

Проф. Т. М. Яблочковъ.

„НЕДОСТАТОЧНОЕ ОБОСНОВАНИЕ“
ТРЕБОВАНІЯ

(иска или возраженія).



ПЕТРОГРАДЪ.
Типографія г-ва „Общественная Польза“, Б. Подъячская, 30.
1915.

Истецъ, выполняя лежащую на немъ обязанность обоснованія иска изложеніемъ обстоятельствъ, изъ коихъ искъ проистекаетъ (ст. 257, п. 4, ст. 366 у. г. с.), равно какъ и отвѣтчикъ, излагая обстоятельства, на коихъ основанъ его споръ (ст.ст. 314, 315, 366 у. г. с.), могутъ по той или иной причинѣ (по побужденію къ правдивости, или по ошибкѣ или вслѣдствіе недостаточнаго учета правовой важности извѣстнаго утвержденія) выставить какое-либо *утвержденіе*, которое не только не служитъ къ подкрѣпленію ихъ требованій, но даже прямо имъ *неблагопріятно*, т. е. разрушаетъ предпосылки ихъ притязаній.

Напр., истецъ въ искѣ по ст. 684 т. X ч. I указываетъ на обстоятельства, оправдывающія отвѣтчика (необходимая оборона, случай и т. п.). Или въ искѣ объ алиментахъ истица указываетъ на сожительство съ отвѣтчикомъ въ мѣсяцѣ, выходящемъ за законный срокъ беременности. Въ этихъ случаяхъ искъ *недостаточно обоснованъ*, ибо самъ истецъ разрушаетъ предпосылки своего требованія, и, если этотъ недостатокъ не будетъ устраненъ, истцу должно быть отказано въ искѣ.

Та же погрѣшность возможна и на сторонѣ отвѣтчика. Отвѣтчикъ, напр., ссылается на погашеніе искового требованія давностью, но при этомъ приводитъ самъ обстоятельства, указывающія на перерывъ теченія давностнаго срока. И въ этомъ случаѣ возраженіе отвѣтчика является «недостаточно обоснованнымъ» и потому лишено силы.

Все это — безспорно. Но сомнѣнія объ юридической квалификаціи такого недостаточно обоснованнаго требованія и сама

необходимость такой квалификаціи возникаютъ съ того момента, когда сторона, выставившая какое либо противорѣчивое утверждение, увидавъ свою ошибку, пожелаетъ его исправить, т. е. *взять его обратно и замѣнить его инымъ утвержденіемъ.* Допустимость такого исправленія должна быть принципиально признана для всѣхъ фактическихъ утверженій (ср. ст. 331 у. г. с.) ибо ограниченій въ этомъ направленіи у. г. с. не содержитъ (см. объ этомъ ниже).

Иное должно быть сказано про *судебныя признанія*, правовой эффектъ которыхъ имѣетъ особую силу въ двухъ направленіяхъ: они связываютъ и судъ, ибо исключаютъ «дальнѣйшія доказательства» (ст. 480 у. г. с.), и ихъ автора, ибо опровержимость ихъ обусловлена наличиемъ многихъ весьма стѣснительныхъ условій (ст. 481 у. г. с.).

При этихъ условіяхъ, суду весьма важно строго разграничить понятія: *недостаточнаго обоснованія* требованія и *судебнаго признанія*. Разъ въ основѣ того и другого явленія лежитъ *утвержденіе неблагоприятное* (въ матеріально-правовомъ смыслѣ слова) *для его автора*, то ясно, что не въ этомъ признакъ надо искать критерій для ихъ различенія!

Врацаясь въ предѣлахъ процессуальной проблемы, мы и интересующій насъ критерій должны искать въ области чисто *процессуальныхъ* соображеній, и лишь съ этой точки зрѣнія подлежитъ опредѣленію «невыгодность» утверженія текущагося.

Обратимъ вниманіе на то, что признаніе можетъ устанавливать лишь такія обстоятельства, которыя, при отсутствіи признанія, *должны быть непременно доказаны противной стороной*. «*Onus probandi*» признаннаго факта *долженъ лежать на противникѣ признавающагося*. Это вытекаетъ изъ того, что, во-первыхъ, признаніе касается всегда фактовъ, служащихъ къ *утвержденію правъ противника*, а, по общимъ правиламъ о распредѣленіи доказательствъ, «*onus probandi*» по такимъ фактамъ никогда не возлагается на сторону, коей они неблагоприятны. Во-вторыхъ, функція признанія и заключается, именно, въ освобожденіи *противника* отъ представленія «дальнѣйшихъ доказательствъ».

Если мы упустимъ изъ виду эту процессуальную роль признанія—освобожденіе противника отъ лежащаго на немъ «*onus probandi*»,—мы усмотримъ признаніе тамъ, гдѣ его нѣтъ.

О признаніи можетъ идти рѣчь лишь при томъ условіи, если утверждаемое вредно утверждающему *въ процессуальномъ смыслѣ слова*, т. е. съ точки зрѣнія *распределенія тяжести доказыванія*: признающійся какъ бы беретъ на себя тотъ «onus probandi», который лежитъ на противникѣ. Въ этого условія мы не имѣемъ признанія.

