сенатъ въ смыслѣ желанія согласить старыя начала съ новыми тенденціями,—между обоими предполагалось установить компромиссъ. Въ результатѣ—негодный, пришедшій въ ветхость матеріалъ, застроенный въ новое зданіе, расшаталъ только его прочность, вызвавъ потребность въ скоромъ ремонтѣ.

Если истецъ,—разсуждалъ Сенатъ въ рѣшеніи 1877 г. № 183,—недоказавъ заключенія договора, тѣмъ не менѣе докажетъ переходъ къ отвѣтчику какой-либо цѣнности (въ видѣ поставленнаго отвѣтчику товара или произведенныхъ для него работъ и проч.), то отвѣтчикъ, непредлагающій возвратить эту цѣнность или уже воспользовавшійся ею, обязанъ вознаградить истца за полученную имъ цѣнность, такъ какъ безвозмездный переходъ цѣнности изъ рукъ въ руки не предполагается и никто не можетъ обогащаться на счетъ другого. Это правило не примѣняется только къ тому случаю, когда отвѣтчикъ докажетъ, что переходъ цѣнности послѣдовалъ безъ его вѣдома и согласія и онъ ею не воспользовался.

Такимъ образомъ Сенатъ вмѣсто трудно проводимыхъ исковъ изъ тѣхъ словесныхъ договоровъ (купли, найма и проч.), которые регулируются въ ст. 2045 X т. 1 ч. слишкомъ формально, требуя для своей дѣйствительности письменнаго контракта, рекомендуетъ обходиться исками изъ неправомѣрнаго обогащенія, обѣщая свою защиту въ томъ уже случаѣ, когда переходъ цѣнностей доказанъ. И, повидимому, отвѣтчикъ долженъ будетъ защищаться тѣмъ, что въ основаніи перехода лежалъ договоръ (напр.—даренія) или что обогащенія — увеличенія имущества — не послѣдовало, имъ воспользовался другой, и т. д. Но такимъ образомъ Сенатъ въ своемъ стремленіи облегчить участь истца зашелъ слишкомъ далеко, незаслуженно обидѣвъ отвѣтчика. Истцу незачѣмъ доказывать переходъ цѣнностей sine causa: въ ожиданіи будущихъ событій или дѣйствій со стороны отвѣтчика, въ виду желанія уплатить долгъ, оказавшійся мнимымъ, и т. д. Оправдывать юридическую состоятельность своего обогащенія и устанавливать сдѣлку, узаконяющую совершившійся переходъ цѣнностей изъ однѣхъ рукъ въ другія, долженъ будетъ отвѣтчикъ. Правильнѣе было бы, чтобы отсутствіе юридическихъ основаній въ случившемся обогащеніи отвѣтчика доказывалъ истецъ: что уплаченный долгъ оказался мнимымъ, что въ ожиданіи только дѣйствій со стороны отвѣтчика (datio ob causam futuram) посыпались на того имущественныя выгоды, (do или facio, ut des или facies),—и онъ долженъ доказать, что соотвѣтствующее воздаяніе за нихъ учинилъ [1]).

„Если же отвѣтчикъ, продолжаетъ Сенатъ, не отрицая исполненія истцомъ его обязательства, заявляетъ, что онъ заплатилъ причитающіяся съ него деньги, то нужно различать слѣдующія случаи:

а) Если истецъ представитъ письменныя доказательства въ полученіи отвѣтчикомъ товара или въ производствѣ имъ работъ, то на отвѣтчикѣ лежитъ обязанность доказать уплату денегъ и при томъ письменными доказательствами, такъ какъ слѣдуетъ предположить, что, выдавъ письменное удостовѣреніе въ полученіи товара или въ про-

[1]) Ср. Sattelmacher, S. 36 und 66.

изводствѣ работъ, отвѣтчикъ озаботится получить такое же письменное удостовѣреніе въ учиненномъ имъ платежѣ".

Мотивъ превосходенъ; только почему нельзя пойти еще однимъ шагомъ дальше, почему не развить ту же идею, примѣнительно къ неформальнымъ обязательствамъ? Не слѣдуетъ ли также предположить, что, заключивъ дѣйствительную сдѣлку по поводу купли товара или производства въ свою пользу работы и получивъ во владѣніе товаръ или воспользовавшись результатами работъ, отвѣтчикъ озаботится на случай недоразумѣній въ будущемъ запастись доказательствами платежа?

Изъ установленнаго выше правила Сенатъ допускаетъ исключеніе въ томъ случаѣ, когда отвѣтчикъ выдалъ росписку въ полученіи товара не какъ доказательство для истца, а какъ удостовѣреніе для хозяина или подрядчика въ доставленіи его служителемъ или возчикомъ товара, или въ производствѣ его работникомъ какой нибудь работы [1]). Заключеніе суда по вопросу о значеніи названнаго документа не подлежитъ повѣркѣ въ порядкѣ кассаціи [2]).

б) Если истецъ докажетъ,—продолжаетъ Сенатъ,—не письменными доказательствами передачу отвѣтчику товара или производство работы, а отвѣтчикъ заявитъ, что онъ деньги заплатилъ, но не можетъ представить никакихъ въ томъ доказательствъ, то отъ усмотрѣнія суда зависитъ, смотря по обстоятельствамъ дѣла, времени предъявленія иска, большей или меньшей достовѣрности объясненій тяжущихся, существующихъ въ данной мѣстности обыкновеній и прочее, признать искъ доказаннымъ или недоказаннымъ. Заключеніе суда по этому предмету не подлежитъ повѣркѣ въ кассаціонномъ порядкѣ.

Здѣсь Сенатъ дѣлаетъ попытку возвратиться къ своимъ прежнимъ воззрѣніямъ, отъ которыхъ уже успѣлъ отступить

[1]) Совершенно непонятное изъятіе!

[2]) И однако въ томъ же году, въ рѣшеніи за № 182, Сенатъ вошелъ въ разсмотрѣніе вопроса, былъ ли представленный письменный актъ, заключающій въ себѣ означеніе количества поставленныхъ отвѣтчику и имъ принятыхъ дровъ, цѣну и подпись получателя, квитанціей или письменнымъ обязательствомъ,—и рѣшилъ его въ послѣднемъ смыслѣ, найдя, что содержаніе акта вполнѣ подходитъ подъ требованіе ст. 2045 относительно заемныхъ сдѣлокъ.

въ послѣдующіе годы. Въ рядѣ рѣшеній имъ было установлено, что, если передача отвѣтчику товара или производство для него работъ доказаны истцомъ, платежъ денегъ обязанъ удостовѣрить уже отвѣтчикъ. Казалось, это правило, выраженное въ массѣ предыдущихъ рѣшеній, пріобрѣло съ теченіемъ времени устойчивость,—но, подводя итоги всему прожитому на болѣе обширномъ разстояніи, Сенатъ увидѣлъ, что въ началѣ его взгляды были иными. Въ интересахъ объединенія и послѣдовательности онъ рѣшился на компромиссъ: суду дано рѣшать вопросъ такъ или иначе, по-новому или-по старому, въ зависимости отъ обстоятельствъ конкретнаго казуса, и не ждать дальнѣйшихъ указаній отъ истощившаго свою мудрость, сказавшаго послѣднее слово „руководителя“,—тема не подлежитъ обсужденію въ кассаціонномъ порядкѣ. Итакъ, ретроспективный обзоръ не принесъ пользы Сенату: пока онъ шелъ безъ оглядки дальше, онъ прогрессировалъ; но стоило обернуться, чтобы взглянуть на пройденное, — и шаги получили противоположное направленіе. Такъ, оглянувшись назадъ, Орфей потерялъ только что найденную Евредику!..

в) „Окончательному разрѣшенію суда предоставлено право, говоритъ далѣе Сенатъ, признать искъ доказаннымъ или недоказаннымъ и въ томъ случаѣ, когда представленіе истцомъ доказательствъ въ подтвержденіе его объясненій объ исполненіи своего обязательства устранено вслѣдствіе положительнаго заявленія отвѣтчика, что онъ не оспариваетъ приводимыхъ истцомъ обстоятельствъ, но утверждаетъ, что деньги имъ заплачены“;

г) „Если же истецъ не указываетъ никакихъ доказательствъ въ подтвержденіе своихъ объясненій, а ссылается лишь на признаніе отвѣтчика, объяснившаго, что онъ товаръ получилъ, или что работы произведены, но что деньги заплачены, то искъ долженъ быть признанъ недоказаннымъ“ [1]).

---

[1]) Ср. въ этомъ смыслѣ рѣшеніе 1877 г. № 212. Вино, за которое истецъ требуетъ уплаты, было получено должникомъ, такъ какъ этого факта не отрицаютъ сами наслѣдники, однако добавляя, что покойный свой долгъ уплатилъ. Сенатъ призналъ искъ недоказаннымъ, такъ какъ въ виду непредставленія со стороны истца какихъ-либо доказа-

Повидимому, Сенатъ снова дѣлаетъ компромиссъ между своимъ прежнимъ взглядомъ на безусловную нераздробляемость признанія, и новымъ, по которому отвѣтчикъ доказываетъ исполненіе; отказавшись отъ толкованія „въ пользу отвѣтчика всегда“, Сенатъ обязываетъ истца доказывать неуплату въ одномъ только случаѣ: если у него нѣтъ никакихъ ровно доказательствъ договора. Достаточно даже ссылки на какія-нибудь доказательства,—и судъ, не провѣряя ссылки, присуждаетъ отвѣтчика къ доказательству уплаты. Изъ подобной натяжки очевидна шаткость почвы, на которой стоитъ Сенатъ. Не взирая на признаніе отвѣтчикомъ заключенія сдѣлки, судъ отказывается принимать наличность договорныхъ отношеній,—почему? потому, что у истца нѣтъ соотвѣтствующихъ доказательствъ. А если онъ сумѣетъ подтвердить данными то, что и безъ того признано, что не нуждается въ этихъ доказательствахъ, мало того—пусть онъ только сошлется на нихъ (даже не имѣя)—онъ въ правѣ уже ожидать доказательствъ отъ отвѣтчика. Впрочемъ, это обыкновенный порядокъ мыслей у представителей доктрины недѣлимости признанія [1]) [2]).

тельствъ въ опроверженіе объясненій, данныхъ отвѣтчиками, что деньги за полученное вино были уплачены, одно признаніе ими факта полученія вина не составляетъ еще признанія въ пользу существованія за него долга. Другое дѣло, если бы у истца были въ доказательство поставки вина письменные документы,—тогда и опроверженіе письменнаго доказательства, т. е. уплату денегъ, слѣдовало бы доказать письменнымъ же „къ тому удостовѣреніемъ“. А въ настоящемъ случаѣ „утвержденіе истца о неполученіи имъ денегъ является равносильнымъ утвержденію отвѣтчиковъ, что деньги за вино были заплачены“.

[1]) Ср. также рѣшеніе 1877 г. № 181. Формула: „былъ долженъ, но заплатилъ“, освобождаетъ отвѣтчика отъ представленія доказательствъ лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда у истца нѣтъ иныхъ доказательствъ иска. Но, если истецъ ссылается на свидѣтелей въ доказательство забора отвѣтчикомъ товара, а отвѣтчикъ признаётъ фактъ забора (и тѣмъ дѣлаетъ допросъ свидѣтелей излишнимъ), то, установивъ существованіе долга, судъ не можетъ требовать отъ истца доказательствъ отрицательнаго факта, т. е. неуплаты отвѣтчикомъ денегъ за товаръ: доказательства уплаты—на отвѣтчикѣ.

