ОПЫТЪ

КОММЕНТАРІЯ

ОПЫТЪ
КОММЕНТАРІЯ
КЪ УСТАВУ
ГРАЖДАНСКАГО СУДОПРОИЗВОДСТВА

К. Анненкова

ВТОРОЕ ИЗДАНІЕ, ИСПРАВЛЕННОЕ И ДОПОЛНЕННОЕ.

ТОМЪ II.

О доказательствахъ.

С.-ПЕТЕРБУРГЪ.
Типографія М. М. Стасюлевича. В. О., 2 л., 7.
1887.

(1414)

ОТДѢЛЪ II.

Порядокъ производства дѣлъ въ окружныхъ судахъ.

ГЛАВА II.

О доказательствахъ.

ПРЕДВАРИТЕЛЬНЫЯ ЗАМѢЧАНІЯ.

Согласно помѣченному мной въ началѣ второго отдѣла порядку изложенія, я долженъ приступить къ разсмотрѣнію правилъ устава о доказательствахъ. Бросая предварительно общій взглядъ на постановленія устава о доказательствахъ въ ихъ совокупности, я считаю нужнымъ остановиться сперва на разсмотрѣніи самой системы, въ которой размѣщены и изложены въ уставѣ постановленія о тѣхъ или другихъ видахъ доказательствъ въ отдѣльности.

Составители уставовъ считали необходимымъ раздѣлить постановленія о доказательствахъ на двѣ главы, изъ которыхъ только первая глава, заключающая въ себѣ правила о показаніяхъ свидѣтелей, о дознаніи черезъ окольныхъ людей, о письменныхъ доказательствахъ, о признаніи и о присягѣ, носитъ названіе—„о доказательствахъ“; вторая же глава, въ которой говорится объ осмотрѣ на мѣстѣ и о заключеніи свѣдущихъ людей, названа главой „о повѣркѣ доказательствъ“. Конечно, если бы дѣло заключалось только въ различіи въ названіяхъ главъ, заключающихъ въ себѣ правила о доказательствахъ, то собственно объ отнесеніи постановленій объ осмотрѣ на мѣстѣ и заключеніи свѣдущихъ людей не къ первой, а второй главѣ, не стоило и говорить; но, дѣло въ томъ, что изъ разсужденій, на которыхъ основано раздѣленіе правилъ устава о доказательствахъ, ясно видно, что составители уставовъ, относя послѣдніе два вида доказательствъ къ производству о повѣркѣ доказательствъ, вовсе исключили ихъ изъ числа тѣхъ доказательствъ, которыми бы стороны процесса въ правѣ были пользоваться наравнѣ съ прочими доказательствами, указанными въ законѣ, какъ средствомъ обнаруженія передъ судомъ фактовъ, служащихъ основаніемъ спору. Какое же собственно основаніе приводятъ составители уставовъ къ подобному исключенію изъ числа доказательствъ осмотра на мѣстѣ и заключенія свѣдущихъ людей? Въ разсужденіяхъ, помѣщенныхъ въ изданіи государственной канцеляріи (изд. 2, стр. 257), мы читаемъ слѣдующее: „личный осмотръ и заключеніе свѣдущихъ людей, не составляя сами по себѣ доказательства въ строгомъ смыслѣ сего слова, имѣютъ одну цѣль: развить убѣжденіе судьи о матеріальной сторонѣ дѣла до степени достовѣрности. И въ томъ и въ другомъ

дѣйствіи выходитъ наружу совокупность всѣхъ представленныхъ сторонами доказательствъ". Итакъ, по мнѣнію составителей уставовъ, основаніемъ къ исключенію осмотра на мѣстѣ и заключенія свѣдущихъ людей изъ числа доказательствъ должно служить собственно то обстоятельство, что дѣйствія эти имѣютъ одну цѣль: развить убѣжденіе судьи о матеріальной сторонѣ дѣла до степени достовѣрности—это одно основаніе, а другое основаніе, заставившее составителей уставовъ отнести эти дѣйствія не къ доказательствамъ, а къ способамъ повѣрки доказательствъ, какъ это также видно изъ разсужденій, помѣщенныхъ въ изданіи государственной канцеляріи, заключалось въ томъ, что въ уставѣ торговомъ правила объ осмотрѣ на мѣстѣ и о заключеніи свѣдующихъ людей изложены не въ главѣ о доказательствахъ, а въ особой главѣ о повѣркѣ доказательствъ. Что это послѣднее основаніе ни въ какомъ случаѣ не можетъ быть признано убѣдительнымъ, то объ этомъ и говорить нечего, потому что торговый уставъ самъ по себѣ никакъ не можетъ быть признанъ законоположеніемъ, могущимъ имѣть какой-либо авторитетъ. Нисколько, впрочемъ, не болѣе убѣдительнымъ должно оказаться и первое основаніе, вслѣдствіе того, что цѣль осмотра на мѣстѣ и заключенія свѣдущихъ людей—„развить убѣжденіе судьи о матеріальной сторонѣ дѣла до степени достовѣрности", какъ говорятъ составители уставовъ, присуща, какъ мы сейчасъ увидимъ, въ равной мѣрѣ всѣмъ родамъ доказательствъ, указаннымъ въ уставѣ, а не только осмотру на мѣстѣ и заключенію свѣдущихъ людей.

Подъ доказательствомъ вообще наука разумѣетъ извѣстнаго рода опредѣленныя средства, ведущія къ обнаруженію и утвержденію передъ судомъ извѣстныхъ фактовъ, послужившихъ основаніемъ спору, или вообще средства, ведущія къ открытію передъ судомъ по возможности матеріальной истины, поскольку разумѣется, достиженію этой цѣли не препятствуютъ или постановленія права матеріальнаго о предустановленныхъ доказательствахъ, или воля сторонъ въ тѣхъ случаяхъ, когда онѣ имѣютъ право свободнаго распоряженія объектомъ спора. Такое же приблизительно опредѣленіе понятію доказательства даетъ и нашъ профессоръ Малышевъ, доказательствомъ чему служитъ слѣдующее мѣсто его разсужденій о значеніи доказательствъ: „юридическая теорія доказательствъ должна основываться на общихъ началахъ логики и имѣть въ виду реальную правду въ охраненіи гражданскихъ отношеній (Курсъ гражд. суд., изд. 2, т. 1, стр. 290). Изъ этого разсужденія нельзя, кажется, не вывести то заключеніе, что, и по мнѣнію Малышева, цѣль доказательства должна заключаться въ обнаруженіи передъ судомъ по возможности матеріальной истины. Гольмстенъ, въ его рецензіи на настоящій опытъ комментарія, напротивъ, находитъ включеніе этого признака въ опредѣленіе понятія доказательства неправильнымъ и ненаучнымъ, вслѣдствіе того, что судъ гражданскій можетъ имѣть дѣло только съ истиной формальной, а никакъ не матеріальной (Журн. гражд. и угол. пр. 1880 г., кн. 3, стр. 132). Изъ того обстоятельства, что въ гражданскомъ дѣлѣ усмотрѣніе суда должно въ многомъ ограничиваться волей сторонъ въ отношеніи констатированія фактовъ спора нельзя, какъ мнѣ кажется, выводить общаго заключенія, чтобы судъ гражданскій и вообще обязанъ былъ имѣть въ виду достиженіе только формальной, а не матеріальной истины, тѣмъ болѣе, что при такомъ взглядѣ на обязанности суда потерялъ бы всякое значеніе выдвигаемый новѣйшей юриспруденціей чрезвычайно плодотворный принципъ индивидуализаціи рѣшенія,—принципъ, заключающійся, по совершенно справедливому замѣчанію хроникера Юридическаго Вѣстника, въ томъ, чтобы рѣшеніе суда по возможности соотвѣтствовало дѣйствительнымъ обстоятельствамъ каждаго дѣла, т.-е. чтобы оно было внутренне справедливо, а не только правильно съ точки зрѣнія строгаго формальнаго права (Юрид. Вѣст. 1879 г., стр. 399).

Понятно, что при данномъ мной опредѣленіи понятія доказательства, цѣль всякаго доказательства именно въ томъ и состоитъ, чтобы такъ или иначе подѣйствовать на убѣжденіе судьи, чтобы, демонстрируя передъ нимъ тѣмъ или другимъ путемъ извѣстные факты, развить въ немъ убѣжденіе въ существованіи этихъ фактовъ, составляющихъ матеріальную сторону дѣла. Поэтому-то, если принимать во вниманіе только цѣль, которой можно достигнуть посредствомъ производства осмотра на мѣстѣ или истребованія заключенія отъ свѣдущихъ людей, то дѣйствія эти, ни въ какомъ случаѣ, невозможно исключать изъ числа доказательствъ. Если же составители уставовъ и видятъ въ этихъ дѣйствіяхъ не болѣе какъ только дѣйствія, служащія средствомъ къ повѣркѣ доказательствъ, то развѣ на томъ основаніи, что они, при опредѣленіи понятія доказательства, отождествили это понятіе съ обстоятельствами дѣла? Въ разсужденіяхъ, помѣщенныхъ въ изданіи государственной канцеляріи (изд. 2, стр. 203), говорится: „подъ именемъ доказательства, въ строгомъ смыслѣ этого слова, обыкновенно подразумѣваются приведенныя сторонами, въ подтвержденіе своихъ требованій, обстоятельства, обнаруживающія истину или достовѣрность какого-либо дѣйствія". Само собой разумѣется, что такое смѣшеніе столь разнородныхъ понятій, какъ понятіе доказательства и обстоятельства дѣла, до такой степени представляется абсурднымъ, что усмотрѣть это можетъ каждый, хотя сколько-нибудь знакомый съ юридической наукой вообще и съ ученіемъ о доказательствахъ въ частности. Доказательство—это путь или средства, съ помощью которыхъ только и возможно обнаруженіе обстоятельствъ дѣла; самыя же обстоятельства дѣла, безъ употребленія этихъ средствъ, сами по себѣ не имѣютъ, безъ сомнѣнія, никакой доказательной силы. Наука права относитъ вообще и безразлично всѣ средства, ведущія къ обнаруженію матеріальной истины или средства, ведущія къ убѣжденію судьи въ существованіи фактовъ, служащихъ основаніемъ спору, къ числу доказательствъ, не исключая ни осмотра на мѣстѣ, ни заключенія свѣдущихъ людей. Если и есть какое-либо различіе между этими послѣдними способами обнаруженія истины и другими доказательствами, то различіе это обнаруживается развѣ только въ томъ, что посредствомъ этихъ дѣйствій и, преимущественно, посредствомъ осмотра на мѣстѣ, судъ имѣетъ возможность прямѣе и непосредственнѣе достигнуть обнаруженія истины, чѣмъ при другихъ средствахъ доказыванія—и только, потому что судья, производя самъ лично осмотръ, имѣетъ возможность непосредственно propriis sensibus убѣдиться въ положеніи вещей, между тѣмъ, какъ при другихъ способахъ доказательства судья доходитъ до обнаруженія истины посредственно, и не иначе, какъ путемъ болѣе или менѣе длиннаго ряда умозаключеній и выводовъ, восходя постепенно отъ неизвѣстнаго къ извѣстному и вѣроятному.

Въ силу этихъ соображеній нельзя, кажется, не придти къ тому окончательному выводу, что осмотръ на мѣстѣ и заключеніе свѣдущихъ людей должны быть, наравнѣ съ другими средствами обнаруженія истины, въ отношеніи матеріальной стороны дѣла, прямо отнесены къ числу доказательствъ; а затѣмъ, если что́ и можно относить къ повѣркѣ доказательствъ, то развѣ только правила устава о повѣркѣ письменныхъ доказательствъ, какъ правила, дѣйствительно опредѣляющія только способы, посредствомъ которыхъ судъ можетъ провѣрить правильность другихъ, представленныхъ сторонами, самостоятельныхъ доказательствъ, въ случаѣ возникновенія спора о силѣ и значеніи ихъ. Въ указанномъ мной смыслѣ на значеніе осмотра на мѣстѣ, какъ доказательства, высказался и сенатъ въ рѣшеніи по дѣлу Швебига (рѣш. 1873 г., № 1639), въ которомъ сенатъ объяснилъ, что осмотръ на мѣстѣ можетъ быть допускаемъ и какъ самостоятельное доказательство, и что въ томъ случаѣ, когда осмотръ представляется, вмѣстѣ съ тѣмъ, единственнымъ

доказательствомъ, могущимъ служить средствомъ къ обнаруженію истины, судъ не въ правѣ отказать въ производствѣ осмотра. Нельзя не сочувствовать въ этомъ случаѣ вполнѣ правильному и согласному съ духомъ судебныхъ уставовъ взгляду сената на значеніе осмотра на мѣстѣ, какъ доказательства. Тѣмъ болѣе, конечно, на основаніи соображеній сената, высказанныхъ въ приведенномъ рѣшеніи, должно быть отнесено къ числу доказательствъ и заключеніе свѣдущихъ людей. Да и, наконецъ, нельзя также не замѣтить, что и сами составители уставовъ, относя осмотръ на мѣстѣ и заключеніе свѣдущихъ людей къ дѣйствіямъ, клонящимся только къ повѣркѣ доказательствъ и исключая ихъ, такимъ образомъ, изъ числа самостоятельныхъ доказательствъ, были далеко не вполнѣ послѣдовательны, потому что въ мировомъ уставѣ эти же самыя дѣйствія не выдѣлены ими въ особую главу, а помѣщены просто въ главѣ о доказательствахъ, на ряду съ прочими видами доказательствъ. Изъ нашихъ процессуалистовъ Малышевъ (Курсъ гражд. суд., изд. 2, т. I, стр. 280) и Владиміровъ (Ученіе объ угол. доказат., кн. 2, стр. 360) осмотръ на мѣстѣ и заключеніе свѣдущихъ людей также относятъ къ доказательствамъ, а не къ способамъ повѣрки доказательствъ; Гольмстенъ же, напротивъ, относитъ къ доказательствамъ только заключеніе свѣдущихъ людей, а осмотръ на мѣстѣ къ способамъ повѣрки доказательствъ, на томъ основаніи, что въ осмотрѣ на мѣстѣ, по мнѣнію Гольмстена, доказательствомъ должны служить самыя вещи, подлежащія осмотру, а не самый осмотръ (Учеб. гражд. суд., стр. 158), съ каковымъ положеніемъ, въ виду только что сказаннаго по поводу значенія осмотра на мѣстѣ, какъ доказательства, согласиться нельзя.

Кромѣ того, въ отношеніи системы, въ которой размѣщены въ уставѣ правила о различныхъ родахъ доказательствъ, я не могу не замѣтить, что порядокъ изложенія, принятый уставомъ, нельзя даже назвать системой, какъ не удовлетворяющій, собственно говоря, ни одной какой-либо научной системѣ развитія ученія о доказательствахъ. Такъ, напр., Бонье, въ его извѣстномъ трактатѣ о доказательствахъ, раздѣляетъ всѣ способы доказательствъ на три категоріи и въ основаніе такого раздѣленія полагаетъ степень очевидности и непосредственности, съ которой тотъ или другой способъ доказательства воспринимается судьей и ведетъ къ открытію истины. Поэтому, къ первой категоріи онъ относитъ осмотръ на мѣстѣ, посредствомъ котораго судья лично и непосредственно убѣждается въ извѣстномъ положеніи вещей, и заключеніе свѣдущихъ людей, какъ способъ доказательства вспомогательный, восполняющій непосредственный опытъ судьи. Ко второй категоріи Бонье относитъ такіе способы обнаруженія истины, посредствомъ которыхъ судья убѣждается въ существованіи извѣстныхъ фактовъ не непосредственно, а только на основаніи свидѣтельства другихъ, т.-е. или свидѣтельства самихъ сторонъ процесса, или свидѣтельства лицъ постороннихъ, никакого участія въ спорѣ не принимающихъ. На этомъ основаніи ко второй категоріи онъ относитъ признаніе, присягу и показанія свидѣтелей въ обширномъ значеніи этого способа доказательства, такъ что къ этой категоріи относится и способъ доказательства посредствомъ дознанія черезъ окольныхъ людей. Эти способы доказательства Бонье называетъ способами простыми въ противоположность предустановленнымъ доказательствамъ, къ которымъ онъ относитъ разнаго рода письменныя доказательства и которыя онъ включаетъ также во вторую категорію. Къ третьей же категоріи онъ относитъ только презумпціи (Traité des preuves, изд. 4, т. I, стр. 26).

При такой системѣ размѣщенія отдѣльныхъ видовъ доказательствъ по категоріямъ лучше можно уразумѣть значеніе каждаго способа доказательства. Способъ доказательства каждой послѣдующей категоріи представляется

менѣе совершеннымъ и съ меньшей вѣроятностью ведетъ къ обнаруженію истины сравнительно съ однимъ изъ способовъ категоріи предъидущей.