Детальное научное обоснованіе этого положенія составляетъ неотъемлемую научную заслугу германскаго юриста *A. Hegler. Beiträge zur Lehre vom prozessualen Anerkenntnis und Verzicht. Leipzig. 1913*¹⁾. Авторъ предлагаетъ различать двѣ комбинаціи:

1) Обоснованіе иска (или возраженія) со стороны его предъявителя не ведетъ логично къ цѣли, въ виду того, что имъ—истцомъ—приводятся и такія *утвержденія*, которыя, вмѣсто того, что бы способствовать успѣху иска, наоборотъ, *разрушаютъ предпосылки иска* и такимъ образомъ не ведутъ къ благопріятному заключенію.

Напримѣръ, (примѣръ нашъ. *Т. Я.*). Въ искѣ о содержаніи внѣбрачному ребенку мать—истца утверждаетъ, что она сожительствовала съ отвѣтчикомъ, напр., въ маѣ—мѣсяцѣ выходящемъ за законные сроки беременности.

Здѣсь нельзя говорить о *признаніи*, и даже—объ «антиципированномъ признаніи»! Ибо здѣсь дѣло идетъ о фактахъ, которые не попадаютъ въ кругъ *onus probandi* противника. Въдъ, сожительство съ отвѣтчикомъ въ законный срокъ беременности (180—306 дней до рожденія ребенка), входитъ, какъ правопрозводящій фактъ, въ основаніе иска истицы и доказательство его безспорно составляетъ «бремя» истицы. Указывая на ненадлежащій мѣсяць сожительства, истица тѣмъ самымъ *отрицаетъ* («*neg positionem*») обосновывающее нескъ обстоятельство.

Еще примѣръ (*R. G. Entsch. Bd. X, 423*). Отвѣтчикъ (по иску рабочаго объ убыткахъ) оспариваетъ свою вину, утверждая, что истецъ былъ пьянъ. Истецъ утверждаетъ, что онъ былъ *трезвъ*. Но послѣ онъ—истецъ—выводитъ свое

¹⁾ Авторъ доказываетъ, что внѣ точнаго учета процессуальной функціи признаванія невозможно правильное разрѣшеніе вопроса о силѣ и значеніи «антиципированнаго признаванія» (*zuvoorkommende Geständnis*), т. е. такого признаванія одной стороны, коему не соответствуетъ *утвержденіе* другой стороны.

требованіе изъ утвержденія своего *отъявлянія*. Можно ли обсуждать его первое утвержденіе (о трезвомъ состояніи), какъ *признаніе*? Нѣтъ, ибо *на немъ* лежалъ *onus probandi* касательно трезвости. Поэтому онъ можетъ измѣнить свое утвержденіе.

Такимъ образомъ, въ этой комбинаціи случаевъ мы имѣемъ не—признаніе, а—«*mangelnde Begründung*». Правильно ли—или нѣтъ—было утвержденіе, это неважно: даже если оно было правильно, оно не можетъ обосновать искъ.

2) Сторона приводитъ факты, *касательно коихъ onus probandi лежалъ на противникъ* (т. о., послѣднему эти утвержденія были полезны въ процессуально-правовомъ смыслѣ), ибо они обосновали «*exsertio*», «*replicatio*» и т. д. Напр., истецъ въ исковомъ прошеніи показываетъ, что искомый долгъ погашень уплатой, или отсрочень и т. д.

Здѣсь искъ можетъ быть надлежаще субстанціированъ, вполне обоснованъ, но только рядомъ съ этимъ приводится еще нѣчто другое, что составляетъ, какъ возраженіе, *предметъ доказыванія противника*. Отъ правдивости этого возраженія зависитъ существованіе требованія. Здѣсь мы имѣемъ не опроверженіе (*Widerlegung*), а—*возраженіе* (*Widerspruch*). Оно составляетъ предметъ *признанія*, въ техническомъ смыслѣ слова.

Почему же заявленіе перваго типа подлежитъ свободному опроверженію (т. е. подлежатъ исправленію) со стороны его автора, а заявленіе послѣдняго типа (признаніе) не опровержимо? Hegler (ук. с. 260) отвѣчаетъ: «Въ гражданскомъ процессѣ не существуетъ такого правила, что дѣло безусловно должно быть рѣшено *противъ* стороны, если она *утверждаетъ* то, что даетъ заключать къ противоположному ея правовому притязанію, и только потому, что сторона противорѣчитъ самой себѣ (все равно—вѣрно или невѣрно противорѣчивое утвержденіе).—какъ бы *въ наказаніе* за это противорѣчіе, за недостаточное обоснованіе иска» («*der Behauptende die ihm obliegende Begründung nicht gibt*»). «Понятіе *признанія* было бы совершенно расплывчатымъ, если бы мы не внесли ограниченія: утверждаемое обстоятельство вредно утверждающему *въ смыслѣ распределенія тяжести доказыванія*. Иначе мы оперировали бы схоластической формулой: «что сторона утверждаетъ для себя. она должна терпѣть противъ себя»,—какъ будто дѣль процесса заключается не въ охранѣ

дѣйствительнаго права, а, такъ сказать, въ оштрафованіи стороны, которая зануталась въ собственныхъ сѣтяхъ».

