

Проф. М. Т. ЯБЛОЧКОВЪ.

„Бремя утверждениа“

(onus proferendi)

въ гражданскомъ процессѣ.

1933

Из книг
Сергея Наумовича
А Б Р А М О В А

ПЕТРОГРАДЪ.

Типографія Бр. В. и И. Линникъ, Невскій пр., 126/2.

1916.

Nihil interest ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur. (L. 112 D. 50 17).

I.

Господствующая научная доктрина, исходя изъ принципа состязательности, лежащаго въ основѣ гражданскаго процесса, учить, что:

1) судья не смѣетъ обогащать фактическій процессуальный матеріалъ, полагаемый въ основу судебнаго рѣшенія. Судъ самъ отъ себя (помимо „данныхъ опыта“, ноторныхъ фактовъ, презумпцій) не вводитъ въ процессъ фактическихъ данныхъ. Фактическія обстоятельства путемъ утверждений должны быть вносимы въ процессъ сторонами (бремя утверждения, *Behauptungslast, onus proferendi*).

2) Судъ не смѣетъ самъ вносить какія-либо основанія своего убѣжденія для провѣрки истинности (внесенныхъ сторонами) утверждений. Доказательства должны быть представляемы сторонами (бремя доказыванія, *Beweislast, onus probandi*), а не судомъ ¹⁾.

Судъ, по выраженію V. Canstein (*Rationelle Grundl.*, 196) не смѣетъ „das Tat- und Beweismaterial zu eruiiren, zu sammeln und zu untersuchen“. ²⁾

Содержаніе, границы и взаимное отношеніе этихъ двухъ

¹⁾ Такова традиціонная, сложившаяся доктрина. Ср. В. Betzinger. „Die Beweislast im Zivilprozess. Ein Handbuch für die Praxis. Berlin 1910, стр. 42.

²⁾ R. Pollak. Zur Lehre von der Stoffsammlung. Wien. 1901, стр. 16.: „Die Sammlung der Tatsachenbehauptung obliegt der Partei“. A. Wach. Vorträge, 204: „Der Richter empfängt den Urteilsstoff von den Parteien durch ihre Behauptungen und Beweisantretungen“.

опега: *onus proferendi* и *onus probandi*, лежащих на сторонах процесса, весьма спорны въ научной юриспруденціи.

Представители научной доктрины въ общемъ пришли, по видимому, къ соглашенію только по одному пункту: въ понятіе обоихъ опега (*proferendi* и *probandi*) не долженъ вноситься личный субъективный элементъ). Иначе говоря, этотъ „опус“ не долженъ быть понимаемъ, какъ личная обязанность данной стороны (*selbsthandelnd*) утверждать и доказывать извѣстный фактъ. Мы не спрашиваемъ, кто долженъ утверждать и доказывать; насъ интересуетъ иной вопросъ: что должно быть утверждаемо и доказано. Суду не важно: кто внесъ въ процессъ данное утвержденіе ²⁾. Также не важно и то—съ чьей стороны и какимъ путемъ было представлено доказательство, если только извѣстный фактъ такъ или иначе установленъ ³⁾.

Такимъ образомъ, судья долженъ положить въ основу своего рѣшенія извѣстное право-важное обстоятельство, независимо отъ того,—какая бы сторона его ни внесла въ процессъ (своимъ утвержденіемъ или доказательствомъ).

Нѣкоторые юристы (*R. Schmidt, Kleinfeller*) на этомъ основаніи сдѣлали тотъ выводъ, что понятіе „*onus proferendi*“ бессодержательно, „ибо, вѣдь, все равно,—какая сторона выставляетъ утвержденіе!“ ⁴⁾. И въ самомъ дѣлѣ, многія западно-европейскія законодательства устанавливаютъ обязанность обѣихъ сторонъ къ представленію всего спорнаго матеріала.

¹⁾ Contra—немногіе юристы: *Birkmeyer, Rosenberg*.

²⁾ *Leonhard. Die Beweislast. Berlin. 1904, стр. 146* сл: „Рѣшающее значеніе имѣетъ результатъ—доказанность, а не его установленіе даннымъ просителемъ“.

³⁾ *Dr. Kuhn. Die Beweislast. Grndrs Abhandl. z. schw. R. 47 Heft (1912), 3.*

⁴⁾ *R. Schmidt. Lehrbuch, § 72, стр. 344.* Наука гражд. процесса не знаетъ такого правила, что каждая сторона должна положительно ссылаться на факты ей благопріятные. Намъ извѣстно распредѣленіе тяжести доказыванія, а не „тяжести утвержденія“ (*Behauptungslast*). Судья можетъ использовать факты, истекающіе изъ словесныхъ разъясненій независимо отъ того, какая сторона ихъ даетъ.—Авторъ полагаетъ, что ученіе о „распредѣленіи тяжести утвержденія“ обязано ошибочному обобщенію случаевъ, когда, въ видѣ исключенія, обязанное лицо для освобожденія себя отъ отвѣтственности должно оспорить сдѣлку, вслѣдствіе заблужденія, насилія, обмана. Мысли *R. Schmidt*-а повторяетъ *Kleinfeller Krit. Viertelj. Bd. 44, стр. 222.*

Такъ напр., § 178 австр. С. Р. О. возлагаетъ на обѣ стороны обязанность показанія всѣхъ существенныхъ фактическихъ обстоятельствъ (Tatsachenstoff), независимо отъ того, — кому они выгодны или не выгодны ¹⁾. Изъ этихъ показаній выясняются утвержденія совпадающія (=суд. признанія) и не совпадающія (=споръ), по которымъ открывается повѣрка доказательствъ.

Ученіе R. Schmidt опровергаютъ Leonhard (Beweislast 191) и Kuhn (Beweislast, 3), указывая на то, что, рассуждая такъ, какъ Schmidt, мы должны были бы отрицать всю проблему и объ „opus probandi“. На самомъ же дѣлѣ, оба „опуса“ относятся не до вопроса: кто утверждаетъ и доказываетъ (съ правовой силой), а—какія послѣдствія наступаютъ, если что-либо не установлено; иначе говоря, важенъ вопросъ—на какую сторону падутъ неблагоприятныя послѣдствія невыясненности извѣстныхъ обстоятельствъ ²⁾ ³⁾.

¹⁾ R. Pollak. System der öster. ZPR. (1903) I, 411. Австрійскій У.Г.С. обеспечиваетъ это: 1) взаимнымъ контролемъ сторонъ, 2) правомъ разсирова суда, 3) угрозой возложенія уплаты судебныхъ издержекъ.

²⁾ Leonhard, ук. с. 150: „Практическая задача, лежащая на сторонѣ, заключается въ томъ, что она въ случаѣ нужды должна сама доказать: именно, въ случаѣ, если никто другой не докажетъ“.

³⁾ Остроумное построеніе даетъ L. Rosenberg. Zur Lehre vom sog. qualifizierten Geständnis. Arch. f. civ. Praxis, Bd. 94 (1903), стр. 6 сл. Онъ различаетъ „тяжесть установленія“ (Feststellungslast), и „тяжесть доказыванія“ (Beweislast). Авторъ указываетъ что все равно, кто собираетъ матеріалъ для судейскаго убѣжденія, судъ или стороны. Для необходимости положительнаго установленія предпосылокъ примѣняемой правовой нормы и невыгодныхъ послѣдствій, связанныхъ съ ихъ установленіемъ,—авторъ выставляетъ особое широкое понятіе „Feststellungslast“. Это—не въ смыслѣ опуса къ какому-либо дѣйствію, а въ смыслѣ извѣстнаго страданія, терпѣнія, подчиненія (Leiden. Not, Beschwer). Даже и при сѣдственномъ принципѣ стороны отягощены опасностью (Not) быть побѣжденными, если истинность извѣстнаго утвержденія не можетъ быть установлена (судомъ). Это есть „Last der Nichtfeststellbarkeit“ извѣстнаго утвержденія. Напр., касательно утвержденія нормы иностраннаго права, обычнаго права и т. п. дѣйствуетъ не „Beweislast“, а „Feststellungslast“. — Иное—„Beweislast“. Это есть задача сторонъ представить собственной дѣятельностью суду доказательство истинности утвержденія (составляющаго содержаніе „бремени установленія“).—Построеніе Rosenberg'a не встрѣтило сочувствія въ литературѣ.—Ср. Betzinger, ук. с. 82: Слово „opus“ въ гражданскомъ процессѣ есть техническій терминъ, понимающій бремя не въ смыслѣ тяжести хлопотъ, безпокойства по утвержденію или собиранію доказательствъ, а—въ иномъ смыслѣ: именно, въ смыслѣ опасности неудачи въ дѣлѣ установленія даннаго право-важнаго обстоятельства.

Въ научной юриспруденціи на почвѣ этой контраверзы возникло своеобразное ученіе о самостоятельномъ (независимомъ отъ тяжести доказыванія) институтѣ—тяжести утвержденія (*Behauptungspflicht*) ¹⁾ Это „бремя“ при извѣстныхъ условіяхъ не менѣе обременительно и чувствительно, чѣмъ „тяжесть доказыванія“ (*onus probandi*). Оно напр., часто связано съ такими моральными затрудненіями, что лишь подъ вліяніемъ принужденія (напр., разспроса) оно выполняется стороною. Часто оно не выполняется или по невѣжеству или по недоразумѣнію. А между тѣмъ, иногда одно утвержденіе рѣшаетъ все дѣло, и его упущеніе имѣетъ роковое значеніе. (Это имѣетъ мѣсто, напр., въ тѣхъ случаяхъ, когда соотв. обстоятельство уже доказывается самой обстановкой дѣла) ²⁾.

Если самостоятельное значеніе утвержденій иногда игнорируется, это обязано тому, что не всегда эти утвержденія выставляются въ положительной формѣ. Многое утверждается молчаливо. Напр., притязаніе изъ какой-либо сдѣлки всегда хранить въ себѣ утвержденіе, что на-лицо всѣмъ ея предположенія. Но если противникъ (напр., отвѣтчикъ) положительно поднимаетъ вопросъ по этимъ пунктамъ, тѣмъ самымъ онъ вызываетъ истца къ выставленію положительныхъ утвержденій ³⁾.

Тѣмъ самымъ расширяется область положительныхъ утвержденій истца (*Leonhard*, 102); но здѣсь, конечно, нѣтъ измѣненія „бремени утвержденія“ (*Leonhard*, 223), въ указанномъ выше смыслѣ.

Итакъ, изложенное ученіе признаетъ за утвержденіями самостоятельное значеніе, объявляя тяжесть утвер-

¹⁾ *Endemann*, Lehrbuch des bürgerl. Rechts I (8 Aufl.), § 87, с., стр. 481 сл. кажется, первый окрестилъ это понятіе именемъ „*Behauptungslast*“.

²⁾ *Leonhard*, ук. с. 192. Напр., искъ къ посѣтителю театра, обѣ уплатѣ входной платы или покупателю на базарѣ. *Onus probandi* уплаты лежитъ здѣсь на отвѣтчикѣ, но достаточно его одного утвержденія уплаты, чтобы истецъ проигралъ дѣло. Въ случаѣ его молчанія, исходъ дѣла можетъ быть инымъ.—Ср. *Gautschi*, Beweislast und Beweiswürdigung. Zürich. 1913, стр. 101: „Если обѣ стороны имѣютъ свѣдѣнія о фактахъ, то заслуживаютъ большаго довѣрія тѣ показанія, которыя наиболѣе детальны“.

³⁾ *Leonhard*, ук. с. 223, называетъ это „*Anregungslast*“ отвѣтника, т. е. провакація его къ замѣнѣ молчаливыхъ утвержденій положительными.

жденіи особымъ „onus“, на ряду съ „тяжестью доказыванія“ (onus probandi). Оба „онуса“ могутъ и не совпадать другъ съ другомъ. Одинъ onus можетъ лежать на одной сторонѣ, а другой onus на другой сторонѣ процесса.

Господствующая доктрина, однако, вполне правильно смотритъ на этотъ вопросъ иначе.

Правда,—говоритъ она,—не судъ, а стороны несутъ тяжесть введенія въ процессъ фактического матеріала. Правда и то, что для судьи въ большинствѣ случаевъ не важно, кто внесъ въ процессъ данное утвержденіе и кто его доказалъ.