Безъ сомнѣнія, лучше было бы въ теоретическомъ отношеніи разработать отдѣлъ нашего устава о доказательствахъ по какой-либо научной системѣ, такъ какъ, всякая система строится обыкновенно на какомъ-либо логическомъ основаніи; но это повело бы къ такой перетасовкѣ отдѣльныхъ постановленій, что въ практическомъ отношеніи я считаю болѣе цѣлесообразнымъ комментировать правила устава объ отдѣльныхъ видахъ доказательствъ въ томъ порядкѣ, въ которомъ они изложены въ самомъ уставѣ. Нельзя, впрочемъ, сказать, чтобы именно только нашъ уставъ страдалъ такимъ отсутствіемъ какой-либо системы въ размѣщеніи правилъ объ отдѣльныхъ видахъ доказательствъ. Уставъ французскій, при изложеніи постановленій о различныхъ способахъ доказательствъ, также не придерживается какой-либо опредѣленной системы; напротивъ, въ немъ излагаются правила о доказательствахъ исключительно въ видахъ практическихъ удобствъ по соображенію съ тѣмъ, какой изъ способовъ доказательствъ наиболѣе употребителенъ въ практикѣ. На этомъ основаніи въ уставѣ французскомъ излагаются сперва правила о письменныхъ доказательствахъ, затѣмъ, правила о показаніяхъ свидѣтелей и проч. Кажется, что тѣми же самыми преимущественно практическими соображеніями руководствовались и составители нашихъ уставовъ при изложеніи правилъ о доказательствахъ, принявъ во вниманіе бо̀льшую или меньшую употребительность того или другого способа доказательства. Согласно тому, что наше матеріальное гражданское право, какъ мы увидимъ ниже, допускаетъ сравнительно болѣе широкій просторъ употребленію, какъ доказательства, показаній свидѣтелей, и уставъ излагаетъ сперва правила именно объ этомъ способѣ доказательства, а, затѣмъ, уже излагаются правила о другихъ видахъ доказательствъ, имѣющихъ болѣе ограниченное примѣненіе. Впрочемъ, есть еще одинъ видъ доказательства, о которомъ ни нашъ уставъ, ни наше матеріальное гражданское право не говорятъ ни слова — это презумпціи, — способъ доказательства, извѣстный всѣмъ иностраннымъ законодательствамъ. А, такъ какъ, понятіе этого рода доказательства не чуждо и нашему праву, то, въ заключеніи обзора правилъ нашего устава о доказательствахъ, я считаю необходимымъ остановиться и на этомъ послѣднемъ способѣ доказательства и изложить въ отдѣльномъ параграфѣ тѣ соображенія и указать тѣ начала примѣненія этого способа доказательства, которыя могутъ быть выведены изъ положительныхъ постановленій нашего права.

Нѣсколько выше мной уже было замѣчено, что подъ доказательствомъ вообще наука разумѣетъ извѣстнаго рода средства или способы, ведущіе къ обнаруженію истины въ отношеніи матеріальной, фактической стороны спора, способы, посредствомъ которыхъ судья имѣетъ возможность убѣдиться въ существованіи выставляемыхъ сторонами фактовъ. Такое опредѣленіе понятія доказательства, выставляемое теоріей, хотя и вѣрно, но на практикѣ ни одно положительное законодательство не можетъ допустить и дѣйствительно не допускаетъ примѣненія всѣхъ возможныхъ способовъ обнаруживанія истины, — способовъ, которые бы только стороны пожелали указать какъ на средства, ведущія къ обнаруженію утверждаемыхъ ими фактовъ. Напротивъ, положительныя законодательства указываютъ всегда извѣстныя опредѣленныя средства, которыми стороны процесса въ правѣ пользоваться, и, потому, понятіе доказательства, въ болѣе тѣсномъ смыслѣ, должно быть опредѣляемо такъ: подъ доказательствомъ въ смыслѣ положительнаго права слѣдуетъ разумѣть извѣстнаго рода опредѣленные способы или средства обнаруженія истины въ отношеніи матеріальной стороны спора, и, притомъ, способы, именно въ законѣ указанные. Кромѣ того, положительныя законодательства не всегда и

не во всѣхъ случаяхъ допускаютъ примѣненіе всѣхъ указываемыхъ ими способовъ доказательствъ, но большей частью опредѣляютъ, въ какихъ случаяхъ и какія событія могутъ быть доказываемы тѣмъ или другимъ способомъ доказательствъ, допуская иногда болѣе широкое примѣненіе однихъ способовъ и исключая въ нѣкоторыхъ случаяхъ всякую возможность примѣненія нѣкоторыхъ другихъ способовъ. Всѣ способы доказательствъ, которыми, согласно предписанію положительнаго закона, извѣстныя событія только и могутъ быть доказываемы, называются предустановленными доказательствами. Бонье относитъ, какъ мы видѣли, къ числу предустановленныхъ доказательствъ только различнаго рода письменныя доказательства, на томъ основаніи, что во французскомъ матеріальномъ гражданскомъ правѣ указаны именно только тѣ событія, которыя могутъ быть доказываемы исключительно только посредствомъ этого способа доказательства. Но, нѣтъ сомнѣнія, что и другіе способы доказательствъ также могутъ быть объявлены закономъ предустановленными для извѣстныхъ случаевъ; такъ, напр., у насъ, какъ мы увидимъ ниже, доказательство посредствомъ дознанія черезъ окольныхъ людей установлено для обнаруженія только извѣстныхъ опредѣленныхъ событій. Правда, что наше матеріальное гражданское право указываетъ, также точно какъ и право французское, только тѣ событія, которыя могутъ быть доказываемы письменными доказательствами; но изъ этого никакъ не слѣдуетъ заключать, чтобы только этотъ способъ доказательства долженъ быть признаваемъ способомъ предустановленнымъ.

Хотя наше матеріальное гражданское право, предписывая письменную форму для извѣстныхъ событій или дѣйствій, не придаетъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, этой формѣ значенія предустановленнаго доказательства по отношенію именно этихъ событій или дѣйствій, но уже изъ того собственно обстоятельства, что подобнаго рода постановленія, имѣющія прямое отношеніе къ ученію о доказательствахъ, включены у насъ въ гражданскій кодексъ, а не въ уставъ судопроизводства, нельзя не усмотрѣть, какая тѣсная связь существуетъ между правомъ матеріальнымъ и процессуальнымъ на почвѣ правилъ о доказательствахъ. Быть можетъ, ни одинъ отдѣлъ судопроизводства не имѣетъ столько точекъ соприкосновенія съ правомъ матеріальнымъ, какъ отдѣлъ о доказательствахъ, такъ что разсмотрѣніе однихъ правилъ о доказательствахъ, положимъ, правилъ процессуальныхъ, безъ всякой связи съ постановленіями матеріальнаго права, невозможно, потому что такое разсмотрѣніе будетъ во всякомъ случаѣ далеко неполно и односторонне. Кромѣ того, я не могу, при этомъ, не замѣтить еще, что и теоретически разграниченіе тѣхъ и другихъ правилъ представляется довольно труднымъ, по крайней мѣрѣ, въ наукѣ права вопросъ о значеніи правилъ о доказательствахъ является еще нерѣшеннымъ, и между юристами до сихъ поръ идетъ споръ о томъ, къ какому отдѣлу права слѣдуетъ относить постановленія о доказательствахъ, къ праву ли матеріальному или процессуальному.

Изъ французскихъ юристовъ, Бонье (Traité des preuves, изд. 4, т. 1, стр. 67) и Бордо (Philosophie de la procédure civile, стр. 357) относятъ правила о доказательствахъ къ области права процессуальнаго и утверждаютъ, что составители code civil неправильно включили въ него, согласно указаніямъ Дома и Потье, правила о доказательствахъ; напротивъ, Боатаръ, интерпретируя постановленія code de procédure civile, ни слова не говоритъ о тѣхъ постановленіяхъ о доказательствахъ, которыя включены въ code civil, и относитъ, повидимому, ученіе о доказательствахъ къ области не процессуальнаго, а матеріальнаго гражданскаго права, потому что уставъ французскаго судопроизводства заключаетъ въ себѣ исключительно только судопроизводственныя правила о порядкѣ представленія и принятія различныхъ способовъ доказательствъ въ процессѣ, но ничего не говоритъ ни о суще-

ствѣ, ни о значеніи того или другого способа доказательства. Бонье же относитъ правила о доказательствахъ къ праву процессуальному, на томъ собственно основаніи, что правилами этими опредѣляются не юридическія послѣдствія тѣхъ или другихъ событій, а только способы, посредствомъ которыхъ возможно удостовѣриться въ существованіи этихъ событій. Хотя правилами о доказательствахъ дѣйствительно не опредѣляются послѣдствія юридическихъ фактовъ, какъ утверждаетъ Бонье, но, тѣмъ не менѣе, на этомъ только основаніи, мнѣ кажется, невозможно относить всецѣло ученіе о доказательствахъ къ области права процессуальнаго. Впрочемъ, и самъ Бонье въ другомъ мѣстѣ своей книги, разсматривая правила о доказательствахъ по отношенію времени дѣйствія ихъ, признаетъ, что постановленія закона о допустимости того или другого способа доказательства, какъ средства къ обнаруженію извѣстныхъ событій, не должны имѣть обратнаго дѣйствія и что, напротивъ, вопросъ о допустимости того или другого способа доказательства всегда долженъ быть обсуждаемъ по законамъ того мѣста и времени, когда спорныя событія дѣйствительно совершились (Traité des preuves, изд. 4, т. 2, стр. 545). Если же принять во вниманіе, что указаннымъ только-что свойствомъ отличаются именно постановленія закона, относящіяся до опредѣленія самаго существа права, или постановленія, относящіяся къ области матеріальнаго права, которыя по самой природѣ ихъ не могутъ имѣть ретроактивнаго дѣйствія, и если, затѣмъ, принять во вниманіе, что чисто судопроизводственныя правила, опредѣляющія только ходъ процесса, которыя Мерленъ называетъ ordinatoria litis, какъ справедливо признаетъ наука права, именно тѣмъ отличаются отъ постановленій права матеріальнаго, что всегда имѣютъ обратное дѣйствіе, т.-е. что согласно вновь введеннымъ формамъ процесса должны быть ведены всѣ иски, хотя бы они возникали изъ событій, совершившихся задолго до введенія новыхъ законовъ о судопроизводствѣ, то, вмѣстѣ съ тѣмъ, придется придти къ тому заключенію, что постановленія закона, опредѣляющія способы доказыванія тѣхъ или другихъ событій (modi probandi) должны быть относимы къ области права матеріальнаго, а не процессуальнаго. Въ самомъ дѣлѣ, что такое способъ доказательства того или другого событія въ значеніи, конечно, предустановленнаго доказательства, какъ только не внѣшняя форма, въ которую должно вылиться то или другое правоотношеніе, или въ которую должно быть облечено то или другое событіе или дѣйствіе при самомъ совершеніи или возникновеніи его? Иногда эта внѣшняя форма, на основаніи постановленій закона, является столь необходимой принадлежностью самаго правоотношенія или извѣстнаго событія, что самое правоотношеніе, не облеченное въ указанную закономъ форму, лишается охраны закона, не производитъ такихъ юридическихъ послѣдствій, наступленіе которыхъ можетъ быть вынуждено силой судебной защиты. Понятно, что при такой тѣсной связи формы съ самымъ содержаніемъ того правоотношенія, которое должно быть облечено въ извѣстную форму, опредѣленіе какъ того, такъ и другого должно принадлежать всецѣло праву матеріальному, опредѣляющему какъ существо и послѣдствіе извѣстныхъ правоотношеній, или юридическихъ фактовъ, такъ равно и форму, въ которую должны быть облечены тѣ или другія правоотношенія или факты для того, чтобы эти факты получили значеніе фактовъ юридическихъ и для того, чтобы извѣстное правоотношеніе влекло юридическія послѣдствія. Поэтому, я и полагаю, что всѣ правила, опредѣляющія способы доказательствъ, въ значеніи доказательствъ предустановленныхъ, должны быть относимы къ праву матеріальному; къ праву же процессуальному должны быть, затѣмъ, относимы какъ постановленія, опредѣляющія вообще способы доказыванія въ значеніи указываемыхъ закономъ средствъ къ обнаруженію истины въ отношеніи матеріальной стороны процесса, такъ

равно и правила, опредѣляющія порядокъ представленія и принятія тѣхъ или другихъ доказательствъ, или то, что французскіе юристы называютъ administration des preuves. За правильность такого раздѣленія правилъ и доказательствъ высказался впослѣдствіи изъ нашихъ процессуалистовъ Змирловъ въ его замѣткѣ о домашнихъ актахъ (Юрид. Вѣст. 1886 г., кн. 4, стр. 757).

Французское законодательство приблизительно такимъ образомъ и распредѣляетъ постановленія о доказательствахъ между code civil и code de procédure civile, изъ которыхъ въ послѣднемъ кодексѣ дѣйствительно только и помѣщены такія правила, которыми опредѣляется порядокъ представленія и принятія различныхъ способовъ доказательствъ. Хотя во французскомъ правѣ постановленія о доказательствахъ и размѣщены такимъ образомъ по двумъ отдѣламъ законодательства, но такое размѣщеніе, какъ мнѣ кажется, соотвѣтствуетъ вполнѣ самой природѣ вещей, а вмѣстѣ взятое все ученіе о доказательствахъ представляетъ вполнѣ цѣльную и стройную систему. Совсѣмъ не то мы видимъ у насъ: въ нашъ уставъ попали и такія постановленія о доказательствахъ, которыя, по характеру ихъ, должны быть непремѣнно отнесены къ праву матеріальному. Впрочемъ, составители уставовъ по необходимости должны были, при бѣдности содержанія правилъ X тома, восполнить пробѣлъ нашихъ гражданскихъ законовъ, внесеніемъ въ уставъ опредѣленій, относящихся собственно не къ процессу, а къ праву.

Гольмстенъ считаетъ вообще невозможнымъ полное и точное разграниченіе правилъ о доказательствахъ между постановленіями права процессуальнаго и матеріальнаго, хотя согласно съ ученіемъ Унгера и полагаетъ, что къ праву процессуальному должны быть относимы правила о формѣ и отдѣльныхъ видахъ доказательствъ, а также о порядкѣ ихъ принятія, а къ праву матеріальному должны быть относимы правила о содержаніи и предметѣ доказательствъ (Журн. гражд. и угол. пр. 1880 г., кн. 3, стр. 136). Въ виду, однако же, съ одной стороны, дѣйствительной невозможности полнаго и точнаго разграниченія постановленій о доказательствахъ, имѣющихъ значеніе нормъ права процессуальнаго и матеріальнаго, вслѣдствіе той тѣсной связи, которая существуетъ между тѣми и другими постановленіями, и съ другой, въ видахъ большей полноты изложенія и болѣе всесторонняго истолкованія правилъ устава о доказательствахъ, и я считаю необходимымъ интерпретировать не только тѣ постановленія устава, которыя относятся, по моему мнѣнію, къ праву матеріальному, но интерпретировать ихъ именно въ связи съ постановленіями X тома, имѣющими отношеніе къ указаннымъ въ уставѣ способамъ доказательствъ. Только при такомъ порядкѣ изложенія мнѣ кажется возможнымъ представить сколько-нибудь цѣльное ученіе о доказательствахъ по нашему праву и уразумѣть смыслъ и значеніе относящихся сюда правилъ устава, къ разсмотрѣнію которыхъ, по параграфамъ, я обращусь теперь, и разсмотрю ихъ въ томъ порядкѣ, въ которомъ они притомъ, изложены въ уставѣ.

§ 1. Общія правила.

Разсматривая общія правила устава о доказательствахъ въ ихъ совокупности, нетрудно замѣтить, что правила эти распадаются, собственно говоря, на двѣ категоріи такъ, что къ первой категоріи должны быть отнесены постановленія, опредѣляющія вообще обязанности сторонъ по предмету представленія доказательствъ, а ко второй—постановленія, опредѣляющія какъ порядокъ принятія и истребованія доказательствъ судомъ, такъ равно и предѣлы вмѣшательства суда во взаимныя отношенія сторонъ въ процессѣ по предмету представленія ими доказательствъ. Къ первой категоріи правилъ относится только одна слѣдующая статья.

Ст. 366. Истецъ долженъ доказать свой искъ. Отвѣтчикъ, возражающій противъ требованій истца, обязанъ съ своей стороны доказать свои возраженія.