Такова теорія Hegler'a. Еще до него мы находимъ эту проблему разработанной О. Bülow'ымъ (Das Geständnisrecht. Freiburg. 1899, стр. 287 сл.), на почвѣ ученія объ «антиципированныхъ признаніяхъ». Но этотъ ученый, наоборотъ, не различаетъ тѣхъ типовъ заявленій, о которыхъ говоритъ Hegler, и объединяетъ ихъ въ одномъ общемъ понятіи *zugerkommene Geständnisse*. «Кто предъявляетъ къ намъ требованія, которыя представляются уже по его собственнымъ показаніямъ необоснованными, тому мы отказываемъ въ искѣ, — и не заботясь о томъ, вѣрны ли его показанія или нѣтъ. Какъ мало здѣсь важенъ вопросъ о правильности показанія, явствуетъ, если мы сравнимъ случаи антиципированнаго признанія такихъ фактовъ, которые исключаютъ возникновеніе искомаго права. — съ тѣми случаями, когда истецъ упустилъ привести обстоятельство, необходимыя для обоснованія утверждаемаго права. *Правовое положеніе въ обоихъ случаяхъ тождественное*» (!).

Ученіе Бюлова раздѣляютъ Kisch, Endemann, Dammeler (дисс.), Bettinger и др.

Мы лично не раздѣляемъ воззрѣній бюловской школы по этому вопросу. Ученіе Бюлова не вполне согласно съ буквальнымъ смысломъ закона (австр., венгерск., германск. С. Р. О.), подчеркивающаго узко *процессуальную* функцію признанія: признанные факты: «*bedürfen keines Beweises*».

Наоборотъ, въ ст. 480 у. г. с. функція признанія, повидимому, первымъ дѣломъ заключается въ *установленіи* обстоятельства. Признакъ этого обстоятельства не процессуально-правовой: освобожденіе противника (что-либо утверждающаго) отъ бремени доказыванія. — а *материально-правовой*: «которое служить къ *утвержденію* правъ ея противника».

И, казалось бы, что не важно. — *на коихъ* изъ тяжущихся лежитъ «*onus probandi*». Тѣмъ болѣе, что и правила объ «*onus probandi*» вовсе не такъ точно установлены въ теоретической и практической юриспруденціи, чтобы класть ихъ критеріемъ для построенія цѣлаго института. И не безразличенъ ли этотъ вопросъ? Вѣдь, провести демаркаціонную линію между «плохо обоснованнымъ искомъ» и «антиципированнымъ признаніемъ» (по тому критерію, — *на коихъ* лежалъ «*onus*

probandi» этого спорнаго обстоятельства) весьма трудно на практикѣ.

Напр., если бы отвѣтчикъ по иску объ алиментахъ, защищаясь противъ не субстанцированнаго иска истицы («я жила съ г. X»), указавъ на сожитіе въ маѣ,—мѣсяцѣ, стоящемъ *вънѣ* законнаго срока беременности, то подтвержденіе этого истицей было бы съ ея стороны *признаніемъ*. Почему же аналогичное своевременное заявленіе истицы лишено этого значенія? Вѣдь, подобное заявленіе предвосхитило бы то, что *хотѣлъ* сказать отвѣтчикъ!

И не будетъ «хватаніемъ за горло», «ловлей въ сѣти» истица, если брать его за слово, ибо онъ «ante debet rem diligenter explorare et tunc procedere ad actionem!» Развѣ можно сказать, что въ первомъ случаѣ мы имѣемъ только «недостаточное обоснованіе» иска? Такое мы имѣли бы, если бы *не хватало* какихъ либо утвержденій (и доказательствъ) истица. Но если истецъ положительно заявляетъ такое-то обстоятельство, которое ведетъ къ опроверженію его иска и тѣмъ самымъ «служить къ утвержденію правъ ея противника», то развѣ здѣсь нѣтъ *признанія*?

(Въ нашемъ казусѣ этотъ вопросъ получаетъ особую остроту потому, что признанное обстоятельство, т. е. фактъ сожительства, относилось бы къ «личнымъ дѣйствіямъ» стороны, а потому безусловно безповоротно, въ силу ст. 481 у. г. с.).

И нельзя ли понимать слова закона: «оно считается не требующимъ дальнѣйшихъ доказательствъ», въ смыслѣ: «судья *ни отъ кого* не требуетъ доказательствъ», т. е. судья считаетъ фактъ *установленнымъ*. Если «onus probandi» лежалъ на отвѣтчикѣ, то онъ освобождается отъ этого бремени. Если «onus probandi» извѣстнаго обстоятельства (напр. дата сожительства) лежалъ на истцѣ, то его заявленіе (напр., сожительство въ иной періодъ времени) указываетъ на то, что онъ и *не можетъ* («Schluss aus Wahrheit» Hegler'a!) указать иного, болѣе ему благоприятнаго срока сожительства.

Всѣ эти соображенія, повидимому, способны сдѣлать сомнительнымъ различіе, проводимое Hegler'омъ, между «недостаточнымъ обоснованіемъ» и «признаніемъ». Однако, мы полагаемъ, что болѣе серьезныя соображенія говорятъ за правильность этого ученія, а потому мы вполне присо-

единаемся къ принципиальному различію указанныхъ понятій.

Въ самомъ дѣлѣ, не дѣлается ли понятіе признанія крайне расплывчатымъ, если мы откинемъ этотъ процессуальный признакъ: *onus probandi* лежитъ на противникѣ признающагося? Вѣдь, все же безспорно то, что признаніе имѣетъ своимъ послѣдствіемъ освобожденіе противника отъ лежащаго на немъ бремени доказыванія!

Если мы встанемъ на точку зрѣнія Бюлова, то, въ случаѣ конфликта двухъ признаній, мы были бы въ безвыходномъ положеніи: какому признанію придать пріоритетъ?¹⁾ Положеніе наше облегчается, если мы распредѣлимъ значеніе заявленій сторонъ такъ: недостаточное обоснованіе съ одной стороны, и—признаніе съ другой стороны. Вѣдь, по поводу каждаго спорнаго обстоятельства «*onus probandi*» можетъ лежать только на одной какой-либо сторонѣ! И, такимъ образомъ, разрѣшеніе проблемы упрощается, такъ какъ сводится къ оцѣнкѣ сравнительной силы двухъ разныхъ понятій.