Но если поднимается вопросъ: кто несетъ неблагоприятныя послѣдствія отсутствующаго утвержденія, то мы должны настаивать на томъ, что утверждать должна сторона всѣхъ факты, которые необходимы для обоснованія ея правового требованія (иска или возраженія). Но это—какъ разъ—тѣ же самые факты, по которымъ она несетъ тяжесть доказыванія! ¹⁾

Оба понятія въ своемъ объемѣ вполне совпадаютъ. Иначе говоря, onus probandi лежитъ на той сторонѣ, которая должна для обоснованія своего требованія утверждать соответствующіе право-важные факты. И—замѣтимъ это—важно не то, что фактически утверждается данной стороной, а то, что именно она должна утверждать для обоснованія своего требованія! ²⁾

„Die Beweispflicht fällt mit der Behauptungspflicht zusammen!“ ³⁾

Но, конечно, фактически сторона должна доказывать не все, что она утверждаетъ, а лишь то, что оспаривается противникомъ.

¹⁾ Ср. ст. 8 Швейц. Гражд. Улож. (1907 г.): „Поскольку законъ не постановляетъ иного, наличность утверждаемаго обстоятельства долженъ доказать тотъ, кто изъ него выводитъ свое право“.

²⁾ Dr. H. Kuhn, ук. с. 24. Ср. A. Knieriem, Behauptungspflicht und Beweislast... Berlin. 1896, стр. 2.

³⁾ Knieriem, ук. с. 2; Unger, System des österr. Privatr. Bd. II стр. 450; „Beweispflicht die Behauptungspflicht bestimmt“. Windscheid Band. I, 133, n° 4: „Die Beweispflicht sich nach der Behauptungspflicht richtet“. L. Rosenberg, Zur Lehre vom sog. qualif. Geständniss. Arch. Praxis. Bd. 94, 48: „Denn die Beweislast folgt ausnahmslos der Behauptungslast“. Таково же учение: Reinhold, Betzinger, Hedemann, Kress, Crome, Fitting, A. Wach и др.

И, такимъ образомъ, взаимное отношеніе „onus proferendi“ и „onus probandi“ опредѣляется такъ. Стороны должны утверждать то, что служитъ къ обоснованію ихъ требованій или возраженій, и—эвентуально—въ случаѣ спора—доказывать свои утвержденія ¹⁾.

На первомъ планѣ стоитъ тяжесть утвержденія и на второмъ лишь планѣ—и тяжесть доказыванія.

Изложенное выше ученіе, могущее считаться въ научной доктринѣ господствующимъ, находитъ себѣ опору въ тѣхъ нормахъ западно-европейскихъ процессуальныхъ кодексовъ (о русскомъ Уставѣ Гражд. Судопроизв. рѣчь будетъ идти ниже), которыя регулируютъ порядокъ и содержаніе судейской дѣятельности по собиранію процессуальнаго матеріала. Такъ, германскій, австрійскій, венгерскій процессуальные кодексы вообще процессуальнымъ матеріаломъ, кладущимся въ основу судебного рѣшенія, выставляютъ фактическія утвержденія (tatsächliche Behauptungen) сторонъ, повѣренныя судомъ въ ихъ истинности.

Такъ, § 286 D. C. P. O. гласитъ:

„Судъ долженъ, принимая въ соображеніе все содержаніе состязанія и результаты повѣрки доказательствъ, рѣшить по свободному убѣжденію, должно ли почитаться за истинное то или иное фактическое утвержденіе“ ²⁾.

Цѣлью разспроса сторонъ судомъ (Fragerecht) германскій законъ выставляетъ, между прочимъ, побужденіе сторонъ высказать необходимыя для разясненія дѣла утвержденія.

§ 139 D. C. P. O.: „Предсѣдатель долженъ путемъ разспросовъ добиваться того, чтобы вообще

¹⁾ Н. Килл, ук. с. 5 даетъ такое опредѣленіе Beweislast: „die durch Behauptung, nötigenfalls—Beweis bestimmter Tatsachen abwendbare Gefahr des Unterliegens“.

²⁾ Этотъ § редактированъ очень неудачно, ибо требуетъ отъ судьи излишняго: не только установленія доказанности или недоказанности факта, но еще и того, что онъ „nicht wahr sei“.

были сдѣланы всѣ заявленія, важныя для установленія фактическаго отношенія“.

Каждая сторона обязана высказаться по поводу утвержденія противника (§ 138 D. C. P. O.). Предметомъ судебного признанія являются утверждаемыя стороной обстоятельства (§ 238 D. C. P. O.), т. е. признание есть согласное утвержденіе сторонъ объ известномъ обстоятельстве¹⁾.

Тѣ же нормы мы находимъ и въ австрійскомъ (§§ 178, 182, 184, 266) и венгерскомъ (1911 г.) процессуальныхъ кодексахъ.

Повсюду и вездѣ утвержденіе (*Behauptung*) ставится, какъ первичная форма дѣятельности сторонъ въ гражданскомъ процессѣ. Это „утвержденіе“ оспаривается, доказывается, признается. Это „утвержденіе“ есть та форма, путемъ коей вносятся сторонами въ процессъ фактическія обстоятельства, кладущіяся судьей въ основу судебного рѣшенія.

Утвержденія сторонъ даютъ главный матеріалъ для судейской дѣятельности. Судъ принимаетъ въ соображеніе утвержденія сторонъ, ихъ онъ ожидаетъ отъ тяжущихся, по нимъ открываетъ повѣрку доказательствъ, по нимъ распределяетъ „*onus probandi*“, въ случаѣ упущенія приведенія этого утвержденія заинтересованной стороной.

II.

Изложенная нами доктрина выставляетъ тяжесть утвержденія первичной и главной, а тяжесть доказыванія—вторичной и эвентуальной обязанностью сторонъ въ процессѣ.

Но судебная практика съ ея богатымъ разнообразіемъ, прихотливыми, какъ въ калейдоскопѣ, узорами склада процессуальнаго матеріала, верѣдко имѣетъ дѣло съ инымъ взаимнымъ отношеніемъ утвержденій и доказыванія.

¹⁾ Arg. a contrario нѣмецкая доктрина находитъ и въ § 622 D. C. P. O.: „Въ цѣляхъ сохраненія брака судья въ правѣ принять въ соображеніе факты, которые не приведены сторонами“ Отсюда слѣдуетъ противоположное общее правило.

То утверждение остается безъ доказыванія, то доказываніе предшествуетъ утвержденію, то готовая доказанность извѣстнаго факта и вовсе остается безъ соотвѣтствующаго утвержденія заинтересованной стороны.

Иногда судъ наталкивается на судебное признаніе, т. е. сознаніе невыгоднаго для стороны обстоятельства дѣла, но —оказывается, что противникъ не выставлялъ ни соотвѣтствующаго утвержденія, ни соотвѣтствующаго подтвержденія. Здѣсь—опять проблема, возбуждающая много споровъ въ научной юриспруденціи ¹⁾.

Цѣль дальнѣйшаго изложенія—исслѣдованіе спеціальнаго вопроса о роли и судьбѣ доказательства (вѣрнѣе: установленнаго на судѣ обстоятельства), родившагося и такъ и оставшагося безъ обосновывающаго его утвержденія стороны.

Это есть проблема о значеніи доказанныхъ, но не утверждаемыхъ сторонами фактахъ ²⁾.

Предположимъ, что истецъ утверждаетъ: я далъ взаймы наследодателю отвѣтчика 400 рублей. Отвѣтчикъ оспариваетъ это. Допрошенные свидѣтели показываютъ: 400 рублей были даны наследодателю, но не взаймы; они были довѣренны ему для уплаты третьему лицу долга истца, чего, какъ имъ извѣстно, наследодатель отвѣтчика не исполнилъ.

Здѣсь повѣркой доказательствъ установлено то, что благопріятно въ конечномъ результатѣ истцу, но что имъ не утверждалось ³⁾.

Въ виду такого показанія, истецъ, конечно, можетъ подтвердить: да, дѣло обстояло такъ, какъ это рассказали свидѣтели. И тогда судья (оставляемъ въ сторонѣ

¹⁾ Объ этомъ вопросѣ мы подробно трактовали въ особой работѣ и къ нему здѣсь вновь возвращаться не будемъ. См. нашу статью: „Матеріальные признаки понятія судебного признанія“. Ж. М. Ю. 1915, № 3).

²⁾ Н. Meyer. Berücksichtigung von bewiesenen aber nicht behaupteten Tatsachen. Zeit. f. d. Zp. XXVIII, Н. 3 (1901), стр. 254 сл.

³⁾ Этотъ случай надо отличать отъ того, когда свидѣтели показываютъ не по тому вопросу, ради котораго они вызваны, а по инымъ обстоятельствамъ дѣла, и, именно, тѣмъ, которыя утверждались той или иной стороной. Ихъ показанія безспорно подлежатъ уваженію суда. Pagenstecher. Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft. § 20. стр. 165; Н. Bayer. Entscheidungsgrundlagen. Graz. 1911, стр. 83.

вопросъ объ измѣненіи основанія иска долженъ обсудить—доказано ли это новое утвержденіе истца.

Но какъ долженъ поступить судья, если истецъ настаиваетъ на своемъ прежнемъ утвержденіи: „Я далъ взаймы 400 рублей“?

Часть германской и австрійской доктрины рѣшаетъ: истцу въ такомъ случаѣ должно быть отказано въ искѣ.

Было бы крупной процессуальной ошибкой—говорить она—если бы судъ разсудилъ такъ: „Повѣрка доказательствъ ясно показала, какъ обстоитъ дѣло, а потому меня не интересуютъ утвержденія сторонъ. Доказанный ходъ событій оправдываетъ требованія истца“. На самомъ дѣлѣ, истецъ долженъ былъ или изначала выставить надлежащее утвержденіе или позднеѣ, въ согласіи съ показаніями свидѣтелей,—выставить соответствующее подтвержденіе (приспособивъ его къ результату повѣрки доказательствъ) ¹⁾.

Такимъ образомъ, представленное ученіе представляетъ такое положеніе:

если въ теченіе процессуальнаго состязанія свидѣтели дадутъ показанія, которыя до этого не выдвигались самими сторонами, то судья не имѣетъ права принимать въ уваженіе эти показанія,—развѣ только заинтересованная сторона не выставитъ соответствующія утвержденія, въ согласіи съ показаніями этихъ свидѣтелей.

Это положеніе извѣстнымъ научнымъ направленіемъ почитается происходящимъ изъ общаго принципа состязательности.

Такъ, *A. Wach* (*Vorträge*, 200) настаиваетъ на томъ, что „судья получаетъ матеріалъ для суд. рѣшенія только отъ сторонъ, въ виду исходящихъ отъ нихъ утвержденій и доказательствъ“ ²⁾ *Leonhard* (*Die Beweislast*, 193) говоритъ:

¹⁾ *Skedl.* Oesterr. ZPR. § 3, стр. 15, стр. 15, прим. 27; *I. Trutten.* Oesterr. ZPR. § 47, стр. 158. *Fr. Stein.* Das private Wissen des Richters, стр. 89, 164: „Hauptsachen“ сторона должна положительно утверждать, „ибо ей надлежитъ объявить, притязаетъ ли она на ихъ правовое дѣйствіе“ („ob sie sich die Tatsache aneignen wolle“). Въ этомъ же смыслѣ *R. G.* Bd. X, стр. 425.

²⁾ „Die Parteien dem Richter die Beweisthema in ihren Behauptungen liefern“ (201). „Das Urteil ist und kann nur sein die Beurteilung des von den Parteien unterbreiteten Behauptungs- und Beweisstoffes“ (204). „Dem Richter sind beweisbedürftig die wesentlichen tatsächlichen Parteibehauptungen“ (203).

„Если известное обстоятельство установлено через повѣрку доказательствъ, напр. свидѣтель удостовѣрить новыя обстоятельства, говорящія въ пользу отвѣтника, и если истецъ уклоняется отъ ихъ принятія (*weigert sich sie sich anzueignen*), они не могутъ быть уважены при отсутствіи соответствующаго утвержденія. И иное ученіе находилось бы въ явномъ противорѣчій съ принципомъ состязательности и его практическими основами. Вѣдь, можетъ быть, стороны намѣренно не выставляли этихъ фактовъ; и можетъ быть, что показаніе свидѣтелей прогнорѣчить согласному показанію самихъ сторонъ. Нельзя же имъ навязать показаніе третьяго лица?“¹⁾

Въ русской литературѣ тѣ же идеи, съ точки зрѣнія принциповъ состязательности, защищаются А. Х. Гольмстенъ [Юридич. изслѣдованія и статьи, 1894 г., стр. 405, 420²⁾ 447, 453].

Почетный ученый ссылается на положеніе:

„*Iudex judicare debet secundum allegata et probata non secundum cōscientiam*“. „Это значить, что судья основываетъ свое рѣшеніе только на данныхъ, на которыя ссылаются стороны, т. е. судья не можетъ рѣшать дѣло, основываясь на такихъ данныхъ, которыя ему самому известны и на которыя стороны не ссылались“ (стр. 420)²⁾ „Предѣлы рѣшенія суда опредѣляются состязаніемъ сторонъ, т. е. тѣми обстоятельствами, которыя приводятся сторонами“ (405).