Первый и общій вопросъ, возникающій по поводу правила настоящей статьи, заключается въ томъ, какія собственно заявленія стороны процесса обязаны доказывать въ возникшемъ между ними спорѣ, представленномъ на разрѣшеніе суда? Споръ въ процессѣ между сторонами можетъ касаться или вопросовъ права, или вопросовъ факта. Обязаны ли стороны доказывать свои заявленія, относящіяся не только до фактической стороны иска, но и заявленія, относящіяся собственно къ праву, или другими словами, обязаны ли стороны представлять суду доказательства въ подтвержденіе того, что данное правоотношеніе, служащее основаніемъ иску, и его юридическія послѣдствія должны опредѣляться именно той, а не другой нормой закона? Стороны, конечно, могутъ спорить о томъ, какими именно постановленіями закона должны опредѣляться послѣдствія существующаго между ними правоотношенія, но понятно, что такой споръ будетъ клониться ни къ чему иному, какъ только къ выясненію точнаго смысла и значенія той или другой нормы закона, или будетъ касаться просто толкованія закона; толкованіе же закона, конечно, не имѣетъ ничего общаго и вовсе не можетъ относиться къ предмету постановленій о доказательствахъ. Толковать законъ и опредѣлять, какой именно нормой его должно опредѣляться какъ самое юридическое отношеніе, служащее основаніемъ иску, такъ равно и послѣдствія этого правоотношенія, долженъ самъ судъ, въ силу принадлежащихъ ему функцій, безъ всякаго заявленія сторонъ. Самъ судъ обязанъ знать законъ, jura novit curia и всѣ судебныя установленія, въ силу 9 ст., обязаны рѣшать дѣла по точному разуму существующихъ законовъ, конечно, безъ всякаго заявленія о томъ сторонъ процесса, какъ это совершенно справедливо замѣтили и наши процессуалисты: Малышевъ (Курсъ гражд. суд., изд. 2, т. 1, стр. 272), Малининъ (Коммент. къ 366 ст. уст., стр. 74) и Гольмстенъ (Учеб. гражд. суд., стр. 182). Въ виду этого обстоятельства представляется вполнѣ правильнымъ замѣчаніе Думашевскаго о томъ, что стороны вообще не обязаны доказывать юридическій характеръ тѣхъ событій, на которыхъ онѣ основываютъ свои требованія, потому что характеръ этотъ опредѣляется силой самаго закона (Сводъ, т. 2, стр. 164). Замѣчаніе это сдѣлано Думашевскимъ по поводу одного изъ рѣшеній сената (рѣш. 1870 года, № 281), въ которомъ сенатъ объяснилъ, что и юридическій характеръ договора непремѣнно подлежитъ доказыванію со стороны того, кто основываетъ на немъ свои требованія. Неправильность этого положенія сената, послѣ всего сказаннаго, очевидна. Вообще же, какъ на основаніи положеній науки права, такъ и указанія нашего положительнаго закона, слѣдуетъ признать, что стороны не обязаны доказывать свои заявленія, относящіяся къ праву, или не обязаны доказывать заявленія, относящіяся до примѣненія законовъ, опредѣляющихъ характеръ и послѣдствія правоотношенія, послужившаго основаніемъ спору. Поэтому, остается далѣе признать, что правило, заключающееся въ разбираемой статьѣ устава, указываетъ только на обязанность сторонъ доказывать заявленія ихъ въ отношеніи фактической стороны дѣла, или на обязанность доказывать существованіе тѣхъ фактовъ, на которыхъ та или другая сторона основываетъ свое требованіе или возраженіе. Можетъ, впрочемъ, иногда случиться, что отъ той или другой стороны процесса будетъ потребовано доказательство въ подтвержденіе существованія той или другой нормы права, служащей обоснованіемъ ея заявленію, нормы писаннаго закона, или права обычнаго, или, наконецъ, какого-либо правительственнаго распоряженія. Но такое требованіе доказательства, если и можетъ показаться относящимся къ доказательству права, то только на первый взглядъ; на самомъ же дѣлѣ и въ этихъ случаяхъ доказательство требуется только въ подтвержденіе факта

существованія той или другой правовой нормы, суду неизвѣстной, но никакъ не въ отношеніи примѣненія ея, какъ это совершенно справедливо замѣтилъ Малининъ (Коммент. къ 366 ст. уст., стр. 77). Побѣдоносцевъ (Судеб. руков., тезисъ 244) и Малышевъ (Курсъ гражд. суд., изд. 2, т. 1, стр. 272) приводятъ, между прочимъ, слѣдующіе случаи, когда можетъ быть потребовано доказательство отъ стороны, въ подтвержденіе ссылки ея на то или другое правило закона или обычая: 1) когда проситель ссылается на распоряженіе правительства или особаго правительственнаго учрежденія, не обнародованное во всеобщее свѣдѣніе, но частно состоявшееся и разосланное частно въ тѣ учрежденія, до коихъ особливо относится; 2) когда проситель ссылается, въ удостовѣреніе правъ своихъ, на правило иностраннаго законодательства; 3) когда ссылка сдѣлана на мѣстный законъ, обнародованный по особенному праву въ той только области, до которой относится (напр., мѣстные законы Финляндіи и Царства Польскаго); и 4) когда сторона ссылается на обычай, суду неизвѣстный. Кромѣ этихъ случаевъ, врядъ ли можно найти другіе, когда бы необходимо было требовать доказательствъ существованія самаго права. Что же собственно касается этихъ случаевъ, то необходимость доказыванія въ нихъ самаго существованія права оправдывается и постановленіями нашего законодательства. Такъ, напр., необходимость доказывать существованіе того или другого постановленія законодательства иностраннаго, или какого-либо частнаго правительственнаго распоряженія, хотя и отечественнаго, но не обнародованнаго установленнымъ порядкомъ, явствуетъ уже изъ того, что, въ силу 47 ст. I т. законовъ основныхъ, русскіе суды обязаны рѣшать дѣла только на основаніи учрежденій и уставовъ Имперіи, установленнымъ порядкомъ обнародованныхъ, которые они только и обязаны знать, хотя нѣкоторыя распоряженія необнародованныя и имѣютъ иногда обязательную силу наравнѣ съ самимъ закономъ. Если же стороны въ приведенныхъ случаяхъ и обязаны доказывать фактъ самаго существованія той или другой нормы права, то, тѣмъ не менѣе, доказательствъ въ отношеніи примѣненія закона отъ сторонъ, повторяю, требовать нельзя. Онѣ могутъ представлять только свои соображенія о примѣненіи закона, но не доказательства въ томъ смыслѣ, въ какомъ понятіе доказательства опредѣляется наукой права.

Сводя, такимъ образомъ, вмѣстѣ съ нашими процессуалистами: Малышевымъ (Курсъ гражд. суд. изд. 2, т. I, стр. 272), Малининымъ (Коммент. къ 366 ст. уст., стр. 73) и Гольмстеномъ (Учеб. гражд. суд., стр. 159), обязанность сторонъ доказывать спорныя обстоятельства дѣлъ исключительно къ фактической сторонѣ процесса, я долженъ однако же замѣтить, что и не всѣ факты спора подлежатъ доказыванію. Могутъ встрѣтиться такіе случаи, когда сторона будетъ въ своихъ объясненіяхъ указывать на такіе факты, существованіе которыхъ несомнительно и общеизвѣстно, напр., сторона будетъ заявлять, что такое-то событіе случилось во время праздниковъ Рождества Христова и будетъ утверждать, что праздникъ этотъ бываетъ въ декабрѣ; очевидно, что этотъ послѣдній фактъ несомнителенъ и общеизвѣстенъ. Что въ подтвержденіе такого факта нѣтъ надобности требовать отъ стороны какихъ-либо доказательствъ, то за это достаточно говорятъ здравый смыслъ и логика; вслѣдствіе чего, издавна существуетъ общее юридическое правило *notorium non eget probatione*,—или общеизвѣстное не требуетъ доказательствъ, правило, на необходимость руководствоваться которымъ указали и наши процессуалисты: Малышевъ (Курсъ гражд. суд., изд. 2, т. I, стр. 273), Малининъ (Коммент. къ 366 ст. уст., стр. 79) и Гольмстенъ (Учеб. гражд. суд., стр. 189). Всѣ же остальные факты, служащіе основаніемъ спору, или возраженію, факты сомнительные и суду неизвѣстные, непремѣнно должны подлежать доказыванію со стороны субъектовъ спора—истца или отвѣтчика. Правда, мнѣ мо-

гутъ возразить, что это послѣднее положеніе выражено слишкомъ обще и категорически, что могутъ встрѣтиться и такіе случаи, когда требованія или возраженія основываются на такихъ фактахъ, которые по самой природѣ ихъ не могутъ быть доказываемы, какъ, напр., факты отрицательные. Дѣйствительно, вопросъ о возможности доказывать эти послѣдніе факты и въ наукѣ права до сихъ поръ представляется вопросомъ очень спорнымъ. Многіе юристы и въ настоящее время отрицаютъ возможность доказывать отрицательные факты. Практика нашего кассаціоннаго суда, какъ это видно изъ большинства рѣшеній сената, также, повидимому, придерживается этого послѣдняго взгляда на значеніе отрицательныхъ фактовъ въ отношеніи доказыванія ихъ, хотя есть и цѣлый рядъ другихъ рѣшеній, противорѣчащихъ основному взгляду сената на этотъ предметъ. Тѣ изъ юристовъ, которые отвергаютъ возможность доказыванія отрицательныхъ фактовъ, основываютъ свое мнѣніе по этому предмету, прежде всего, на нѣкоторыхъ текстахъ римскаго права и главнымъ образомъ на извѣстномъ изреченіи Павла: ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat, и потомъ на рескриптѣ императоровъ Діоклитіана и Максимина, въ которомъ, между прочимъ, сказано: factum negantis probatio nulla est. Хотя римское право и въ настоящее время имѣетъ громадный авторитетъ въ наукѣ, но несмотря на это не всѣ, конечно, положенія римскихъ юристовъ могутъ быть принимаемы за непререкаемыя истины; по крайней мѣрѣ, по отношенію занимающаго насъ вопроса должны имѣть гораздо большее значеніе выводы современной науки права, основывающей свои выводы о возможности доказывать факты отрицательные на разсмотрѣніи самой природы вещей, самой сущности этихъ фактовъ.

Анализируя природу отрицательныхъ фактовъ въ отношеніи возможности доказыванія ихъ, Бонье приходитъ къ положительному заключенію, что факты отрицательные не заключаютъ сами въ себѣ ничего такого, чтобы служило непреодолимымъ препятствіемъ къ доказыванію ихъ. Если въ большинствѣ случаевъ доказывать отрицательные факты и представляется довольно труднымъ и даже иногда морально невозможнымъ, то это происходитъ не оттого, какъ утверждаетъ Бонье, что факты, подлежащіе доказыванію суть факты отрицательные, а только оттого, что отрицательные факты, утверждаемые сторонами, бываютъ большей частью неопредѣлительны: *non quia negativa, sed quia indefinita sint.* Что, поэтому, въ большинствѣ случаевъ, стóить только какой-либо отрицательный фактъ ограничить и выразить опредѣлительнѣе, какъ всякая невозможность доказать существованіе его устраняется сама собой. Въ другихъ же случаяхъ, если невозможно отрицательный фактъ ограничить и выразить опредѣлительнѣе, то возможно удостовѣрить существованіе факта положительнаго, противоположнаго факту отрицательному такимъ образомъ, что черезъ доказательство перваго удостовѣряется и существованіе послѣдняго. Доказывать неопредѣлительные отрицательные факты Бонье признаетъ по самой природѣ ихъ невозможнымъ, на томъ основаніи, что такого рода факты состоятъ обыкновенно изъ такого множества отдѣльныхъ моментовъ, доказать существованіе которыхъ, каждаго въ отдѣльности, по ихъ многочисленности, представляется дѣйствительно физически невозможнымъ; но, дѣло въ томъ, что Бонье не считаетъ, однако же, по одной этой причинѣ возможнымъ освободить сторону, ссылающуюся на такого рода факты, отъ обязанности доказывать ихъ, что̀ и представляется совершенно основательнымъ, потому что стóитъ только сторонѣ, дѣлающей ссылку на подобнаго рода факты, ограничить ихъ и выразить опредѣлительнѣе, или доказать существованіе противоположнаго положительнаго факта, какъ невозможность удостовѣрить существованіе отрицательнаго факта тѣмъ самымъ устраняется. Наконецъ, нельзя не признать въ этомъ отношеніи совершенно вѣрнымъ еще одно замѣчаніе Бонье о томъ, что неопредѣлительность при-

суща въ одинаковой мѣрѣ, какъ фактамъ отрицательнымъ, такъ и фактамъ положительнымъ, что могутъ быть нерѣдко случаи, когда и эти послѣдніе факты, вслѣдствіе многочисленности отдѣльныхъ моментовъ, составляющихъ сущность ихъ, являются настолько неопредѣлительными, что доказать существованіе подобнаго рода фактовъ, хотя и положительныхъ, также представляется физически невозможнымъ; но что, однако же, на этомъ основаніи никто и не считаетъ возможнымъ освобождать сторону, ссылающуюся на такого рода положительные факты, отъ обязанности доказывать ихъ, вслѣдствіе чего, въ равной мѣрѣ, представляется несправедливымъ освобождать сторону отъ обязанности доказывать неопредѣлительные отрицательные факты, и возлагать, такимъ образомъ, всю тяжесть обязанности доказывать противное на другую сторону (Traité des preuves, изд. 4, т. I, стр. 35 и слѣд.). За необходимость требовать доказательствъ одинаково, какъ въ подтвержденіе фактовъ положительныхъ, такъ и отрицательныхъ высказалось большинство и нѣмецкихъ цивилистовъ, какъ, напр., Виндшейдъ (Pandectum, т. I, § 133) и Гудсмитъ (Pandectum, т. I, § 104), а также и нашихъ, напр., Малышевъ (Курсъ гражд. суд., изд. 2, т. I, стр. 279), Малининъ (Коммент. къ 366 ст. уст., стр. 13) и Гольмстенъ (Учеб. гражд. суд., стр. 149).

Въ поясненіе сказаннаго представимъ нѣсколько примѣровъ. Предположимъ, что два совладѣльца мельницы обязаны совмѣстно поддерживать плотину. Одинъ изъ нихъ предъявляетъ къ другому искъ объ убыткахъ, который основываетъ на томъ, что отвѣтчикъ не гатитъ плотины и не исполняетъ, такимъ образомъ, лежащей на немъ обязанности. Очевидно, что истецъ основываетъ въ этомъ случаѣ свои требованія на фактѣ отрицательномъ—на неисполненіи отвѣтчикомъ лежащихъ на немъ обязанностей по отношенію къ нему, истцу; но этотъ отрицательный фактъ легко можетъ быть констатированъ передъ судомъ доказательствомъ противоположнаго, положительнаго факта; именно, истецъ легко можетъ показаніями свидѣтелей или другими способами доказать, что онъ въ данный періодъ времени только одинъ гатилъ плотину, этимъ самымъ онъ докажетъ и лежащій въ основаніи его иска фактъ отрицательный—что отвѣтчикъ въ поддержкѣ плотины участія не принималъ. Вслѣдствіе же того, что истецъ основываетъ свое требованіе на отрицательномъ фактѣ, онъ, конечно, по справедливости не можетъ быть освобожденъ отъ обязанности доказать этотъ фактъ, потому что въ противномъ случаѣ и самый искъ его являлся бы лишеннымъ всякаго основанія. Несправедливо также, единственно на томъ основаніи, что искъ основанъ на отрицательномъ фактѣ, возлагать на отвѣтчика прежде обязанность доказать, что имъ обязательство его поддерживать плотину по отношенію къ истцу было выполнено.

Другой случай. Лицо В обязалось по договору личнаго найма къ производству работъ въ пользу А, въ теченіе болѣе или менѣе продолжительнаго времени. Наниматель А предъявляетъ искъ къ В объ убыткахъ, который основываетъ на томъ, что В не исполняетъ работъ. Доказать отдѣльные случаи неисполненія работъ отвѣтчикомъ, кажется, не можетъ составить никакого затрудненія для истца, хотя онъ и основываетъ искъ на фактѣ отрицательномъ, если имъ своевременно были удостовѣрены обстоятельства, когда дѣйствительно отвѣтчикъ, несмотря на требованія его, истца, уклонялся отъ исполненія работъ. Напротивъ, если возложить на обязанность отвѣтчика доказать исполненіе работъ, то хотя отвѣтчику въ оправданіе свое придется констатировать положительный фактъ, что онъ работы постоянно въ теченіе условленнаго времени найма исполнялъ, но для того, чтобы доказать такой фактъ, ему пришлось бы доказывать такое множество отдѣльныхъ моментовъ исполненія работъ, что, несмотря на то, что въ основаніи его возраженія лежитъ фактъ положительный, онъ врядъ ли былъ бы въ состояніи доказать

его. Изъ этого примѣра, можно, по крайней мѣрѣ, видѣть, что могутъ иногда представляться и положительные факты такого рода, которые, по неопредѣлительности ихъ, поддаются доказыванію такъ же трудно, какъ и факты отрицательные.

Третій случай. Кто-либо проситъ объ уничтоженіи договора, положимъ, подряда и въ основаніе своего требованія ставитъ фактъ неисполненія договора противной стороной. Очевидно, что здѣсь и начало требованію даетъ только фактъ отрицательный—неисполненіе однимъ изъ контрагентовъ лежащей на немъ по договору обязанности, такъ что при отсутствіи доказательства этого факта и самый искъ представляется невозможнымъ, вслѣдствіе чего для истца представляется безусловно необходимымъ, для доказательства своего права на искъ, доказать существованіе факта отрицательнаго. Иногда, дѣйствительно, для того, чтобы доказать фактъ неисполненія отвѣтчикомъ его обязательства по договору, положимъ, доказать фактъ невыстройки по договору подряда дома, и не можетъ представиться для истца никакого затрудненія, потому что такой фактъ самъ по себѣ представляется достаточно опредѣлительнымъ. Да и, наконецъ, немало можно указать случаевъ, когда, въ силу самого закона, необходимо представлять доказательства существованія отрицательныхъ фактовъ, напр., при возраженіяхъ о безденежности займа, для доказательства фактовъ, направленныхъ противъ законнаго предположенія извѣстнаго въ наукѣ права подъ именемъ praesumptio juris tantum и проч. Окончательный выводъ изъ всего сказаннаго по поводу возможности доказывать отрицательные факты, будетъ, конечно, тотъ, что стороны, основывающія свои взаимныя требованія и возраженія на такого рода фактахъ, не могутъ быть освобождены отъ обязанности доказывать ихъ и что приведеніе одной изъ сторонъ процесса отрицательнаго факта въ основаніе требованія или возраженія не можетъ служить поводомъ къ перемѣщенію, вслѣдствіе этого, обязанности доказывать противное на другую сторону.