Иллюстрируемъ это примѣромъ. Истица утверждаетъ: «я сожительствовала въ маѣ» (=мѣсяцъ, стоящій *внѣ* законнаго срока беременности). Отвѣтчикъ возражаетъ: «я сожительствовала съ истицей, но не въ маѣ, а—въ іюлѣ (=мѣсяцъ, входящій въ законный срокъ беременности). Hegler (ук. с. 265) говоритъ, что, въ этой комбинаціи заявленій, споръ отвѣтчика, касательно фактовъ, которые не входятъ въ кругъ его—отвѣтчика—*onus probandi*, не имѣетъ значенія. Рѣшающее значеніе мы должны придать заявленію истицы. «Die fehlende Begründung seitens des Behauptenden ist auch dann entscheidend»!

Итакъ, конфликтъ «недостаточнаго обоснованія» (истицы) съ признаніемъ (отвѣтчика) разрѣшается Hegler'омъ въ пользу пріоритета *недостаточнаго обоснованія* («*fehlende Begründung*»)!

Мы съ этимъ рѣшительно не можемъ согласиться. Конечно, съ точки зрѣнія буквального смысла опредѣленія судебного признанія въ германскомъ, австрійскомъ, венгерскомъ С. Р. О. (признаніе есть подтверждающій отвѣтъ на соответствующее

^{1) Hegler, ук. с. 260, допускаетъ возможность такого безнадежнаго конфликта. Но онъ самъ очевидно не учелъ всего вѣрнаго въ своемъ разсужденіи!}

утверждение противника)¹⁾, здѣсь сомнительно существованіе даже антиципированнаго признанія. Но, съ точки зрѣнія русскаго устава гражд. судопроизводства [ст. 480 опредѣляетъ предметъ признанія: «дѣйствительность такого *обстоятельства*»...] здѣсь на-лицо—всѣ признаки *признанія* отвѣтчика: его заявленіе 1) служить къ утверженію правъ противника, 2) *onus probandi* лежитъ на противникѣ²⁾.

Почему же не дать пріоритетъ этому признанію? Hegler говоритъ: «истица не достаточно обосновала свой искъ». Но, вѣдь, отвѣтчикъ своимъ утверженіемъ устранилъ этотъ недостатокъ иска!

Но нельзя ли возразить: признаніе освобождаетъ отъ *onus probandi* противника, т. е. восполняетъ отсутствующее *probatio*, и, пожалуй,—даже и отсутствующее *prolatio* съ его стороны. Здѣсь же, именно, мы имѣемъ наличность *prolatio* (утверженіе) противника, не совпадающее съ содержаніемъ признанія. Такимъ образомъ, признаніе получаетъ какъ бы удвоенную силу:

- 1) восполнять (отсутствующее) утверженіе противника.
- 2) *разрушать* его (наличное) утверженіе.

Мы, однако, не видимъ препятствій къ тому, чтобы расширить понятіе признанія и на эту комбинацію случаевъ. И, въ итогѣ,—при общей процессуальной платформѣ: «*onus probandi* лежитъ на противникѣ», — мы имѣемъ *признаніе* въ слѣдующихъ комбинаціяхъ:

1) Согласно утверженіе (*prolatio*) противника, предшествующее признанію (нормальный типъ признанія).

2) Согласно утверженіе (*prolatio*) противника, послѣдующее за признаніемъ (=антиципированное признаніе).

3) Полное отсутствіе утверженія (*prolatio*) противника.

4) *Противорѣчающее утверженіе* (*prolatio*) противника (=конфликтное признаніе).

Какъ же быть въ послѣднемъ случаѣ (п. 4) съ ученіемъ о силѣ признанія, съ точки зрѣнія *исключенія спора* между сторонами? Здѣсь, наоборотъ, повидимому, мы имѣемъ *про-*

¹⁾ Cp. § 258 B. C. P. O.: „Die von einer Partei behaupteten Thatsachen bedürfen insoweit keines Beweises, als sie... zugestanden sind“.

²⁾ О значеніи *утверженія* противника, какъ реквизита суд. признанія, въ теоріи и практикѣ, см. наше изслѣдованіе: „Материальное признаніе понятія судебного признанія въ гражданскомъ процессѣ“ Ж. М. Ю. 1915. № 3, стр. 107 сл.

таворъчіе въ заявленіяхъ сторонъ. Во имя чего будетъ связанъ судья такимъ признаніемъ? Замѣтимъ, что, по уставу гражд. судопр., судья не обязанъ указывать такому «спорицику» на невыгодность для него, съ точки зрѣнія закона, спора (иное — въ у. с. т.).

Поэтому, можетъ случиться, что истецъ будетъ продолжать свой «споръ» и *послѣ* учиненнаго его противникомъ признанія (т. е. благопріятнаго для него показанія).

Но есть ли на самомъ дѣлѣ здѣсь вообще *споръ*, исключаящій понятіе признанія? Мы думаемъ, что нѣтъ! Въ самомъ дѣлѣ, утвержденіе отвѣтчика (напр. я сожительствовалъ съ истицей въ іюлѣ) стоитъ не въ разрѣзъ, а вполне гармонируетъ съ окончательнымъ *требованіемъ* (*petitum*) истицы (напр., требованіе алиментовъ).