Сущность состязательности и выражается въ томъ, что „судья рѣшаетъ дѣло на основаніи фактовъ, только заявленныхъ сторонами“ (447).

Отсюда — и дальнѣйшіе выводы. „Коль скоро разъ признано, что судъ не собираетъ фактовъ, обосновывающихъ требованія сторонъ и коль скоро это примѣнено къ истцу,

¹⁾ Однако, далѣе авторъ оговаривается, что удостовѣренные факты могутъ быть восприняты сторонами и молчаливо. Если при повѣркѣ доказательствъ заговорили объ известномъ обстоятельстве, то сторона, которой это обстоятельство полезно, не преминетъ использовать его своимъ утвержденіемъ, — часто молчаливымъ. „Вообще утвержденія часто слѣдуютъ молчаливо“.

²⁾ А. Х. Гольмстенъ, 420, для иллюстраціи своей мысли говорить только о томъ, что „собственныя свѣдѣнія судьи, добытыя помимо заявленій сторонъ, не могутъ быть основою рѣшенія“. Но мысль автора болѣе широка. Очевидно, судья не можетъ считаться и съ свѣдѣніями, почерпнутыми имъ изъ процесса, помимо указаній тяжущихся.

то для поддержанія равенства сторонъ слѣдуетъ примѣнить это и къ отвѣтчику“ (419). „Отвѣтчикъ защищаетъ свое частное право. Присущія этому праву черты, конечно, отражаются и на дѣятельности отвѣтчика, направленной къ защитѣ [этого права.... Хочетъ отвѣтчикъ воспользоваться своимъ правомъ или нѣтъ,—это его дѣло... Интересы отвѣтчика страдаютъ отъ принужденія къ возраженію. — Вѣдь, онъ не предъявлялъ возраженій, слѣдовательно, имѣетъ же какія нибудь основанія, а какія онъ имѣетъ основанія — до этого дѣла никому нѣтъ“ (стр. 407).

Всѣ эти разсужденія г. Гольмстена весьма близки къ доктринѣ, представленной выше въ лицѣ A. Wach и др.

Иное научное обоснованіе этому ученію даетъ B. Betzinger. (Die Beweislast im Zivilprozess (3 Aufl.), Berlin, 1910, стр. 20, 150) Устанавливая правила распредѣленія тяжести доказыванія между сторонами (авторъ-ярый защитникъ „теоріи нормъ“), авторъ указываетъ на взаимное отношеніе отдѣльных правовыхъ нормъ, содержащихся въ кодексѣ, и, между прочимъ—на отношеніе нормы-правила (Regelnorm) къ противонормѣ (Gegennorm). — „Правило“ есть норма рождающая притязаніе (и минимумъ ея фактическихъ предпосылокъ — „Mindest-Tatbestand“—долженъ быть доказанъ тѣмъ тяжущимся, который на нее ссылается), а „противонорма“ („Anspruchvernichtende Norm“), 1)-хъ, содержитъ въ своемъ составѣ всѣ или нѣкоторыя предпосылки нормы-правила, но къ нимъ прибавляетъ какой-либо новый специализирующий элементъ, совмѣстимый съ составомъ „правила“, и 2)-хъ, въ ея правовомъ эффектѣ она противопоставляется дѣйствію „правила“¹⁾. Касательно *onus probandi*, „противонорма“ представляется, сравнительно съ „правиломъ“, какъ самостоятельная норма. Кто на нее ссылается, долженъ утверждать и доказать ея предпосылки.

Тѣ „противонормы“, правовой эффектъ коихъ наступаетъ лишь тогда, когда, кромѣ иныхъ фактическихъ предпосылокъ, на лицо должно быть соответствующее воле-

¹⁾ Такимъ образомъ, „противонорма“ есть исключеніе изъ „нормы-правила“. Напр., правило: продавецъ отвѣчаетъ за недостатки вещи. Противонорма: продавецъ не отвѣчаетъ за недостатки вещи, извѣстныя покупателю.

изъявление лица (материально-правовыя возраженія), суть „требовательныя нормы“ (Antragsnormen). (Ср. деликты частнаго обвиненія въ уголовномъ правѣ). Напр. — ссылка на давность. Всѣ самостоятельныя права, осуществляемыя въ видѣ возраженій (напр., право найма въ виндикаціонномъ процессѣ), суть „Antragsnormen“, — въ противоположность тѣмъ нормамъ, которыя устанавливають отрицаніе исковаго притязанія въ его существѣ, напр. исполненіе, прощеніе долга, отсрочка долга, сила суд. рѣшенія.

Эти послѣднія нормы примѣняются и не по требованію стороны; разъ установлены (признаніемъ, доказательствомъ) ихъ объективныя признаки, не надо еще положительной ссылки на нихъ заинтересованнаго лица.

Факты *error*, *dolus*, *metus* составляютъ предпосылки противонормы — „Antragsnorm“. Поэтому, недостаточно, чтобы эти предпосылки были установлены и даже доказаны заинтересованной стороной: они должны быть еще черезъ соотвѣтствующее заявленіе использованы ею (*geltend gemacht*), какъ поводъ къ расторженію сдѣлки¹⁾. Иначе, судъ съ ними не считается *ex officio*.

Таково ученіе Betzinger'a. И онъ, какъ видимъ, въ общемъ и цѣломъ (впрочемъ, — съ нѣкоторыми ограниченіями) стоитъ на почвѣ „теоріи утвержденія“. Но обосновываетъ ее не съ точки зрѣнія принципа состязательности а съ точки зрѣнія общихъ ученій о системѣ, внутренней связи и логическомъ взаимоотношеніи правовыхъ нормъ въ материально-гражданскомъ кодексѣ.

Несмотря на то, что наложенное ученіе покоится на весьма солидномъ фундаментѣ, ибо покоится на принципѣ состязательности, господствующемъ въ области гражданского процесса, однако, и въ западно-европейской литературѣ мы видимъ ему сильную оппозицію.

¹⁾ Наоборотъ, нѣтъ никакой „противонормы“ (Antragsnorm) въ утвержденіи, что я подписалъ документъ такъ, что „кредиторъ“ силой водилъ моею рукою по бумагѣ. Эта „*vis absoluta*“ отрицаетъ основаніе иска, которое предполагаетъ проявленіе воли (хотя бы — опорооченной).

Такъ, Н. Meyer (ук. с. 256 сл.) въ общемъ согласенъ съ этимъ ученіемъ, какъ съ принципомъ. Но онъ вноситъ сюда существенную поправку. Свидѣтели — говорить онъ — часто даютъ весьма точныя, детальныя показанія; они описываютъ кучу подробностей, побочныхъ обстоятельствъ, которыя весьма важны для оцѣнки главнаго предмета доказыванія. И вотъ, развѣ сторона должна подтверждать всѣ эти детали въ показаніяхъ свидѣтелей и иначе судъ не можетъ съ ними считаться?

Толковый допросъ свидѣтеля не ограничивается узкой темой, строго очерченной утвержденіями, стороны. Нѣтъ! Судья долженъ предоставить свидѣтелю рассказать ему все, что ему извѣстно по дѣлу.

Примѣръ. Истецъ г. X утверждаетъ: отвѣтчикъ обѣщаль истцу до свадьбы 1000 марокъ, если онъ женится на его—отвѣтчика—дочери. При этомъ онъ ссылагается на свидѣтелей А, В, С... Но вотъ, ни одинъ свидѣтель не удостовѣрилъ положительно того, что отвѣтчикъ обѣщаль (въ ихъ присутствіи) своему будущему зятю 1000 марокъ. Но въ совокупности ихъ показанія даютъ высшую степень вѣроятности, что спорное обѣщаніе дѣйствительно имѣло мѣсто.

Такъ, свидѣтель А показываетъ: еще раньше отвѣтчикъ предлагалъ свою дочь въ жены ему—свидѣтелю — и ему обѣщаль 1000 марокъ при условіи брака.

Свидѣтель В:—отвѣтчикъ выражалъ ему свое сожалѣніе что г. X не хочетъ дѣлать предложенія его дочери, хотя онъ готовъ подарить ему 1000 марокъ и болѣе.

Свидѣтель С:—отвѣтчикъ занялъ у него 1000 марокъ для уплаты своего долга зятю.

И т. д., и т. д. Всѣ эти показанія — каждое въ отдѣльности—не удостовѣряютъ утвержденія истца: „отвѣтчикъ—тестъ обѣщаль ему уплатить 1000 марокъ“. Но даютъ ли они суду достаточной матеріалъ для того, чтобы считать утвержденіе истца доказаннымъ? Да! И истецъ можетъ выиграть процессъ.

Такимъ образомъ, Н. Meyer (ук. с. 260) даетъ такую формулу: факты, нужны для доказательнаго обоснованія акта нападенія или защиты, могутъ быть уважены лишь тогда, когда они утверждались сторонами. Недостаточно, если они

истекаютъ лишь въ результатъ повѣрки доказательствъ! Но для оцѣнки доказанности (*Beweiswürdigung*) утверждаемаго факта, обстоятельства дѣла (улики), установленная на судѣ, имѣютъ существенное значеніе, — даже независимо отъ того, утверждались ли они стороной или нѣтъ ¹⁾).

Итакъ, и Меуег въ сущности своими оговорками не измѣняетъ изложенной выше доктринѣ, ибо и онъ предполагаетъ наличность утвержденія стороны, какъ главный предметъ доказыванія, и не требуетъ утвержденій лишь для отдѣльныхъ способовъ воздѣйствія на складъ судейскаго убѣжденія.

Рѣшительно порываютъ съ господствующей доктриной *Martinius* ²⁾, *R. Pollak* ³⁾, *Fr. Stein* ⁴⁾, *Kleinfeller* ⁵⁾.

§ 286 D. C. P. O. предоставляетъ судѣ право свободнаго убѣжденія при оцѣнкѣ правдивости фактическаго утвержденія стороны. Этотъ параграфъ, по замѣчанію *Martinius*'а (ук. с. 152), „заставляетъ пожертвовать матеріальнымъ правомъ Молоху процессуальнаго формализма“.

Въ самомъ дѣлѣ, указанная норма, при ея точномъ примѣненіи, требуетъ отъ судьи, чтобы онъ принималъ въ соображеніе при постановленіи рѣшенія лишь фактическія утвержденія сторонъ.

Отсюда вытекаетъ, что существенныя для дѣла событія, установленныя при повѣркѣ доказательствъ

¹⁾ Въ этомъ же смыслѣ и *R. Pollak*. *System des österr. Zivilprozess.* I, 409. См. еще и послѣдующее примѣчаніе.

²⁾ *Martinius*. *Zur Beweislastfrage*. *Arch. für bürgerl. Recht.* Bd. XXV, H. 1 (1904), стр. 152 сл.

³⁾ *Pollak*. *System*, § 83, стр. 413: судъ принимаетъ въ соображеніе фактическій матеріалъ и безъ сопоставляющихъ утвержденій сторонъ, „wenn er die erhobenen Ansprüche oder rechtsvernichtenden Einreden oder eine Klageleugnung betrifft“. Авторъ, *Zur Lehre von der Stoffsammlung*, 18, обращаетъ вниманіе на то, что германскій C. P. O. говоритъ о „tatsächlichen Behauptung“, а австр. C. P. O. — о „tatsächlichen Angabe“, и на основаніи этого проводитъ различіе между „Behauptung“, которое исходитъ отъ сторонъ и побочныхъ вступщиковъ, и — „Angabe“, исходящее также и отъ свидѣтелей и экспертовъ. — *H. Bayer*, ук. с. 261 называетъ такое различіе „allzu künstlich“.

⁴⁾ *Fr. Stein*. *Das private Wissen des Richters*, стр. 89 сл.

⁵⁾ *Kleinfeller*. *Krit. Viertelj.* Bd. 42, стр. 223.

должны быть оставлены безъ уваженія, если имъ не соотвѣтствуютъ утвержденія стороны.

Примѣръ. Наслѣдникъ-отвѣтчикъ по взысканію покупной платы отрицаетъ заключеніе наслѣдодателемъ купли-продажи. Свидѣтели истца подтверждаютъ куплю-продажу, но въ то же время они удостовѣряютъ, что она была заключена подъ суспензивнымъ условіемъ (напр., брака наслѣдодателя) или срочна (напр., покупная плата должна быть уплачена спустя три года).

Этимъ послѣднимъ возраженіемъ отвѣтчикъ не защищался, а потому—строго говоря—по буквальному смыслу § 286 С. Р. О.,—свидѣтельское показаніе не можетъ итти ему на пользу.