Обратимся снова къ тексту 366 ст. Правило разбираемой статьи сперва говоритъ, что истецъ долженъ доказать свой искъ. Это есть не болѣе какъ повтореніе извѣстнаго правила римскаго права — *actori incumbit probatio*, усвоеннаго, впрочемъ, какъ наукой права, такъ и всѣми современными законодательствами. Уже, конечно, въ одномъ этомъ фактѣ нельзя не видѣть глубокаго разумнаго основанія правила—истецъ долженъ доказать свой искъ; но въ чемъ собственно заключается, такъ сказать, философское основаніе подобнаго правила? Мнѣнія юристовъ по этому вопросу превосходно резюмированы Боатаромъ, который говоритъ, что въ искахъ личныхъ на истца должна падать обязанность доказыванія утверждаемыхъ имъ фактовъ, служащихъ основаніемъ иску, на томъ основаніи, что люди вообще считаются свободными одни въ отношеніи другихъ, не связанными между собой никакими обязательствами; истецъ же, возбуждающій искъ, или все равно утверждающій, что кто-либо является въ отношеніи его лицомъ обязаннымъ—должникомъ, идетъ вмѣстѣ съ тѣмъ противъ этого естественнаго порядка вещей, противъ очевидности фактовъ и потому, конечно, долженъ оправдать или доказать свое положеніе, какъ кредитора въ отношеніи отвѣтчика, чтобы, такимъ образомъ, разрушить презумпцію, существующую въ пользу отвѣтчика, въ силу самой природы вещей. Точно также въ искахъ вещныхъ, если кто-либо отыскиваетъ свое имущество изъ чужого владѣнія, идетъ тѣмъ самымъ противъ общаго предположенія о томъ, что всякій владѣлецъ имущества считается владѣльцемъ добросовѣстнымъ и на законномъ основаніи, доколѣ противное не будетъ доказано и потому, чтобы разрушить это предположеніе, существующее въ пользу отвѣтчика, истецъ обязанъ убѣдить судъ въ томъ, что владѣніе отвѣтчика незаконно, а что его право, истца, на имущество, находящееся во владѣніи отвѣтчика, во всякомъ случаѣ, должно считаться луч-

шимъ (Leçons de procéd civ., изд. 11, т. 1, стр. 393). Если таковы должны быть основанія обязанности истца доказать свой искъ, то изъ сказаннаго, само-собой, слѣдуетъ далѣе тотъ выводъ, что на истца должна быть возложена обязанность въ искахъ личныхъ доказать только существованіе тѣхъ фактовъ, служащихъ основаніемъ иску, въ силу которыхъ отвѣтчикъ дѣйствительно является лицомъ обязаннымъ или должникомъ, по отношенію къ нему, истцу; а въ искахъ вещныхъ обязанность доказать свое право на вещь, находящуюся во владѣніи отвѣтчика. Если истцомъ эта обязанность выполнена, то, вмѣстѣ съ тѣмъ, слѣдуетъ признать, что имъ и вообще требованіе правила 366 ст. въ отношеніи представленія доказательствъ его иска также исполнено, или что предъявленный имъ искъ доказанъ. Истецъ, доказавшій свой искъ въ только что указанномъ смыслѣ и разрушившій, такимъ образомъ, существовавшее прежде въ пользу отвѣтчика предположеніе, не обязанъ далѣе доказывать еще, что отвѣтчикъ и въ минуту предъявленія имъ иска состоитъ въ отношеніи его въ положеніи лица обязаннаго или въ положеніи должника въ искахъ личныхъ, и не обязанъ доказывать, что право его на вещь, находящуюся во владѣніи отвѣтчика, не прекратилось до дня начатія имъ иска въ искахъ вещныхъ. Это на томъ основаніи, что съ уничтоженіемъ существовавшей въ пользу отвѣтчика презумпціи является уже обратное предположеніе въ пользу его, истца, о томъ, что обязательство отвѣтчика, разъ возникшее, продолжаетъ существовать непрерывно отъ начала и до момента предъявленія иска, доколѣ противное не будетъ доказано, или что какое-либо право на вещь, находящуюся во владѣніи отвѣтчика, будучи оправдано истцомъ, продолжаетъ существовать непрерывно и на будущее время, какъ это совершенно справедливо замѣтили и наши процессуалисты: Малышевъ (Курсъ гражд. суд., изд. 2, т. 1, стр. 275), Малининъ (Коммент. къ 366 ст. уст., стр. 8) и Гольмстенъ (Учеб. гражд. суд., стр. 139). Такова логика вещей, а отсюда самъ собой слѣдуетъ тотъ выводъ, что обязанность разрушить возникшее въ пользу истца предположеніе должна быть возложена не на кого другого, какъ на отвѣтчика, на котораго, слѣдовательно, и должна падать обязанность доказать всѣ тѣ заявленія, которыя имъ будутъ приводимы какъ средства къ уничтоженію существующаго въ пользу истца предположенія. Согласно такому положенію юридической логики и нашъ уставъ въ 366 ст., упомянувши объ обязанности истца доказать свой искъ, далѣе постановляетъ: „отвѣтчикъ, возражающій противъ требованій истца, обязанъ съ своей стороны доказать свои возраженія". Это послѣднее правило, также какъ и предъидущее, является, такимъ образомъ, повтореніемъ правила, существовавшаго также въ римскомъ правѣ и выражавшагося въ формулѣ: *reus excipiendo fit actor*, хотя при этомъ я не могу не замѣтить, что формула эта несравненно вѣрнѣе и точнѣе опредѣляетъ значеніе обязанности отвѣтчика въ отношеніи представленія доказательствъ въ подтвержденіе его возраженій, чѣмъ правило нашего устава, потому что на основаніи этой формулы отвѣтчикъ, возражающій противъ требованій истца, конечно, доказанныхъ, становится въ отношеніи представленія доказательствъ его возраженія прямо въ положеніе истца. Правило 366 ст. служитъ, такимъ образомъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, и указаніемъ на распредѣленіе между сторонами процесса обязанности доказывать спорныя обстоятельства дѣла (onus probandi), и, притомъ, указаніемъ почти единственнымъ. Впрочемъ, уже изъ того, что̀ сказано по поводу правила настоящей статьи, въ отношеніи вопроса о распредѣленіи между сторонами процесса обязанности доказывать спорныя обстоятельства дѣла, можно извлечь нѣкоторыя положенія. Во-1-хъ, прежде всего истецъ обязанъ доказать въ искахъ личныхъ существованіе тѣхъ фактовъ, изъ которыхъ вытекаетъ юридическое отношеніе, служащее основаніемъ иску и связывающее его съ отвѣтчикомъ, какъ кредитора съ должникомъ; а въ искахъ вещ-

ныхъ—доказать свое какое-либо право на вещь, находящуюся во владѣніи отвѣтчика, или въ томъ и другомъ случаѣ на истца должна быть возложена только обязанность доказать свое право на искъ, какъ это совершенно справедливо замѣтили наши процессуалисты: Малышевъ (Курсъ гражд. суд. изд. 2, т. 1, стр. 274), Малининъ (Коммент. къ 366 ст. уст., стр. 12) и Гольмстенъ (Учеб. гражд. суд., стр. 139); объемъ же требованія можетъ быть доказываемъ иногда и отдѣльно. Во-2-хъ, на отвѣтчика можетъ быть возложена обязанность доказывать его возраженія только тогда, когда истцомъ уже выполнена его обязанность по отношенію представленія доказательствъ его иска, какъ это совершенно справедливо замѣтили Малининъ (Коммент. къ 366 ст. уст., стр. 11) и Гольмстенъ (Учеб. гражд. суд., стр. 160), и, въ-3-хъ, въ отношеніи обязанности доказывать возраженія отвѣтчикъ долженъ быть поставленъ въ то же положеніе, въ какомъ стоитъ и истецъ по отношенію представленія доказательствъ его иска, какъ это замѣтили также Малининъ, Малышевъ и Гольмстенъ.

Возраженія отвѣтчика противъ требованій истца могутъ быть весьма разнообразны, и правило 366 ст. говоритъ вообще объ обязанности отвѣтчика доказать его возраженія; между тѣмъ, въ уставѣ имѣется еще постановленіе 589 ст., въ которой указаны нѣкоторыя особыя возраженія, которыми отвѣтчикъ можетъ защищаться противъ требованій истца. Возраженія эти по существу ихъ такого рода, что ими можетъ быть уничтожено самое право на искъ со стороны истца, какъ, напр., возраженіе отвѣтчика о томъ, что имъ исполнено лежавшее на немъ въ пользу истца обязательство до начатія иска, или что право истца на находящееся въ его владѣніи имущество прекратилось истеченіемъ земской давности и проч. Обязанность доказать эти возраженія, какъ это между прочимъ видно и изъ разсужденій, на которыхъ основана 589 ст. (изд. 2-е госуд. канц., стр. 285), должна быть возложена всецѣло на отвѣтчика, вслѣдствіе чего мы имѣемъ передъ собой, во-1-хъ, общее правило 366 ст., которая говоритъ, что отвѣтчикъ обязанъ доказать его возраженія, и, во-2-хъ, спеціальное правило 589 ст., въ которой указаны нѣкоторыя особыя возраженія, которыя обязанъ доказать отвѣтчикъ. Изъ такого сопоставленія, пожалуй, можетъ возникнуть нѣкоторое недоумѣніе о томъ—не слѣдуетъ ли понимать правило 366 ст. въ смыслѣ постановленія 589 ст., т.-е. не слѣдуетъ ли принять, что отвѣтчикъ, въ силу правила 366 ст., обязанъ доказывать только тѣ возраженія, о которыхъ говорится въ спеціальномъ правилѣ 589 ст.? Недоумѣніе это, впрочемъ, легко устраняется на томъ, во-первыхъ, основаніи, что правило 589 ст. установлено вовсе не съ той цѣлью, чтобы показать, какія именно возраженія, дѣлаемыя отвѣтчикомъ противъ требованій истца, должны быть имъ доказаны, и, во-вторыхъ, потому, что примѣненіе общаго правила 366 ст. ни въ какомъ случаѣ не должно быть ограничиваемо правиломъ спеціальнымъ, тѣмъ болѣе, что возраженія отвѣтчика противъ правильности требованій истца могутъ быть весьма разнообразны, и правило 589 ст. ни въ какомъ случаѣ не имѣетъ въ этомъ отношеніи исчерпывающаго значенія; напр. въ искѣ объ убыткахъ, отвѣтчикъ можетъ возражать, что онъ хотя дѣйствовалъ во вредъ истцу, но дѣйствовалъ такъ подъ вліяніемъ такихъ обстоятельствъ, которыя нельзя было предотвратить. Объ этомъ возраженіи въ 589 ст. не говорится, но освобождать отвѣтчика отъ обязанности доказать подобное возраженіе, значило бы возложить на обязанность истца доказать возраженіе отвѣтчика, что̀ явно противорѣчило бы общему правилу 366 ст., поэтому, выраженіе этой статьи—„отвѣтчикъ обязанъ доказать свои возраженія“, должно быть понимаемо въ самомъ широкомъ смыслѣ, такъ что на отвѣтчика должна быть возлагаема обязанность доказать всякія возраженія, въ чемъ бы они ни заключались. Впрочемъ, я долженъ еще сказать, что если правило 589 ст. и возбуждаетъ нѣкоторыя

недоумѣнія, зато оно также служитъ и превосходнымъ подтвержденіемъ указаннымъ выше положеніямъ теоріи права по вопросу о распредѣленіи между сторонами процесса обязанности доказывать спорныя обстоятельства дѣла; оно именно указываетъ на то, что на истца можетъ быть возложена только обязанность доказать тѣ факты, изъ которыхъ вытекаетъ его право на искъ, но не обязанность доказывать существованіе разъ возникшаго права во все время до момента предъявленія иска. Правило 589 ст. указываетъ, что обязанность доказать прекращеніе права истца на искъ должна быть возложена на отвѣтчика, такъ какъ, заявленія отвѣтчика по этому предмету прямо относятся правиломъ 589 ст. къ возраженіямъ противъ требованій истца, которыя и должны быть доказаны стороной, предъявляющей возраженія, т.-е. отвѣтчикомъ.

Что касается практики сената по вопросу о распредѣленіи между сторонами обязанности доказывать спорныя обстоятельства въ дѣлѣ, то рѣшенія его, сюда относящіяся, крайне разнообразны и противорѣчивы. Стбитъ только взять въ руки сводъ г-на Думашевскаго, чтобы вполнѣ убѣдиться въ этомъ. Въ немъ почти на каждой страницѣ можно встрѣтить такого рода положенія, извлеченныя изъ рѣшеній сената: „при сознаніи отвѣтчикомъ факта забора товара въ долгъ не истецъ обязанъ доказать, что онъ денегъ за оный не получалъ, а отвѣтчикъ долженъ доказать, что онъ уплатилъ таковыя“ (рѣш. 1868 года, № 861 и друг.); рядомъ другое положеніе: „при признаніи отвѣтчикомъ факта забора товара въ кредитъ и заявленіи его объ уплатѣ за тотъ товаръ не отвѣтчикъ обязанъ доказать ту уплату, а истецъ долженъ доказать, что имъ таковой не получено“ (рѣш. 1870 года, № 65). Другой примѣръ: „при искѣ домохозяиномъ квартирныхъ денегъ съ жильца, признавшаго какъ срокъ и цѣну найма, такъ и то, что онъ пользовался квартирой, на жильцѣ лежитъ обязанность доказать платежъ имъ квартирныхъ денегъ“ (рѣш. 1870 года, № 1893 и друг.); тезисъ прямо этому противоположный можетъ быть извлеченъ изъ другихъ рѣшеній (рѣш. 1870 года, № 879). Между тѣмъ, на разсмотрѣніе сената восходило множество дѣлъ, въ которыхъ ему представлялись случаи дать разъясненіе по занимающему насъ вопросу. Правда, что въ нѣкоторыхъ рѣшеніяхъ сенатъ старался дать судебной практикѣ какъ бы теоретически руководящія начала въ отношеніи правильнаго распредѣленія между сторонами процесса обязанности доказывать спорныя обстоятельства дѣлъ, но теорію свою сенатъ основывалъ собственно на томъ соображеніи, что факты отрицательные не подлежатъ доказыванію, и это положеніе сенатъ называетъ даже общимъ юридическимъ правиломъ (рѣш. 1871 года, № 1125). Но, мы видѣли уже, что вопросъ о возможности доказывать отрицательные факты есть вопросъ спорный, и что скорѣе слѣдуетъ придти къ тому положенію, что и отрицательные факты могутъ быть доказываемы, почему и начало, выставляемое сенатомъ въ основаніе распредѣленія между сторонами обязанности доказывать спорныя обстоятельства дѣла, никакъ нельзя признать правильнымъ, а, тѣмъ болѣе, нельзя назвать его общимъ юридическимъ правиломъ, вслѣдствіе чего, и самая доктрина сената по этому вопросу оказывается несостоятельной. Если же, несмотря на это, нѣкоторыя рѣшенія сената и оказываются въ окончательномъ ихъ выводѣ правильными въ отношеніи onus probandi, то вовсе не потому, чтобы отрицательные факты не подлежали доказыванію, а потому, что факты противоположные составляли основаніе возраженію отвѣтчиковъ, которые они и обязаны были доказать, какъ основаніе ихъ возраженій, а вовсе не потому, чтобы истецъ былъ не въ состояніи и не обязанъ доказывать факты отрицательные. Впрочемъ, во множествѣ другихъ рѣшеній сенатъ противорѣчилъ и этому началу, выставляемому имъ самимъ какъ общее юридическое правило.

Само собой разумѣется, что все сказанное по поводу распредѣленія между сторонами обязанности доказывать спорныя обстоятельства, относится только до распредѣленія между ними обязанности доказывать факты, служащіе основаніемъ матеріальному требованію истца — съ одной стороны и возраженію отвѣтчика противъ этихъ требованій — съ другой. Обязанность же доказывать факты судопроизводственные можетъ быть иногда распредѣлена и по другимъ основаніямъ, и въ уставѣ въ нѣкоторыхъ мѣстахъ содержатся даже спеціальныя постановленія о томъ, которая изъ сторонъ процесса обязана доказать тѣ или другіе факты, или тѣ или другія дѣйствія, имѣющіе судопроизводственное значеніе. Въ такихъ случаяхъ, конечно, обязанность доказывать должна быть возложена согласно указанію того или другого спеціальнаго постановленія устава. Но объ этомъ я упомяну подробнѣе при разсмотрѣніи именно относящихся къ этому предмету отдѣльныхъ постановленій устава; въ настоящее же время я долженъ сказать еще нѣсколько словъ о послѣдствіяхъ несоблюденія сторонами правила 366 ст. Хотя въ уставѣ о тѣхъ послѣдствіяхъ, которыя должны наступать для стороны, не исполнившей требованій этой статьи, и ничего не говорится, но опредѣлить эти послѣдствія нетрудно. Согласно общему юридическому правилу—actore non probante reus absolvitur, слѣдуетъ признать по отношенію къ истцу, что послѣдствіемъ непредставленія имъ доказательствъ его иска должно быть оправданіе отвѣтчика, или отказъ въ искѣ; по отношенію же къ отвѣтчику, не доказавшему свои возраженія, предъявленныя противъ доказанныхъ требованій истца, послѣдствіемъ должно быть признаніе его возраженій незаслуживающими уваженія, или присужденіе истцу его требованій, на томъ основаніи, что отвѣтчикъ, въ отношеніи обязанности доказать свои возраженія, стоитъ въ томъ же положеніи, какъ истецъ въ отношеніи обязанности доказать его искъ—reus excipiendo fit actor. Перехожу къ разсмотрѣнію слѣдующихъ статей.

Ст. 367. Судъ ни въ какомъ случаѣ не собираетъ самъ доказательствъ или справокъ, а основываетъ рѣшеніе исключительно на доказательствахъ, представленныхъ тяжущимися.

Ст. 368. Когда, по выслушаніи 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.