Вотъ это *согласіе* (между содержаніемъ признанія и конечнымъ просительнымъ пунктомъ — *petitum*) и достаточно для наличности *признанія*. [Конечно, — при условіи, если это признаніе входитъ по своему содержанію въ составъ правообосновывающихъ фактовъ, субстанцірующими данное признание].

Изобразимъ это такой схемой.

[*a, b, c...* изображаютъ правообосновывающіе факты, напр., фактъ сожительства и пр.; *X* == претензія истица, напр., о присужденіи алиментовъ. *поп — a, поп — b...* = утвержденія истица, не согласныя съ *a, b, c...*].

Предположимъ, что истецъ несетъ *onus probandi*:

$$a + b + c = X.$$

И вотъ, истецъ утверждаетъ:

$$\text{поп} - a, \text{ поп} - b, \dots = X.$$

А отвѣтчикъ утверждаетъ:

$$a + b + c = \text{поп} - X.$$

Здѣсь есть «споръ» въ томъ обывательскомъ смыслѣ, что *поп — a, поп — b* несовмѣстимы съ *a, b...* Но здѣсь есть полное *согласіе* между истцомъ и отвѣтчикомъ, такъ какъ показаніе отвѣтчика надо сравнивать не съ *поп — a, поп — b...*

а съ *X* (*petitum*); и такъ какъ эти *a, b...* способны служить «къ утверженію правъ противника», т. е. *X*, то мы имѣемъ, именно, *согласное* заявленіе сторонъ, которое рождаетъ признаніе.

Здѣсь, такимъ образомъ, пѣтъ *спора* между сторонами, какъ и въ томъ случаѣ, если отвѣтчикъ, признавая *a, b...*, не признавалъ бы *X* (здѣсь мы имѣемъ «признаніе факта», а не «призваніе притязанія»). Сдѣлать выводъ изъ *a, b, c...* къ *X* есть задача судьи, разрѣшающаго дѣло.

Такимъ образомъ, если истецъ отвергаетъ *a, b, c...*, но утверждаетъ *X*, а отвѣтчикъ утверждаетъ *a, b, c...*, но отвергаетъ *X*, мы имѣемъ все же то согласіе между сторонами, которое требуется для понятія признанія ¹⁾.

Такія признанія связываютъ судью: они «исключаютъ дальнѣйшія доказательства».

Наше построеніе можетъ натолкнуться на нѣкоторыя возраженія. Можетъ показаться, будто мы оказываемъ больше строгости по адресу отвѣтчика (признаніе), чѣмъ по адресу истца (недостаточное обоснованіе иска)! А между тѣмъ, ясно, что истецъ также долженъ нести отвѣтственность за свои слова. «Et ante debet rem diligenter explorare et tunc pro-ferte ad actionem». Тѣмъ болѣе, что, вѣдь, на немъ лежитъ оупъ *probandi*! Отвѣтчикъ же, который тяжести доказыванія не несетъ, вдругъ выдвигается жертвой своего малѣйшаго увушенія. Казалось бы, на комъ лежитъ бременъ *доказыванія* (я утверженія), на томъ должна лежать и большая отвѣтственность!

Мы полагаемъ, однако, что задача судьи — установить *правдоподобность притязанія* истца. Установленіе фактовъ, проверка доказательствъ и т. п., — все это не имѣетъ самоцѣли, а есть средство для разрѣшенія указанной главной задачи суда: удовлетворить или отказать въ искѣ. Для сего суду и дается сторонами процессуальный матеріалъ. Суду важно для удовлетворенія иска имѣть благопріятныя для сего матеріалы, — *vis rivalis, quibus ab utroque тяжущихся онъ представленъ ни болѣе*: истцомъ, доказывающимъ соответствующіе факты, или отвѣтчикомъ, сдѣлавшимъ соответствующую дѣятельность истца излишней. Посему судъ, присудивъ, напр., истцу алименты

¹⁾ Научныя предположенія этого положенія см. въ *выше* статьѣ: «Формы спора и исцеларствія въ гражданскомъ процессѣ». Юрид. Вѣстникъ. 1914, кн. IV—V.

на основаніи показанія *ответчика* о срокѣ сожительства, тѣмъ самымъ постановить вполнѣ правосудное рѣшеніе. И ему никто не можетъ сдѣлать упрека въ неправосудіи. Истица—потому, что она выиграла процессъ. Ответчикъ—потому, что онъ виновникъ судебного рѣшенія и «*de se quaesi debet*». Судья резонно можетъ сказать: «Истица требовала алименты, и ея претензія находитъ себѣ обоснованіе въ томъ процессуальномъ матеріалѣ, который ввелъ въ процессъ ответчикъ. Дѣятельности же истца я не придаю рѣшающаго значенія, въ виду поведенія ответчика».

Здѣсь возникаетъ новое недоумѣніе. Имѣемъ ли мы въ разсматриваемой комбинаціи случаевъ *признаніе* въ техническомъ смыслѣ слова (неопровержимое, согласно ст. 481 у. г. с.)? Какъ истица, такъ и ответчикъ (въ нашемъ примѣрѣ) давали показанія о своихъ *личныхъ* дѣйствіяхъ. И, однако, истица только «недостаточно обосновала свой искъ», а ответчикъ—учинилъ признаніе, да еще (въ силу ст. 481) абсолютно безповоротное!