Еще примѣръ. (R. G. Entsch. Bd. XXXIII, стр. 352). Отвѣтчикъ по иску о возмѣщеніи убытковъ, причиненныхъ тѣлеснымъ поврежденіемъ, оспаривалъ самый фактъ преступленія. Свидѣтели показали: фактъ былъ, но отвѣтчикъ дѣйствовалъ въ состояніи необходимой обороны. Отвѣтчикъ этого не утверждалъ, и на основаніи § 286 D. C. Р. О. (несмотря на благопріятный для отвѣтника результатъ повѣрки доказательствъ!) судъ присудилъ отвѣтника къ уплатѣ убытковъ.

[Уголовный судъ при тѣхъ же условіяхъ безъ сомнѣнія оправдалъ бы отвѣтника, пользуясь § 260 Straf. P. O.].

Перечисленнымъ выше нѣмецкимъ юристамъ такого рода рѣшенія кажутся „вопіющими“. Но они не оспариваютъ того, что эти рѣшенія диктуются точнымъ примѣненіемъ § 286 Z. P. O.

„Конечно,—говоритъ Martinus (ук. с. 153),—обычно сторона, которая натолкнется на неожиданно для нея выплывшее въ результатѣ повѣрки доказательствъ ей благопріятное обстоятельство, не преминетъ использовать его для обоснованія своего требованія“¹⁾. Тогда судья будетъ имѣть на лицо утвержденіе стороны, доказанное на судѣ. Это утвержденіе (Behauptung) будетъ не предшествовать повѣркѣ доказательствъ, а слѣдовать за нимъ. Эта

¹⁾ Martinus, ук. с. 155: Если бы это не было такъ, „so würde längst ein Sturm der Entrüstung über die unbequeme Tragweite der Vorschrift des § 286 C. P. O. ausgebrochen sein“ (!).

хронологическая послѣдовательность не важна. съ точки зрѣнія закона.

Но возможно, что тяжущійся этого не сдѣлаетъ. Онъ можетъ при этомъ руководиться опасеніемъ придать свидѣтелямъ извѣстную достовѣрность, и тѣмъ самымъ онъ наполовину все же признавалъ бы наличность спорнаго факта (напр., заключеніе купли-продажи). И тогда буквальный смыслъ § 286 вступаетъ въ свои права: для использованія фактовъ, установленныхъ на судѣ, судъ долженъ имѣть еще изъявленіе о принятіи ихъ (*Verwertungs-Erklärung*) стороной, въ пользу которой они говорятъ.

Такого рода выводъ, по выраженію *Martinus*, „оскорбляетъ правовое чутье самымъ чувствительнымъ образомъ“. Выходъ изъ затрудненія одинъ: устранить законодательнымъ порядкомъ § 286 С. Р. О.¹⁾

„Fort mit dem § 286 С. Р. О.“—лозунгъ современной и практической юриспруденціи въ Германіи²⁾.

Такимъ образомъ, и на почвѣ дѣйствія § 286 С. Р. О. юристы приходятъ къ сознанію, что важно не утвержденіе той или другой стороны, а результатъ повѣрки доказательствъ. Утверждались ли существенныя обстоятельства *in saeu* или нѣтъ—это не важно. Важно лишь то, что они должны были утверждаться для выигрыша дѣла, и что они установлены судомъ. Важно не „утверждаемое“, а „доказанное“ (по убѣжденію суда) существенное обстоятельство.

III.

Выше мы изложили постановку проблемы о юридическомъ значеніи доказанныхъ, но не утверждаемыхъ фактахъ, въ западно-европейской научной доктринѣ. Обратимся

¹⁾ *Martinus*, ук. с. 154, 157. De lege ferenda въ томъ же смыслѣ: *Neumann. Kommentar*, I, § 178 б. Z. P. O., стр. 767, 955.

²⁾ По свидѣтельству *H. Bayer*, *Entscheidungsgrundlagen*, 81: практическая юриспруденція въ Германіи, исходя изъ тенденціи къ достиженію матеріальной правды, склонна такимъ путемъ выясненные факты дѣлать частью процессуальнаго матеріала и основой судебного рѣшенія, и независимо отъ того, обязанъ ли считаться съ ними судъ *ex officio* или нѣтъ.

теперь къ догматическому изслѣдованію нашего устава гражданского судопроизводства и русской судебной практики по тому же вопросу.

Прежде всего, мы должны отмѣтить тотъ фактъ, что русскій уст. гражд. суд. имѣетъ ту особенность, сравнительно съ только что разсмотрѣнными западно-европейскими процессуальными кодексами, что онъ упорно говоритъ не объ „утвержденіяхъ“ сторонъ, какъ процессуальномъ матеріалѣ, который кладется судьей въ основу его рѣшенія (ст. 129, 330, 331, 361 стар. ред., 400, 401, 411, 533, 693, 695, 711), и не объ утвержденіяхъ противника, какъ предметъ показаній и разъясненій другой стороны, а объ „обстоятельствахъ“, на коихъ „основано“ требованіе (искъ или возраженіе) противника (ст. 368, 401).

Ст. 314 уст. гр. суд. „Въ письменномъ объясненіи должно быть выражено положительно: признаетъ ли отвѣчикъ или опровергаетъ требованія истца и тѣ обстоятельства, на коихъ сіи требованія основаны“.

Ст. 335 уст. гр. суд. Судъ можетъ потребовать отъ каждой стороны положительныхъ объясненій касательно „обстоятельствъ или документовъ, на коихъ основано требованіе или возраженіе противной стороны“.

Ст. 366¹ уст. гр. суд. отсылаетъ судъ не къ утвержденіямъ, а къ обстоятельствамъ, существеннымъ для дѣла. [„Если... обстоятельство, подлежащее удостовѣренію, не существенно для дѣла, то судъ устраняетъ такое доказательство“].

Ст. 367 уст. гр. суд. запрещаетъ суду собирать самому доказательства [„Судъ основываетъ рѣшенія исключительно на доказательствахъ, представленныхъ тяжущимися“], но не обстоятельства дѣла.

Ст. 487 п. 2 уст. гр. суд. присягою подтверждаются не утвержденія, а обстоятельства. [„Въ просьбѣ о допущеніи къ присягѣ налагается съ точностью... 2) какія именно дѣйствія или обстоятельства должны быть подтверждены присягою“].

Ст. 440, 442, 444 уст. гр. суд. письменныя доказательства подкрѣпляютъ спорныя обстоятельства дѣла.

Ст. 480 уст. гр. суд. признаніе есть показаніе о

„дѣйствительности такого обстоятельства, которое служить къ утвержденію правъ ея противника“.

[Ср. еще ст. 145¹, 719, 719¹, 1633, ст. 7 прил. къ ст. 1805 устава гр. суд.; ст. 114, п. 2 уст. суд. торг.: предметъ спора являются повсюду обстоятельства, а не утвержденія].

И, соотвѣтственно этому, задача суда заключается вовсе не въ одной только повѣркѣ правильности фактическихъ утвержденій сторонъ, но и въ полномъ учетѣ всего того, что судомъ „удостоверено“ (ср. ст. 512 у. г. с.).

Ст. 129, 695, 706¹ и 711 уст. гр. суд. положительно представляютъ „обстоятельства дѣла“, какъ основу суд. рѣшенія. Такъ, въ силу ст. 711, „рѣшеніе, сверхъ указаннаго въ резолюціи, должно заключать въ себѣ... 2) соображенія суда съ приведеніемъ обстоятельствъ, на которыхъ рѣшеніе основано“. Въ силу ст. 129, „мировой судья, по выслушаніи сторонъ, принимаетъ въ соображеніе всѣ приведенныя по дѣлу обстоятельства“.

Конечно, приведеніе этихъ „обстоятельствъ дѣла“ лежить первымъ дѣломъ на сторонахъ, а это достигается, главнымъ образомъ, въ формѣ выставленія соотвѣтствующихъ утвержденій сторонами ¹⁾. Но глубокая принципиальная разница отличаетъ—и въ весьма выгодномъ отношеніи!—русскій Уст. Гр. Суд. отъ западно-европейскихъ кодексовъ.

Тамъ, какъ мы показали выше, обязанность сторонъ—высказаться по поводу утвержденій противника (§ 138 D. C. P. O.), судебное признаніе есть подтвержденіе утвержденій противника (§ 288 D. C. P. O.), и задача суда—рѣшить, правдиво ли утвержденіе стороны (§ 286 D. C. P. O.).

Согласно русскому уставу гражданского судопроизводства, стороны показываютъ о спорныхъ обстоятельствахъ

¹⁾ Однако, въ противоположность западно-европейскимъ процессуальнымъ кодексамъ, русскій уст. гр. суд. распределяетъ между сторонами не только тяжесть доказыванія (ст. 366), но и тяжесть утвержденій фактическихъ обстоятельствъ. Ст. 330: „Словесное состязаніе тяжущихся заключается въ изложеніи сперва истцомъ, а затѣмъ отвѣтчикомъ, какъ требованій ихъ, такъ и обстоятельствъ и доводовъ, на коихъ сія требованія основаны“. Ст. 330: „Тяжущіеся обязаны привести всѣ обстоятельства, на коихъ основаны ихъ требованія и возраженія“. Ср. ст. 315, 694 у. г. с.—Но это нисколько, конечно, не опровергаетъ сказаннаго въ текстѣ.

дѣла, суд. признаніе и присяга есть подтвержденіе дѣйствительности извѣстныхъ обстоятельствъ, судъ выясняетъ и кладетъ въ основу своего рѣшенія существенныя обстоятельства дѣла.

Такой постановкой судоправленія изъ подъ нашей проблемы выдѣргивается основа состязательнаго процесса, ибо центръ тяжести кладется не въ „состязательности“, въ смыслѣ борьбы „утвержденіями“, а въ объективномъ выясненія судомъ дѣйствительныхъ обстоятельствъ дѣла, т. е. матеріальной истины.

Для иллюстраціи сказаннаго дадимъ одинъ примѣръ. Согласно австрійскому (§ 266) и германскому (§ 288) процессуальнымъ кодексамъ, судебное признаніе есть согласіе на утвержденіе противника, и влечетъ за собою набавленіе послѣдняго отъ представленія соотвѣтствующихъ доказательствъ. [„Die von einer Partei behaupteten Tatsachen bedürfen insoweit keines Beweises als sie... zugestanden sind“]. Значить, какъ бы ни настаивала сторона на какомъ либо невыгодномъ для себя обстоятельствѣ, судебное признаніе не можетъ состояться, разъ таковое обстоятельство не утверждалось противникомъ! [Поистинѣ невыносимое положеніе: сторона при всей своей доброй волѣ, не можетъ сдѣлать признанія, если противникъ почему-либо не дѣлаетъ соотвѣтствующаго утвержденія!].

Согласно опредѣленію русскаго устава гражданскаго судопроизводства (ст. 480), признаніе есть заявленіе стороны „о дѣйствительности такого обстоятельства, которое служить къ утвержденію правъ ея противника“, т. е. признаніе можетъ выступить не только въ формѣ подтверждающаго отвѣта на заявленіе противника, но даже въ формѣ самостоятельнаго заявленія, не скрещивающагося съ утвержденіемъ противника. Въ этихъ случаяхъ признаніе вводитъ въ процессъ новое существенное обстоятельство и проявляетъ присущій ему эффектъ: оно связываетъ и судъ и его автора.

Закову и суду важна истина, кѣмъ бы она ни утверждалась! ¹⁾.

¹⁾ Подробнѣе объ этомъ, см. нашу статью: „Матеріальные признаки понятія судебного признанія въ гражданскомъ процессѣ“. Журн. Мин. Юст. 1915 г. № 3, стр. 103 сл.

А сдвинутая въ эту плоскость, проблема о „доказанныхъ, но неутверждаемыхъ фактахъ“ лишается у насъ тѣхъ терній, коими она окружена на Западѣ. Конечно, обычно доказательство, представленное стороной, соответствуетъ опредѣленному утвержденію; ради коего оно представляется. Но все же—на практикѣ весьма часто случается, что это доказательство „доказываетъ слишкомъ много“,— оно, именно, включаетъ въ себѣ и другія доказательства, по инымъ обстоятельствамъ дѣла, быть можетъ даже и не выставленнымъ сторонами.

Мы полагаемъ, что если представленное стороной доказательство кроетъ въ себѣ другое, на которое стороны не ссылались,—оно все же можетъ быть принято судомъ въ уваженіе.

Это не вызываетъ никакихъ сомнѣній касательно признаній судебныхъ и внѣсудебныхъ. Такъ, напр., если сторона представляетъ суду какой-либо документъ въ защиту своего права (напр., копіи своихъ частныхъ писемъ противнику) и изъ этихъ актовъ явствуется наличность невыгоднаго для этого тяжущагося обстоятельства, оно, безъ дальнѣйшихъ формальностей, должно обсуждаться судомъ, какъ суд. признаніе, въ смыслѣ ст. 479 У. Г. С. 1).