[2]) Въ концѣ своего разъясненія Сенатъ говоритъ о способахъ доказывать themata probandi, дѣлая льготу въ смыслѣ допустимости свидѣтелей. „При отсутствіи письменнаго договора и вообще письменныхъ

Уже въ 1879 году Сенатъ отказался отъ одного изъ своихъ основныхъ положеній, развитыхъ имъ въ рѣшеніи 1877 г. № 183 [1]): „фактъ выѣзда нанимателя изъ квартиры не можетъ служить самъ по себѣ доказательствомъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, что договоръ съ его стороны исполненъ, и что такимъ образомъ прекратились всѣ юридическія отношенія, существовавшія на основаніи договора между домовладѣльцемъ и нанимателемъ квартиры, такъ какъ наниматель могъ съѣхать съ квартиры, нерасчитавшись вовсе съ домовладѣльцемъ въ слѣдующихъ ему по договору деньгахъ за пользованіе квартирой. Поэтому нельзя обязывать истца-домовладѣльца доказывать въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, что отвѣтчикъ остался ему долженъ за квартиру. Но, съ другой стороны, несправедливо было бы возлагать въ видѣ общаго правила и на отвѣтчика обязанность доказывать, что онъ уплатилъ всю наемную плату за квартиру, потому что въ нѣкоторыхъ случаяхъ отвѣтчикъ можетъ уже не имѣть доказательствъ уплаты или могъ уничтожить ихъ, не считая вѣроятнымъ предъявленіе объ этомъ иска со стороны домовладѣльца [2]). По этой причинѣ Сенатъ признаетъ, что для исковъ наемной платы по словеснымъ договорамъ, независимо отъ того, предъявленъ ли искъ, когда наниматель занимаетъ еще нанятую квартиру, или

доказательствъ въ поставкѣ товара или въ производствѣ работъ, платежъ денегъ можетъ быть доказываемъ свидѣтельскими показаніями. Свидѣтельскія показанія могутъ быть допущены также въ опроверженіе объясненія отвѣтчика о платежѣ денегъ, напримѣръ, въ доказательство того, что платежъ не могъ быть произведенъ въ указанномъ отвѣтчикомъ мѣстѣ, такъ какъ его, отвѣтчика, или истца вовсе тамъ не было, или что платежъ не могъ быть произведенъ при пріемѣ товара, такъ какъ товаръ былъ купленъ не на наличныя деньги, а въ кредитъ, и прочее".

[1]) Другое положеніе, что истецъ-домовладѣлецъ доказываетъ иногда неуплату отвѣтчикомъ квартирныхъ денегъ, перестало соблюдаться въ судебной практикѣ фактически.

[2]) И дѣйствительно, сторона возражала, что въ такомъ случаѣ каждый изъ домовладѣльцевъ имѣлъ бы право (?) предъявлять иски къ бывшимъ въ его домѣ жильцамъ, которые не берегутъ его росписокъ объ уплатѣ денегъ. Однако практика Сената, поощряющая подобную небрежность въ отношеніи къ доказательствамъ платежа долга, по нашему мнѣнію есть eine milde Praxis!

когда онъ уже выѣхалъ изъ нея, не можетъ быть установлено общаго правила о томъ, которая изъ тяжущихся сторонъ, истецъ ли, утверждающій что отвѣтчикъ остался ему долженъ за квартиру, или отвѣтчикъ, возражающій, что онъ расчелся съ истцомъ, обязана доказать свое объясненіе. Разрѣшеніе этого вопроса въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ зависитъ отъ обстоятельствъ дѣла [1]), времени, когда предъявленъ искъ, большей или меньшей достовѣрности объясненій тяжущихся, существующихъ въ данной мѣстности обыкновеній и проч., слѣд., всецѣло зависитъ отъ суда, разсматривающаго дѣло по существу" (1879 г. № 336).

Та же точка зрѣнія была распространена въ 1882 г. руководящимъ рѣшеніемъ за № 3 на „иски о взысканіи денегъ, неуплаченныхъ по словеснымъ сдѣлкамъ о куплѣ-продажѣ движимости, по которымъ платежъ отсроченъ по волѣ сторонъ или вообще не произведенъ при передачѣ движимости".

Наконецъ, буквально тотъ же лейтмотивъ [2]) звучитъ въ рѣшеніи 1884 г. № 119: „Правительствующій Сенатъ находитъ, что для исковъ по изорваннымъ или надорваннымъ долговымъ обязательствамъ не можетъ быть установлено общаго правила о томъ, которая изъ тяжущихся сторонъ,—истецъ ли, утверждающій, что обязательство изорвано случайно, по ошибкѣ или съ умысломъ освободиться отъ уплаты долга,

---

[1]) Testimonium paupertatis!

[2]) Ср. еще рѣшенія 1880 г. № 247 и 1885 г. № 111. Такъ какъ заемъ подъ залогъ недвижимости, неутвержденный старшимъ нотаріусомъ, не лишаетъ кредитную сдѣлку дѣйствительности, разрушая только обезпеченіе, то можно искать и по документу, совершенному у младшаго нотаріуса,—и если актъ находится въ рукахъ кредитора, то хотя этотъ одинъ фактъ, благодаря неутвержденію сдѣлки, и безсиленъ служить достовѣрнымъ и безспорнымъ доказательствомъ передачи денегъ, однако по обстоятельствамъ всякаго даннаго случая можетъ привести судъ къ убѣжденію, что деньги должникомъ получены.

Въ спорахъ, подобныхъ настоящему, продолжаетъ Сенатъ, на обязанности суда лежитъ сообразить такой документъ съ обстоятельствами, предшествовавшими и сопровождавшими его совершеніе и послѣдовавшими послѣ того, но судъ не въ правѣ выводить заключеніе о неполученіи должникомъ денегъ изъ того, что актъ неутвержденъ старшимъ нотаріусомъ.

или отвѣтчикъ, утверждающій, что оно разорвано вслѣдствіе произведенной уплаты,—обязана доказать свое объясненіе".

„Разрѣшеніе этого вопроса, въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, зависитъ отъ обстоятельствъ дѣла, времени, когда предъявленъ искъ, внѣшняго вида самого обязательства, большей или меньшей достовѣрности объясненій тяжущихся, т. е. всецѣло отъ суда, разсматривающаго дѣло по существу, и кассаціонной повѣркѣ не подлежитъ (ст. 5 учр. суд. устан.)".

Итакъ, разрѣшеніе вопроса „въ зависимости отъ обстоятельствъ конкретнаго казуса" есть послѣднее слово судебнаго творчества въ практикѣ Сената. Дать прочныя руководящія указанія Сенатъ не рѣшился, — и рекомендовалъ обращаться in dubio къ „фактическимъ презумпціямъ",— анализировать обстоятельства дѣла, учитывать моментъ предъявленія иска, бо́льшую или меньшую достовѣрность объясненій тяжущихся, принимать въ соображеніе мѣстныя обыкновенія и т. д.

Но такимъ образомъ Сенатъ только уклонился отъ главной своей проблемы: что же дѣлать суду, когда всѣ перечисленныя „обстоятельства дѣла" не даютъ никакихъ указаній, чья претензія заслуживаетъ удовлетворенія, кто правъ— отвѣтчикъ или истецъ?

Искъ предъявленъ своевременно, не слишкомъ рано, не слишкомъ поздно; тяжущіеся оба говорятъ съ достаточной степенью достовѣрности; обыкновеній платить квартирныя деньги за извѣстный періодъ времени впередъ въ данной мѣстности не существуетъ: на кого возложить onus probandi?

Между тѣмъ вопросъ относительно субъекта доказыванія и возникаетъ только тогда, если ни изъ какихъ побочныхъ обстоятельствъ судъ не въ состояніи вывести заключенія относительно интересующаго правосудіе, спорнаго между сторонами факта; кому же, спрашивается, поставить „въ дебетъ" недоказанность его, противъ кого обратить судейское: „non liquet"?

И этотъ единственно важный для насъ здѣсь вопросъ сенатское разъясненіе обходитъ молчаніемъ. Какъ будто во всякомъ дѣлѣ можно установить истину изъ обстоятельствъ

конкретной обстановки [1])! Тогда все ученіе относительно распредѣленія доказательствъ не имѣло бы реальнаго смысла [2]), обратившись въ „подушку для судейской лѣни“: болѣе глубокій анализъ казуса всегда могъ бы открыть истину,—но, чтобы не затруднять имъ судью, лучше обвинить въ неясности факта сторону, отнести non liquet не къ служебнымъ упущеніямъ магистрата, а къ процессуальному нерадѣнію тяжущагося,—и создать цѣлое ученіе о томъ, кто виноватъ въ непредставленіи доказательствъ, оставивъ главнаго виновника—судью—въ сторонѣ!

Подводя окончательный итогъ результатамъ, до которыхъ дошелъ въ теченіи 37-лѣтней практики Кассаціонный Сенатъ, нельзя не задуматься надъ относительной скудостью достигнутаго. Единой и цѣльной теоріи по интересующему насъ вопросу, конечно, выработано не было,—что, впрочемъ неудивительно, такъ какъ прочно установившихся взглядовъ до сихъ поръ еще нѣтъ и въ ученой литературѣ.

Усвоивъ первоначально злополучную догму недѣлимости признанія изъ французскаго права, Сенатъ неоднократно пытался приладить ее къ синаллагматическимъ договорамъ [3]), гдѣ потребности оборота въ особенности сильно давали чувствовать разладъ между несостоятельной юридической доктриной и жизнью.

Въ другихъ правоотношеніяхъ распредѣленіе доказываній между тяжущимися по принципу „недѣлимости признанія“ меньше безпокоило Сенатъ, не такъ ясно бросаясь въ глаза своими дефектами. Какъ бы то ни было, но Сенатъ мало-по-малу отрѣшился отъ неудачнаго метода „нераздро-

---

[1]) Contra, напримѣръ, Leonhard, Die Beweislast, 1904, S. 190,—хотя именно у него половина проблемы о распредѣленіи доказательствъ распускается въ ученіе о свободной судейской оцѣнкѣ (freie Beweiswürdigung).

[2]) Bähr, Iherings Jahbücher für die Dogmatik, Bd. 25 S. 398: „Wäre der Richter stets in der Lage zu erkennen, welche von den beiderseitigen Behauptungen wahr oder unwahr seien, so wäre die Lehre von der Beweislast überflüssig“.

[3]) См. рѣшенія: 1870 г. № 1893; 1875 г. № 383; 1877 г. № 183; 1879 г. № 336; 1882 г. № 3.

бляемости признанія“, обратившись къ другому началу: negativa non probantur, которое проглядываетъ въ разныхъ рѣшеніяхъ еще съ 1871 года. Этотъ принципъ является и до сихъ поръ излюбленнымъ въ сенатской практикѣ: если можно было бы говорить о какой-нибудь хоть сколько-нибудь установившеся тамъ точкѣ зрѣнія, то пришлось бы указать именно на него.

Но Сенатъ не держался все-таки названнаго начала quand même; руководимый скорѣе смутно чувствуемыми потребностями жизни, нежели отвлеченнымъ доктринерствомъ, онъ болѣе или менѣе удачно уклонялся отъ неправильныхъ выводовъ, неизбѣжныхъ при слѣдованіи несостоятельному принципу: онъ просто не примѣнялъ его тамъ, гдѣ примѣненіе вело бы къ противорѣчащимъ жизни результатамъ. Разумѣется, ошибки все-таки встрѣчались.

Кромѣ максимы: negativa non probantur, Сенатъ оперировалъ очень часто съ такими ничего не говорящими („пустыми“) формулами, какъ: „при спорѣ о существованіи какого-нибудь обстоятельства обязанность представленія доказательствъ лежитъ на томъ, кто утверждаетъ, а не на томъ, кто отрицаетъ это существованіе“ [1]), или: „въ спорномъ дѣлѣ на каждой сторонѣ лежитъ обязанность доказывать всѣ тѣ обстоятельства, которыя обусловливаютъ ея право противъ другой стороны относительно предъявленныхъ ею требованій (или возраженій)“ [2]).

Многообъемлющія и общія фразы этого рода удобны для того, чтобы оправдывать ими рѣшенія, гдѣ чувство справедливости, пониманіе нуждъ оборота, постуляты цѣлесообразности, вообще „правосознаніе“, подсказываютъ опредѣленный выводъ, а юридическая доктрина не умѣетъ правильно объяснить его. Можно утверждать и „отрицательное обстоятельство“: и если надобно возложить onus probandi относительно его на данную сторону, то „пустая“ формула способна вмѣстить и подобную квалификацію, которая пред-

---

[1]) См., напримѣръ, рѣшенія: 1872 г. № 710; 1874 г. № 256; 1875 г. № 897; 1878 г. № 33; 1879 г. №№ 166, 178; 1880 г. № 53; 1892 г. № 4.

[2]) См., напримѣръ, рѣш.: 1870 г. № 1175; 1874 г. № 58; 1875 года №№ 256, 346, 670 и 871; 1876 г. № 375; 1877 г. № 330; 1878 г. №№ 17, 277; 1879 г. №№ 63, 225; 1880 г. № 138; 1881 г. № 124; 1899 г. № 9.