Есть ли здѣсь справедливое равенство сторонъ? Почему истица можетъ исправить свое показаніе, а ответчикъ—нѣтъ?

Мы полагаемъ, что если ответчикъ дѣлаетъ свое «конфликтное признаніе», наступаютъ всѣ законныя послѣдствія признанія, ибо законъ не различаетъ нѣсколько видовъ признаній съ различной доказательной силой.

Равноправіе сторонъ и справедливость этимъ не нарушаются. При создавшемся положеніи наступаетъ очередь за энергичнымъ вмѣшательствомъ суда, который имѣетъ несомнѣнное право *матеріальнаго руководства* процессомъ. [Это совершенно неосновательно оспариваетъ *Е. Васильевскій*. Учебникъ, § 28] ¹⁾.

И вотъ, при наличности указанной комбинаціи заявленій сторонъ (когда истица «споритъ», а ответчикъ «признаетъ»), судъ долженъ (не разъясняя юридическаго значенія того или иного показанія)—задать вопросъ истицѣ,—настаиваетъ ли она на своемъ показаніи, и какъ она вообще полагаетъ уст-

¹⁾ Предвѣдатель прекращаетъ словесное состязаніе, когда онъ найдетъ, что дѣло достаточно разъяснено* (ст. 338), судъ имѣетъ право разспросить стороны (ст. 335, 335¹, 401; ср. ст. 361 ст. ред.) и даже имѣетъ право требова въ личной явки стороны (такая обязанность ст. 345¹, 2, 719, 719¹).

ранить противорѣчіе въ своихъ показаніяхъ съ показаніями противника.

Замѣтимъ, что такого рода разспросы суда отнюдь не будутъ сводиться къ «склоненію тяжущихся къ признанію»,— функция, чуждая суду. Судъ здѣсь лишь руководитъ словеснымъ состязаніемъ, вплоть до «достаточнаго разъясненія дѣла». И этимъ достигается принципъ матеріальной справедливости, обусловленной равенствомъ сторонъ.

Если теперь истица *подтвердитъ* заявленіе отвѣтчика (т. е. сожительство въ законный срокъ беременности),—а къ этому она можетъ прійти, именно, въ результатъ напоминанія отвѣтчика,—то она устранитъ свое «недостаточное обоснованіе иска», и справедливость будетъ торжествовать.

Предположимъ теперь, что истица *настаиваетъ на своемъ прежнемъ показаніи* (т. е. на сожительствѣ внѣ законнаго срока беременности). Мы полагаемъ, что тѣмъ самымъ она въ свою очередь (теперь впервые!) учиняетъ *признаніе*, въ техническомъ смыслѣ слова, и оно будетъ превалировать передъ признаніемъ отвѣтчика, и окончательно рѣшитъ судьбу процесса.

Насъ не должна удивлять такая метаморфоза. Въ самомъ дѣлѣ, съ того момента, когда отвѣтчикъ учинилъ признаніе, соответствующее обстоятельство считается *установленнымъ* и можетъ быть опровергнуто имъ лишь путемъ *противоположенія* (при наличности еще другихъ условій). Иначе говоря, *onus probandi* (сожительство внѣ срока беременности) переходитъ теперь на признавашагося отвѣтчика. Такимъ образомъ, первый, процессуальный, реквизитъ понятія признанія—налицо: съ этой точки зрѣнія, признаніе истицей можетъ быть учинено. Но—налицо и другой, матеріально-правовой, реквизитъ признанія: *убѣдительность* признаваемаго факта для истицы (сожительство внѣ законнаго срока беременности исключаетъ ея претензію на алименты).

Это признаніе истицы, вступающее въ конфликтъ съ признаніемъ отвѣтчика, *окончательно устанавливаетъ спорное отношеніе*. [Дальнѣйшее настаиваніе отвѣтчика на своемъ заявленіи уже будетъ простымъ повтореніемъ имъ сказаннаго, а потому не можетъ имѣть самостоятельнаго значенія].

Такое рѣшеніе вопроса, какъ видимъ, спасаетъ отвѣтчика, а вмѣстѣ съ тѣмъ избавляетъ и насъ отъ возможнаго упрека

въ томъ, что наше учение могло бы нарушить «равенство сторонъ».

Намъ остается разсмотрѣть тотъ случай, когда истецъ предъявитъ искъ съ недостаточнымъ обоснованіемъ его, а отвѣтчикъ пожелаетъ обсуждать такого рода заявленіе, какъ (безповоротное) признаніе истца. Напр., отвѣтчикъ по иску объ алиментахъ подтверждаетъ, что онъ дѣйствительно сожительствовалъ съ истицей въ такомъ-то мѣсяцѣ, какъ и она утверждаетъ, но въ то же время онъ указываетъ на то, что этотъ мѣсяцъ выходитъ изъ законнаго срока беременности. Если теперь истица пожелаетъ исправить свое неудачное утверженіе, т. е. готова будетъ доказать, что сожителство имѣло мѣсто позднѣе, можемъ ли мы отказать ей въ такомъ начинаніи?

Въ австрійской юриспруденціи этотъ вопросъ возбуждаетъ особенныя сомнѣнія и затрудненія, въ виду § 178 австр. С. Р. О. Эта норма положительно требуетъ отъ сторонъ *правдивости* въ показаніяхъ. «Каждой сторонѣ надлежитъ въ ея заявленіяхъ полно и опредѣленно показывать *по правдѣ* (der Wahrheit gemäss) всѣ необходимыя въ отдѣльномъ случаѣ для обоснованія ея требованій фактическія утвержденія».