И сенатъ установилъ то общее положеніе, что „стороны предъявляя въ доказательство иска или возраженія противу онаго письменныя доказательства, тѣмъ самымъ предоставляютъ эти доказательства всестороннему обсужденію суда и даютъ сему послѣднему право на производство изъ этихъ актовъ тѣхъ выводовъ, которые могутъ служить къ правильному разрѣшенію спорнаго дѣла“ (1880 № 272; 1900 № 84). (Ср. ст. 477 у. г. с.).

Но то же вполне примѣнимо ко всѣмъ доказательствамъ. Напр., свидѣтель, допрашиваемый по однимъ вопросамъ, показываетъ и о другихъ существенныхъ для дѣла обстоятельствахъ, на которыя стороны не ссылались. Тѣмъ самымъ заразъ онъ выставляетъ и 1) недостающее утвержденіе и 2) отсутствующее доказательство по этому утвержденію.

¹⁾ Это нами доказано въ нашей статьѣ: „Формальные признаки понятія судебного признанія въ гражданскомъ процессѣ“. (§ 1, п. 4). „Юридическія Записки“ (изд. Д. Ю. Л.) 1914 г. №№, 3—4.

Этому не противорѣчить ст. 374 (ср. ст. 376) у. г. с. Требованіе, чтобы тяжущійся, ссылающійся на свидѣтелей, указалъ тѣ обстоятельства, о конхъ слѣдуетъ допросить свидѣтелей, не имѣетъ того значенія, что лишь эти обстоятельства могутъ имѣть значеніе для суда! ¹⁾).

Ст. 397 у. г. с. [„Допросъ свидѣтеля начинается предложеніемъ ему объяснить то, что ему извѣстно по обстоятельствамъ, на которыя ссылаются тяжущіеся“] также не опровергаетъ нашей мысли, ибо съ этого допросъ лишь „начинается“, а далѣе показаніямъ свидѣтеля ставится одинъ предѣлъ: „Предсѣдатель суда можетъ остановить свидѣтеля, вдающагося въ рассказы объ обстоятельствахъ, не идущихъ къ дѣлу“ (ст. 399). И право разспроса свидѣтеля не только сторонами, но и самимъ судомъ очерчивается: „по всѣмъ предметамъ, которая каждая изъ нихъ признаетъ нужнымъ выяснить“ (ст. 400) ²⁾ ³⁾.

Такъ же должны быть понимаемы ст. 509, 510, 516 уст. гр. суд. „Въ опредѣленіи суда объ осмотрѣ означается... предметъ его“ (ст. 509). „Въ постановленіи объ изслѣдованіи черезъ свѣдущихъ людей судъ означаетъ: по какимъ предметамъ требуется ихъ заключеніе“ (ст. 516).

Но, на ряду съ этимъ, ст. 503 говоритъ, что „о повѣркѣ составляется протоколъ, съ означеніемъ всего происходившаго и оказавшагося“. Въ силу ст. 512, тяжущіеся не имѣютъ безусловнаго „права возраженія противъ того,

¹⁾ Значеніе ст. 374 см. проф. В. М. Гордона. Уст. Гр. Суд., комм. къ ст. 374, §§ 1 и 4.

²⁾ Ср. R. Pollak. System. I, 413. При представленіи средствъ доказательства, необходимо точное указаніе на „Beweisthema“. Поэтому недопустимо приглашеніе свидѣтелей для того, чтобы выяснить „положеніе дѣла“ (Sachverhalt). Но если повѣрка доказательствъ дастъ новый, сторонами не приводившійся фактический матеріалъ, то этотъ послѣдній „auch ohne vorangegangene, oder nachfolgende Parteibeauptung bei der Entscheidung zu beachten ist“.

³⁾ Ср. австрійское право, по которому свидѣтель даетъ не связные показанія по дѣлу, а отвѣчаетъ или на разспросы суда (C. P. O. § 340) или сторонъ (§ 289), и его свидѣтельскія обязанности строго ограничиваются темой показанія (Beweisthema), ради коей онъ вызванъ (§§ 183, 186, 342, 384), и которыя указываются въ повѣсткѣ (§ 329).— Въ германскомъ правѣ свидѣтель излагаетъ свои показанія въ связномъ изложеніи (D. C. P. O. § 396), но предметъ показанія ограниченъ опредѣленными фактами (§§ 373, 377, 397). Въ русскомъ правѣ свидѣтель даетъ связные показанія (ст. 397—400) и приглашается не для дачи показаній по опредѣленнымъ фактамъ. (Ср. ст. 379, п. 2, повѣстка: „предметъ дѣла“).

что актомъ осмотра удостовѣрено"... Судья „принимаетъ въ соображеніе всѣ приведенныя по дѣлу обстоятельства" (кто бы ихъ ни „привелъ"!) и постановляетъ рѣшеніе, „опредѣливъ по убѣжденію совѣсти, значеніе и силу доказательствъ" (ст. 129) ¹⁾.

Не опровергаетъ защищаемаго нами положенія и ст. 368 (ср. ст. 82¹⁾):

— „Когда, по выслушанія сторонъ, судъ найдетъ, что по нѣкоторымъ изъ приведенныхъ ими (') обстоятельствъ, существенныхъ для разрѣшенія дѣла, не представлено доказательствъ, то объявляетъ объ этомъ тяжущимся и назначаетъ срокъ для разъясненія вышеозначенныхъ обстоятельствъ".

Буквальный смыслъ статьи 368 говорить, что обстоятельства должны быть „приведены" (хотя бы они и принадлежали къ числу „существенныхъ для разрѣшенія дѣла"), иначе говоря, — утверждаемы для того, чтобы судъ потребовалъ по нимъ доказательства.

Отсюда слѣдуетъ, казалось бы, тотъ выводъ, что развѣ нѣтъ утвержденія сторонъ, нѣтъ условія примѣненія ст. 368: судъ не можетъ самъ ввести въ процессуальный матеріалъ какое-либо обстоятельство, не утверждаемое сторонами, и требовать его доказательства.

Однако, это не такъ. Во-первыхъ, мотивы (Государств. Канцел.) къ ст. 368 не содержатъ этихъ словъ: „приведенныхъ ими". „Судъ не собираетъ самъ доказательства, а только опредѣляетъ обстоятельства, по которымъ должны быть представлены доказательства".

Во-вторыхъ, наша судебная практика (см. *В. Л. Исаченко*

¹⁾ Въ сущности то же дѣлаетъ и уголовный судъ, въ силу ст. 119 уст. угол. суд.: „По выслушанія сторонъ и по соображеніи всѣхъ доказательствъ, имѣющихся въ дѣлѣ, мировой судья рѣшаетъ вопросъ о винѣ или невинности подсудимаго по внутреннему своему убѣжденію, основанному на совокупности обстоятельствъ, обнаруженныхъ при судебномъ разбирательствѣ". — Надо, впрочемъ, оговориться, что полномочіе судьи опредѣлять, по убѣжденію совѣсти, значеніе и силу доказательствъ касается вопроса объ оцѣнкѣ доказательнаго матеріала (*freie Beweiswürdigung*), а не — вопроса о собираніи спорнаго матеріала. Ст. 129 также не даетъ судѣ права измѣнять правила о распредѣленіи тяжести доказыванія между сторонами, или — освободить сторону отъ представленія доказательствъ.

т. II, вып. 1, къ ст. 368) далека отъ ограничительнаго толкованія ст. 368. Скажемъ даже больше: она понимаетъ ст. 368 не только не согласно съ буквальнымъ смысломъ ея, но даже противъ буквы закона. Откидывая ограниченіе: „приведенныхъ ими“, сенатъ требуетъ отсутствіе этого „приведенія“ для примѣненія ст. 368! И въ этомъ отношеніи можно даже сдѣлать сенату упрекъ, что онъ, выставляя такое требованіе, не расширяетъ, а сѣуживаетъ смыслъ ст. 368.

Именно, сенатъ учить, что „ст. 368 не даетъ права суду требовать доказательствъ въ подтвержденіе такихъ обстоятельствъ, которыя тяжущійся зналъ и обязанъ былъ подтвердить надлежащими доказательствами самъ“ (1868/760).

„Если вопросъ, по поводу коего требуется примѣненіе ст. 368, возбуждается самими тяжущимися и, слѣдовательно, значеніе его имъ болѣе или менѣе извѣстно, а при такомъ условіи,—дающемъ основаніе предполагать, что стороны не представляютъ доказательствъ по спорному предмету потому, что не могутъ представить ихъ,—назначеніе имъ срока для представленія такихъ доказательствъ вело бы лишь къ напрасному замедленію дѣла“ (1885/62).

И, такимъ образомъ, слова ст. 368: „По нѣкоторымъ изъ приведенныхъ ими обстоятельствъ“ сенатъ толкуетъ въ смыслъ: „по нѣкоторыхъ изъ не приведенныхъ ими обстоятельствъ“.

И эту практику одобряетъ *В. Л. Исаченко* (Практ. Комм. къ ст. 368, стр. 70):

— „Требовать представленія доказательствъ въ подтвержденіе такихъ обстоятельствъ, которыя указаны самими тяжущимися, если они ихъ почему-либо не представили, ст. 368 не разрѣшаетъ суду“. „Итакъ, по смыслу ст. 368, судъ имѣетъ право потребовать разъясненія такого обстоятельства, которое представляется существенно важнымъ для рѣшенія дѣла, но которое стороны обходятъ почему-либо молчаніемъ“ ¹⁾.

¹⁾ На стр. 72 *В. Л. Исаченко* оговаривается, что судъ имѣетъ право давать тяжущимся возможность представленія доказательствъ въ подтвержденіе такихъ обстоятельствъ, которыя возбуждены ими самими, но далѣе разъясняетъ, что здѣсь примѣняется не ст. 368, а ст. 331.

При такомъ толкованіи ст. 368, смыслъ ея оказывается суженнымъ, ибо приведеніе обстоятельствъ стороны исключаетъ примѣненіе ст. 368.

Въ нашу задачу здѣсь не входитъ критиковать, съ этой точки зрѣнія, судебную практику по примѣненію ст. 368¹⁾, Но въ этой юриспруденціи есть для нашей темы и нѣчто весьма цѣнное:

Судъ самъ можетъ возбуждать существенныя по дѣлу вопросы²⁾, которые до того не были предметомъ состязанія между сторонами. Судъ только не можетъ считать соотвѣтствующія обстоятельства недоказанными, разъ онъ не использовалъ ст. 368.

Такъ, въ К. Р. 1890/22 судебная палата вѣрно подняла сама вопросъ о размѣрѣ вспомогательнаго капитала къ заповѣдному имѣнію (ст. 487 т. X, ч. I), ибо отъ этого вопроса зависѣло право стороны пользоваться процентами съ этого капитала. Но суд. палата неправильно поспѣшила отказать истцу въ искѣ, влѣдствіе того, что онъ не доказалъ размѣра капитала. Это обстоятельство не было спорнымъ между сторонами, оно не было потому и предметомъ состязанія сторонъ. А потому, суд. палата, сама введшая въ процессуальный споръ это обстоятельство, должна была, на основаніи ст. 368 у. г. с., „предоставить сторонамъ разяснить это существенное въ дѣлѣ обстоятельство“.

Въ К. Р. 1885/62 сенатъ разяснилъ, что судъ, возбуждая какой-либо вопросъ, имѣющій существенное значеніе въ предѣлахъ требованій сторонъ, но ими не затронутый, долженъ дать сторонамъ возможность представить ихъ объясненія по оному, въ силу ст. 368.—(Въ этомъ дѣлѣ суд. палата возбудила сама вопросъ о томъ, когда именно умеръ

¹⁾ Несостоятельно, по нашему мнѣнію, и ограниченіе смысла ст. 368 по ученію г. *Танасовскаго*. „Ст. 368 У. Г. С.“ Ж. М. Ю. 1915 № 4, стр. 69. Опираясь на „буквальный смыслъ“ ст. 368, онъ полагаетъ, что рѣчь идетъ не о „тѣхъ правопронизводящихъ фактахъ, положенныхъ самою стороною въ основаніе иска, но о тѣхъ обстоятельствахъ, бытіе и сочетаніе которыхъ самими сторонами выставляется въ качествѣ базиса ихъ притязаній и исходной точки ихъ требованій“.—Дальнѣйшее наложеніе автора основано на невѣрномъ пониманіи имъ сенатской практики (1885/62 и др.).

²⁾ Ср. l. un. C. 2. 11: Non dubitandum est iudicem, si quid a litigatoribus vel ob his, qui negotiis adstant, minus fuerit dictum, id supplere“.