ставляетъ съ точки зрѣнія догмата: negativa non probantur—contradictio in adjecto.

Если теперь, отказавшись найти въ сенатской практикѣ какую-нибудь доктрину, обратиться къ извѣстнымъ правоположеніямъ, которыя могутъ быть выработаны кассаціоннымъ судомъ независимо отъ всякой теоріи, то и здѣсь насъ ожидаетъ разочарованіе [1]).

Даже того общаго принципа, что исполненіе обязательства доказываетъ должникъ [2]), не было установлено Сенатомъ,—такъ, чтобы практика не допускала колебаній. Это правило высказывалось имъ неоднократно,—можно привести цѣлый рядъ соотвѣтствующихъ рѣшеній: и все-таки руководящія разъясненія 1879 г. № 336 и 1882 № 3 относятъ обсужденіе вопроса, долженъ ли отвѣтчикъ или истецъ доказывать въ спорѣ объ уплатѣ, къ обстоятельствамъ конкретнаго случая, дѣлая изъ проблемы quaestio facti и отказываясь дать на нее общій отвѣтъ.

Попытаюсь все-таки формулировать тѣ выводы, которые—съ большей или меньшей степенью достовѣрности—можно счесть *установившеюся* практикою Сената [3]).

Исключительный характеръ объекта сдѣлки доказываетъ та сторона, которая это качество выдвигаетъ [4]).

---

[1]) Недаромъ проф. Гордонъ въ своемъ Уставѣ гражданскаго судопроизводства не приводитъ никакихъ почти кассаціонныхъ тезисовъ подъ 366 ст. Я рѣшительно не могу согласиться съ выводомъ проф. Энгельмана, который замѣчаетъ: „Вообще же Сенатъ правильно направлялъ практику нижшихъ судовъ“ (Учебникъ русскаго гражданскаго судопроизводства, изд. 2, 1904 г., стр. 245), и считаетъ возможнымъ подвести данныя кассаціонной практики подъ начала, выработанныя наукой.

[2]) Лишнимъ будетъ, думается, упоминать, что исполненіе доказываетъ должникъ, если у истца есть письменное доказательство заключенной сдѣлки. См., напримѣръ, рѣш. 1872 г. №№ 53 и 105; 1873 г. № 1514 и др.

[3]) Я не называю тѣхъ положеній, которыя высказаны Сенатомъ за всю кассаціонную дѣятельность одинъ—два раза: относить ихъ къ числу usus fori было бы рискованно.

[4]) Напримѣръ,—родовой характеръ имѣнія (1867 г. № 347), торговый—сдѣлки (рѣш. 1871 г. № 1128), коммерческій—долговъ несостоятельнаго (рѣш. 1879 г. № 153), эмиритальный—пенсіи (рѣш. 1889 года № 62), выморочный—наслѣдственнаго имѣнія (рѣш. 1893 г. № 12).

Ссылки на такъ называемыя vitia negotii доказываетъ тотъ тяжущійся, который пытается этимъ путемъ обезсилить сдѣлку [1]).

Безденежность акта,—частный случай „порочной“ сдѣлки—доказываетъ тотъ, кто изъ-за этого противъ документа споритъ [2]) (также — безденежность договора вообще: рѣш. 1898 г. № 38).

Ссылку на погасительную или пріобрѣтательную давность доказываетъ та сторона, которая на этомъ обстоятельствѣ основываетъ свои права; перерывъ давности доказываетъ противникъ [3]).

Лица, на которыхъ лежитъ обязанность отчетности, несутъ по поводу нея onus probandi [4]).

Исполненіе условія доказываетъ утверждающій [5]).

Можно, пожалуй, еще привести выводы сенатской практики о томъ, кто доказываетъ въ спорѣ между третьимъ лицомъ и довѣрителемъ повѣреннаго или этимъ послѣднимъ.

Ссылку свою на то, что онъ дѣйствовалъ отъ чужаго имени, доказываетъ отвѣтчикъ [6]); въ искѣ къ принципалу изъ сдѣлки, заключенной съ повѣреннымъ, истецъ долженъ доказать, что контрагентъ его имѣлъ полномочіе представлять въ данномъ случаѣ довѣрителя [7]),—при чемъ болѣе тонкое распредѣленіе доказываній, по которому третье лицо устанавливаетъ только отношенія изъ договора довѣренности между представителемъ и отвѣтчикомъ, а превышеніе повѣреннымъ круга полномочій будетъ доказывать, если хочетъ, принципалъ-отвѣтчикъ, было принято только

[1]) Такъ, на недѣеспособность (1869 г. № 235; 1870 г № 873; 1871 г. № 643; 1874 № 662 и др.), на симуляцію (1869 г. № 987; 1870 г. №№ 350 и 1504; 1871 г. № 1162; 1874 г. № 687; 1891 г. № 62; 1892 г. № 28.

[2]) Рѣшенія: 1872 г. №№ 295, 933; 1875 г. № 101; 1879 г. № 346; 1880 г. № 138; 1888 г. № 70; 1889 № 72; 1902 г. № 24.

[3]) Первое рѣшеніе было contra: 1870 г. № 1282; правильно: рѣшенія 1875 г. №№ 155, 186, 256; 1876 г. № 28; 1882 г. №№ 11 и 91; 1900 г. № 17; ср. также 1879 г. № 21.

[4]) Рѣш.: 1868 г. № 880; 1869 г. №№ 1212 и 9; 1872 г. №№ 145, 307; 1884 г. № 71; ср. 1872 г. № 1006; 1875 г. №№ 670 и 880; 1876 г. № 66.

[5]) Рѣш.: 1873 г. №№ 16 и 434; 1876 г. № 134; 1878 г. № 31.

[6]) Рѣш.: 1870 г. №№ 283 и 1134; 1876 г. № 18.

[7]) Рѣш.: 1872 г. № 300; 1873 г. № 1011; 1874 г. № 197; 1875 года №№ 468, 370 и 818; 1878 г. № 17; 1879 г. № 296.

въ позднѣйшемъ рѣшеніи за 1880 г. № 172. Наконецъ, если искъ поданъ къ представителю объ убыткахъ, причиненныхъ сдѣлкой, которую будто бы не имѣлъ права онъ заключать отъ чужаго имени и за послѣдствія которой долженъ поэтому отвѣчать самъ,—то въ этомъ искѣ обладаніе соотвѣтствующими полномочіями устанавливаетъ повѣренный [1]).

Наконецъ, каждый отвѣчаетъ за причиненный его дѣйствіями вредъ и убытки, пока не докажетъ его извиняющихъ обстоятельствъ [2]).

ГЛАВА ВТОРАЯ.

„Боевая" практика Сената по желѣзно-дорожнымъ дѣламъ.

Въ новѣйшей практикѣ Кассаціоннаго Сената останавливаетъ на себѣ вниманіе рядъ рѣшеній по желѣзно-дорожнымъ дѣламъ, относящихся къ 1901—1902 годамъ. Кассаціонныя разъясненія интересны своей тенденціей перенести onus probandi на истцовъ, предъявляющихъ претензіи къ желѣзнымъ дорогамъ.

Цѣлью новой программы была, какъ разъясняетъ литературный истолкователь ея г. Змирловъ [3]), борьба со скупщиками накладныхъ, заваливающихъ своими жалобами и первыя инстанціи, и Кассаціонный Сенатъ, и ежегодно взыскивающихъ съ казны многотысячныя дани. Однако бороться со спекуляціей тѣми средствами, которыя выбраны Сенатомъ,—затрудненіемъ доступа къ правосудію всѣмъ истцамъ, скупщикамъ и собственникамъ накладныхъ безразлично,—едва-ли справедливо съ одной стороны, такъ какъ поражаетъ интересы не однихъ недобросовѣстныхъ спекулянтовъ,—и врядъ-ли цѣлесообразно съ другой, потому что препоны, поставленныя для истцовъ здѣсь и тамъ, тѣмъ скорѣе за-

[1]) Рѣшенія: 1874 г. № 207; 1876 г. № 346.

[2]) Рѣшенія: 1870 г. № 1132; 1871 г. № 1125; 1876 г. № 114; 1879 г. №№ 66, 352; 1883 г. № 8. Contra—рѣш.: 1877 г. № 220 и 1879 г. № 166 (отмѣненное впрочемъ позднѣйшимъ—отъ 1888 г. № 65).

[3]) См. въ предисловіи къ его книжкѣ: „Вопросы желѣзно-дорожнаго права, разрѣшенные Гражданскимъ Кассаціоннымъ Департаментомъ Правительствующаго Сената въ 1901 г. и первой половинѣ 1902 г." Спб. 1902 года.

ставятъ собственниковъ продавать свои претензіи скупщикамъ,—и съ уступкой, почему въ рукахъ послѣднихъ окажется еще относительно большее количество исковъ къ желѣзнымъ дорогамъ [1]). Результаты „боевой“ сенатской практики, поскольку они обусловливаются тѣмъ или инымъ распредѣленіемъ тяжести доказываній между желѣзной дорогой-отвѣтчицей и истцомъ, сводятся къ слѣдующимъ тезисамъ:

1) Желѣзная дорога не отвѣчаетъ за недостачу и порчу груза, вѣсъ и содержаніе котораго не были особо провѣрены станціей отправленія, пока истецъ не докажетъ, что накладная указываетъ количество и качество груза правильно и что послѣдній былъ сданъ къ отправкѣ въ неиспорченномъ видѣ [2]).

2) Отыскивая вознагражденіе по ст. 101 Общ. Уст. Росс. жел. дор., истецъ обязанъ доказать не только то, что нарушеніе очередей дѣйствительно имѣлось относительно его груза, но и то обстоятельство, что отъ этого произошло опозданіе для его груза и на столько-то именно сутокъ [3]).

3) Желѣзная дорога, слагавшая съ себя въ публикаціяхъ отвѣтственность за срочную доставку съ разрѣшенія начальства, не отвѣчаетъ за просрочку, пока истецъ не докажетъ, что просрочка произошла по винѣ дороги: публикація презумируетъ невинность [4]).

---

[1]) Эти и послѣдующія аргументаціи противъ сенатской практики я беру изъ обстоятельнаго и вполнѣ вѣрнаго разбора ея въ статьяхъ г. Рабиновича (Право, 1902 г. №№ 46 и 47). Такъ же г. І. В. Гессенъ, Судебная реформа, 1905 г., стр. 202—208.

[2]) Рѣшенія: 1901 г. № 38; 1902 г. № 80.

[3]) Рѣшенія 1902 г. №№ 15 и 16.

[4]) Рѣшеніе 1902 г. № 30. Я не останавливаюсь на критикѣ этого рѣшенія, во-первыхъ, потому, что въ принципѣ и Сенатъ считаетъ въ немъ дорогу обязанной „удостовѣрить на судѣ какъ самый фактъ перерыва движенія по независѣвшимъ отъ нея причинамъ, такъ и то обстоятельство, что ею были приняты всѣ... мѣры для устраненія просрочки“; только кассаціонный судъ полагаетъ, что публикаціи о сложеніи съ себя отвѣтственности за срочную доставку грузовъ, какъ „удостовѣреніе компетентнаго учрежденія о томъ, что просрочка произошла отъ такого перерыва въ движеніи, который не могъ быть устраненъ, несмотря на принятіе желѣзною дорогою всѣхъ мѣръ, предписанныхъ ей закономъ“,—въ достаточной мѣрѣ доказываютъ ея невинность. Такимъ образомъ, вопросъ переносится Сенатомъ изъ рамокъ „распредѣленія тяжести доказыванія“ въ область оцѣнки представленныхъ доказательствъ,—сферу, лежащую внѣ

Остановимся прежде всего на первомъ положеніи,—что дорога не обязана доказывать что грузъ прибылъ въ томъ видѣ, въ какомъ отправленъ, если станція отправленія не сдѣлала въ накладной особыхъ указаній относительно вѣса и содержанія груза. Такимъ образомъ истецъ уже обязанъ доказать, въ какомъ видѣ сданъ имъ пропавшій или испорченный при перевозкѣ грузъ къ отправкѣ.