Постановленіями настоящихъ статей опредѣляются предѣлы вмѣшательства суда во взаимныя отношенія сторонъ, по предмету представленія доказательствъ, вслѣдствіе чего я и считаю за лучшее разсмотрѣть ихъ совмѣстно. Правило первой изъ этихъ статей есть правило общее; оно положительно воспрещаетъ самому суду собирать справки и доказательства и воспрещаетъ притомъ въ особенно императивной формѣ, выразивъ это запрещеніе словами: „судъ ни въ какомъ случаѣ не собираетъ“ и проч. Такое строгое воспрещеніе суду собирать справки или доказательства, заключающееся въ постановленіи 367 ст., иначе нельзя объяснить, какъ исторически. Изъ мотивовъ, помѣщенныхъ подъ этой статьей въ изданіи государственной канцеляріи, между прочимъ, видно, что составители уставовъ, сознавая вполнѣ весь вредъ, причиняемый скорому движенію процесса и правильному отправленію правосудія правилами прежняго порядка гражданскаго судопроизводства, обязывавшими сами судебныя мѣста пополнять дѣла справками и доказательствами и боясь, чтобы судебныя традиціи въ этомъ отношеніи не повліяли, по крайней мѣрѣ, на первое время, и на новыя судебныя учрежденія, сочли за лучшее выразить въ новомъ уставѣ прямое воспрещеніе суду собирать справки и доказательства, чтобы, такимъ образомъ, съ самаго начала введенія новыхъ уставовъ въ дѣйствіе, предотвратить тѣ вредныя

послѣдствія, которыя съ такой силой обнаружились при прежнемъ порядкѣ судопроизводства отъ вмѣшательства суда во взаимныя отношенія сторонъ, по предмету представленія доказательствъ. Нельзя, вмѣстѣ съ тѣмъ, не согласиться съ составителями уставовъ въ томъ, что правило 367 ст. должно служить освященіемъ одного изъ основныхъ началъ состязательнаго процесса, начала невмѣшательства суда во взаимныя права и обязанности сторонъ въ процессѣ, при дѣйствіи котораго не допускается вовсе участіе суда ни въ направленіи дѣла, ни, въ особенности, въ изысканіи доказательствъ, такъ какъ, то и другое должно быть предоставлено исключительно на волю спорящихъ сторонъ. Если, такимъ образомъ, и слѣдуетъ признать, что значеніе правила, помѣщеннаго въ 367 ст. устава, заключается главнымъ образомъ въ томъ, что имъ устраняется всякое участіе суда въ изысканіи доказательствъ и собираніи справокъ, то, тѣмъ не менѣе, правило это для болѣе точнаго уразумѣнія его требуетъ еще нѣкоторыхъ объясненій въ томъ отношеніи, отъ собиранія какихъ собственно свѣдѣній, относящихся къ процессу, судъ обязанъ устранять себя? Для отвѣта на этотъ вопросъ слѣдуетъ сперва точнѣе уяснить, что̀ слѣдуетъ понимать подъ выраженіемъ статьи „справки и доказательства“. Правило 367 ст., въ томъ видѣ, какъ оно редактировано, можетъ, пожалуй, дать поводъ предполагать, что уставъ отождествляетъ понятія доказательства и справки, такъ какъ между этими словами въ статьѣ помѣщенъ союзъ „или“, а не „и“, къ каковому предположенію, впрочемъ, еще болѣе можетъ подать поводъ то обстоятельство, что во второй половинѣ статьи слово „справки“ вовсе опущено, а говорится только, что „судъ основываетъ рѣшенія исключительно на доказательствахъ, представляемыхъ тяжущимися“. Хотя по общему смыслу 367 ст. и необходимо слѣдуетъ признать, что подъ справками уставъ разумѣетъ также не что иное, какъ свѣдѣнія, относящіяся къ доказательствамъ, но при прежнемъ порядкѣ судопроизводства слово „справка“ служило техническимъ выраженіемъ для обозначенія извѣстнаго рода свѣдѣній, относящихся къ обстоятельствамъ даннаго дѣла, которыя самъ судъ почерпалъ или изъ другихъ дѣлъ, производившихся въ томъ же судѣ, или наичаще подъ выраженіемъ справки разумѣлись такія свѣдѣнія, которыя самъ судъ требовалъ отъ другихъ присутственныхъ мѣстъ,—свѣдѣнія, необходимыя, по мнѣнію суда, для разъясненія спорныхъ обстоятельствъ дѣла. То же самое слѣдуетъ разумѣть подъ выраженіемъ справки и теперь, на что ясно указываетъ, между прочимъ, и содержаніе 455 ст., на основаніи которой нельзя не признать, что подъ справками и въ настоящее время слѣдуетъ разумѣть не что иное, какъ свѣдѣнія необходимыя для подтвержденія спорныхъ обстоятельствъ дѣла, которыя можно почерпать въ дѣлахъ, производящихся или производившихся въ другихъ правительственныхъ и судебныхъ учрежденіяхъ, а равно и у должностныхъ лицъ, или даже въ дѣлахъ, производящихся или производившихся въ томъ же судѣ, въ которомъ производится то дѣло, для котораго тѣ или другія справки необходимы. Такимъ образомъ, справки въ настоящее время представляютъ собой не что иное, какъ одинъ изъ видовъ письменныхъ доказательствъ, только порядокъ собиранія ихъ иной, чѣмъ то было прежде. По уставу уже не судъ долженъ собирать необходимыя справки, въ своихъ ли дѣлахъ, или въ дѣлахъ другихъ учрежденій, а сами стороны обязаны таковыя представлять суду, для чего въ уставѣ преподанъ и особый порядокъ, слѣдуя которому стороны могутъ доставать необходимыя справки, и который мной будетъ указанъ подробнѣе въ своемъ мѣстѣ. Что же касается, далѣе, понятія доказательства, то мной выше было уже указано, что подъ доказательствомъ вообще слѣдуетъ разумѣть тѣ пути или средства, которыми стороны могутъ удостовѣрить судъ въ существованіи тѣхъ или другихъ фактовъ, служащихъ основаніемъ спору. Если придавать такое именно значеніе сло-

вамъ „справки и доказательства“, то и отвѣтъ на поставленный выше вопросъ долженъ быть слѣдующій: правиломъ 367 ст. воспрещается суду собирать доказательства въ подтвержденіе спорныхъ фактовъ, служащихъ основаніемъ иску и возраженіямъ отвѣтчика; а равно воспрещается собирать свѣдѣнія какъ отъ другихъ правительственныхъ учрежденій, такъ и въ своихъ дѣлахъ,—свѣдѣнія, могущія служить доказательствомъ спорныхъ фактовъ. Что суду воспрещается правиломъ 367 ст. собирать справки и въ своихъ дѣлахъ, то это признано и сенатомъ во многихъ рѣшеніяхъ (рѣш. 1873 года, № 45 и друг.), въ которыхъ сенатъ объяснилъ, что судъ не долженъ основывать рѣшенія на показаніяхъ свидѣтелей, имѣющихся въ другихъ дѣлахъ, хотя и производившихся въ томъ же судѣ; не долженъ также принимать въ соображеніе документы, находящіеся при другихъ дѣлахъ, состоящихъ въ производствѣ того же суда и съ которыхъ стороны не представили надлежащихъ списковъ (рѣш. 1869 года, № 298).

Изъ всего сказаннаго по поводу правила 367 ст. становится, такимъ образомъ, очевиднымъ, что уставъ воспрещаетъ суду принимать участіе только въ изысканіи доказательствъ, относящихся до фактической стороны процесса, но не въ отношеніи примѣненія законовъ или стороны юридической; изъ чего слѣдуетъ заключить, что по нашему уставу судъ въ правѣ самъ, безъ всякаго указанія сторонъ, принимать во вниманіе и примѣнять такіе законы, которыми ближе опредѣляется извѣстное правоотношеніе, служащее основаніемъ спору, и въ правѣ, при опредѣленіи юридическихъ послѣдствій этого правоотношенія, приводить въ основаніе рѣшенія такія юридическія соображенія, которыя сторонами при производствѣ дѣла вовсе указываемы не были. Въ такомъ же смыслѣ разъяснилъ значеніе воспрещенія, заключающагося въ правилѣ 367 ст., и сенатъ, который призналъ, что судъ имѣетъ право основывать свои рѣшенія и на такихъ законахъ, на которые тяжущіеся не ссылались (рѣш. 1868 года, № 76), и что воспрещеніе, заключающееся въ 367 ст., не лишаетъ судъ права принимать въ основаніе своего рѣшенія такіе доводы, хотя и не приведенные тяжущимися, которые однако вытекаютъ изъ соображенія предъявленныхъ сторонами доказательствъ и изъ примѣненія къ онымъ приличествующихъ законовъ (рѣш. 1870 года, № 992). Напр., истецъ предъявляетъ искъ на основаніи договора, который онъ называетъ договоромъ подряда; между тѣмъ, какъ на самомъ дѣлѣ договоръ, служащій основаніемъ иску, заключаетъ въ себѣ всѣ признаки не договора подряда, а договора найма имущества. Положимъ, что отвѣтчикъ не указываетъ на неправильную квалификацію договора, сдѣланную истцомъ; судъ, однако же, несмотря на это, при обсужденіи требованій истца, въ правѣ принять во вниманіе законы, опредѣляющіе существо договора найма имущества и, согласно этимъ послѣднимъ законамъ, опредѣлить юридическія послѣдствія договора. Впрочемъ, мнѣ кажется, даже мало сказать, что судъ въ правѣ руководствоваться такими законами или такими юридическими соображеніями, на которые не указывали стороны; напротивъ, скорѣе слѣдуетъ признать, что судъ положительно обязанъ принимать во вниманіе при постановленіи рѣшенія, конечно безъ всякаго указанія сторонъ, такіе именно законы и доводы, которыми опредѣляются послѣдствія спорнаго правоотношенія, доказательства чему мы, впрочемъ, увидимъ еще при комментированіи правилъ устава, относящихся до постановленія рѣшенія. Здѣсь же я замѣчу еще, что подтвержденіемъ высказанному мною взгляду на значеніе запрещенія, заключающагося въ правилѣ 367 ст., можетъ служить постановленіе 709 ст., прямо дозволяющее суду обращаться за справками въ министерство иностранныхъ дѣлъ въ случаѣ затрудненія въ примѣненіи иностранныхъ законовъ. Такое дозволеніе суду собирать справки въ отношеніи примѣненія законовъ, хотя и относящееся только къ частному случаю, можетъ однако же,

какъ мнѣ кажется, служить подтвержденіемъ и указанному мной общему правилу, въ силу котораго слѣдуетъ признать, что воспрещеніе, заключающееся въ 367 ст., ни въ какомъ случаѣ не относится до примѣненія законовъ. Въ возложеніи на судъ обязанности примѣнять законы ex officio, никто, безъ сомнѣнія, не станетъ видѣть какого-либо отступленія отъ началъ состязательнаго процесса, и не въ этомъ заключается ограниченіе общаго начала, выраженнаго въ 367 ст. Есть другое ограниченіе, которое вытекаетъ изъ сопоставленія правила этой статьи съ правилами устава о повѣркѣ доказательствъ. Изъ сопоставленія этихъ правилъ нетрудно убѣдиться, что общее начало, выраженное въ 367 ст., далеко не имѣетъ у насъ того безусловнаго значенія, какъ это можетъ показаться на первый взглядъ и какое оно дѣйствительно должно имѣть по духу состязательнаго процесса. Изъ сопоставленія этихъ правилъ легко усмотрѣть, что воспрещеніе суду собирать справки и доказательства, выраженное въ 367 ст., не относится до собиранія всякаго рода доказательствъ, указанныхъ въ уставѣ, въ подтвержденіе даже фактической стороны процесса, потому что правилами устава о повѣркѣ доказательствъ дозволяется суду самому ex officio, безъ всякаго указанія сторонъ, прибѣгать къ двумъ способамъ доказательствъ, клонящимся къ обнаруженію фактовъ, составляющихъ матеріальную основу спора; именно —дозволяется самому суду ex officio производить осмотръ на мѣстѣ и требовать заключенія свѣдущихъ людей. Такое дозволеніе представляетъ собой, конечно, значительное отступленіе отъ основного начала состязательнаго процесса, выраженнаго въ 367 ст., которая, затѣмъ, должна имѣть примѣненіе только къ слѣдующимъ способамъ доказательствъ: показаніямъ свидѣтелей, дознанію черезъ окольныхъ людей, письменнымъ доказательствамъ, признанію и присягѣ. Собирать, слѣдовательно, только эти доказательства и воспрещаетъ самому суду правило 367 ст. Допущено же такое существенное отступленіе составителями нашихъ уставовъ отъ началъ состязательнаго процесса, конечно, потому, что они видѣли въ доказательствахъ посредствомъ осмотра на мѣстѣ и заключенія свѣдущихъ людей не самостоятельные способы доказательства, а только дѣйствія, клонящіяся къ повѣркѣ другихъ доказательствъ.

Содержаніе второй половины 367 ст., предписывающей суду основывать рѣшенія исключительно на доказательствахъ, представленныхъ тяжущимися, есть не болѣе какъ развитіе только что разсмотрѣннаго постановленія первой половины этой статьи, и, потому, оно не требуетъ какихъ-либо особенно подробныхъ разъясненій. Изъ противопоставленія же этого послѣдняго правила постановленію первой половины статьи, воспрещающему суду собирать справки и доказательства, можно только заключить, что обязанность собирать и представлять необходимыя по дѣлу справки и доказательства возлагается уставомъ всецѣло на самихъ тяжущихся. Кромѣ того, правило 367 ст., предписывающее суду основывать рѣшенія исключительно на доказательствахъ, представленныхъ тяжущимися, даетъ поводъ сдѣлать еще одно замѣчаніе. Если уставъ предписываетъ суду основывать рѣшенія исключительно только на доказательствахъ, представленныхъ тяжущимися, т.-е. на тѣхъ доказательствахъ или свѣдѣніяхъ, которыя имѣются, слѣдовательно, въ дѣлѣ, то по аргументу a contrario слѣдуетъ заключить, что судъ не только не въ правѣ основывать рѣшенія на справкахъ и доказательствахъ, собранныхъ имъ самимъ вопреки запрещенію, имѣющемуся въ первой половинѣ 367 ст., хотя бы эти справки и доказательства и были имъ пріобщены къ дѣлу, но, тѣмъ болѣе, не въ правѣ основывать рѣшенія на такихъ свѣдѣніяхъ, относящихся до спорныхъ фактовъ дѣла, которыхъ въ дѣлѣ нѣтъ, но которые сдѣлались извѣстными суду частно, изъ посторонняго источника, а не изъ имѣющихся въ дѣлѣ доказательствъ, напр., изъ личныхъ внѣсу-

дебныхъ сношеній судей съ тяжущимися, или съ свидѣтелями по дѣлу, какъ это совершенно справедливо замѣтилъ Малышевъ (Курсъ гражд. суд., изд. 2, т. 1, стр. 281). Впрочемъ, выраженное въ правилѣ 367 ст. воспрещеніе суду собирать справки и доказательства, по его усмотрѣнію, по совершенно справедливому замѣчанію Муллова (Журн. гражд. и угол. пр., 1876 г., кн. 3, стр. 227) и сената (рѣш. 1883 года, № 77), не должно быть относимо, напр., къ тѣмъ случаямъ, когда бы какіе-либо документы, разъ предъявленные въ судъ по требованію которой-либо изъ сторонъ изъ какого либо другого учрежденія, бывъ, затѣмъ, возвращены въ это учрежденіе, были снова потребованы отъ этого учрежденія судомъ, по его усмотрѣнію, въ случаѣ необходимости вторичнаго ихъ разсмотрѣнія судомъ, или когда бы представленныя стороной какія-либо доказательства, по представленіи дѣла во вторую инстанцію суда, не оказались въ дѣлѣ и были потребованы отъ окружнаго суда самой судебной палатой по ея усмотрѣнію, на томъ основаніи, что въ подобныхъ случаяхъ нельзя видѣть нарушенія воспрещенія, выраженнаго въ правилѣ 367 ст., вслѣдствіе того, что въ этихъ случаяхъ судомъ исправляются только имъ же допущенныя неисправности въ производствѣ дѣла и представленіи документовъ, которые были разъ уже представлены или самими сторонами, или по ихъ требованію.