И. Л.—до или послѣ введенія судебной реформы въ Волынской губ.). „Этимъ закономъ (ст. 368) имѣлось въ виду направлять объясненія сторонъ такъ, чтобы ими, по возможности, исчерпывались не только тѣ вопросы, которые сами стороны считаютъ важными, но и тѣ, которые судомъ признаются существенными для разрѣшенія дѣла“.

Въ К. Р. 1871/617 м. съѣздъ отказалъ въ искѣ истицы о 0/0-ахъ съ незаконно удержанной отвѣтчицею денежной суммы, на томъ основаніи, что для суда осталось неустановленнымъ существенное обстоятельство о времени, „когда именно *М.* приведена была въ извѣстность о предъявленномъ къ ней требованіи относительно возвращенія денежнаго капитала“. Въ такихъ обстоятельствахъ надлежало съѣзду исполнить ст. 368 у. г. с., т. е. объявить сторонамъ, что въ дѣлѣ нѣтъ удостовѣренія о существенномъ для выясненія обстоятельствъ, и назначить срокъ для разъясненія онаго. Примѣненіе сего правила не обязательно для суда, когда онъ, признавая дѣло достаточно разъясненнымъ по судебному состязанію, не находитъ въ немъ обстоятельствъ, требующихъ еще разъясненія*.

Изъ этихъ разъясненій сената вытекаютъ слѣдующіе выводы:

1) Судъ самъ можетъ возбуждать существенные для дѣла вопросы, „не затронутые“ сторонами ¹⁾.

2) Судъ въ этихъ случаяхъ побуждаетъ стороны не къ заявленію соотвѣствующихъ утвержденій, а къ пред-

¹⁾ Непониманіе этой функціи ст. 368 мы видимъ у г. *Танасовскаго* укр. с. Ж. М. Ю. 1915 № 4, стр. 69, 81. Онъ требуетъ, чтобы „обстоятельства“ были приведены сторонами. Но и онъ даже въ побужденіи судомъ сторонъ къ восполненію представленныхъ ими доказательствъ усматриваетъ „вліяніе суда на составъ и размѣръ имѣющагося въ дѣлѣ доказательнаго матеріала“. Далѣе (стр. 100) авторъ протестуетъ противъ „широкаго, ничѣмъ не стѣсненнаго права суда“ разъяснять существенныя для дѣла обстоятельства, „хотя бы эти обстоятельства стороны и не приводили совсѣмъ въ своихъ объясненіяхъ“. Но авторъ, очевидно, не понялъ тенденцій нашей сенатской практики.

ставленію требуемыхъ доказательствъ (какъ будто эти утвержденія уже были ими сдѣланы!) ¹⁾.

3) Конечно, доказательства требуются судомъ потому, что соотвѣтствующія обстоятельства не были установлены на судѣ. А посему (это уже нашъ выводъ!), если они уже были установлены (въ порядкѣ состязанія) попутно при повѣркѣ доказательствъ по другимъ обстоятельствамъ, или не требуютъ доказательствъ (вслѣд. ноторности, законныхъ презумпцій, суд. признанія), то судъ можетъ положить эти обстоятельства въ основу своего рѣшенія ²⁾. Ст. 368 этимъ нарушена не будетъ и съ точки зрѣнія приведенныхъ разъясненій сената.

Считаемъ долгомъ оговориться, что положеніе третье логически выведено нами изъ первыхъ двухъ положеній, установленныхъ самимъ сенатомъ. Но этотъ выводъ можетъ быть обоснованъ и общими теоретическими соображеніями.

Предположимъ, что существенное для дѣла обстоятельство ноторно.

[Замѣтимъ, что понятіе ноторности охватываетъ все, что установлено: 1) общеизвѣстностью, 2) опытомъ жизни (фактическая невозможность), 3) законными презумпціями (правовая невозможность), 4) судебской официальной дѣятельностью]. Многіе западно-европейскіе кодексы (§ 291 D. C. P. O.

¹⁾ Contra: А. Х. Гольмстенъ. Юр. Иссл. (1894), 451. Онъ отрицаетъ это „слѣдственное начало“, даже съ точки зрѣнія дореформеннаго процесса. Ср. ст. 1121 т. X ч. 2: „Судьи своимъ вымысломъ не должны въ судномъ дѣлѣ ничего не прибавлять, ни убавлять, а только, разсмотрѣвъ говоренное на судѣ, постановить рѣшеніе по законамъ“. Тамъ же это недопустимо при дѣйствіи Судебныхъ Уставовъ. Ст. 129, 339 У. Г. С. отсылаютъ судью не къ его „conscientia“, а къ доказательствамъ и доводамъ, изъясненнымъ при изустномъ состязаніи.

²⁾ Нельзя оспаривать правильность положенія: „der Beweis untersteht der Verhandlungsmaxime und dem Zweiparteienverhältniss“ (А. Wach. Vorträge, 202). Конечно, судья можетъ считать доказаннымъ лишь то, что было предметомъ состязанія сторонъ. Иначе, стороны оказались бы обманутыми, и фактъ считался бы „установленнымъ“, хотя не было тѣхъ гарантій его достовѣрности, которыя даются лишь въ результатъ состязанія. Но, съ другой стороны, вполне достаточно, если существенное обстоятельство было предметомъ состязанія по иному поводу и оказалось, такимъ образомъ, на глазахъ суда установленнымъ въ связи съ другими спорными обстоятельствами. Долженъ ли теперь судья вновь открывать состязаніе и по этому обстоятельству, это—*quaestio facti*, зависящій отъ убѣжденія судьи въ томъ, что соблюдены гарантіи равноправности сторонъ.

§ 269 австр. У. Г. С.; § 278 венгер. У. Г. С.) положительно указывают на то, что некоторые факты („welche bei dem Gerichte offenkundig sind“) „не нуждаются въ доказательствахъ“ („bedürfen keines Beweises“).

И вотъ, представимъ себѣ, что соответствующее утверждение, т. е. ссылка стороны на этотъ общезвѣстный фактъ отсутствуетъ.

Въ правѣ ли судъ принять во вниманіе этотъ историческій фактъ?

Нѣкоторые юристы (*H. Bayer*, ук. с. 212) утверждаютъ, что законъ ограничиваетъ дѣйствіе общезвѣстности тѣмъ, что эти факты „не нуждаются въ доказательствахъ“, „Въ законѣ не содержится полномочія сторонамъ упускать ссылки на такого рода факты, нѣтъ и дарованія права судѣ принимать въ соображеніе ихъ безъ указанія стороны“. „Согласно принципу состязательности, историчность принимается въ соображеніе лишь для утверждаемыхъ фактовъ, которые сторона при отсутствіи историчности должна была бы доказать¹⁾).

Другіе юристы (*Fr. Stein*, *Betzinger*) идутъ на уступки. „Правообразующіе факты,—говорятъ они,—сторона должна безусловно утверждать, даже если они общезвѣстны, ибо ей надлежитъ заявить, желаетъ ли она извлечь пользу изъ ихъ правового дѣйствія. Иначе,—если фактъ представляетъ изъ себя намекъ, утку въ пользу утверждаемаго факта, т. е. если онъ важенъ для оцѣнки представлен-ныхъ доказательствъ: здѣсь судья долженъ положить въ основу своего рѣшенія фактъ и не утверждаемый стороной, на равныхъ началахъ съ тѣми случаями, когда онъ убѣдился въ истинности факта изъ представленныхъ доказательствъ“²⁾.

Еще дальше идетъ господствующая научная доктрина, согласно которой исторические факты не только „non egent

¹⁾ *Wilmonsky-Lewy*. Kommentar, I, 469; *Fürster*. Kommentar zur R. Z. P. O., 429. *Pagenstecher*. Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft. Berlin. 1905, стр. 167—174.

²⁾ *Betzinger*. Die Beweislast im Zivilprozess. Berlin. 1910, стр. 61; *F. Stein*. Das private Wissen des Richters, 89: „Die Wirkung der Offenkundigkeit ist gleichwertig der aus dem Beweise gezogenen Ueberzeugung, woraus die Berechtigung fließt, das offenkundige Indiz oder die offenkundige Hilfstatsache ohne Behauptung zu berücksichtigen“.

probatione" но и „non egent prolatione" ¹⁾). Ноторность сильнѣе даже признанія (К. Р. 1873/119) и законныхъ презумпцій, ибо дѣлаетъ излишнимъ не только „доказательство", но—и всякій иной способъ установленія (Feststellung) факта. Посему ноторные факты имѣютъ не только то значеніе, что они освобождаютъ отъ доказательствъ, но они освобождаютъ и отъ обязанности утвержденій ²⁾ ³⁾.

Но разъ это вѣрно, то, идя обратно къ главному тезису, мы видимъ подрытымъ самый фундаментъ критикуемой нами теоріи. Наше же построеніе сразу получаетъ солидное основаніе.

Если судъ, на основанія ст. 368 У. Г. С., какъ учить самъ сенатъ, можетъ, обойдя соответствующія утвержденія сторонъ, прямо приступить къ повѣркѣ доказательствъ существенныхъ для дѣла обстоятельствъ, то ясно, что если въ этой повѣркѣ доказательствъ нѣтъ нужды, вслѣдствіе напр. ноторности факта, то работа суда сокращается и въ этомъ отношеніи.

Что вѣрно при ноторности факта, то тѣмъ паче оправдывается въ случаяхъ судебного признанія. Въ этихъ случаяхъ утвержденіе—на-лицо, но оно исходитъ не отъ того лица, на которомъ лежала тяжесть утвержденія и доказательства. Оно составляетъ часть процессуальнаго матеріала, хотя тоже проникло въ процессъ сразу въ одѣяніи доказательнаго института—признанія!

¹⁾ R. Pollak. System, § 83, стр. 409; Trutten, Österr. Z.-P.-R. § 104, стр. 406; Plank. Lehrb. I, 446.

²⁾ § 267 абз. 2 венгерскаго Уст. Гр. Суд.: „Общезвѣстные факты судъ принимаетъ въ уваженіе и тогда, когда они и не утверждались стороной; но онъ обязанъ обратить вниманіе сторонъ на эти факты при случаѣ, во время состязанія". То же—въ шведскомъ кодексѣ 1734 г.

³⁾ См. нашу (цит.) статью въ Ж. М. Ю., 1915 г., № 3, стр. 99 сл.—R. Pollak. System, стр. 409, указанный принципъ видитъ лежащимъ въ основѣ слѣдующихъ нормъ: сторонамъ надлежитъ главнымъ образомъ собирать лишь фактическаго матеріала (австр. § 182 С. Р. О.), доказательство черезъ экспертовъ, служащее по б. ч. установленію данныхъ опыта, должно быть предпринято ex officio (§ 183) и не подлежитъ отреченію сторонъ. Въ судахъ торговыхъ и промышленныхъ свѣдущіе простолудины привлекаются къ участію въ судеотправленіи, дабы судъ могъ использовать ихъ профессиональное знаніе, т. е. опытъ жизни. Наконецъ, надо замѣтить, что данные опыта (Erfahrungssätze) ближе къ правовымъ нормамъ, чѣмъ—къ фактическимъ утвержденіямъ.

Напр., истецъ ищетъ убытки по ст. 664 т. X. ч. I, и самъ приводитъ обстоятельства, изъ коихъ явствуетъ, что отвѣтчикъ учинилъ поврежденіе въ состояніи необходимой обороны. Это показаніе истца есть судебное признаніе. И оно должно быть учтено судьей, хотя заинтересованная сторона (отвѣтчикъ) не только не выставляла этого утвержденія, но даже не могла его выставить, если напр. вообще оспаривала самый фактъ правонарушенія ¹⁾).

Такимъ образомъ, и для поторности и для судебныхъ признаній мы установили то положеніе, что утвержденія могутъ вноситься въ область процесса сразу въ видѣ готовой установленности извѣстныхъ фактовъ.

Нѣтъ основанія оспаривать это положеніе и въ случаяхъ установленія правововажныхъ фактовъ инымъ путемъ, напр., въ результатъ повѣрки доказательствъ, напр. допроса свидѣтелей, обзрѣнія представленныхъ письменныхъ документовъ.

Такъ, въ К. Р. 1880/272 стороною былъ представленъ документъ (свидѣтельство священника единоувѣрческой церкви) съ одной цѣлью—опредѣленія совершеннолѣтія тяжущагося въ 1826 году (для сужденія о силѣ акта), а палата использовала этотъ документъ для разрѣшенія другого существеннаго для дѣла вопроса о томъ, обратился ли тяжущійся къ правослазію изъ раскола или нѣтъ (и можетъ ли онъ поэтому почитаться законнымъ ребенкомъ отца раскольника—или нѣтъ). Сенатъ разъяснилъ: „Стороны, предъявляя въ доказательство иска или возраженія противу онаго письменнаго доказательства, тѣмъ самымъ предоставляютъ эти доказательства всестороннему обсужденію суда и даютъ сему послѣднему право на производство изъ этихъ актовъ тѣхъ выводовъ, которые могутъ служить къ правильному разрѣшенію спорнаго дѣла“.