Въ рѣшеніи 1901 г. № 38 Сенатъ мотивировалъ свое заключеніе тѣмъ, что законъ не возложилъ подъ опасеніемъ невыгодныхъ послѣдствій на дороги обязанность изслѣдовать качество,—т. е. внутреннее достоинство перевозимаго груза,—и вѣсъ при пріемѣ. При томъ выполненіе этой обязанности сопровождалось бы для желѣзныхъ дорогъ значительнымъ увеличеніемъ расходовъ по эксплоатаціи въ виду необходимости держать на всѣхъ станціяхъ цѣлый штатъ экспертовъ по всѣмъ отраслямъ промышленности, и расходы эти неминуемо должны были бы отразиться на размѣрѣ тарифныхъ ставокъ въ смыслѣ ихъ повышенія.

Разсуждая отвлеченно,—относительно доказательной силы накладной и ея дубликата слѣдуетъ сказать, что она можетъ быть принижена или, наоборотъ, расширена въ слѣдующей градаціи. Первая возможность: въ рукахъ грузополучателя дубликатъ способенъ служить полнымъ доказательствомъ противъ желѣзной дороги, такъ что свѣдѣнія, въ немъ помѣщенныя о качествѣ и количествѣ груза, непрекаемы въ искѣ объ убыткахъ. Доказательное значеніе такого дубликата (Ladeschein) [1]) mutatis mutandis уравнивалось бы съ силою коносамента [2]), тѣмъ болѣе, что тотъ (ст. 62 Общ. Уст. Росс. жел. дор.) и другой [3]) выдаются возчикомъ.

Отнявъ кое-что изъ доказательной силы дубликата, мы перейдемъ ступенью ниже. Накладная и дубликатъ содержатъ свѣдѣнія о вѣсѣ и достоинствѣ груза, обязательныя

границъ намѣченнаго нами ученаго изслѣдованія. Во-вторыхъ, неправильный взглядъ Сената уже нашелъ себѣ справедливую оцѣнку въ статьяхъ г. Рабиновича, помѣщенныхъ въ Правѣ (1902 г. №№ 7 и 44).

[1]) См. объ этомъ Schott, въ Endemann's Handbuch des Handelsrechts, Bd. III (1885) S. 431.

[2]) О его юридической силѣ см. Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 1898, S. 470.

[3]) Шершеневичъ, Курсъ торговаго права, 1892, стр. 738.

для обѣихъ сторонъ,—но... donec contrarium probatur. Дорога обязана сдать товаръ показаннаго въ дубликатѣ количества и качества, пока не докажетъ, что свѣдѣнія дубликата грѣшатъ противъ истины, что въ дѣйствительности былъ сданъ къ отправкѣ грузъ худшаго достоинства или меньшаго вѣса. Таково значеніе, которое имѣетъ накладная и ея дубликатъ нѣмецкаго происхожденія (Frachtbrief) [1]). Повидимому, къ этому же типу грузовыхъ документовъ принадлежитъ накладная и дубликатъ нашего желѣзно-дорожнаго права. Но своимъ толкованіемъ Сенатъ постарался и еще понизить значеніе накладной, какъ доказательства. Для дороги необязательны и тѣ свѣдѣнія о вѣсѣ и качествѣ груза, которыя содержитъ накладная: оправдать въ случаѣ спора правдивость показаній документа лежитъ на обязанности истца,—отправителя или грузополучателя.

На чемъ же основывается подобное толкованіе желѣзнодорожнаго устава Сенатомъ и литературнымъ защитникомъ [2]) (а, быть можетъ, и вдохновителемъ) послѣдняго, г. Змирловымъ? Этотъ авторъ ссылается на ст. 59, которая говоритъ: „отправитель отвѣчаетъ за вѣрность помѣщенныхъ имъ въ накладной свѣдѣній и заявленій, подвергаясь вмѣстѣ съ тѣмъ всѣмъ послѣдствіямъ ихъ неправильности, неточности или неполноты“. Но „отвѣчаетъ“—не значитъ: „обязанъ доказать“; „отвѣчаетъ“ значитъ: „подвергается въ случаѣ обнаруженія неточности путемъ произведенной самой же дорогой повѣрки всѣмъ послѣдствіямъ ст. 60 уст.“ [3]). Вотъ смыслъ той отвѣтственности, о которой говоритъ предыду-

---

[1]) Cosack, ib., S. 428. Но доказательнаго значенія относительно вѣса и качества накладная не имѣетъ тогда, если нагрузка производилась собственными средствами отправителя.

[2]) См. въ Юридической Газетѣ, 1903 г., №№ 22 и 23.

[3]) А именно: „Независимо отъ взноса дополнительной платы, соотвѣтственно разности тарифовъ, онъ обязанъ уплатить открывшей неправильность желѣзной дорогѣ пеню въ размѣрѣ двойной разницы между полною суммою, исчисленною за все протяженіе перевозки по тарифу, подлежащему примѣненію къ данной отправкѣ, и суммою, первоначально исчисленною на основаніи указаній отправителя; если же эта неправильность повлечетъ за собою поврежденіе вагона вслѣдствіе перегруза, то отправитель обязанъ также возмѣстить желѣзной дорогѣ и причиненные ей перегрузомъ убытки“.

щая статья; норма не содержитъ никакихъ данныхъ для разрѣшенія вопроса о доказательствахъ [1]).

По закону, накладная вмѣстѣ съ ея дубликатомъ составляютъ документъ, опредѣляющій права и обязанности сторонъ (ст. 55 Общ. Уст. Росс. жел. дор.): служатъ „доказательствомъ взаимныхъ правъ и обязанностей“ лицъ, участвующихъ въ договорѣ перевозки. Это два письменныхъ акта, которые контрагенты выдали взаимно одинъ другому въ удостовѣреніе заключенной сдѣлки: грузоотправитель написалъ отъ своего имени накладную, дорога выдала грузохозяину съ своей стороны копію—дубликатъ [2]).

И мнѣ кажется, не случайно законодатель заставилъ желѣзную дорогу выдавать грузоотправителю дубликатъ, вмѣсто того, чтобы просто сказать въ своемъ законѣ, что хозяинъ груза составляетъ два юридическихъ документа, изъ которыхъ одинъ отдаетъ желѣзной дорогѣ, а другой сохраняетъ у себя, въ интересахъ возможности цедировать бумагу третьему лицу. Не случайно въ законѣ упоминается о томъ, что желѣзная дорога выдаетъ отправителю этотъ второй документъ „въ удостовѣреніе принятія груза на станцію“ (ст. 62). И сдѣлается совершенно понятнымъ такое выраженіе законодателя, когда мы прочтемъ въ его мотивахъ слѣдующее: „Желѣзныя дороги обязаны немедленно послѣ ввоза груза на станцію выдать отправителю документъ, удостовѣряющій пріемъ груза, съ обозначеніемъ числа мѣстъ, состоянія груза, тары и точнаго вѣса [3]), а затѣмъ отвѣчать за утрату и поврежденіе груза“ [4]), и т. д. Накладная вмѣстѣ съ дубликатомъ служатъ доказательствомъ взаимныхъ правъ

---

[1]) См. Рабиновичъ, Право, 1903 г. № 37, стр. 2095. Тотъ же смыслъ имѣетъ ст. 7 Бернской конвенціи въ связи съ § 3 исполнительныхъ постановленій къ сей конвенціи.

[2]) „Въ удостовѣреніе принятія груза на станцію выдается отправителю дубликатъ (второй экземпляръ) накладной“ (ст. 62 Общ. Уст.).

[3]) По дѣйствующему закону (ст. 57) всѣ этого рода свѣдѣнія содержатся въ накладной, а дубликатъ повторяетъ ихъ (ст. 62); вѣроятно поэтому законодатель не высказалъ относительно дубликата того, что хотѣлъ, судя по мотивамъ, предписать: во избѣжаніе излишнихъ повтореній.

[4]) Приводятся у Змирлова, Общій Уст. Росс. Жел. Дор., передъ ст. 42, стр. 297.

и обязанностей сторонъ (ст. 62): накладная говоритъ, какой грузъ былъ сданъ къ отправкѣ, дубликатъ удостовѣряетъ, что этотъ именно грузъ былъ принятъ на станціи.

Но отрѣшимся на время отъ возможности имѣть въ накладной и дубликатѣ особыя юридическія свойства, присущія торговой распорядительной бумагѣ; взглянемъ на нихъ просто, какъ на обязательства, выданныя другъ другу сторонами сдѣлки. Въ подлинности текста накладной и дубликата не можетъ быть сомнѣнія,—точно также, какъ и въ томъ, что оба контрагента—возчикъ и отправитель—видѣли и признали для себя обязательнымъ текстъ письменнаго контракта. Но вѣдь письменный актъ, излагая содержаніе договора, до тѣхъ поръ заслуживаетъ вѣры въ глазахъ суда, пока не будетъ опровергнутъ спорящей стороной: поэтому, если желѣзная дорога заявляетъ сомнѣніе, былъ ли дѣйствительно сданъ для перевозки тотъ именно грузъ, (съ тѣми качествами), который показанъ въ накладной и подтвержденъ въ дубликатѣ, то на спорящей сторонѣ и лежитъ onus probandi. Такимъ образомъ, изъ самаго существа накладной и дубликата, какъ письменныхъ актовъ, которыми обмѣниваются контрагенты въ удостовѣреніе сдѣлки, слѣдуетъ тотъ выводъ, что доказываетъ противорѣчащіе накладной факты сторона, которая заявляетъ споръ [1]).

---

[1]) Ср. въ подтвержденіе предыдущихъ разсужденій то, что говоритъ самъ же Сенатъ о доказательной силѣ накладной и дубликата въ одномъ изъ своихъ позднѣйшихъ рѣшеній (1903 г. № 82): „Хотя, въ силу 55 статьи устава жел. дор., накладная и ея дубликатъ служатъ доказательствомъ взаимныхъ правъ и обязанностей сторонъ, участвующихъ въ договорѣ перевозки, но отсюда вовсе еще не слѣдуетъ, чтобы эти документы служили неоспоримымъ доказательствомъ всѣхъ вообще свидѣтельствуемыхъ ими фактовъ. Приведенное постановленіе устава должно быть понимаемо въ томъ лишь смыслѣ, что свѣдѣнія, помѣщенныя въ накладной и ея дубликатѣ, коимъ самъ законъ присвоилъ значеніе доказательства въ спорахъ, возникающихъ изъ договора перевозки, признаются достовѣрными и не нуждающимися въ подтвержденіи ихъ какими-либо иными доказательствами, пока они не опровергнуты другими несомнѣнными данными. Въ виду того, однако, что упомянутые документы, какъ это неоднократно разъяснялось Правительствующимъ Сенатомъ, принадлежатъ къ числу домашнихъ актовъ, совершаемыхъ безъ всякаго участія органовъ власти, надлежитъ

Между тѣмъ опредѣленіе качества и вѣса грузовъ принадлежитъ къ числу essentialia negotii,—такъ какъ надобно же тѣмъ или инымъ способомъ индивидуализировать перевозимую вещь. Это также необходимо для договора, какъ индивидуализація покупаемой вещи въ сдѣлкѣ купли-продажи, нанимаемаго помѣщенія въ наемномъ контрактѣ, отдаваемаго въ закладъ предмета при гарантированномъ такимъ способомъ займѣ. Письменный текстъ договора непремѣнно долженъ коснуться этой существенной стороны дѣла. Законъ, который создавалъ обязательную форму для договора перевозки, заполнялъ рубрики этой формы обязательнымъ содержаніемъ, не могъ обойти молчаніемъ столь важнаго элемента въ договорѣ,—пункта, который относится къ essentialia negotii. Поэтому договоръ, перечисляющій подлежащіе перевозкѣ предметы, обязателенъ въ этомъ своемъ содержаніи для обѣихъ сторонъ,—все равно, провѣряла или нѣтъ та или другая изъ нихъ его показанія. Въ этомъ смыслѣ, повторяемъ, накладная, какъ говоритъ законъ, служитъ „вмѣстѣ съ дубликатомъ оной, доказательствомъ взаимныхъ правъ иобязанностей сторонъ, участвующихъ въ договорѣ перевозки". Какъ и всякій письменный актъ, подлинность котораго безспорна, она должна быть опровергаема въ своемъ содержаніи той изъ сторонъ, которая свѣдѣніямъ ея противорѣчитъ.