Хотя правиломъ 367 ст. устраняется въ большинствѣ случаевъ участіе суда въ изысканіи доказательствъ, необходимыхъ для разъясненія спорныхъ обстоятельствъ дѣла, но нѣкоторую, по крайней мѣрѣ, иниціативу въ этомъ отношеніи составители уставовъ сочли необходимымъ, въ виду практическихъ удобствъ, предоставить и суду, вслѣдствіе чего они сочли необходимымъ включить въ уставъ правило 368 ст. Статья эта предоставляетъ суду, если только судъ найдетъ, что сторонами, по нѣкоторымъ изъ приведенныхъ ими обстоятельствъ, существенныхъ для разрѣшенія дѣла, не представлено доказательствъ, объявлять имъ объ этомъ. Правило это, такимъ образомъ, даетъ суду иниціативу въ отношеніи указанія сторонамъ на слабыя стороны ихъ требованій со стороны подкрѣпленія ихъ доказательствами. Нельзя не признать включенія въ нашъ уставъ подобнаго правила вполнѣ цѣлесообразнымъ въ виду большаго, чѣмъ гдѣ-либо, незнанія и неумѣнія у насъ самихъ тяжущихся вести процессъ и въ виду большого недостатка у насъ вполнѣ свѣдущихъ повѣренныхъ, въ особенности въ провинціи. Хотя составители уставовъ, какъ это видно изъ мотивовъ, помѣщенныхъ въ изданіи государственной канцеляріи подъ 368 ст., оправдывая необходимость включенія въ уставъ заключающагося въ ней правила исключительно практическими соображеніями, стараются доказать, что включеніе подобнаго правила въ уставъ не можетъ считаться нарушеніемъ началъ состязательнаго процесса; но съ подобнымъ взглядомъ составителей уставовъ на значеніе правила 368 ст. врядъ ли можно согласиться, на томъ основаніи, что дозволеніемъ суду объявлять тяжущимся до рѣшенія дѣла, какъ бы мнѣніе суда по предмету представленія доказательствъ, уставъ тѣмъ самымъ даетъ суду въ самомъ дѣлѣ поводъ ко вмѣшательству во взаимныя отношенія сторонъ въ процессѣ, что, конечно, противорѣчитъ основному началу состязательнаго процесса,—началу невмѣшательства суда въ интересы сторонъ процесса. Поэтому, мнѣ кажется, что на правило этой статьи слѣдуетъ смотрѣть не иначе, какъ на отступленіе или исключеніе изъ общаго правила 367 ст., служащаго дѣйствительно выраженіемъ одного изъ основныхъ и общихъ началъ состязательнаго процесса. При такомъ же взглядѣ на значеніе правила 368 ст., которая, какъ исключеніе, должна подлежать ограничительному толкованію, особую важность получаетъ вопросъ о томъ, въ какихъ границахъ судъ долженъ пользоваться правиломъ 368 ст. и при наличности какихъ условій судъ имѣетъ законный поводъ ко вмѣшательству во взаимныя отношенія сторонъ въ процессѣ, по

предмету представленія доказательствъ въ предѣлахъ правила 368 ст.? При внимательномъ разсмотрѣніи правила этой статьи, нетрудно убѣдиться, что имъ выставляются собственно два главныхъ условія, при наличности которыхъ для суда возникаетъ законный поводъ воспользоваться дозволеніемъ, имѣющимся въ правилѣ 368 ст.: а) чтобы тѣ или другіе спорные факты или обстоятельства дѣла вовсе не были подкрѣплены какими-либо доказательствами и б) чтобы факты эти имѣли существенное значеніе для разрѣшенія спора. Поэтому, если тѣ или другіе факты представляются хотя и недоказанными, но не имѣютъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, существеннаго въ дѣлѣ значенія,— для суда нѣтъ еще повода объявлять объ этомъ сторонамъ; точно также судъ не въ правѣ, какъ мнѣ кажется, воспользоваться правиломъ 368 ст. и тогда, когда факты, имѣющіе въ дѣлѣ существенное значеніе, представляются недостаточно доказанными, потому что въ обоихъ этихъ случаяхъ недостаетъ одного изъ необходимыхъ условій примѣненія правила 368 ст.—существенности фактовъ въ первомъ случаѣ и отсутствія доказательствъ во второмъ. Что судъ въ правѣ сдѣлать объявленіе, указанное въ этой статьѣ только въ отношеніи фактовъ, имѣющихъ существенное значеніе для разрѣшенія спора, то въ этомъ не можетъ быть, кажется, никакого сомнѣнія; напротивъ, въ отношеніи необходимости, при примѣненіи правила 368 ст., существованія перваго условія—недоказанности фактовъ, можетъ возбудиться нѣкоторое недоумѣніе, вслѣдствіе того, что многія рѣшенія сената, разъясняющія значеніе правила разбираемой статьи, въ томъ видѣ, какъ они редактированы сенатомъ, даютъ поводъ предполагать, что судъ въ правѣ дѣлать тяжущимся указанное въ этой статьѣ объявленіе не только тогда, когда ими вовсе не представлено доказательствъ, въ подтвержденіе тѣхъ или другихъ фактовъ спора, но когда представленныя ими доказательства оказываются недостаточными. Мнѣ же, напротивъ, кажется, что въ этомъ послѣднемъ случаѣ для суда еще не открывается никакого повода ко вмѣшательству въ интересы сторонъ, по предмету представленія доказательствъ, и это мнѣніе мое я основываю какъ на буквальномъ текстѣ выраженій 368 ст., въ которой сказано, что судъ дѣлаетъ объявленіе, когда не представлено доказательствъ, и которая, притомъ, какъ исключеніе, должна быть толкуема ограничительно, а также и на томъ соображеніи, что при примѣненіи судомъ правила этой статьи и въ томъ случаѣ, когда доказательства тяжущимися представлены, но доказательства эти недостаточны—суду пришлось бы неминуемо до рѣшенія дѣла высказать свой взглядъ на значеніе представленныхъ тяжущимися доказательствъ, что до такой степени несогласно, какъ мнѣ кажется, съ основными началами судопроизводства, что рѣшительно не можетъ быть допущено. Но когда оба условія, указанныя въ 368 ст., на лицо, т.-е. когда въ подтвержденіе нѣкоторыхъ обстоятельствъ, существенныхъ для разрѣшенія дѣла, не представлено вовсе сторонами доказательствъ, то судъ, какъ сказано въ этой статьѣ, „объявляетъ объ этомъ тяжущимся.“ Это-то выраженіе и опредѣляетъ предѣлы вмѣшательства суда во взаимныя отношенія сторонъ по предмету представленія доказательствъ. Оно указываетъ, что́ въ правѣ сдѣлать судъ, когда найдетъ, что нѣкоторыя обстоятельства самими тяжущимися не доказаны и предписываетъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, суду только объявить объ этомъ сторонамъ, и ничего болѣе. При ограничительномъ же толкованіи правила настоящей статьи, необходимо признать, что судъ, въ силу правила 368 ст., долженъ только указать сторонамъ тѣ обстоятельства, которыя имѣютъ въ дѣлѣ существенное значеніе, но которыя, однако же, не подкрѣплены никакими доказательствами. Указывать же сторонамъ, кромѣ того, и самыя доказательства, которыми бы стороны могли подкрѣпить недоказанные факты спора, а тѣмъ болѣе требовать отъ нихъ представленія тѣхъ или другихъ доказательствъ, судъ права не имѣетъ и ни въ какомъ

случаѣ не долженъ, потому что такія дѣйствія суда прямо выходили бы изъ предѣловъ предоставленной ему власти правиломъ 368 ст. и представлялись бы незаконнымъ вмѣшательствомъ суда въ интересы сторонъ. Такъ понимали это правило и составители уставовъ, которые полагали, что постановленіе 368 ст. нельзя считать нарушеніемъ началъ состязательнаго процесса, между прочимъ на томъ основаніи, что „судъ", въ силу этого правила, „не указываетъ тяжущимся на доказательства и не собираетъ самъ доказательствъ, а только опредѣляетъ обстоятельства, по которымъ должны быть представлены самими тяжущимися тѣ доказательства, которыя у нихъ имѣются". На правило 368 ст., какъ на исключеніе изъ общаго правила статьи предъидущей, выражающей основное начало состязательнаго процесса, не допускающаго участія суда ни въ направленіи дѣла, ни въ изысканіи доказательствъ въ пользу той или другой стороны, смотритъ и сенатъ, который въ одномъ изъ его рѣшеній объяснилъ, что судъ, на основаніи 368 ст., не въ правѣ указывать сторонамъ тѣ доказательства, которыя онѣ должны представить въ подкрѣпленіе недоказанныхъ фактовъ, а тѣмъ болѣе не въ правѣ требовать отъ сторонъ представленія тѣхъ или другихъ доказательствъ, а долженъ только указать тяжущимся, какія изъ обстоятельствъ ими не разъяснены (рѣш. 1869 года, № 48).

Далѣе, правило 368 ст. требуетъ еще нѣкоторыхъ разъясненій въ двухъ отношеніяхъ: во-1-хъ, необходимо точнѣе опредѣлить, въ какой моментъ судопроизводства судъ въ правѣ дѣлать сторонамъ объявленіе, указанное въ этой статьѣ, и, во-2-хъ, указать, при какихъ условіяхъ судъ долженъ не только сдѣлать объявленіе, но и отсрочить засѣданіе съ назначеніемъ тяжущимся срока на представленіе необходимыхъ доказательствъ. Въ текстѣ статьи сказано только: „когда, по выслушаніи сторонъ, судъ найдетъ" и проч., „то объявляетъ объ этомъ тяжущимся съ назначеніемъ срока для разъясненія вышеозначенныхъ обстоятельствъ". На основаніи выраженія статьи: „по выслушаніи сторонъ"—несомнѣнно слѣдуетъ заключить, что судъ въ правѣ сдѣлать сторонамъ объявленіе, указанное въ 368 ст., не прежде и не иначе, какъ только въ судебномъ засѣданіи по дѣлу, такъ какъ, выслушать объясненія сторонъ судъ только и можетъ въ самомъ засѣданіи. Кромѣ того, на основаніи того же выраженія статьи можно заключить, что судъ въ правѣ сдѣлать объявленіе тяжущимся не только въ первомъ, но и во всякомъ другомъ засѣданіи по дѣлу, когда будетъ только предстоять въ томъ надобность. Если мы, такимъ образомъ, и признаемъ, что моментомъ, когда судъ въ правѣ указывать тяжущимся на факты, ими недоказанные, можетъ быть только судебное засѣданіе по дѣлу, то, тѣмъ не менѣе, вопросъ о значеніи правила 368 ст. въ этомъ отношеніи еще не исчерпывается. Въ судебное засѣданіе можетъ явиться только одна сторона, или же стороны могутъ вовсе не явиться, что однако же не служитъ препятствіемъ къ продолженію засѣданія по дѣлу во второй инстанціи; въ правѣ ли судъ и при такихъ обстоятельствахъ сдѣлать объявленіе, указанное въ 368 ст.? Мнѣ кажется, что на этотъ вопросъ нельзя дать другой отвѣтъ, какъ только отрицательный, если имѣть въ виду буквальный смыслъ выраженія статьи „по выслушаніи сторонъ", такъ и выраженія—„объявляетъ объ этомъ тяжущимся". Слова: „сторонъ" и „тяжущимся", употребленныя во множественномъ числѣ, должны, кажется, служить достаточнымъ указаніемъ на то, что объявленіе, указанное въ 368 ст., можетъ быть сдѣлано судомъ только тогда, когда обѣ стороны процесса находятся на лицо въ засѣданіи, и когда судъ только и имѣетъ возможность выслушать именно обѣ стороны. Въ такомъ смыслѣ понимаетъ правило 368 ст. и сенатъ, который отмѣнилъ рѣшеніе палаты, между прочимъ, на томъ основаніи, что палата отсрочила засѣданіе и назначила одному изъ тяжущихся срокъ на представленіе доказательствъ въ то время,

когда стороны въ засѣданіе по дѣлу не явились (рѣш. 1871 года, № 707). Въ самомъ дѣлѣ, какая была бы цѣль дѣлать объявленіе, указанное въ 368 ст., въ томъ случаѣ, когда сторонъ въ засѣданіи нѣтъ на лицо, между тѣмъ, какъ объявленіе имъ только и можетъ быть сдѣлано въ самомъ засѣданіи, а не какимъ-либо другимъ путемъ. Хотя на основаніи буквальнаго смысла выраженій 368 ст. и слѣдуетъ, какъ я сказалъ, признавать, что объявленіе, указанное въ этой статьѣ, можетъ быть дѣлаемо только въ томъ случаѣ, когда стороны процесса присутствуютъ въ засѣданіи суда; но все же, мнѣ кажется, нельзя во всѣхъ случаяхъ давать такое безусловное значеніе постановленію 368 ст., въ отношеніи занимающаго насъ вопроса, въ особенности если при толкованіи правила ея имѣть въ виду ту цѣль, съ которой оно установлено,—цѣль, заключающуюся въ томъ, чтобы указаніемъ сторонѣ, не разъяснившей существенныхъ обстоятельствъ дѣла надлежащими доказательствами, содѣйствовать, по возможности, раскрытію матеріальной истины, для болѣе правильнаго разрѣшенія спора. Цѣль эту судъ, конечно, долженъ имѣть всегда въ виду, независимо оттого, всѣ ли стороны явились въ засѣданіе, или нѣтъ, необходимо только одно, чтобы та сторона, въ интересѣ которой имѣетъ быть сдѣлано судомъ объявленіе, находилась въ засѣданіи; необходимо же это потому, что при отсутствіи этой стороны въ засѣданіи самое объявленіе не достигаетъ цѣли, а также и по нѣкоторымъ другимъ основаніямъ, которыя будутъ указаны мной нѣсколько ниже. Поэтому, мнѣ кажется, скорѣе слѣдуетъ допустить, что объявленіе, указанное въ 368 ст., можетъ быть сдѣлано судомъ и въ томъ случаѣ, когда въ засѣданіе явилась только одна сторона, но когда объявленіе должно быть сдѣлано именно въ интересахъ этой стороны, а тѣмъ болѣе объявленіе можетъ быть сдѣлано тогда, когда въ засѣданіе не явился только одинъ изъ истцовъ или отвѣтчиковъ, и объявленіе должно послѣдовать въ интересахъ этихъ послѣднихъ.

Опредѣливши, такимъ образомъ, тотъ моментъ судопроизводства, когда судъ долженъ дѣлать объявленіе, указанное въ 368 ст., я долженъ опредѣлить еще тѣ условія, при наличности которыхъ судъ долженъ не только сдѣлать объявленіе, но и назначить тяжущимся срокъ на представленіе доказательствъ. Впрочемъ, прежде чѣмъ отвѣчать на этотъ вопросъ, я долженъ предварительно разсмотрѣть слѣдующій вопросъ, возбуждаемый редакціей этой статьи, именно: есть ли отсрочка засѣданія необходимое и непремѣнное послѣдствіе объявленія, или это объявленіе можетъ и не сопровождаться отсрочкой? Если принимать во вниманіе буквальный смыслъ выраженій 368 ст., то, пожалуй, можно дать отвѣтъ на этотъ вопросъ въ томъ смыслѣ, что отсрочка засѣданія всегда и непремѣнно должна слѣдовать за объявленіемъ; но если принять во вниманіе цѣль отсрочки, заключающуюся въ томъ, чтобы дать тяжущимся только время приготовиться къ возраженіямъ и къ представленію необходимыхъ доказательствъ, и если принять во вниманіе, что отсрочка должна быть даваема только въ крайнихъ случахъ, когда она оправдывается необходимостью, то скорѣе слѣдуетъ признать, какъ это, впрочемъ, указалъ и сенатъ въ одномъ изъ его рѣшеній (рѣш. 1869 года, № 48), что отсрочка засѣданія, для передоклада дѣла, должна быть дана только въ томъ случаѣ, когда тяжущійся, въ интересахъ котораго сдѣлано объявленіе, изъявитъ согласіе на представленіе новыхъ доказательствъ въ подкрѣпленіе фактовъ, признанныхъ судомъ недоказанными. Это и понятно, потому что, какая, въ самомъ дѣлѣ, необходимость давать отсрочку въ томъ случаѣ, если сторона, напр., заявитъ суду, что она не можетъ представить никакихъ новыхъ доказательствъ, или же, напротивъ, когда сторона представитъ необходимыя доказательства въ то же засѣданіе, немедленно по объявленіи, напр., тутъ же будетъ просить или сдѣлать осмотръ на мѣстѣ, или дознаніе черезъ окольныхъ людей и проч. Слѣдовательно, допущеніе отсрочки, какъ это

правильно указалъ и сенатъ, должно обусловливаться каждый разъ согласіемъ на то заинтересованной стороны, такъ что согласіе стороны, съ одной стороны, и дѣйствительная необходимость въ отсрочкѣ, съ другой, и должны считаться тѣми условіями, при наличности которыхъ судъ не только въ правѣ, но обязанъ, на основаніи 368 ст., назначить срокъ на представленіе доказательствъ. То же обстоятельство, что срокъ на представленіе доказательствъ можетъ быть назначенъ судомъ только съ согласія на то заинтересованной стороны, служитъ также однимъ изъ основаній, по которому, какъ я сказалъ нѣсколько выше, объявленіе, указанное въ 368 ст., не должно быть дѣлаемо въ отсутствіи той стороны, которая обязана представить новыя доказательства, потому что, при невозможности, въ этомъ случаѣ, отсрочить засѣданіе, не имѣя на то согласія стороны, конечно, теряетъ значеніе и самое объявленіе.

Какой именно срокъ судъ долженъ давать на представленіе доказательствъ, правило 368 ст. не опредѣляетъ, поэтому, слѣдуетъ признать, что если продолжительность срока зависитъ въ этомъ случаѣ вполнѣ отъ усмотрѣнія суда, но что, тѣмъ не менѣе, судъ, при назначеніи того или другого срока, долженъ сообразоваться, какъ съ обстоятельствами даннаго случая, такъ и съ тѣмъ, насколько возможно собраніе доказательствъ въ назначаемый имъ срокъ. Срокъ же во всякомъ случаѣ долженъ быть назначаемъ только для представленія новыхъ доказательствъ. Замѣчаніе это я дѣлаю потому, что редакція 368 ст. неточностью ея можетъ подать поводъ къ нѣкоторому недоразумѣнію. Въ текстѣ статьи имѣется слѣдующее выраженіе: „и назначаетъ срокъ для разъясненія вышеозначенныхъ обстоятельствъ“; очевидно, что здѣсь пропущено слово „доказательствами“, потому что нельзя же, въ самомъ дѣлѣ, допустить, чтобы составители уставовъ разумѣли здѣсь представленіе только словесныхъ или письменныхъ разъясненій стороны, а не представленіе новыхъ доказательствъ, потому что при буквальномъ толкованіи послѣднее выраженіе 368 ст. противорѣчило бы не только общему смыслу ея, но и представлялось бы явно несообразнымъ и съ другими правилами устава, опредѣляющими движеніе процесса. Когда же при наличности условій, указанныхъ въ этой статьѣ, судъ дѣйствительно объявитъ въ судебномъ засѣданіи то или другое обстоятельство недоказаннымъ, и когда сторона, въ интересахъ которой послѣдуетъ объявленіе суда, согласится представить новыя доказательства, то судъ, конечно, долженъ постановить опредѣленіе, въ которомъ слѣдуетъ указать какъ тѣ обстоятельства, которыя, по мнѣнію суда, представляются недоказанными, такъ равно указать и срокъ, въ который сторона обязана представить доказательства. Затѣмъ, дѣло вновь можетъ быть назначено къ слушанію въ засѣданіи, кажется, не иначе, какъ по ходатайству о томъ одной изъ сторонъ процесса, которыя въ правѣ будутъ просить о назначеніи засѣданія—или по представленіи стороной новыхъ доказательствъ и по сообщеніи копіи объяснительной бумаги сторонѣ противной, или же по пропущеніи стороной срока на представленіе доказательствъ.