Такимъ образомъ, мы приходимъ къ выводу, что и по общему смыслу русскихъ законовъ и по разъясненіямъ правительствующаго сената судъ, во-первыхъ, въ правѣ считаться при постановленіи судебного рѣшенія съ такими

¹⁾ См. нашу цит. статью въ Журн. Мин. Юст. 1915 г., № 3, стр. 103 сл.

обстоятельствами, которые проникли въ процессъ не въ формѣ утвержденій сторонъ, а въ формѣ чисто доказательственныхъ институтовъ, призванныхъ обслуживать въ данномъ процессѣ иныя цѣли,—и во-вторыхъ, судъ въ правѣ даже самъ—помимо сторонъ—возбуждать въ процессѣ существенные вопросы, и даже не требовать по нимъ доказательства, если они инымъ образомъ, на глазахъ суда, могутъ считаться разъясненными.

Но мы считаемъ себя въ правѣ сдѣлать еще шагъ впередъ и утверждать, въ-третьихъ, что судья можетъ иногда положить въ основу рѣшенія существенные факты, сторонами не утверждавшіеся (и не оспаривавшіеся), и не обращая вниманіе сторонъ на эти факты, и не требуя по нимъ доказательства, хотя объ „установленности“ этихъ фактовъ въ данномъ процессѣ не можетъ быть и рѣчи ¹⁾.

Въ самомъ дѣлѣ, вопросъ—существуетъ ли субъективное право, тождественъ съ вопросомъ:—наступили ли или не наступили извѣстные факты. Если напр. истецъ утверждаетъ свое право требованія изъ займа,—то это субъективное право существуетъ лишь при условіи—между прочимъ,—если объ стороны ко времени заключенія договора были дѣеспособны и занятая сумма еще не возвращена.

И все же истецъ можетъ выиграть процессъ, даже если эти факты имъ не утверждались, [такъ что эти факты и не составляютъ части „основы судебного рѣшенія“, въ оспариваемомъ смыслѣ слова! ²⁾].

Если въ такихъ случаяхъ судья при подведеніи фактовъ подъ законъ долженъ былъ бы считаться лишь съ „утвер-

¹⁾ *M. Pagenstecher. Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft.* Berlin. 1905 г., стр. 267, впрочемъ, полагаетъ, что упущеніе утвержденій объими сторонами измѣняетъ ихъ (допроцессуальное) правоотношеніе, и, такъ какъ судья выясняетъ правовое отношеніе сторонъ къ моменту постановленія рѣшенія,—ихъ согласное поведение имѣетъ правоустановительное (эвентуально-правоизмѣняющее) дѣйствіе. Какъ при судебномъ признаніи, такъ и при согласномъ молчаніи сторонъ, касательно извѣстнаго факта, государственная власть довольствуется тѣмъ, что „auch eine Uneinigkeit der Parteien hinsichtlich des betreffenden rechtserheblichen Tatbestandsmoments nicht hervortritt“.

²⁾ *M. Pagenstecher, ук. с. 196.*

ждениями сторонъ“, онъ долженъ былъ бы всегда необходимо приходить къ „non liquet“! Вѣдь, указанная обстоятельство (дѣеспособность сторонъ, уплата долга) ни утверждались, ни оспаривались. Но все же эти факты—существенны! Какъ же быть судѣ?

По дѣйствующему праву, судья здѣсь долженъ—такъ сказать, восполнить утверждение сторонъ и такимъ образомъ—возстановить тотъ комплексъ фактовъ, правовая оцѣнка коего ведетъ къ опредѣленному рѣшенію¹⁾.

Этотъ „принципъ восполненія“ дозволяетъ суду учитывать лишь тѣ факты, о которыхъ стороны обычно согласны въ подобныхъ случаяхъ, которые не образуютъ правопроизводящей причины кат'ехосчен искомаго притязанія, и которые служатъ суду, такимъ образомъ, лишь фиксированной отправной точкой зрѣнія для дальнѣйшаго судебного состязанія²⁾.

* * *

Здѣсь намъ надо оговориться, чтобы не дать повода къ недоразумѣніямъ.

Каждое требованіе истца и возраженіе отвѣтчика должны быть субстанцірованы, т. е. обоснованы соответствующими фактическими предпосылками. Совокупность правопроизводящихъ фактовъ, оправдывающихъ требованіе истца, образуетъ основаніе иска.

И судебное рѣшеніе не можетъ быть отвѣтомъ на иное, какъ на требованіе истца, индивидуализированное конкретнымъ основаніемъ иска.

Поэтому, если, напр., истецъ по дѣлу о признаніи духов-

¹⁾ М. Pagenstecher, ук. с. 196, 268.

²⁾ Разъ этотъ тезисъ правиленъ, тѣмъ самымъ укрѣпляется обоснованность и первыхъ двухъ положеній. Въ самомъ дѣлѣ, развѣ то обстоятельство, что лицо въ извѣстный моментъ было дѣеспособно, не является такимъ же фактомъ, какъ и тотъ фактъ, что оно было безумнымъ? И если судья въ правѣ „восполнить“ фактъ (не утверждавшійся, но предполагавшійся) дѣеспособности лица, то почему же онъ не въ правѣ считаться и съ противоположнымъ фактомъ (недѣеспособности), развѣ онъ правоваженъ (и установленъ на судѣ)? Для удовлетворенія той доктрины, которая настаиваетъ на томъ, что судья не въ правѣ считать что-либо „установленнымъ“, что не было предметомъ состязанія между сторонами, мы готовы признать уместность здѣсь вмѣшательства судьи, съ цѣлью дать возможность сторонамъ высказаться по поводу вновь выяснившихся обстоятельствъ.

наго завѣщанія недѣйствительнымъ по причинѣ недѣеспособности завѣщателя (ст. 1018 т. X ч. 1), представляетъ свидѣтелей, которые, вмѣсто этого обстоятельства, показываютъ о родовомъ характерѣ имѣнія, то это „установленное“ обстоятельство, какъ не использованное истцомъ, не имѣетъ значенія на глазахъ суда. Ибо родовой характеръ имѣнія составляетъ особое, самостоятельное основаніе для иска о признаніи духовнаго завѣщанія недѣйствительнымъ (ст. 967 т. X ч. 1) (а не только—добавочное „доказательство“ недѣйствительности акта!). Кромѣ того, это основаніе должно быть положительно выдвинуто истцомъ, ибо безмездные акты (дареніе, завѣщаніе) касательно родовыхъ имуществъ, на основаніи ст. 967 и 1068 т. X ч. 1, могутъ быть признаны недѣйствительными лишь по спору „ближайшихъ наследниковъ“ дарителя. Но этотъ вопросъ не составлялъ предметъ спора между сторонами, а потому ни свидѣтельскія показанія, ни „признанія“ отвѣтчика не могутъ сдѣлать этотъ фактъ матеріаломъ судебного рѣшенія,—хотя при иныхъ условіяхъ, установленность этого факта служила бы прямымъ содѣйствіемъ выигрышу процесса ¹⁾).

Еще примѣръ. Истецъ, предъявляя искъ о взысканіи 500 рубл. по заемному письму, объяснилъ, что срокъ этому долгу истекъ 12 лѣтъ тому назадъ.—И здѣсь, при отсутствіи соответствующаго использованія отвѣтчика этого обстоятельства, судъ не имѣетъ права считаться съ такимъ заявленіемъ истца, ибо, въ силу ст. 132 и 706, судъ считается съ давностью лишь при условіи ссылки на нее со стороны заинтересованнаго тяжущагося.

Но иное мы должны сказать въ тѣхъ случаяхъ, когда споръ между сторонами вращается въ кругу единого

¹⁾ То же мы должны сказать, если бы вопросъ о родовомъ характерѣ завѣщаннаго имѣнія неожиданно выплылъ въ производствѣ не въ актѣ нападенія—иска (первоначальнаго или вѣтрѣчнаго), а—въ актѣ защиты—возраженія. Напр., по иску „hereditatis petitio“ наследника по завѣщанію къ наследнику по закону, отвѣтчикъ ссылается на недѣйствительность духовнаго завѣщанія, а на судѣ, вмѣсто этого обстоятельства, выяснится родовой характеръ завѣщаннаго имѣнія. И здѣсь, конечно, съ одной стороны, для истца интересенъ лишь окончательный результатъ—выигрышъ процесса. Но это не вытѣсняетъ принципиальной важности того общаго положенія, что отвѣтъ суда можетъ быть данъ лишь въ согласіи съ составомъ основанія иска или возраженія.

спернаго отношенія, обнимаемаго однимъ основаніемъ тяжбы и санкціонированнаго особой юридической нормой.

И оставаясь въ предѣлахъ одного основанія спорнаго отношенія, отвѣтчикъ можетъ пользоваться самыми разнообразными приѣмами защиты, которые всѣ направлены къ единой цѣли:—доказательству непримѣнности къ нему данной нормы закона.

Напр. на искъ по ст. 684 т. X ч. 1, отвѣтчикъ ссылается на необходимую оборону, а свидѣтели (или истецъ путемъ признанія) удостовѣрятъ не это обстоятельство, а—случай или непреодолимую силу,—все равно судъ установить непримѣнимость *in casu* ст. 684 и обязанъ оправдать отвѣтника такъ же какъ, если бы онъ установилъ абсолютное отсутствіе самого факта поврежденія.

Во всѣхъ процессахъ всегда судъ занимается однимъ дѣломъ: изслѣдованіемъ уважительности просьбы истца о возстановленіи нарушеннаго его права, по указанному имъ основанію. Установленіе обстоятельствъ дѣла есть дѣло второстепенное, служебное: оно не имѣетъ самодовлѣющаго, самостоятельнаго значенія настолько, что во 1-хъ, установленное судомъ по данному дѣлу не имѣетъ матеріальной законной силы (для другого дѣла), и во 2-хъ, соображенія суда не вступаютъ въ силу закона.

Посему, надо придти къ заключенію, что судья, сталкивающийся съ такой комбинаціей: извѣстное обстоятельство, существенное для дѣла, установлено, но заинтересованная сторона его не утверждала,—долженъ выяснитъ себѣ природу и роль этого обстоятельства въ спорномъ отношеніи. Если это обстоятельство такого свойства, что оно имѣетъ отношеніе, касательно „спорнаго предмета, отыскиваемого и оспариваемаго тѣми же тяжущимися сторонами и на томъ же основаніи“, и, если въ силу положительнаго предписанія закона, это обстоятельство, для уваженія его судомъ, не требуетъ положительной на него ссылки со стороны заинтересованнаго тяжущагося, оно должно быть принимаемо судомъ въ уваженіе (ст. 102, 411, 480 У. Г. С.), не только независимо отъ того, какой, именно, стороной оно утверждалось, но даже независимо отъ того, утверждалось ли оно вообще какой либо стороной.

Выставляя такое положеніе, мы до сихъ поръ исходили изъ того предположенія, что споръ между сторонами вращается въ кругу единого спорнаго отношенія, санкціонированнаго особой юридической нормой. Теперь мы должны оговориться, дабы устранить *de plano* возможные возраженія и укрѣпить наше построеніе.

Гражданское право не распадается на отдѣльныя изолированныя нормы. Въ основу судебного рѣшенія никогда не кладется одна статья, выхваченная изъ общаго комплекса нормъ. Это было бы искаженіе внутренней систематической и логической связи, въ которой, переплетаясь въ самой причудливой формѣ, стоятъ другъ къ другу отдѣльныя правовыя нормы. Отдѣльныя нормы взаимно дополняютъ, ограничиваютъ и погашаютъ другъ друга ¹⁾.

Поэтому, отнюдь нельзя утверждать, напримѣръ, что всякій, получившій взаймы деньги, „долженъ ихъ вернуть“. Эта норма-правило можетъ быть устранена „противонормой“ (ср. ученіе Betzinger!) о недѣеспособности должника, порокахъ воли, ненаступленіи суспензивнаго условія, или—позднѣйшими событіями—уплатой, компенсаціей, новаціей, конфузіей.

Нельзя также утверждать, что каждый причинившій другому вредъ „обязанъ его возмѣстить“. Это правило можетъ быть устранено „противонормой“ о послѣдствіяхъ „собственной вины потерпѣвшаго“, необходимой обороны, непредотвратимыхъ обстоятельствъ, неделиктоспособности правонарушителя и т. п. и т. п.

Всѣ эти случайности входятъ не въ низшую посылку силлогизма суд. рѣшенія (составъ фактовъ), а въ высшую—„юридическая норма“ ²⁾. Это потому, что при наличности предпосылокъ нормъ, разрушающихъ или устраняющихъ примѣненіе главной нормы, эта главная норма примѣнялась бы неправильно, если бы не были приняты во вниманіе и эти „противо-нормы“.