Однако, дубликатъ накладной есть не просто копія письменнаго обязательства, выданная возчикомъ,—это есть кромѣ того и распорядительная бумага. И эта послѣдняя его функція еще болѣе убѣждаетъ насъ въ томъ, что толковать законъ такъ, какъ дѣлаетъ это г. Змирловъ и Сенатъ, сводя доказательную силу дубликата на нѣтъ, немыслимо безъ насилія надъ юридическою природою бумаги, безъ искаженія мотивовъ законодателя.

Наиболѣе благопріятной для цѣлой свободной циркуляціи дубликата въ качествѣ распорядительной бумаги была бы, разумѣется, та норма, что данныя его безусловно непререкаемы для желѣзной дороги. „Если, говоритъ г. Рабиновичъ, я пріобрѣтаю отъ кого-нибудь дубликатъ, въ которомъ

признать, что неправильность или ошибочность помѣщенныхъ въ нихъ свѣдѣній можетъ быть доказываема, на общемъ основаніи, всякими иными письменными документами".

сказано, что по желѣзной дорогѣ отправленъ такой-то товаръ, въ которомъ вѣсу столько-то и т. д., то я имѣю полное право думать, что всѣ эти свѣдѣнія провѣрены желѣзнодорожными агентами, которые... не допустятъ обмана". Поэтому желѣзная дорога во всякомъ случаѣ отвѣтственна предъ держателемъ дубликата, такъ какъ она допустила выпускъ въ обращеніе документа, содержащаго въ себѣ невѣрныя и несогласныя съ дѣйствительностью свѣдѣнія [1]).

Такой нормы нѣтъ въ нашемъ желѣзно-дорожномъ уставѣ. Однако нѣтъ и противоположнаго правила, окончательно гибельнаго для свободнаго обращенія дубликата,—правила, которое освобождало бы дорогу отъ обязанности доказывать въ случаѣ спора съ ея стороны противъ качества или количества груза, обозначеннаго на дубликатѣ. И въ особенности нельзя возлагать onus probandi по поводу объекта сдѣлки на третье лицо,—держателя дубликата; онъ, купивъ находящійся въ пути грузъ, могъ вѣрить содержанію завѣреннаго дорогою документа. Пусть, когда ошибочность содержанія бумаги установлена, онъ несетъ отвѣтственность и рискъ, а не желѣзная дорога; но если ему пришлось бы защищать кромѣ того достовѣрность содержанія письменной сдѣлки, второй экземпляръ которой перешелъ въ его руки въ качествѣ проспекта,—это было бы уже слишкомъ. Подобнымъ перемѣщеніемъ бремени доказательствъ съ желѣзной дороги на грузополучателя способность къ циркуляціи дубликата была бы существенно подорвана.

Между тѣмъ,—создать для груза, находящагося въ пути, распорядительную бумагу—нѣчто въ родѣ коносамента—несомнѣнно входило въ планы коммиссіи графа Баранова, какъ это видно изъ ея мотивовъ. „Коммиссія признаетъ, что установленіе подобнаго, безпрепятственно передаваемаго изъ рукъ въ руки, документа (говорится о дубликатѣ) представляется весьма важнымъ для торговыхъ и промышленныхъ цѣлей, такъ какъ только документы, имѣющіе характеръ писанныхъ на предъявителя, представляютъ владѣтелямъ таковыхъ право свободно распоряжаться грузомъ, пользоваться кредитомъ подъ залогъ документа, продавать грузъ

[1]) Теорія и практика желѣзно-дорожнаго права, 2-ое изд. (1898 г.), стр. 12 (ср. и 55).

по документу и т. п.“ [1]). Поэтому же кодификаторы подчеркивали сходство дубликата съ варрантомъ [2]).

Но въ связи съ созданіемъ распорядительной бумаги коммиссіей проектировалась логически неизбѣжно и другая мѣра, о которой также упоминается въ мотивахъ кодификаторовъ,—именно, заставить дорогу выдавать грузоотправителю документъ въ удостовѣреніе принятаго товара съ обозначеніемъ *числа мѣстъ, состоянія груза, тары и точнаго вѣса*, и обязать ее отвѣчать за цѣлость обозначеннаго такими признаками груза,—пока не будетъ обнаружена лживость накладной и ея дубликата“ [3]). По мнѣнію г. Змирлова, „предложеніе это не осуществилось“ на практикѣ, оставшись навсегда въ портфелѣ редакторовъ Устава. Мнѣ кажется, такое заключеніе требуетъ доказательствъ. И во всякомъ случаѣ, если при наличности подобныхъ мотивовъ у составителей закона редакція дѣйствующаго права давала бы логическую возможность интерпретировать буквальный смыслъ его нормъ или такъ, что мотивы останутся pro non scripto, или такимъ образомъ, что они получаютъ жизнь, то изъ двухъ толкованій слѣдуетъ предпочесть именно послѣднее. Тѣмъ болѣе, что при интерпретаціи г. Змирлова и Сената окажется совершенно непонятнымъ, противорѣчивымъ и недосказаннымъ юридическое значеніе дубликата, какъ распорядительной бумаги. Оставить въ силѣ то, что сказано закономъ о свойствахъ послѣдняго и рядомъ съ этимъ признавать onus probandi въ спорѣ противъ свѣдѣній дубликата на сторонѣ грузохозяина—значитъ допустить логическую несообразность. Эта участь постигла г. Змирлова.

„Щедро заимствуя изъ Бернской конвенціи и Германскаго Торговаго уложенія 1861 г. правила о перевозкѣ грузовъ по желѣзнымъ дорогамъ, говоритъ г. Змирловъ [4]), наши составители Общаго Устава Россійскихъ желѣзныхъ дорогъ относительно дубликата накладной отступили отъ своихъ образцовъ и создали своеобразный документъ, подле-

---

[1]) Цитировано у Змирлова, Общій Уставъ, Спб. 1904 г., стр. 298.

[2]) „Но сходство между дубликатомъ накладныхъ и квитанціями на товары, сложенные въ складахъ, настолько велики“... (Змирловъ, ibid.).

[3]) Змирловъ, Общій Уставъ, стр. 512.

[4]) Общій Уставъ, комментарій къ ст. 57, стр. 513.

жащій свободному переходу изъ рукъ въ руки и дающій его держателю исключительное и полное право распоряженія грузомъ. Устанавливая такого рода документъ, они имѣли въ виду тѣмъ самымъ обезпечить интересы нашей торговли и промышленности: время, необходимое для перевозки груза, не теряется даромъ и грузъ въ теченіе этого времени не мертвый капиталъ, такъ какъ съ такимъ дубликатомъ накладной въ рукахъ можно воспользоваться благопріятнымъ настроеніемъ рынка и продать или заложить грузъ во время нахожденія его въ пути".

Повидимому, вопросъ о томъ, какъ смотрѣли на юридическую силу дубликата составители Устава, и какую бумагу хотѣли они изъ него сдѣлать, и для г. Змирлова стоитъ внѣ сомнѣній. Быть можетъ, наиболѣе соотвѣтствующимъ тенденціямъ Барановской коммиссіи было бы придать дубликату свойства чисто абстрактнаго обязательства, непререкаемаго для возчика,—обязательства, которое бы предписывало желѣзной дорогѣ доставить товаръ того именно вѣса и качества, какіе показаны въ накладной. Наша интерпретація исходитъ изъ допущенія, что такой бумаги создано не было. Тогда приходится,—чтобы не извратить намѣреній законодателя совершенно,—признавать, что дорога имѣетъ право возраженія противъ данныхъ дубликата, однако освобождается отъ обязанности сдать обѣщанный въ дубликатѣ товаръ, только доказавъ, что грузъ не былъ того вѣса или достоинства, какіе тамъ помѣчены. Этимъ кругъ требуемыхъ отъ держателя дубликата доказательствъ въ искѣ противъ желѣзной дороги все-таки суживается: ему незачѣмъ подтверждать признаки, индивидуализирующіе адресованный грузъ,—онъ ссылается въ этомъ случаѣ на дубликатъ (исправленный при разногласіи накладной); онъ не оправдываетъ такъ находящихся свѣдѣній,—ихъ опровергаетъ желѣзная дорога. А такъ какъ установить ex post, какой грузъ былъ сданъ, разъ дорога не провѣрила накладной при пріемѣ, затруднительно, то держатель дубликата, пріобрѣтая бумагу, можетъ не особенно бояться будущаго процесса.

---

[1]) Иначе въ западно-европейскихъ образцахъ; см., наприм., Швейцарскій законъ.

Итакъ, намѣренія законодателя, писавшаго о дубликатѣ, и то толкованіе, какое наиболѣе отвѣчаетъ этимъ намѣреніямъ, ясны. Но, исходя изъ неправильнаго воззрѣнія на распредѣленіе доказательствъ между тяжущимися въ искѣ объ утратѣ или поврежденіи груза, г. Змирловъ не желаетъ признавать идей, руководившихъ законодателемъ. Онъ находитъ (стр. 512, 514—515 Общ. Уст.) юридическую природу дубликата недостаточно выяснившейся въ законѣ. Ст. 78 Общ. Уст. Росс. жел. дор. хочетъ сдѣлать изъ него распорядительную бумагу, а ст. 563 [1]) уст. суд. торг. отнимаетъ у него это значеніе, такъ какъ даетъ право конкурсу взять со станціи отправляемый грузъ, хотя бы дубликатъ, выйдя изъ рукъ впослѣдствіи несостоятельнаго, успѣлъ перейти къ другому держателю.

Противъ этой аргументаціи можно возразить слѣдующее. Общій Уставъ Россійскихъ желѣзныхъ дорогъ есть законъ позднѣйшій, нормирующій заново тѣ отношенія, для которыхъ писанъ; все, что касалось желѣзно-дорожнаго права въ предыдущемъ законодательствѣ, съ изданіемъ этого устава должно считаться или отмѣненнымъ, или подлежащимъ такой интерпретаціи, которая примиряла бы старое содержаніе съ точнымъ разумомъ новыхъ нормъ. Толковать же новый уставъ, ограничивая его прямой смыслъ сомнительнымъ содержаніемъ гдѣ-то уцѣлѣвшаго стараго закона, представляется невѣрнымъ. Если ст. 563 уст. суд. торг. заключаетъ въ себѣ постановленіе, несогласное съ юридической природой той бумаги, о которой говоритъ ст. 78 спеціальнаго закона, слѣдуетъ думать, что ст. 563 или отмѣнена и лишь вслѣдствіе недосмотра сохранилась въ дѣйствующемъ правѣ, или касается иного предмета. Въ ней говорится, правда, о накладной,—но, вѣроятно, не о той бумагѣ, которая циркулируетъ при перевозкѣ по желѣзнымъ дорогамъ. Есть другіе виды перевозки—кромѣ желѣзно-дорожной; есть другіе возчики—помимо желѣзныхъ дорогъ. Ст. 563 относится, можетъ быть, къ нимъ. И во всякомъ случаѣ она не можетъ опровергнуть ст. 78 Уст., не должна примѣняться къ желѣзно-дорожной перевозкѣ.

---

[1]) Ст. 564?

Такимъ образомъ, г. Змирловъ предполагаетъ своеобразной аргументаціей сократить, умалить доказательную силу дубликата. „Для ослабленія вредныхъ послѣдствій, причиняемыхъ свободнымъ обращеніемъ у насъ дубликата накладной на предъявителя, необходимо всегда имѣть въ виду, что это росписка желѣзной дороги въ принятіи груза къ отправкѣ, съ котораго лишь случайно (!) связано право заклада и продажи этого груза во время нахожденія его въ пути. Мы говоримъ о случайной связи въ данномъ случаѣ, потому что самое право не вытекаетъ изъ юридической природы этого документа и ничѣмъ затѣмъ не гарантировано законодателемъ, допустившимъ возможность не только наложенія ареста на грузъ, сданный дорогѣ къ отправкѣ, но и взятіе его со станціи отправленія третьимъ лицомъ, не участвовавшимъ въ договорѣ перевозки. Помимо того слѣдуетъ не забывать, что законъ, давъ столь широкія права держателю дубликата накладной, не гарантировалъ ни держателя, ни третьихъ лицъ, вступающихъ съ нимъ въ сдѣлку, въ томъ, что означенный въ дубликатѣ грузъ представляется дѣйствительно доброкачественнымъ и имѣющимъ указанный въ этомъ документѣ вѣсъ“ (стр. 514 Общ. Уст.).