Наконецъ, по поводу правила 368 ст. я долженъ сдѣлать еще одно замѣчаніе: слѣдуетъ ли признавать правило этой статьи имѣющимъ характеръ только факультативный или же императивный, т.-е. слѣдуетъ ли признавать судъ обязаннымъ, при наличности условій, указанныхъ въ этой статьѣ, непремѣнно указывать сторонамъ тѣ обстоятельства, которыя имѣютъ въ дѣлѣ существенное значеніе, но которыя, однакоже, вовсе не доказаны, или же, напротивъ, имѣющимъ только право дѣлать это указаніе? Вопросъ этотъ имѣетъ, какъ мнѣ кажется, важное процессуальное значеніе, потому что отъ разрѣшенія его въ томъ или другомъ смыслѣ зависитъ и самое отношеніе суда къ тяжущимся по предмету представленія доказательствъ. Сенатъ по-

стоянно и во множествѣ рѣшеній признавалъ за постановленіемъ 368 ст. характеръ факультативный и объяснялъ, что статья эта предоставляетъ судебнымъ мѣстамъ только право, но не возлагаетъ на нихъ обязанности указывать сторонамъ на обстоятельства дѣла, требующія разъясненія (рѣш. 1870 года, № 1824 и 1871 года, № 621 и мног. друг.). Такой же взглядъ на значеніе правила разбираемой статьи былъ высказанъ изъ нашихъ процессуалистовъ Малышевымъ (Курсъ гражд. судопр., изд. 2, т. I, стр. 285). Впослѣдствіи, однако же, и самъ сенатъ отказался отъ этого взгляда и объяснилъ, что неуказаніе судомъ сторонѣ о недостаточности представленныхъ ею доказательствъ съ назначеніемъ срока для представленія таковыхъ, согласно 368 ст., въ томъ случаѣ, когда самъ судъ призналъ доказательства недостаточными, составляетъ нарушеніе этой статьи (рѣш. 1871 года, № 617 и рѣш. 1885 года, № 62). Такимъ образомъ, въ этихъ рѣшеніяхъ самъ сенатъ призналъ за правиломъ 368 ст. значеніе постановленія характера императивнаго. Если обратиться къ самому тексту выраженій этой статьи, то, на основаніи буквальнаго смысла ея, скорѣе придется согласиться съ этими послѣдними рѣшеніями сената, и признать въ правилѣ 368 ст. постановленіе дѣйствительно характера императивнаго, а не факультативнаго. Въ самомъ дѣлѣ, въ текстѣ статьи мы читаемъ: „когда, по выслушаніи сторонъ, судъ найдетъ“ и проч., „то объявляетъ объ этомъ тяжущимся“. Подобное выраженіе, какъ мнѣ кажется, ясно указываетъ на императивный характеръ правила; оно прямо предписываетъ суду, какъ только судъ найдетъ, что нѣкоторыя изъ существенныхъ въ дѣлѣ обстоятельствъ не доказаны, объявить объ этомъ тяжущимся, а не говоритъ, что судъ можетъ, или имѣетъ право сдѣлать объ этомъ указаніе тяжущимся, между тѣмъ, какъ подобныя выраженія постоянно употребляются въ тѣхъ статьяхъ устава, которымъ составители его желали присвоить дѣйствительно характеръ факультативный. Судъ можетъ только найти, доказаны ли спорные факты или нѣтъ, но затѣмъ, коль скоро судъ находитъ, что нѣкоторые факты не доказаны, онъ уже обязанъ непремѣнно объявить объ этомъ сторонамъ. Да, и въ самомъ дѣлѣ, странно было бы предоставить исключительно усмотрѣнію суда, если бы признавать за правиломъ 368 ст. характеръ факультативный, такое серьезное вмѣшательство въ интересы сторонъ въ процессѣ, какое предоставляетъ суду правило этой статьи, дозволяющее ему указывать сторонамъ на слабыя стороны ихъ взаимныхъ требованій, хотя бы только и въ отношеніи доказанности ихъ. Если бы признавать за правиломъ 368 ст. только характеръ факультативный, то пришлось бы предоставить суду слишкомъ большой произволъ: въ одномъ процессѣ судъ по своему усмотрѣнію дѣлалъ бы необходимыя указанія тяжущимся, въ другомъ—нѣтъ, такъ что и самый исходъ того или другого процесса зависѣлъ бы во многомъ отъ произвола суда. Очевидно, что ничего подобнаго допустить нельзя. Судъ или обязанъ въ силу правила 368 ст. во всѣхъ дѣлахъ дѣлать указанное въ ней объявленіе тяжущимся, или же никогда его не дѣлать, и въ такомъ случаѣ самое постановленіе 368 ст. было бы совершенно излишне. Такимъ образомъ, мнѣ кажется, что и a fortiori слѣдуетъ признать, что въ такомъ, а не другомъ смыслѣ должно быть понимаемо правило этой статьи. Хотя, при этомъ, я не могу не замѣтить еще, что весьма существенное ограниченіе примѣненію его должно служить выраженіе статьи „по нѣкоторымъ изъ приведенныхъ ими обстоятельствъ“, которое указываетъ, что судъ не обязанъ дѣлать объявленія въ тѣхъ случаяхъ, когда искъ, или возраженіе, по отсутствію какихъ-либо доказательствъ въ цѣломъ, или по другимъ основаніямъ, представляются лишенными всякаго основанія. Слово „по нѣкоторымъ“ указываетъ, что объявленіе должно быть дѣлаемо только въ тѣхъ случаяхъ, когда искъ или возраженіе вообще представляются основательными и подкрѣпленными доказательствами по другимъ

обстоятельствамъ, и когда недоказанный фактъ составляетъ въ этомъ отношеніи только пробѣлъ между другими доказанными фактами. Профессоръ Гольмстенъ въ его рецензіи на настоящій „Опытъ комментарія“, хотя по нѣкоторымъ другимъ основаніямъ, но высказался также за правильность сейчасъ предложеннаго мной объясненія значенія правила 368 ст. (Журн. гражд. и угол. пр. 1880 г., кн. 3, стр. 139). Слѣдующая статья опредѣляетъ уже порядокъ принятія судомъ представляемыхъ тяжущимися доказательствъ.

Ст. 369. По просьбѣ сторонъ о допросѣ свидѣтелей или по ссылкѣ ихъ на доказательства, требующія повѣрки, судъ постановляетъ опредѣленіе о томъ: какимъ порядкомъ, черезъ кого, когда и гдѣ свидѣтели должны быть допрошены или повѣрка доказательствъ должна быть произведена.

Правило настоящей статьи опредѣляетъ только въ общихъ чертахъ порядокъ принятія судомъ доказательствъ, представляемыхъ тяжущимися, но при этомъ я долженъ замѣтить, что правило настоящей статьи никакъ не должно быть понимаемо буквально. Нельзя, напр., относить постановленіе этой статьи только къ порядку принятія свидѣтельскихъ показаній, какъ доказательства; напротивъ, слѣдуетъ скорѣе полагать, что о допросѣ свидѣтелей здѣсь говорится только для примѣра; а что, на самомъ дѣлѣ, правило настоящей статьи должно имѣть болѣе общее значеніе и должно относиться и до порядка принятія другихъ способовъ доказательствъ, напр., доказательства посредствомъ дознанія черезъ окольныхъ людей, доказательства посредствомъ присяги, которыя такъ же точно, какъ и допросъ свидѣтелей, могутъ быть допущены не иначе, какъ посредствомъ постановленія о томъ судебнаго опредѣленія. Доказательствомъ этому могутъ служить, во-первыхъ, постановленія 412 и 491 ст., въ которыхъ говорится о порядкѣ принятія двухъ послѣднихъ способовъ доказательствъ, подобно тому, какъ въ разбираемой 369 ст. говорится о порядкѣ допроса свидѣтелей; во-вторыхъ, и то, что и порядокъ принятія этого послѣдняго доказательства спеціально указанъ въ особой 376 ст. и, наконецъ, въ-третьихъ, еще и то, что правило настоящей статьи помѣщено не въ отдѣленіи, въ которомъ идетъ рѣчь о показаніяхъ свидѣтелей, а въ отдѣленіи, озаглавленномъ „общія правила“, постановленія котораго, какъ заключающія въ себѣ дѣйствительно общія правила о доказательствахъ, имѣютъ одинаковое отношеніе ко всѣмъ способамъ доказательствъ, указаннымъ въ уставѣ. Поэтому, я и полагаю, что судъ при принятіи не только доказательства посредствомъ свидѣтелей, но и другихъ видовъ доказательствъ, одинаково долженъ руководствоваться общимъ правиломъ 369 ст., за исключеніемъ развѣ только принятія признанія и иногда письменныхъ доказательствъ, порядокъ представленія которыхъ мной отчасти указанъ выше, при разсмотрѣніи правилъ устава о порядкѣ подачи исковыхъ прошеній, которыя по простотѣ ихъ могутъ быть принимаемы судомъ, по справедливому замѣчанію Малышева (Курсъ гражд. суд., изд. 2, т. 1, стр. 285), и безъ соблюденія того болѣе сложнаго порядка принятія доказательствъ, который указанъ, какъ въ 369 ст., такъ и въ нѣкоторыхъ другихъ. Вслѣдствіе же того, что правило 369 ст. должно имѣть общее значеніе по отношенію къ порядку принятія судомъ всякаго рода доказательствъ, я и остановлюсь на толкованіи этой статьи, какъ на постановленіи общемъ, безотносительно къ порядку принятія того или другого рода доказательства въ отдѣльности, напр., допроса свидѣтелей, осмотра на мѣстѣ и проч. Изъ правила этой статьи для насъ, въ настоящее время, важно только постановленіе ея о томъ, что доказательство можетъ быть принято отъ тяжущихся не иначе, какъ по опредѣленію о томъ суда, что̀ доказывается словами статьи: „по просьбѣ сторонъ о допросѣ свидѣтелей“ и проч. „судъ постановляетъ опредѣленіе о томъ“ и т. д. Прямой выводъ изъ такого постано-

вленія будетъ, во-первыхъ, тотъ, что такого рода доказательства, какъ, напр., допросъ свидѣтелей, присяга, осмотръ на мѣстѣ и проч., никогда не могутъ быть приняты отъ тяжущихся по единоличному распоряженію предсѣдателя суда, такъ что если бы, положимъ, истецъ въ самомъ исковомъ прошеніи указалъ, въ подтвержденіе нѣкоторыхъ обстоятельствъ дѣла, на свидѣтелей и просилъ ихъ вызвать и допросить, то предсѣдатель суда, несмотря на это, не въ правѣ самъ распорядиться вызовомъ указанныхъ истцомъ свидѣтелей къ допросу, пока опредѣленіе о вызовѣ не будетъ постановлено судомъ. Самое же опредѣленіе о вызовѣ свидѣтелей или о принятіи другого какого-либо доказательства можетъ быть постановлено судомъ, конечно, не иначе, какъ въ публичномъ судебномъ засѣданіи.

Кромѣ того, наиболѣе существенный вопросъ, возбуждаемый правиломъ 369 ст., заключается въ томъ,—обязанъ ли судъ непремѣнно и всегда принимать отъ тяжущихся всякаго рода доказательства, на которыя имъ только заблагоразсудится указать суду, или же судъ въ правѣ своимъ опредѣленіемъ, при извѣстныхъ условіяхъ, отказывать тяжущимся въ принятіи тѣхъ или другихъ доказательствъ? Вопросъ этотъ возбуждается, главнымъ образомъ, вслѣдствіе того, что буквальный смыслъ выраженій 369 ст. таковъ, что можетъ, пожалуй, подать поводъ предполагать, что судъ въ правѣ только постановлять опредѣленія объ удовлетвореніи просьбъ тяжущихся о принятіи тѣхъ или другихъ доказательствъ, но не объ отказѣ имъ въ этомъ. Понятно, впрочемъ, что такое узко-буквальное толкованіе правила этой статьи должно быть положительно отвергнуто, потому что уже одно то обстоятельство, что уставъ допускаетъ принятіе отъ тяжущихся доказательствъ не иначе, какъ по опредѣленію суда, можетъ служить яснымъ указаніемъ тому, что суду предоставляется право обсудить, при постановленіи опредѣленія, вопросъ о возможности и необходимости принятія того или другого доказательства и предоставляется, слѣдовательно, право, въ случаѣ разрѣшенія этого вопроса въ смыслѣ отрицательномъ, отказать тяжущимся въ принятіи указываемаго ими доказательства. Если бы судъ обязанъ былъ принимать непремѣнно всякое доказательство, указываемое сторонами, то и самое опредѣленіе о принятіи было бы излишне, потому что принятіе доказательствъ совершалось бы всякій разъ въ силу самого закона. Исключеніе въ этомъ отношеніи могутъ составить развѣ только сдѣланное въ судѣ признаніе и письменныя доказательства, которыя должны быть приняты во вниманіе судомъ непремѣнно и для самаго принятія которыхъ не требуется никакого предварительнаго судебнаго опредѣленія, потому что доказательства эти до такой степени просты, что для принятія ихъ не требуется отъ суда совершенія какихъ-либо особыхъ процессуальныхъ дѣйствій. Сенатъ также во множествѣ рѣшеній, относящихся до отдѣльныхъ видовъ доказательства, даетъ довольно широкій просторъ усмотрѣнію суда, относительно вопроса о принятіи или непринятіи отъ тяжущихся тѣхъ или другихъ доказательствъ. Если, такимъ образомъ, судъ въ правѣ постановить опредѣленіе, какъ о принятіи, такъ и объ отказѣ въ принятіи отъ тяжущихся тѣхъ или другихъ доказательствъ, то само собой разумѣется, что судъ, прежде постановленія по этому предмету своего опредѣленія, долженъ строго взвѣсить значеніе тѣхъ фактовъ, которые домогаются доказать стороны. Считаю нелишнимъ привести здѣсь нѣкоторыя мысли, высказанныя по этому предмету Бонье въ его сочиненіи: Traité des preuves (изд. 4, т. 1, стр. 59),—мысли, усвоенныя и вообще наукой права. Онъ говоритъ: „судъ не долженъ безъ обсужденія постановлять о принятіи доказательствъ въ подтвержденіе всѣхъ фактовъ, которые стороны стремятся доказать. Факты, приведенные сторонами, должны быть предварительно разсмотрѣны въ двухъ отношеніяхъ: въ отношеніи самаго основанія спора, и, затѣмъ, какое значеніе они имѣютъ сами по себѣ.

Если факты",—продолжаетъ далѣе Бонье,—„приводимые стороной сами по себѣ такого рода, что, будучи признаваемы даже дѣйствительно существующими, не могутъ, однако же, служить къ утвержденію ея притязаній, то излишне приступать къ повѣркѣ такихъ фактовъ: *frustra probatur quod probatum non relevat*". Поэтому Бонье и полагаетъ, что для того, чтобы допустить принятіе тѣхъ или другихъ доказательствъ, необходимо, чтобы тѣ факты, которые стороны домогаются доказать, имѣли прямое отношеніе къ спору и были притомъ конклюдентны, т.-е. чтобы они имѣли такое значеніе въ спорѣ, что, бывъ доказаны, вели прямо къ утвержденію требованія. Но, предположивъ даже, что утверждаемые сторонами факты имѣютъ такое значеніе, судъ, по мнѣнію Бонье, долженъ, кромѣ того, обсудить: представляются ли самые факты физически возможными и допускаетъ ли законъ доказываніе этихъ фактовъ и, наконецъ, прибавлю отъ себя, судъ долженъ обсудить еще, допустимъ ли по закону приводимый стороной способъ доказательства, въ подтвержденіе именно тѣхъ фактовъ, которые сторона стремится доказать. Если судъ, при обсужденіи значенія утверждаемыхъ сторонами фактовъ и допускаемыхъ закономъ способовъ доказыванія ихъ, усмотритъ, что указанныхъ условій на лицо нѣтъ, то, конечно, судъ долженъ будетъ отказать сторонѣ въ принятіи доказательства. Такъ, напр., если судъ усмотритъ, что приводимые стороной факты физически невозможны, или представляются чудесными, то конечно судъ долженъ будетъ отказать сторонѣ въ принятіи отъ нея доказательства подобныхъ фактовъ. Или, если, напр., сторона будетъ стремиться доказать такіе факты, которыми можетъ быть разрушена презумпція juris et de jure, или будетъ приводить, какъ доказательство, показанія свидѣтелей въ подтвержденіе такихъ событій, которыя, въ силу закона, могутъ быть удостовѣрены только письменными доказательствами, то въ обоихъ этихъ случаяхъ судъ, безъ сомнѣнія, долженъ будетъ отказать сторонѣ въ принятіи доказательствъ, потому что, въ первомъ случаѣ совершенно безполезно доказательство всякихъ фактовъ, направленныхъ противъ предположенія juris et de jure; а во второмъ потому, что самимъ закономъ воспрещено принимать приводимое стороной доказательство. Таковы, по крайней мѣрѣ, общія начала, которыя судъ всегда долженъ имѣть въ виду при обсужденіи вопроса о принятіи отъ сторонъ тѣхъ или другихъ доказательствъ.