Иначе говоря, стороны не могутъ по своему произволу выставлять любыя утвержденія. Такъ же мало онѣ могутъ брать ихъ обратно, по своему произволу¹⁾. Иначе, само правило § 178 было бы иллюзорно!

Такое учение получило у австрійскихъ ученыхъ и теоретическое обоснованіе. Такъ, R. Pollak, ук. с. 23, v. Canstein, Rationelle Grundlagen, 14 и другіе процессуалисты, вѣдѣя за ученіемъ «общаго права»: «testes et instrumenta producendo fiunt communia», выставляютъ такой принципъ гражданскаго процесса. Всякое показаніе, сообщенное противной сторонѣ для объясненія, съ этого момента дѣлается *общимъ для сторонъ процессуальнымъ матеріаломъ* (Prozessstoff) и потому не подлежитъ одностороннему распоряженію автора этого показанія²⁾.

1) R. Pollak. Zur Lehre von der Stoffsammlung, 21. Ein we. System. I, 414. Но здѣсь авторъ дозволяетъ взятіе обратно своего утвержденія, если „die Behauptung wenigstens *subjektiv* unrichtig ist“, и объективно еще не установлено, какъ правильное.

2) R. Pollak. Zur Lehre... 23: „Die vorgebrachte That-sachenbehauptung ist durch ihre Vorbringung *Prozessstoff* geworden, den das Gericht nur beachten muss“.

«Gemeinschaft gesetzte und mitgetheilte Prozesshandlung» не допускаетъ свободнаго взятія его обратно¹⁾ 2).

На почвѣ этого ученія, конечно, не можетъ удержаться различіе между «недостаточнымъ обоснованіемъ» и «признаніемъ». То и другое составляетъ часть «Prozessstoff», и на равныхъ началахъ безповоротно.

Съ точки зрѣнія русскаго права, нѣтъ никакихъ затрудненій къ удержанію практическаго значенія различенія указанныхъ понятій.

Конечно, скрытымъ постулатомъ и нашего процесса является требованіе *говорить правду*, но изъ этого общаго требованія нельзя дѣлать конкретнаго вывода о неопровержимости *каждаго* показанія³⁾. Ст. 333 у. г. с., указывающая на предѣлы допустимости *исправленій* своихъ показаній, не служитъ къ опроверженію нашего положенія, ибо она имѣетъ въ виду лишь дать болѣе опредѣлительное содержаніе ст. 332, запрещающей увеличивать свои *требованія*, измѣнять ихъ по существу или предъявлять новыя требованія. Только признанія (ст. 481 у. г. с.) обложены санкціей неопровержимости, но и эта сила, какъ мы знаемъ, не обязана тому теоретическому соображенію, что стороны должны «говорить правду», или показаніе тяжущагося дѣлается «общимъ достояніемъ» обѣихъ сторонъ. Конечно, и взятое обратно показаніе или доказательство оставляетъ послѣ себя замѣтный слѣдъ при оцѣнкѣ судомъ всего состязательнаго матеріала. Если истица показала, что сожительствовала съ отвѣтчикомъ въ мѣсяцъ, выходящемъ за критическій періодъ беременности, использование отвѣтчикомъ этого обстоятельства и даже личное сужденіе суда (при отсутствіи спора отвѣтника) можетъ повлечь за собой

1) v. Canstein, Rat. Gr., 14. Выраженіями этой общности являются: сообщенное некое прошеніе (или апелл. жалоба) не можетъ быть взято обратно. Сдѣланное суд. признаніе неопровержимо и т. д.

2) F. Schricka. Grundriss des Civilprozess-rechts. Leipzig, 1909, стр. 193. Т. к. § 179 С. Р. О. позволяетъ каждой сторонѣ вплоть до конца судебного состязанія представлять новыя доказательства, то вѣстнее держаться начала общности доказательныхъ средствъ. Однако, Д. С. Р. О. установило „Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel“ для документовъ, свидѣтелей и экспертовъ. Рѣшающій моментъ: 1. Документы—*представляете ли* (§ 302 С. Р. О.). 2. Свидѣтели: *яко же въ вопросу* (§ 345). 3. Эксперты—*началъ ли вопроса, или яко* (§ 363).

3) Къ тому же, во имя той же *материальной истины* логично можно было бы придти къ обратному выводу: припциальному признанію *при исправленіи* разд. сдѣланныхъ признаній!

крушеніе ея исковой претензіи, даже послѣ того, какъ она попытается исправить свою ошибку. Правда, уставъ гражд. судопр. не причисляетъ собственное (безприсяжное) показаніе стороны къ «доказательствамъ». Но логика сильнѣе закона, и судья, который принимаетъ въ соображеніе «всѣ приведенныя по дѣлу обстоятельства» и опредѣляетъ, «по убѣжденію совѣсти, значеніе и силу доказательствъ» (ст. 129), несомнѣнно, при оцѣнкѣ представленныхъ доказательствъ, учтетъ, въ случаѣ сомнѣній и колебаній, и взятое обратно (по не достаточно ею опровергнутое) показаніе истицы.