Выходъ изъ того неудобства, которое создается для грузоотправителей въ силу обезличенія доказательнаго значенія накладныхъ, г. Змирловъ [1]) видитъ въ правѣ контрагентовъ желѣзной дороги требовать отъ нея обязательнаго взвѣшиванія принимаемыхъ грузовъ. Однако законъ нигдѣ не упоминаетъ о подобномъ правѣ. Ст. 60 говоритъ, что желѣзной дорогѣ *предоставляется* повѣрять содержаніе груза, его вѣсъ и стоимость, а также количество;—значитъ, ей принадлежитъ только право: хочетъ провѣрить, сдѣлаетъ это; не желаетъ, никто и ничѣмъ заставить ее не въ состояніи. Если статью 60 толковать въ смыслѣ: желѣзная дорога *обязана*,—тогда основная интерпретація г. Змирлова и Сената падаетъ: если обязана, то не въ правѣ ссылаться, что не взвѣсила,—должна была сдѣлать это, должна занести о погрѣшностяхъ накладной въ особую на ней графу, а иначе—опровергаетъ накладную сама. Если бы наконецъ законодатель имѣлъ въ

[1]) Юридическая Газета, 1903 г., № 22, стр. 3.

виду установить эвентуальную обязанность дороги, то навѣрное выразился бы точнѣе: желѣзная дорога обязана *по требованію грузоотправителей* взвѣсить принимаемый грузъ[1]).

Нынѣ дѣйствующая норма подобныхъ обязательствъ для дороги не создаетъ.

Обращаясь теперь къ той части аргументаціи г. Змирлова, которая касается сопоставленія вводимыхъ Сенатомъ нормъ съ западно-европейскими желѣзно-дорожными порядками, приходится отмѣтить прежде всего тотъ фактъ, что накладная не имѣетъ доказательной силы противъ желѣзныхъ дорогъ только по исключенію. Остановимся на статьѣ 8 п. 4 Бернской конвенціи. „Однако относительно грузовъ, нагрузка коихъ произведена самимъ отправителемъ,... заключающіяся въ накладной свѣдѣнія, относящіяся до вѣса и числа грузовыхъ мѣстъ, могутъ тогда лишь служить доказательствами противъ желѣзной дороги, когда провѣрка вѣса и числа мѣстъ была произведена желѣзною дорогою и удостовѣрена въ накладной". Норма имѣетъ въ виду исключительный случай, представляющій изъятіе изъ общаго правила. Нагрузка произведена самимъ отправителемъ,—явленіе, съ точки зрѣнія законодательной регламентаціи отклоняющееся отъ общаго случая. Здѣсь, такъ какъ желѣзная дорога, не участвуя въ нагрузкѣ, не имѣла удобнаго случая убѣдиться въ вѣрности показаннаго въ накладной вѣса, такъ какъ грузоотправитель, отстраняя дорогу отъ нагрузки, имѣлъ легкую возможность ввести ее въ заблужденіе относительно качествъ груза, законъ дѣлаетъ изъятіе изъ общаго правила и говоритъ: „накладная только тогда служитъ доказательствомъ противъ желѣзной дороги, когда повѣрка вѣса и числа мѣстъ была *тѣмъ не менѣе* произведена самой же дорогой и удостовѣрена въ накладной". А во всѣхъ прочихъ случаяхъ, гдѣ дорога грузила сама, тамъ дѣйствуетъ общая норма, по которой содержаніе накладной составляетъ презумпцію противъ желѣзной дороги.

---

[1]) Какъ это категорически сказано въ ст. 87 относительно правомочій получателя: „Получатель имѣетъ право требовать, чтобы выдаваемый грузъ былъ взвѣшенъ при самой выдачѣ".

Швейцарскій законъ о перевозкѣ грузовъ отъ 20 марта 1875 года устанавливаетъ (въ ст. 31) слѣдующія презумпціи противъ желѣзной дороги: о сдачѣ груза въ неиспорченномъ видѣ, если объ этомъ нѣтъ оговорки въ накладной; о сдачѣ его въ томъ же количествѣ и того же вѣса, какъ показано въ накладной,—однако неповрежденное состояніе его упаковки создаетъ, наоборотъ, предположеніе въ пользу желѣзной дороги, если притомъ вѣсъ товара соотвѣтствуетъ вѣсу при его принятіи, который, какъ сказано, считается равнымъ цифрѣ, показанной въ накладной.

Г. Змирловъ (Юридическая Газета, 1903 г., № 23, стр. 2), разбирая приведенныя выше нормы Бернской конвенціи и швейцарскаго закона 1875 г.,—двухъ источниковъ, послужившихъ моделью для Общаго Устава Россійскихъ Желѣзныхъ Дорогъ,—согласенъ видѣть въ цитированныхъ законодательствахъ лишь примѣры тому, что содержаніе накладной можетъ оказаться порою необязательнымъ для желѣзной дороги. Авторъ забываетъ при этомъ одно существенное обстоятельство, сводящее къ нулю всѣ его разсужденія: что отмѣченные случаи суть исключенія, а общимъ правиломъ остается отвергаемая имъ норма: вѣсъ и качество груза предполагаются сообразно накладной.

Но рядъ презумпцій, содержащихся въ разныхъ законодательствахъ, былъ бы излишнимъ при существованіи такого общаго правила, возражаетъ г. Змирловъ. „Такъ, отсутствіе отмѣтки въ накладной о неудовлетворительности упаковки создаютъ законное предположеніе въ пользу отправителя, что грузъ сданъ былъ въ надлежащей упаковкѣ (9 статья Бернской конвенціи и 14 статья Швейцарскаго закона). Очевидно, такая оговорка была бы излишня, если бы само собою предполагалось изъ 8 статьи конвенціи и 8 статьи Швейцарскаго закона, что принятіе груза, безъ возраженія о неудовлетворительности упаковки, доказываютъ, что грузъ принятъ въ удовлетворительной упаковкѣ“.

Согласно Бернской конвенціи (статья 6) и Швейцарскому закону 1875 г. (статья 8) объ удовлетворительности упаковки не отмѣчается въ накладной; просмотрѣвъ ея содержаніе, читатель не въ состояніи узнать, въ какомъ видѣ,—исправномъ или нѣтъ,—обрѣтается тара. Да ему это должно

было бы оставаться совершенно безразличнымъ, если бы дорога отвѣчала *всегда* за вѣсъ и качество груза независимо отъ состоянія упаковки. Грузъ пришелъ въ неповрежденной внѣшней оболочкѣ, однако не того качества или вѣса, какъ значится въ дубликатѣ: все равно, адрессатъ требовалъ бы всякій разъ своего, помѣченнаго въ документѣ, груза, пока дорога не докажетъ, что она не при чемъ,—тотъ именно грузъ и былъ ей сданъ, который пришелъ.

Чтобы облегчить для возчика его onus probandi, законъ выдвигаетъ презумпцію: цѣлость упаковки ручается за тождественность привезеннаго груза [1]). Но тогда возникаетъ еще вопросъ: а былъ ли упакованный грузъ сданъ въ неповрежденной тарѣ?—и вопросъ о томъ, кто доказываетъ этотъ фактъ въ спорѣ? Законодатель долженъ былъ установить новую презумпцію (такъ какъ въ виду отсутствія въ дубликатѣ и накладной данныхъ объ упаковкѣ общее правило: in dubio, согласно показаніямъ дубликата, не примѣнимо); и законъ даетъ эту презумпцію: отсутствіе возраженій дороги о состояніи упаковки при пріемѣ дѣлаетъ возможнымъ предполагать состояніе это для цѣлей благополучной перевозки достаточнымъ. И на дорогу послѣдовательно возложена обязанность слѣдить за доброкачественностью тары, принимая грузъ.

Итакъ, отсутствіе въ дубликатѣ отмѣтокъ о неисправности упаковки гарантируетъ грузополучателю, что онъ въ правѣ требовать или грузъ вѣса и качества, показанныхъ въ дубликатѣ, или товаръ въ неповрежденной внѣшней оболочкѣ. И вопросъ: „почему потребовалось въ законѣ особое упоминаніе относительно тары,—презумпція, что грузъ предполагается сданнымъ въ исправной упаковкѣ, если нѣтъ отмѣтокъ о противномъ на дубликатѣ“?, объясняется особымъ значеніемъ упаковки въ задачѣ установленія тождественности пріѣхавшаго груза съ отправленнымъ. Съ одной стороны, законодателю казалось излишнимъ требовать отъ грузоотправителя традиціоннаго обозначенія въ накладной, повтореннаго въ дубликатѣ: „упаковка удовлетворительна“, или: „тара въ неповрежденномъ состояніи“ (вмѣсто этого выста-

[1]) Швейцарскій законъ 1875 г. ст. 31.

влена презумпція, что исправность предполагается),—значитъ, въ накладной и дубликатѣ вопросъ о состояніи упаковки остается невыясненнымъ, и презумпція достовѣрности свѣдѣній этого документа не покрываетъ собой данныхъ объ исправной тарѣ. Слѣдовательно, презумпцію удовлетворительности упаковки въ законѣ слѣдовало оговорить особо. Съ другой стороны, норма: „цѣлость тары гарантируетъ тождественность прибывшаго груза съ отправленнымъ“ еще не вытекаетъ изъ правила объ (относительной) достовѣрности содержанія дубликата для обѣихъ сторонъ. Это значеніе грузовыхъ бумагъ само по себѣ дало бы право адрессату требовать отъ желѣзной дороги груза того вѣса и качества, которые обѣщаетъ дубликатъ. Законодатель счелъ необходимымъ создать особую презумпцію теперь уже въ пользу возчика: неповрежденная тара удостовѣряетъ тождественность адресованнаго груза. Эту презумпцію опять-таки слѣдовало оговорить особо.

Такимъ образомъ, проблема цѣлости упаковки и съ ней связанныя юридическія послѣдствія нисколько не предрѣшаются и не вытекаютъ изъ нормы достовѣрности in dubio накладной: поэтому данной проблемѣ не было ни излишнимъ, ни страннымъ отвести въ законѣ самостоятельное мѣсто.

Въ нашемъ законодательствѣ накладная должна содержать (ст. 57 п. 14) „показаніе отправителя о состояніи упаковки“,—при чемъ этой фразѣ можно усваивать только тотъ смыслъ, что законодатель хочетъ читать въ накладной между прочимъ и увѣреніе грузохозяина о сдачѣ товара въ упаковкѣ исправной. Иначе закону незачѣмъ было бы упоминать о „состояніи“ тары въ одной статьѣ дважды: въ п. 14 и раньше—въ пунктѣ 5, гдѣ „состояніе“ упаковки противополагается рядомъ стоящему понятію: „роду“ ея. Значитъ, „родъ“ и „состояніе“ не употреблены promiscue, устанавливаютъ точно опредѣленную терминологію, и „удовлетворительное состояніе“ должно быть непремѣнно завѣрено самимъ же отправителемъ. При такихъ условіяхъ, презумпція достовѣрности текста накладной обнимаетъ собой и „исправность тары“. Можетъ быть, въ нашемъ уставѣ дѣйствительно незачѣмъ особо говорить о презумпціи въ пользу удовлетворительной упаковки, и оказывается лишнею—въ этой

своей части—ст. 65 Устава? Этой презумпціи въ той формѣ, въ какой фигурируетъ она на страницахъ другихъ кодексовъ, въ нашемъ правѣ и нѣтъ,—она не выражена въ статьяхъ законодательства expressis verbis: и если она тѣмъ не менѣе дѣйствуетъ [1]), то потому, что выводится косвеннымъ образомъ изъ иныхъ положеній закона.

Руководящую нить для интерпретаціи даютъ мотивы составителей устава. Коммиссія графа Баранова проектировала „установленіе правилъ о порядкѣ пріема грузовъ къ отправкѣ, въ силу которыхъ желѣзныя дороги обязаны немедленно послѣ ввоза груза на станцію: выдать отправителю документъ, удостовѣряющій пріемъ груза, съ обозначеніемъ числа мѣстъ, состоянія груза, тары и точнаго вѣса, а затѣмъ отвѣчать за утрату и поврежденіе принятаго груза за время отъ принятія таковаго [2]) вмѣстѣ съ накладною до выдачи его по назначенію, если не докажетъ, что утрата или поврежденіе произошли... 2) отъ отсутствія или недостаточности упаковки;... 4) отъ непреодолимой силы“ [3]).