• *Nibil interest ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur (L. 112 D. 50. 17)*

Поэтому, верхняя посылка (Obersatz) судебного рѣшенія въ сущности гласитъ такъ:

¹⁾ Ср. *Betzinger*, уѣ. с. 35.

²⁾ Ср. *Batzinger*, уѣ. с. 37 сл.

„Всякій заемщикъ, на сторонѣ котораго не лежитъ ни одинъ изъ моментовъ, уничтожающихъ (въ возникновеніи или продолженіи) его обязанность,—обязанъ вернуть занятую сумму“¹⁾.

Или:

„Всякій причинившій другому вредъ, если онъ не можетъ быть оправданъ „смѣшанной виной“, случаемъ, непреодолимой силой, приказомъ начальства или осуществленіемъ своего права,—обязанъ вознаградить потерпѣвшаго“.

Иначе говоря, въ ту юридическую норму, которая составляетъ верхнюю посылку, входятъ и тѣ противонормы, которыя исключаютъ примѣненіе нормы-правила. Иначе судрѣшеніе, съ матеріально-правовой точки зрѣнія, не будетъ правильнымъ²⁾.

Указанное различіе между „нормой-правиломъ“ и „противо-нормой“ установлено (какъ мы видѣли выше), весьма популярной въ теоретической литературѣ „теоріей нормъ“. Эта теорія (наталкивающаяся на весьма сильныя возраженія) занимается спеціально проблемой объ распредѣленіи тяжести доказыванія между сторонами въ гражданскомъ процессѣ.

Она учитъ, что, съ процессуальной точки зрѣнія, судья не можетъ отвергнуть искъ, разъ установленъ минимальный составъ предпосылокъ (Mindest-Tatbestand) нормы, покрывающей притязаніе. Поэтому, и минимальный составъ

¹⁾ *Betsinger*, ук. с. 38 формулируетъ норму-правило такъ: „Каждый заемщикъ въроятно (т. е. при извѣстныхъ условіяхъ) обязанъ къ отдачѣ“.

²⁾ На иной точкѣ зрѣнія стоитъ *Pagenstecher*, ук. с. 262, 266. Онъ доказываетъ, что цѣль процесса вовсе не заключается въ выясненіи того—существуетъ ли утверждаемое субъективное право (т. е. наступили ли или нѣтъ соответствующіе допроцессуальные факты). „Противъ этого говорятъ такіе институты, какъ признаніе иска или фактовъ“. Это стоитъ въ связи съ оригинальной теоріей автора о томъ, что лживыя утвержденія (признанія) сторонъ не дѣлаютъ судебныя рѣшенія неправильными, ибо ими намѣняются матеріально-правовыя отношенія сторонъ; а судья рѣшаетъ не о (допроцессуальныхъ) субъективныхъ правахъ сторонъ, а о правовыхъ отношеніяхъ сторонъ къ моменту постановленія рѣшенія. „Тамъ, гдѣ при созданіи рѣшенія кладется въ основу нѣчто объективно неправильное, это происходитъ потому, что правовыя отношенія сторонъ теперь сложились такъ, какъ они уже были бы, если бы „кладущееся въ основу“ обстоятельство было истинно“.

предпосылокъ противонормы доказывается тѣмъ, кто на эту противонорму ссылается. „Въ самомъ дѣлѣ, возможность наличности различныхъ противонормъ никогда не исключена полностью, и логика требовала бы чтобы судья всегда отказывалъ бы въ искѣ, если быдобивался установленія объективной правды“.

Защищаемое нами ученіе о полномочіяхъ судьи въ дѣлѣ уваженія обстоятельствъ установленныхъ, но не утверждаемыхъ, не окрещивается (т. е. не идетъ въ разрѣзъ и не противорѣчитъ) въ конечныхъ выводахъ съ этой „теоріей нормъ“. Ибо эта послѣдняя занимается совершенно иной проблемой: именно, изслѣдованіемъ того, на кого падаютъ неблагопріятныя послѣдствія недоказанности извѣстныхъ фактовъ (утверждаемыхъ той или другой стороной) ¹⁾.

„Теорія нормъ“ изслѣдуетъ вопросъ: каковы послѣдствія, если противонорма не доказана, и разрѣшаетъ его въ томъ смыслѣ, что ссылающійся на ея предпосылки (напр. отвѣтчикъ) несетъ невыгодныя послѣдствія этой недоказанности. [Да и вся процессуальная проблема о распредѣленіи *onus probandi* между сторонами занимается только установленіемъ того изъ тяжущихся, который не смѣетъ жаловаться на неблагопріятный для него оборотъ процессуальнаго состязанія!]

Эти вопросы не имѣютъ никакого касательства къ изслѣдуемому нами вопросу. Мы разсматриваемъ дѣятельность судьи, при условіи, именно, доказанности извѣстнаго существеннаго обстоятельства,—вопросъ совершенно особый!

Все традиціонное воззрѣніе о диспозитивности гражданскаго права, требующаго для своего осуществленія соответствующаго волеизъявленія управомоченнаго лица (напр. ссылка на *error, metus...*), вѣрно лишь въ томъ смыслѣ, что 1) самъ судъ *ex officio* не изслѣдуетъ права просителя, 2) сторона, ссылающаяся на свое право, должна его утверждать + доказать ²⁾.

¹⁾ Поэтому и наше построеніе не должно брать на себя тѣхъ ударовъ критики, которые сыплются на „теорію нормъ“.

²⁾ Та же диспозитивность гражданскаго права, конечно, часто скажется фактически и въ гражданскомъ процесѣ, при выясненіи такихъ вопросовъ, въ конхъ наиболѣе компетентнымъ и авторитетнымъ показаніемъ будетъ личное показаніе самого тяжущагося. Та-

Но это не предрѣшаетъ общаго принципіальнаго чисто-процессуальнаго вопроса о роли суда въ тѣхъ случаяхъ когда извѣстное правоотношеніе находится уже въ спорѣ, рѣчь идетъ о примѣненіи данной нормы, и когда доказаны обстоятельства, устраняющія дѣйствіе этой нормы. Перенесеніе сюда еще принциповъ (состязательности, диспозитивности), взятыхъ не изъ родственной, а лишь свойственной области ученія о „распредѣленіи тяжести доказыванія“, вело бы къ путаницѣ и несовмѣстимо съ правильнымъ юридическимъ анализомъ явленій. Вѣдь, изъ того, что сторона не можетъ жаловаться на непріятіе въ уваженіе благопріятныхъ для нея обстоятельствъ (= проблема об *onus probandi*), отнюдь нельзя дѣлать вывода, что она должна непременно и безусловно ссылаться на эти обстоятельства, чтобы они были приняты во вниманіе судомъ! ¹⁾.

Итакъ, мы приходимъ къ выводу, что если существенное для спорнаго дѣла обстоятельство положительно не утверждалось сторонами, но несомнѣнно доказано въ результатъ состязанія и повѣрки доказательствъ, судъ имѣетъ право его учесть, если это обстоятельство входитъ въ составъ спорнаго правоотношенія.

И обратно: если это обстоятельство такого свойства, что оно выходитъ изъ содержанія индивидуализированнаго спорнаго отношенія, то оно для принятія его судомъ въ уваженіе, нуждается еще въ утвержденіи (или

кія субъективныя переживанія, какъ *et hoc, metus...* не могутъ быть установлены показаніями третьихъ лицъ, вопреки показаніямъ самаго заинтересованнаго лица, заявляющаго, что онъ не имѣлъ тѣхъ пороковъ воли, о которыхъ идетъ рѣчь. Вѣрно, въ другомъ порядкѣ идей, замѣчаетъ *Brodmann. Zur Lehre von der Beweislast. Arch. Praxis. Bd. 98 (1906), 154*: „При порокахъ воли дѣло идетъ о такихъ сокровенныхъ душевныхъ движеніяхъ и состояніяхъ, которые не могутъ быть предметомъ простаго и непосредственнаго воспріятія“.

¹⁾ Непослѣдовательность наблюдается у *Hellwig. Anspruch und Klagerecht. 1900, стр. 150*; его же: *Lehrbuch. I, 147. „Klagerecht“* (публично-правовое притязаніе къ государству о защитѣ матеріальнаго права) принадлежитъ лишь тому, кто дѣйствительно имѣетъ утверждаемое матеріальное право. „Судъ *ex officio* долженъ убѣдиться въ наличности этого *Klagerecht*“.—Казалось бы, что отсюда надо сдѣлать выводъ, что съ этой точки зрѣнія нѣтъ мѣста принципу состязательности, а *Hellwig* говоритъ, что судья рѣшаетъ объ этомъ правѣ „auf Grund der nach der Verhandlungsmaxime als feststehend anzusehenden Tatsachen“ (3).

использованіи) его заинтересованной стороной (ст. 258, 332 У. Г. С.).

Можетъ ли это обстоятельство быть введено путемъ подтвержденія (т. е. послѣдующаго утвержденія)?—этотъ вопросъ разрѣшается на почвѣ общихъ принциповъ о предѣлахъ допустимости измѣненія въ теченіи процесса основанія иска (ст. 332—334 У. Г. С.) ¹⁾.

Однако, важно замѣтить, что признаніе отвѣтчика, касательно такихъ обстоятельствъ выгодныхъ истцу, которыя, въ случаѣ подтвержденія ихъ истцомъ, измѣнили бы основаніе иска (нпр., признаніе отвѣтчикомъ душевной болѣзни завѣщателя въ искѣ о недѣйствительности духов. завѣщанія по причинѣ родового свойства имѣнія. Или: признаніе отвѣтчикомъ обязанности вернуть извѣстныя вещи, но не по договору ссуды, а по договору поклажи)—кроетъ въ себѣ (молчаливое) разрѣшеніе истцу на такого рода измѣненіе основанія иска ²⁾. Истецъ принимаетъ такое признаніе *en bloc*, и это ему разрѣшается, ибо отвѣтчикъ самъ предпринимаетъ измѣненіе спорнаго отношенія! ³⁾.

IV.

На предшествующихъ страницахъ мы старались доказать, что судья въ гражданскомъ процессѣ вовсе не является уже такимъ параликомъ, автоматомъ, способнымъ реагировать лишь на внѣшнія воздѣйствія на него сторонъ, какъ то представляетъ его традиціонная доктрина, не останавливающаяся предъ крайними логическими выводами изъ „принципа состязательности“.

¹⁾ Ср. К. Р. 1877/14: Предъявленный искъ о недѣйствительности духовнаго завѣщанія основывался на 1) недѣеспособности завѣщателя, 2) нарушеніи законныхъ формъ завѣщанія.—Во время производства дѣла выяснилось родство одного изъ свидѣтелей завѣщанія съ завѣщателемъ. Этимъ и воспользовался истецъ. Сенатъ нашелъ, что это не нарушаетъ ст. 332 У. Г. С., т. е. введеніе въ процессъ этого новаго обстоятельства не составляетъ недозволеннаго намѣненія существа исковаго требованія.

²⁾ Увеличеніе иска и измѣненіе исковыхъ требованій допустимо съ согласія (даже молчаливаго) отвѣтчика. В. М. Гордона. У. Г. С., къ ст. 332, § 2.

³⁾ Ср. *Bolgnio*. *Gesammelte Abhandlungen*. (1869), стр. 141, 144, 147.

Въ новѣйшее время, какъ извѣстно, мы наблюдаемъ властный штурмъ законодателя на укрѣпленные авторитетомъ времени, а еще сильнѣе — косностью и подражаніемъ — устои сложившихся воззрѣній на роль судьи, — какъ „почетнаго свидѣтеля“ разыгрывающагося предъ его глазами состязанія. Новеллы къ Уст. Гр. Суд., въ особенности по закону 15 іюня 1912 года, даютъ судѣ право въ извѣстныхъ границахъ проявлять активность въ дѣлѣ обезпеченія полноты доказательнаго матеріала, — и тѣмъ самымъ намѣчаютъ тенденціи къ отказу отъ крайностей состязательнаго начала.

На долю юриспруденціи выпадаетъ задача сдѣлать для выравниванія фронта шагъ впередъ и въ обратной сторонѣ того же явленія: — въ области фактическихъ утвержденій, служащихъ основой и предметомъ для доказыванія.

Пускай первые шаги въ лабораторіи научной юриспруденціи не будутъ свободны и отъ крайностей увлеченія свѣжей мысли, пробивающейся впередъ сквозь стоячія воды рутины и косности. Высказанное и нами подлежитъ, конечно, болѣе детальной разработкѣ.

А это возможно лишь при дружной совмѣстной работѣ многихъ силъ, при условіи добросовѣстной и научной критики и серьезнаго обмѣна взглядовъ.