Но это нисколько не опровергаетъ всего сказаннаго нами выше, ибо мы проводимъ границу не между «недостаточнымъ обоснованіемъ» требованія и «доказательствомъ», а — между «недостаточнымъ обоснованіемъ» и *судебнымъ признаніемъ*. А разница между доказательствомъ и признаніемъ весьма велика! Доказательство имѣетъ силу во имя матеріальной истины и дѣйствуетъ лишь постольку, поскольку убѣждаетъ судью, а признаніе имѣетъ силу во имя процессуальныхъ удобствъ судопроизводства и дѣйствуетъ, независимо отъ убѣжденія судьи. Доказательство можетъ быть обезсилено противодоказательствами, а суд. признаніе — лишь «опроверженіемъ», въ узкихъ рамкахъ, очерченныхъ закономъ (ст. 481).

Правительствующему сенату, впрочемъ, чужды такія различія. Въ кас. рѣш. 1914 № 84 онъ высказалъ: «Всѣ доказательства, документы и заявленія, представленные одною стороною, могутъ служить и основаніемъ для огражденія правъ другой стороны (рѣш. 1900 г. № 84, 1880 г. № 272). Это начало проведено во многихъ правилахъ главы IX устава гр. суд. о доказательствахъ (ст.ст. 440, 442, 444) и, въ частности, въ отношеніи актовъ и всѣхъ бумагъ, въ томъ числѣ и подаваемыхъ прошеній; это прямо выражено въ ст.ст. 478 и 479 уст. гр. суд. При такомъ положеніи тяжущихся сторонъ въ процессѣ и суда, рѣшающаго тяжбу, слѣдуетъ признать безспорнымъ, что никакое прошеніе, поданное одною стороною и поступившее въ судъ, по устраненіи тѣхъ формальныхъ недостатковъ, которые препятствовали... его движенію, не можетъ быть возвращено сторонѣ, его подавшей, если другая тяжущаяся сторона возражаетъ противъ такого возвращенія, утверждая, что прешеніе это служитъ къ огражденію ея правъ. Само собою разумѣется, что при такихъ

условіяхъ возвращеніе такого прошенія по односторонней просьбѣ одного тяжущагося впредь до окончанія тяжбы было бы *прямымъ нарушеніемъ правъ противной стороны*».

Эти разсужденія неубѣдительны. Заявленія стороны адресуются *судь* (*judici fit probatio*), и отсюда «правъ» у противника родиться не можетъ. Безповоротность процессуальнаго дѣйствія можетъ быть установлена въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ судомъ, въ уваженіе процессуальныхъ *интересовъ* противника, для охраны его отъ шиканы другой стороны¹⁾. Но отсюда—еще весьма далеко до общаго огульнаго признанія какихъ-то «благопріобрѣтенныхъ правъ»-у стороны!

Ссылка сената на ст. 440, 442, 444 у. г. с. безсодержательна. Эти статьи говорятъ, что тяжущійся можетъ использовать въ свою пользу содержаніе документовъ, представленныхъ противной стороной. Но сохраняетъ ли онъ это право и въ томъ случаѣ, если документы будутъ *взяты обратно*,—объ этомъ статьи эти ничего не говорятъ, и это надо еще доказать! Аргументъ сената: «*это прямо выражено въ ст.ст. 478 и 479 уст. гр. суд.*»—обличаетъ смѣшеніе понятій: доказательная сила акта и безповоротность признанія. Мы выше предостерегали отъ этой роковой ошибки. Ст. 479 и сл. говорятъ о силѣ *судебнаго признанія*, а ст. 478 замыкаетъ собой самостоятельный отдѣлъ: «сила письменныхъ доказательствъ» и гласитъ такъ: «Акты, представленные на судъ одной стороною, могутъ служить доказательствомъ и въ пользу другой, хотя бы сторона, представившая актъ, впоследствии отъ него отказалась или просила считать его недействительнымъ, если только актъ сей въ подлинности своей не заподозрѣнъ».

Эта статья какъ разъ подтверждаетъ то, что мы говоримъ, и опровергаетъ теорію сената. Она придаетъ содержанію письменнаго акта, представленнаго стороною, силу простого *доказательства*. А это послѣднее, какъ извѣстно, обсуждается, въ отношеніи силы и преимущества передъ другими доказательствами, по свободному усмотрѣнію суда (ст. 459). Какъ всякое доказательство, оно свободно можетъ быть опровергаемо стороною, представившею этотъ актъ, и внѣ ограничитель-

¹⁾ См. нашу статью: „Судъ правый, милостивый“. Юрид. Вѣстникъ, кн. X (1915).

ныхъ условий ст. 481! Поэтому, сваливать въ одну кучу ст. 478 и ст. 479 недопустимо, безъ искаженія законодательной мысли¹⁾.

На основаніи вышеизложеннаго, мы приходимъ къ выводу, что въ нашемъ уставѣ гр. суд. нѣтъ нормы, изъ которой мы могли бы вывести постулатъ неопровержимости *каждаго* показанія. Наоборотъ, допущеніе исправленія стороною ея показаній должно быть нами признано, въ качествѣ общаго правила. Отъ этого существенно не могутъ пострадать интересы ея противника: вѣдь, она продолжаетъ нести *onus probandi!*

Т. М. Яблочковъ.

¹⁾ Да и ст. 478 не имѣетъ никакого отношенія къ тому вопросу, который обсуждался сенатомъ въ к. р. 1914 г. № 84. Ст. 478, очевидно, имѣетъ въ виду акты распоряженія, напр. договорные акты, а отнюдь не акты заявленія, которые, будучи выражены въ словесной формѣ, распались бы на рядъ самостоятельныхъ заявленій, не объединенныхъ единствомъ документа, и, съ этой точки зрѣнія, несостоятельность ученія сената дѣлается очевидной.