Если мы разберемъ съ точки зрѣнія намѣченныхъ составителями цѣлей дѣйствующую редакцію ст. 57—65 Уст., то обнаружится такая послѣдовательная схема. Ст. 57 устанавливаетъ содержаніе накладной, гдѣ точно опредѣляются права и обязанности сторонъ. Грузоотправитель индивидуализируетъ сдаваемый къ перевозкѣ товаръ: обозначаетъ его вѣсъ и качество, родъ и состояніе тары. Эти данныя накладной являются обязательными и достовѣрными для сторонъ (donec contrarium probatur). Предполагается грузъ, сданный въ томъ количествѣ, того вѣса, качества, той упаковки—и при томъ вполнѣ исправной,—какъ все это значится въ накладной. Ст. 50 и 60 устанавливаютъ отвѣтственность грузоотправителя за точность помѣщенныхъ имъ въ накладной свѣдѣній. Ст. 61 отвѣчаетъ на вопросъ о момен-

[1]) Что признаетъ и г. Змирловъ, Юридическая Газета, 1903, № 22, стр. 2.

[2]) Повидимому, при окончательной редакціи, въ ст. 98 была принята другая идея: отвѣтственность дороги со времени заключенія договора (ст. 61).

[3]) Мотивы приводятся у Змирлова, Общ. Уст., стр. 297—298. Послѣдняя часть текста мотивовъ нашла себѣ буквальное выраженіе въ ст. 102 Общ. Уст.

тѣ заключенія договора; 62-я—опредѣляетъ юридическое значеніе выдаваемаго дорогою дубликата. Наконецъ, ст. 63—65 устанавливаютъ, какъ и предполагалось составителями, безотвѣтственность желѣзной дороги за недостачу или поврежденіе груза, если несчастіе произошло отъ недостаточности упаковки. Тотъ же смыслъ имѣетъ и ст. 102 устава. На идейную связь между текстомъ мотивовъ (см. выше), ст. 102 и смысломъ ст. 65 указываетъ даже ея стилистика. Не говорится, что желѣзная дорога обязана слѣдить за исправностью упаковки, нѣтъ презумпціи, что цѣлость тары ручается за тождественность груза,—сказано: „неудовлетворительность упаковки освобождаетъ желѣзную дорогу отъ всякой отвѣтственности за проистекшія отъ сего послѣдствія“. Отсюда ясно, что тенденція редакторовъ устава ими выдержана до конца: ст. 65 является отраженіемъ той мысли, что за цѣлость груза, опредѣленнаго индивидуальными признаками въ накладной, остается отвѣтственной дорога, пока не докажетъ, что недостатки тары были констатированы способомъ, указаннымъ въ ст. 63—64, и что утрата или поврежденіе груза были слѣдствіемъ этихъ именно дефектовъ (ст. 102). И даже еще норма въ пользу желѣзной дороги: наравнѣ съ замѣченной неисправностью тары стоитъ такая, которой нельзя было замѣтить по наружному виду. Она тоже является извиняющей оплошность при пріемѣ груза со стороны желѣзной дороги,—однако onus probandi лежитъ на возчикѣ.

Возвращаясь къ ранѣе поставленному вопросу, можно сказать, что презумпціи въ пользу исправности тары, если недостатки ея не были въ надлежащемъ порядкѣ засвидѣтельствованы въ накладной,—такой презумпціи expressis verbis не содержится въ нашемъ законѣ [1]). Если же она implicite существуетъ, то ея слѣдуетъ искать въ ст. 57 п. 14: „показаніе отправителя о состояніи упаковки“ предполагается вѣрнымъ, наравнѣ съ прочими данными накладной. А ст. 63—65 устанавливаютъ способы, которыми оффиціальнымъ образомъ могутъ быть констатированы дефекты тары, или намѣчаютъ условія, при которыхъ дорога остается безотвѣт-

[1]) Подобно тому, какъ это имѣетъ мѣсто въ ст. 14 и 31 Швейцарскаго закона 1875 г.

ственной за поврежденіе или утрату груза въ зависимости отъ недостатковъ (замѣченныхъ или незамѣтныхъ) его упаковки [1]).

Полагаю, что при такомъ смыслѣ соотвѣтствующихъ узаконеній г. Змирловъ не найдетъ появленіе ст. 63—65 въ нашемъ уставѣ излишнимъ или безцѣльнымъ.

Въ 31 ст. Швейц. зак. 1875 г. написана и другая презумпція: что неповрежденное состояніе тары указываетъ на тождественность груза пріѣхавшаго съ отправленнымъ (donec contrarium probatur). Спрашивается, имѣютъ ли тотъ же смыслъ и постановленія нашего законодательства относительно упаковки? Какъ законодательная презумпція, подобная норма не создана; опредѣленія устава, относящіяся до тары, пріурочены, повидимому, къ вопросу о вознагражденіи за безспорно причиненный грузу вредъ: отсутствіе или недостатки упаковки освобождаютъ отъ отвѣтственности дорогу и даже даютъ ей при извѣстныхъ условіяхъ право на возмѣщеніе причиненнаго этими фактами транспортнымъ приспособленіямъ вреда или издержекъ (ст. 102 и 60 Общ. Уст.). Итакъ, независимо отъ состоянія упаковки дорога обязана установить, что пришелъ грузъ тотъ самый, какой сданъ. Поврежденіе внѣшней оболочки подкрѣпляютъ презумпцію относительно порчи перевозимаго груза по винѣ дороги. Однако, если упаковка прибыла въ цѣломъ видѣ, то можно выставить и для нашего права презумпцію, если не juris, то facti: невредимый видъ тары предполагаетъ,—поскольку обстоятельства дѣла не вызываютъ сомнѣній,—тождественность груза. Итакъ, ссылка на цѣлость упаковки представляетъ пріемъ, которымъ дорога-отвѣтчица доказываетъ свое возраженіе противъ достовѣрности свѣдѣній въ накладной: доказавъ эти facta concludentia, она выполнила свою обязанность,—onus probandi переходитъ тогда къ грузоотправителю.

Аналогичную презумпцію Сенатъ признавалъ въ своихъ прежнихъ „отдѣленскихъ“ рѣшеніяхъ, еще начиная съ

---

[1]) Конечно, на оборотной сторонѣ этихъ нормъ написано, что дорога за достаточностью упаковки обязана слѣдить и, если не усмѣдила, то должна признать тару исправной. Такъ же Змирловъ, Юридическая Газета, 1903 г. № 22, стр. 2.

конца 80-ыхъ годовъ [1]); въ рѣшеніи же руководящемъ правило было высказано по поводу обязанности возчиковъ вообще (рѣш. 1890 г. № 49): „цѣлость наружной оболочки создаетъ презумпцію въ пользу возчика почтоваго вѣдомства, а порча ея, наоборотъ, устанавливаетъ презумпцію въ пользу отправителя, т. е. заставляетъ предполагать, что грузъ утраченъ или испорченъ по винѣ возчика".

Въ результатѣ подобной практики, если бы ее проводилъ Сенатъ вмѣсто „боевой программы", желѣзная дорога могла бы ограничиваться, не прибѣгая къ повѣркѣ вѣса и достоинства груза, осмотромъ одной упаковки при пріемѣ. Неудовлетворительное ея состояніе, занесенное желѣзнодорожнымъ агентомъ въ текстъ накладной, послужитъ для дороги важнымъ доказательствомъ въ будущемъ процессѣ, если судья согласится съ дорогой, что утрата или поврежденіе произошли именно отъ неисправной тары [2]). И наоборотъ, цѣлость упаковки заставляетъ судъ предполагать, что грузъ пришелъ того именно количества и вѣса, другими словами,—тотъ самый, который былъ сданъ. И опровергать презумпцію будетъ уже отправитель. Такимъ образомъ, состояніе тары играетъ видную роль въ вопросѣ о состояніи самаго груза; и обязанность повѣрки качества и вѣса его можетъ быть удобно подмѣнена именно этой другой мѣрой. Между тѣмъ, повѣрка тары—дѣло болѣе легкое, не требующее особыхъ приспособленій, отнимающее меньше времени,—его производитъ начальникъ станціи или желѣзно-дорожный агентъ (ст. 64 Общ. Уст.) [3]).

Рѣшенія 1902 года №№ 15 и 16 разъясняютъ смыслъ ст. 101 Общ. Уст. Росс. жел. дор. по поводу вопроса о томъ, что̀ слѣдуетъ доказать грузохозяину, требующему вознагражденія за нарушеніе очереди отправки его груза. Если грузъ отправленъ въ тотъ самый день, который назначенъ въ на-

[1]) См. у Рабиновича, Теорія и практика желѣзно-дорожнаго права, 1891 г., стр. 18, пр. 1.

[2]) Onus probandi облегчается въ этомъ случаѣ презумпціей 104 ст. Общ. Уст. (ср. касс. рѣш. 1894 г. № 108 и 109).

[3]) Поэтому незачѣмъ, какъ предполагаетъ кассац. рѣш. 1901 г. № 38, держать на всѣхъ станціяхъ цѣлый штатъ экспертовъ по всѣмъ отраслямъ промышленности, перекладывая расходы на ихъ содержаніе на повышенныя тарифныя ставки.

кладной, нарушенія очереди нѣтъ,—таковъ первый тезисъ Сената;—нѣтъ, хотя бы нѣкоторые грузы позднѣйшихъ номеровъ отправились раньше интересующаго насъ груза. Съ этимъ тезисомъ, который устанавливаетъ матеріально-правовую норму, мы спорить не будемъ.

Однако вопросъ, кто долженъ съ доказательствами въ рукахъ установить фактическую сторону дѣла, т. е. выяснить, произошло ли въ силу отправки чужого груза раньше очереди промедленіе для груза истца,—этотъ вопросъ согласно общимъ принципамъ нашей теоріи нужно будетъ рѣшить въ смыслѣ onus probandi для желѣзной дороги. Ей легче доставить правосудію требуемыя доказательства. „Для того, чтобы знать, въ какой именно день грузъ его подлежалъ отправкѣ, говоритъ г. Рабиновичъ, отправитель долженъ былъ бы имѣть точныя свѣдѣнія о количествѣ грузовъ, ожидающихъ очереди, о времени ихъ ввоза, о находившемся въ распоряженіи данной станціи подвижномъ составѣ и т. д. Свѣдѣнія эти въ большинствѣ случаевъ отправителю недоступны. При такомъ положеніи дѣла признавать за отправителемъ право на возбужденіе претензіи за допущенныя нарушенія очереди лишь подъ условіемъ представленія всѣхъ упомянутыхъ свѣдѣній значило бы фактически устранить отвѣтственность желѣзныхъ дорогъ за эти нарушенія“ [1]). Доказавъ, что въ такой то день станція отправила грузъ, ввезенный на станцію позднѣе, чѣмъ грузъ имъ, отправителемъ, ввезенный на ту же станцію, истецъ установилъ фактъ, самъ по себѣ, казалось бы, противозаконный и квалифицируемый „правонарушеніемъ“,—а опровергнуть то, что prima facie налагаетъ на желѣзную дорогу обязанность возмѣстить убытки,—оправдаться, доказавъ, что, не взирая на нарушеніе очередей, для истца съ его грузомъ невыгодныхъ послѣдствій не произошло, составляетъ onus probandi желѣзной дороги. Она въ качествѣ хозяина дѣла, располагаетъ для того и всѣми необходимыми свѣдѣніями и данными [2]).

Сенатъ же мало того, что переноситъ бремя доказательства на истца-грузоотправителя, но создаетъ еще странное содержаніе для его thema probandum, если, впрочемъ,

[1]) Теорія и практика желѣзно-дорожнаго права, 1898 г., стр. 84.

[2]) Sic: Рабиновичъ, l. c., стр. 85.

понимать текстъ кассаціонныхъ рѣшеній такъ, какъ это дѣлаетъ иногда судебная практика. Правда, сенатское разъясненіе редактировано нѣсколько неясно, почему и способно породить недоразумѣнія.

„Устанавливая по дѣлу, что грузъ истца № 18 былъ отправленъ 3 декабря, съѣздъ упустилъ изъ виду, что грузъ № 17... пошелъ со станціи... 1 декабря, и между этими отправками промежуточныхъ отправокъ по тому же направленію... не было, и если затѣмъ... грузъ, принятый позже, т. е. 15 ноября и записанный на очередь № 22, былъ отправленъ ранѣе груза № 18, а именно—22 ноября, то это обстоятельство само по себѣ еще не предполагаетъ нарушеніе очереди данной отправки № 18, ибо одна болѣе ранняя отправка груза, принятаго къ перевозкѣ позднѣе спорнаго, еще не даетъ права требовать вознагражденія по ст. 101 уст. жел. дор.“ (т. е.—въ размѣрѣ 5-ной платы за храненіе грузовъ).

Ст. 49 опредѣляетъ, что дорога должна обозначать на накладной или день отправки, или, если вычислить его она не въ состояніи, то имена двухъ послѣднихъ, ожидающихъ очереди, отправителей. Не думаю, чтобы сенатское рѣшеніе хотѣло сказать, будто ст. 101 примѣняется въ этомъ второмъ случаѣ только тогда, если старшій по нумеру грузъ пущенъ между этими двумя предыдущими нумерами и нашимъ грузомъ. Т. е., примѣняясь къ сенатскому казусу, нельзя думать, чтобы ст. 101 предусматривала исключительно отправку груза № 22 между №№ 16 и 18, а что пропускъ № 22-го до 16-го №-а не затрагиваетъ интересовъ истца. Хотя на эту мысль и способна навести первая половина сенатской аргументаціи: „съѣздъ упустилъ изъ виду, что грузъ № 17 (послѣдній предшествующій) пошелъ со станціи 1 декабря, и между этими отправками промежуточныхъ отправокъ по тому же направленію не было“, но подобная идея была бы ни съ чѣмъ несообразна. Однако Сенатъ безусловно правъ во второй части своего разсужденія, утверждая, что „одна болѣе ранняя отправка груза, принятаго къ перевозкѣ позднѣе спорнаго, еще не даетъ права требовать вознагражденіе по ст. 101 устава“. Да, не даетъ права, потому что требуется прежде установить, что отъ этой „одной болѣе ранней от-

правки“ чужого груза грузъ истца выѣхалъ со станціи... на одни (minimum) сутки позднѣе, чѣмъ можно было этого требовать при пунктуальномъ соблюденіи всѣхъ очередей [1]).

Вознагражденіе по ст. 101 вычисляется посуточно,— вотъ почему и правонарушеніе, предусмотрѣнное ею, способно создать право на вознагражденіе въ одномъ единственномъ случаѣ: если задержка очереди спорнаго груза стоила ему не менѣе сутокъ.

Эта мысль легла въ основаніе другого сенатскаго рѣшенія—1902 г. № 16. И опять отдѣльныя выраженія въ немъ способы подать поводъ къ недоразумѣніямъ. „Если въ накладныхъ приведены имена двухъ ожидающихъ очереди отправителей, или нумеромъ означена очередь будущей отправки, то въ этомъ случаѣ нарушеніе очереди обнаружится, если данный грузъ пойдетъ не вслѣдъ за грузомъ приведенныхъ въ накладной лицъ, или не слѣдомъ за грузомъ, означеннымъ слѣдующимъ меньшимъ нумеромъ, однимъ словомъ будетъ произвольно задержанъ“. Послѣднія слова разсѣиваютъ недоумѣніе, между тѣмъ какъ первыя фразы грозятъ возвратить насъ къ мысли, отвергнутой выше. Произвольное задерживаніе спорнаго груза, предусмотрѣнное въ ст. 101 Уст., наступаетъ и тогда, если отъ преждевременной отправки старшаго нумера, пущеннаго даже до грузовъ двухъ приведенныхъ въ накладной лицъ, опоздалъ пропускъ спорнаго груза и товаръ залежался на станціи лишнія сутки.

„Коль скоро же вознагражденіе за нарушеніе очереди опредѣляется посуточно, говоритъ Сенатъ въ томъ же рѣшеніи, то очевидно и самое права на полученіе такового вознагражденія наступаетъ лишь тогда, когда записанный на извѣстную очередь грузъ будетъ отправленъ послѣ наступленія указанной очереди не менѣе, какъ черезъ сутки, увеличиваясь въ своемъ размѣрѣ соотвѣтственно количеству сутокъ, въ теченіе которыхъ грузъ былъ задержанъ отправкою“. При томъ—„при нарушеніи очереди отправки

[1]) При чемъ доказать противное лежитъ на обязанности желѣзной дороги, а если она откажется дать свѣдѣнія и доказательства, то должна подлежать послѣдствіямъ, вытекающимъ изъ правилъ „исполнительнаго производства по разсчетамъ объ убыткахъ, доходахъ и издержкахъ“ (примѣненіе закона по аналогіи).

груза и опредѣленіи размѣра посуточной отвѣтственности должно быть принимаемо во вниманіе не количество дней, на которые позднѣе принятый грузъ былъ отправленъ раннѣе сданнаго къ перевозкѣ, а то, отправленъ ли спорный грузъ послѣ того, когда указанная для него очередь наступила и, засимъ, по истеченіи скольких дней послѣ сей очереди и льготнаго, установленнаго правилами о срокахъ доставки грузовъ времени (1 параграфъ, отдѣленіе А, пункты 1 и 2, и отдѣленіе Б, пунктъ 1), отправленъ грузъ".

На мой взглядъ, разъясненіе Сената имѣетъ здѣсь слѣдующій смыслъ. Положимъ, что мой грузъ, назначенный къ отправкѣ позднѣе №№ 16 и 17, въ дѣйствительности отъѣхалъ со станціи 3 декабря. И затѣмъ установлено по дѣлу, что грузъ за № 22 былъ пущенъ 22 ноября. Нельзя опредѣлить количество просроченныхъ сутокъ, подлежащихъ оплатѣ, вычисляя сколько дней прошло между 22 ноября и 3 декабря. Или (беру примѣръ изъ того же дѣла за № 16): если по накладной № 3569 грузъ отправленъ 7 сентября, а по однородной накладной № 3577—6 сентября, то нельзя безъ дальнѣйшаго анализа сказать, что имѣется просрочка на одинъ сутки. Нѣтъ, требуется подробное изслѣдованіе.

Допустимъ, что мой грузъ принятъ съ обожданіемъ въ складѣ, при чемъ помѣчено, что онъ будетъ отправленъ послѣ №№ 16 и 17. Между тѣмъ обнаружено, что № 22 пошелъ раньше моего груза на одни (или болѣе) сутокъ.

Какъ вычислить размѣръ вознагражденія, мнѣ слѣдующаго въ силу ст. 101 уст.? Надобно поставить на мѣсто № 22 тотъ нумеръ, который былъ вытѣсненъ со своей очереди этимъ послѣднимъ и, перемѣстивъ въ порядкѣ постепенности всѣ отправленные до моего нумера, установить, на какія сутки пришелся бы мой нумеръ, будь вмѣсто № 22 отправленъ очередной [1]).

Наиболѣе для желѣзной дороги благопріятный случай нарушенія очереди („безнаказанный") произойдетъ тогда, если № 22 выходитъ вмѣсто № 17,—всѣ же прочія очереди соблюдаются ненарушенными. Тогда по отношенію къ грузоотправителю за № 18 никакого правонарушенія не будетъ,

[1]) См. Рабиновичъ, Теорія и практика жел.-дор. права, 1898 г., стр. 84.

если только опозданія (minimum—на сутки) вслѣдствіе подмѣны очереди въ нагрузкѣ № 18—не случилось.

Теперь допустимъ, что № 22 вставленъ между очередными грузами. Здѣсь опять-таки поводъ для примѣненія ст. 101 обнаружится только тогда, если результатомъ указаннаго факта явится опозданіе къ отправкѣ № 18 не менѣе, какъ на сутки. И наоборотъ, никакого деликта не окажется на лицо, будь опозданіе менѣе сутокъ.

Руководясь изложенными соображеніями, слѣдуетъ оперировать съ фактическими данными, чтобы установить, было или нѣтъ слѣдствіемъ нарушенія очереди опозданіе спорнаго груза на сутки. Поэтому, когда представлена къ дѣлу накладная за № 22, по которой отправленъ грузъ ранѣе, чѣмъ по № 18, по крайней мѣрѣ, на однѣ сутки, можно признать дорогу отвѣтственной по ст. 101 въ такомъ, напр., случаѣ: № 18 пошелъ первымъ 4 апрѣля, между тѣмъ какъ 17-ый отправился послѣднимъ 3-го, значитъ, не будь задержки въ силу нарушенія очередей вторженіемъ № 22, № 18 не остался бы лежать лишнія сутки на станціи (предполагая, что нагрузка № 18-го занимаетъ столько же времени, какъ и № 22-го). Или, положимъ, на нагрузку № 22 пошли цѣлыя сутки, какъ это видно изъ станціонныхъ книгъ (или свидѣтельскихъ показаній),—онъ одинъ затянулъ своимъ вторженіемъ въ кругъ раннихъ очередей срокъ отправки № 18 на сутки. Затѣмъ, если на основаніи тѣхъ же станціонныхъ книгъ или иныхъ источниковъ удалось бы установить средній процентъ отправляемаго ежедневно количество грузовъ и затѣмъ оказалось бы, что раньше своей очереди пущенными нумерами весь этотъ рабочій день исчерпанъ, тогда опять-таки получилась возможность признать опозданіе спорнаго груза на сутки въ результатѣ допущеннаго желѣзной дорогой нарушенія очередей. И т. д. Чтобы намѣтить разныя здѣсь комбинаціи, надобно лучше знать техническую сторону дѣла, чѣмъ это доступно теоретику-юристу.

Рѣшеніе Сената за № 11 (1902 г.) разбираетъ другой вопросъ, относящійся къ тому же предмету. Сенатъ самъ формулируетъ свою тему такимъ образомъ: „обязанъ ли истецъ, предъявляющій къ желѣзной дорогѣ искъ о возна-

гражденіи за нарушеніе очереди отправки груза по 101 ст. XII т. 1 ч. уст. жел. дор., доказать, что въ моментъ нарушенія этой очереди онъ былъ уже хозяиномъ этого груза"? — и находитъ, что правильное разрѣшеніе вопроса стоитъ въ зависимости отъ другой проблемы: „нарушеніе очереди отправки груза вытекаетъ ли изъ договора перевозки, или же оно составляетъ недозволенное дѣяніе, совершаемое желѣзной дорогою, вопреки предписаннымъ уставомъ желѣзныхъ дорогъ правиламъ, до заключенія договора?" Если нарушеніе очереди есть деликтъ sui generis, предшествующій договору [1]), то право на штрафъ по ст. 101 принадлежитъ только первоначальному контрагенту желѣзной дороги, и дубликатъ, передавая держателю права по перевозкѣ, не сообщаетъ тѣхъ правомочій, которыя уже пріурочены къ личности первоначальнаго грузохозяина, какъ пріобрѣтенныя имъ до заключенія съ желѣзной дорогой сдѣлки. Но такъ какъ грузоотправитель можетъ передать дубликатъ накладной грузополучателю и до нарушенія очереди отправки груза, то вслѣдствіе такой передачи... въ права отправителя вступаетъ держатель дубликата, какъ грузохозяинъ, и, въ качествѣ такового, онъ можетъ уже искать вознагражденія за нарушеніе дорогою очереди въ отправкѣ груза". Но обязанъ доказать, что „нарушеніе очереди имѣетъ мѣсто послѣ того, какъ дубликатъ накладной былъ переданъ отправителемъ получателю груза [2]).

---

[1]) А это доказывается Сенатомъ убѣдительными ссылками на исторію изданія закона (ст. 101), на систему расположенія матеріала въ уставѣ и на др. статьи дѣйствующаго желѣзно-дорожнаго права. Такъ же Рабиновичъ, Теорія и практика желѣзно-дорожнаго права, 1898 г., стр. 81.

[2]) Однако это совершенно правильная, впрочемъ, интерпретація едва-ли въ состояніи сослужить „боевую" службу въ борьбѣ со скупщиками накладныхъ, такъ какъ по всей вѣроятности первоначальные владѣльцы будутъ передавать послѣднимъ вмѣстѣ съ накладной и свои права на искъ по ст. 101 Общ. Уст.