Наконецъ, въ заключеніе обзора общихъ правилъ нашего устава о доказательствахъ, я долженъ еще сказать нѣсколько словъ о послѣдствіяхъ нарушенія этихъ правилъ. Если принять во вниманіе значеніе этихъ правилъ, то нетрудно, мнѣ кажется, убѣдиться, что правила эти постановлены преимущественно въ интересѣ частномъ, въ интересѣ самихъ сторонъ процесса; поэтому, и нарушеніе этихъ правилъ судомъ можетъ имѣть вліяніе только на интересы самихъ тяжущихся; такъ, напр., если бы судъ присудилъ истцу совершенно бездоказательныя требованія, или если бы судъ самъ собралъ справки или доказательства въ подтвержденіе требованій истца, то такими дѣйствіями суда, конечно, были бы нарушены только интересы отвѣтчика. Въ такомъ неправильномъ отправленіи правосудія, если и замѣшанъ интересъ публичный, то развѣ только косвенно, а не непосредственно. Поэтому, и тѣ отступленія отъ разсмотрѣнныхъ правилъ устава, которыя были бы допущены судомъ, могутъ только служить иногда или кассаціоннымъ поводомъ, если отступленія были сдѣланы при разсмотрѣніи дѣла во второй инстанціи суда, или просто могутъ быть исправлены по жалобѣ заинтересованной стороны второй инстанціей, если самыя отступленія были допущены при разсмотрѣніи дѣла въ окружномъ судѣ. Такъ, напр., судебная палата, по жалобѣ отвѣтчика, должна будетъ отказать истцу въ бездоказательномъ искѣ, или должна будетъ исключить изъ числа доказательствъ

справки, собранныя самимъ судомъ и тому подоб. Другихъ же послѣдствій отступленія отъ общихъ правилъ о доказательствахъ, кажется, и быть не можетъ.

§ 2. Показанія свидѣтелей.

Подъ показаніями свидѣтелей, по объясненію нашихъ процессуалистовъ: Малышева (Курсъ гражд. суд., изд. 2, т. 1, стр. 311) и Гольмстена (Учебн. гражд. суд., стр. 175), слѣдуетъ разумѣть заявленія, дѣлаемыя передъ судомъ лицами, процессу посторонними и въ исходѣ его не заинтересованными, о фактахъ, непосредственно ими воспринятыхъ. Вдаваться въ болѣе подробныя объясненія понятія показаній свидѣтелей, какъ доказательства, въ виду общеизвѣстности этого понятія, надобности предстоять не можетъ, вслѣдствіе чего, я и обращусь прямо къ объясненію правилъ устава, относящихся къ этому способу доказательства. Нельзя сказать, чтобы и правила устава, относящіяся спеціально до способа доказательства посредствомъ показаній свидѣтелей, подобно тому, какъ и вообще правила о доказательствахъ, были изложены по какой-либо строго научной системѣ. Сообразно же тому, къ какимъ предметамъ въ отдѣльности относятся эти правила, я, не дѣлая значительныхъ отступленій отъ того порядка, въ которомъ правила о показаніяхъ свидѣтелей размѣщены въ самомъ уставѣ, считаю возможнымъ разсмотрѣть ихъ въ слѣдующемъ порядкѣ: во-1-хъ, опредѣленія устава о лицахъ, могущихъ быть свидѣтелями, и объ отводахъ; во-2-хъ, правила о порядкѣ представленія сторонами и принятіи судомъ доказательства посредствомъ свидѣтелей; въ-3-хъ, о порядкѣ вызова свидѣтелей въ судъ; въ-4-хъ, о порядкѣ допроса свидѣтелей; въ-5-хъ, правила объ оцѣнкѣ свидѣтельскихъ показаній и, наконецъ, въ-6-хъ, правила, опредѣляющія условія допустимости свидѣтельскихъ показаній, какъ доказательства извѣстныхъ событій или дѣйствій. Изъ правилъ, относящихся къ первой категоріи, я разсмотрю сперва постановленія, выраженныя въ слѣдующей статьѣ:

Ст. 370. Никто не имѣетъ права отказываться отъ свидѣтельства. Изъ этого правила исключаются только:

1) родственники тяжущихся по прямой линіи, восходящей и нисходящей, а также родные братья и сестры, развѣ бы свидѣтельство относилось къ доказательствамъ правъ состоянія;

2) имѣющіе выгоду отъ рѣшенія дѣла въ пользу той или другой стороны.

Правило настоящей статьи указываетъ прежде всего на общегражданскую обязанность всѣхъ и каждаго свидѣтельствовать въ судѣ и выражается оно словами: „никто не имѣетъ права отказываться отъ свидѣтельства“. Въ этихъ словахъ выражено правило общее, а затѣмъ указаны въ этой же самой статьѣ, какъ исключеніе изъ общаго правила, тѣ случаи, когда законъ считалъ необходимымъ дозволить самимъ лицамъ, призываемымъ во свидѣтели, отказываться отъ свидѣтельства. Случаевъ этихъ два. Во-первыхъ, могутъ отказываться отъ свидѣтельства родственники тяжущихся по прямой линіи восходящей и нисходящей, а также родные братья и сестры. Въ силу этого правила могутъ, слѣдовательно, отказываться отъ свидѣтельства не только, напр., дѣти противъ родителей, внуки противъ дѣда и бабки и наоборотъ, но также восходящіе и нисходящіе и въ болѣе отдаленныхъ степеняхъ родства, потому что правило 370 ст. не ставитъ въ этомъ отношеніи никакихъ ограниченій, а говоритъ только: „родственники по прямой линіи восходящей и нисходящей“. Далѣе, въ силу того же пункта 370 ст. могутъ отказываться отъ свидѣтельства родные братья и сестры тяжущихся. Подъ родными братьями и сестрами тяжущихся слѣдуетъ разумѣть не только такихъ лицъ, которыя

происходятъ отъ одного отца и отъ одной матери, но также братьевъ и сестеръ единоутробныхъ и единокровныхъ, потому что какъ тѣ, такъ и другія состоятъ между собой по закону въ одной и той же степени родства. Болѣе, впрочемъ, серьезное недоумѣніе, возникающее при разсмотрѣніи правила 370 ст. заключается въ томъ, имѣютъ ли право отказываться отъ свидѣтельства, на основаніи этой статьи, только лица, состоящія въ законномъ родствѣ, или же исключеніе, выраженное въ первомъ пунктѣ этой статьи, должно быть распространяемо и на лицъ, находящихся между собой въ родствѣ естественномъ? Напр. могутъ ли отказываться отъ свидѣтельства незаконные братья и сестры, или незаконнорожденныя дѣти противъ родителей и наоборотъ? Если при разрѣшеніи настоящаго вопроса принимать во вниманіе только постановленія нашихъ гражданскихъ законовъ, которые вовсе отрицаютъ возможность существованія родственнаго союза по отношенію къ дѣтямъ незаконнымъ, что и выражается, главнымъ образомъ, въ отрицаніи наслѣдственныхъ правъ между ними и ихъ родителями и родственниками, то пожалуй, что можно склониться и къ отрицательному разрѣшенію поставленнаго вопроса; но, мнѣ кажется, врядъ ли можно признать такое разрѣшеніе вопроса справедливымъ и согласнымъ съ духомъ судебныхъ уставовъ. Напротивъ, если принять во вниманіе мотивы, послужившіе основаніемъ ко включенію въ уставъ правила 370 ст., то, мнѣ кажется, скорѣе слѣдуетъ разрѣшить поставленный вопросъ въ смыслѣ положительномъ. Изъ разсужденій, помѣщенныхъ въ изданіи государственной канцеляріи подъ этой статьей, по крайней мѣрѣ, видно, что составители уставовъ сочли необходимымъ дозволить лицамъ, въ ней указаннымъ, отказываться отъ свидѣтельства исключительно въ виду близости родственныхъ отношеній, чтобы не ставить ихъ въ опасное положеніе борьбы между чувствомъ долга и чувствомъ родственной привязанности. Слѣдовательно, только естественное чувство родственной привязанности и есть тотъ единственный мотивъ, въ виду котораго и появилось въ уставѣ правило разбираемой статьи. Мотивъ же этотъ, конечно, дѣйствуетъ съ одинаковой силой какъ при существованіи родства законнаго, такъ и родства естественнаго, такъ что одинаково противно чувству естественной справедливости принуждать къ свидѣтельству какъ дѣтей законныхъ, такъ и незаконныхъ, или братьевъ и сестеръ незаконныхъ, и ставить ихъ, такимъ образомъ, какъ говорятъ составители уставовъ „въ опасное положеніе борьбы между чувствомъ долга и чувствомъ родственной привязанности“. На этомъ основаніи я и полагаю, что скорѣе слѣдуетъ предоставить право отказываться отъ свидѣтельства и лицамъ, состоящимъ въ указанныхъ въ 370 ст. степеняхъ родства съ тяжущимися по родству естественному, по крайней мѣрѣ, предоставить это право родственникамъ по матери, такъ какъ, въ этомъ случаѣ самый фактъ рожденія служитъ уже достаточнымъ и осязательнымъ доказательствомъ родства.

Впрочемъ, въ подтвержденіе сказаннаго по поводу предоставленія права отказываться отъ свидѣтельства и лицамъ, состоящимъ съ тяжущимися въ родствѣ естественномъ, я могу сослаться на одно рѣшеніе сената, въ которомъ сенатъ объяснилъ, что отводы противъ свидѣтелей, состоящихъ съ тяжущимися въ незаконномъ родствѣ, могутъ быть предъявляемы на одинаковомъ основаніи, какъ и противъ законныхъ родственниковъ. Въ дѣлѣ, подлежавшемъ разрѣшенію сената, вопросъ шелъ объ отводѣ отъ свидѣтельства незаконнорожденныхъ дѣтей, на основаніи родства ихъ съ матерью, но изъ мотивовъ рѣшенія сената можно, кажется, заключить, что сенатъ считаетъ возможнымъ допускать даже и отводы противъ незаконнорожденныхъ, на основаніи родства ихъ съ отцомъ, по крайней мѣрѣ, въ нѣкоторыхъ случаяхъ; при этомъ, особенно интересно то обстоятельство, что сенатъ разрѣшилъ вопросъ объ отводахъ на основаніи родства естественнаго не только по сооб-

раженію правилъ устава объ отводахъ съ той цѣлью, съ которой эти правила установлены, но, главнымъ образомъ, на основаніи постановленій X-го тома о союзѣ родственномъ. Вообще соображенія сената, высказанныя имъ въ этомъ рѣшеніи, настолько интересны, что я считаю необходимымъ привести ихъ цѣликомъ. „Изъ того", говоритъ сенатъ, „что законъ не признаетъ юридической связи незаконныхъ дѣтей съ ихъ родителями и на семъ основаніи не признаетъ взаимныхъ наслѣдственныхъ правъ между ними, ихъ родителями и родственниками, нельзя вывести заключенія, чтобы законъ отвергалъ и всякую естественную между ними связь въ тѣхъ случаяхъ, когда связь эта не подлежитъ сомнѣнію или признается самими родителями незаконнорожденнаго. Напротивъ того, постановленія о дѣтяхъ незаконныхъ (ст. 132 и слѣд. X т. 1 ч.) помѣщены въ числѣ постановленій о союзѣ родителей и дѣтей и союзѣ родственномъ (раздѣлъ второй первой книги гражданскихъ законовъ). Изъ сего слѣдуетъ, что, установляя опредѣленнаго рода отношенія между родителями и ихъ незаконными дѣтьми, законъ тѣмъ самымъ признаетъ естественный союзъ не только между незаконнорожденнымъ и его матерью, но въ извѣстныхъ случаяхъ и его отцомъ; такъ, напримѣръ, законы уголовные налагаютъ на отца незаконнорожденнаго младенца обязанность давать содержаніе матери и ребенку (ст. 994 Угол. Улож.)". (рѣш. 1872 года, № 685). Эти соображенія и привели сенатъ къ признанію, на основаніи постановленій матеріальнаго права, существованія союза родственнаго и между лицами, состоящими въ родствѣ естественномъ, и этого, конечно, достаточно, чтобы допускать не только отводы на основаніи родства законнаго, но и признать за самими лицами, состоящими въ указанныхъ въ 370 ст. степеняхъ родства незаконнаго, право отказываться отъ свидѣтельства, потому что цѣль, какъ правила этой статьи, такъ и правилъ объ отводахъ одинакова—это возможность устраненія отъ свидѣтельства такихъ лицъ, отъ которыхъ по тѣмъ или другимъ причинамъ нельзя ожидать безпристрастныхъ показаній. Примѣняя же и въ настоящемъ случаѣ общее правило юридической герменевтики—ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio, когда цѣль закона одинакова, то и самыя постановленія закона должны имѣть одинаковое примѣненіе,—несомнѣнно слѣдуетъ признать, что соображенія сената должны одинаково считаться руководствомъ и при примѣненіи правила 370 ст. Мнѣ кажется даже, что въ силу соображеній сената нѣтъ основанія не признавать и за лицами, состоящими въ родствѣ незаконномъ по отцу, права отказываться отъ свидѣтельства въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ это родство очевидно и признается или, напр., самимъ отцомъ, или же признано, положимъ, судебнымъ рѣшеніемъ, обязывающимъ отца давать содержаніе незаконнорожденному ребенку. Изъ нашихъ процессуалистовъ Малышевъ совершенно согласенъ съ только что приведеннымъ объясненіемъ сената (Курсъ гражд. суд., изд. 2, т. I, стр. 312), а Гольмстенъ въ его рецензіи на настоящій „Опытъ комментарія", напротивъ, рѣшительно возстаетъ противъ допустимости заявленій объ отказѣ отъ свидѣтельства на основаніи правила разбираемой статьи по родству незаконному на томъ, во-первыхъ, основаніи, что родство незаконное будто бы не можетъ быть признаваемо за родство въ смыслѣ юридическомъ по относящимся къ этому предмету постановленіямъ X тома, а, во-вторыхъ, потому, что постановленія разбираемой статьи о случаяхъ допустимости отказа отъ свидѣтельства, какъ исключенія, не должны подлежать распространительному толкованію (Журн. гражд. и угол. пр. 1880 г., кн. 3, стр. 140). Ни то, ни другое изъ этихъ соображеній не можетъ, однако же, въ достаточной степени колебать правильность высказаннаго мной заключенія о допустимости заявленій объ отказѣ отъ свидѣтельства и по родству незаконному; первое потому, что никакъ нельзя утверждать, какъ это указали сенатъ, а также изъ нашихъ цивилистовъ Загоровскій въ его рецензіи на книгу

Кавелина „Очерки юридическихъ отношеній, возникающихъ изъ семейнаго союза“ (Журн. гражд. и угол. пр. 1885 г., кн. 5, стр. 167), чтобы нашъ законъ отвергалъ всякую связь по родству незаконному и, притомъ, не только по родству со стороны матери, но въ нѣкоторыхъ случаяхъ и по родству со стороны отца, вслѣдствіе чего, и нельзя утверждать, чтобы родство незаконное могло считаться лишеннымъ всякаго юридическаго значенія; а второе потому, что допущеніе заявленій объ отказѣ отъ свидѣтельства по родству незаконному, если только считать это родство за родство, имѣющее значеніе юридическое по постановленіямъ нашего матеріальнаго права, ни въ какомъ случаѣ не можетъ быть почитаемо за распространительное примѣненіе правила разбираемой статьи.

Въ силу того, что 1-й пунктъ правила 370 ст. есть только исключеніе изъ общаго правила, слѣдуетъ также признать, что не имѣютъ права отказываться отъ свидѣтельства вообще лица, не состоящія именно въ тѣхъ самыхъ родственныхъ отношеніяхъ, о которыхъ говорится въ этой статьѣ, хотя бы эти отношенія и представляли сходство съ отношеніями, въ ней указанными, вслѣдствіе чего, нельзя предоставить права отказываться отъ свидѣтельства, напр., лицамъ, состоящимъ въ родствѣ по усыновленію, въ родствѣ по свойству, какъ, напр., вотчиму, мачихѣ или пасынку и проч.

На основаніи 2-го пункта 370 ст. устраняться отъ свидѣтельства имѣютъ право также и лица, имѣющія выгоды отъ рѣшенія дѣла въ пользу той или другой стороны. Правило это довольно неопредѣлительно и можетъ, пожалуй, подать поводъ къ неосновательнымъ отказамъ отъ свидѣтельства; поэтому, во избѣжаніе неосновательныхъ отказовъ, оно и должно быть всегда понимаемо въ самомъ строгомъ и тѣсномъ смыслѣ, такъ что право устранять себя отъ свидѣтельства должно быть предоставляемо только такимъ лицамъ, которыя имѣютъ дѣйствительно прямой и непосредственный имущественный интересъ отъ рѣшенія именно даннаго дѣла въ пользу той или другой стороны, или когда рѣшеніе производящагося въ судѣ между третьими лицами дѣла, въ томъ или другомъ смыслѣ, дѣйствительно можетъ оказать выгодное или невыгодное вліяніе на имущественныя права и интересы свидѣтеля, т.-е. можетъ повлечь ущербъ или приращеніе въ его имущественныхъ правахъ. Поэтому, слѣдуетъ признать, что на основаніи 2-го пункта 370 ст. могутъ отказываться отъ свидѣтельства, напр., поручитель по договору въ искѣ съ того лица, за которое онъ ручался, цедентъ или уступщикъ правъ по договору, который гарантируетъ вѣрность уступленнаго права, въ искѣ цессіонарія съ третьяго лица, или вообще всѣ тѣ лица, противъ которыхъ можетъ возникнуть, по рѣшеніи дѣла, въ пользу той или другой стороны, право регресса или право обратнаго требованія. Въ этихъ случаяхъ разрѣшеніе дѣла въ томъ или другомъ смыслѣ дѣйствительно должно оказать прямое вліяніе на имущественные интересы свидѣтеля. Тѣмъ болѣе, конечно, должно быть предоставлено право отказываться отъ свидѣтельства или совладѣльцамъ общаго имущества въ спорахъ кого-либо изъ нихъ объ этомъ имуществѣ, или владѣльцамъ какого-либо нераздѣльнаго права, напр. права на какой-либо сервитутъ, въ спорахъ объ этомъ правѣ, или же лицамъ, солидарно обязаннымъ совмѣстно съ отвѣтчикомъ по какому-либо обязательству въ искахъ объ этомъ обязательствѣ, вслѣдствіе того, что рѣшенія по такимъ спорамъ несомнѣнно и непремѣнно должны такъ, или иначе затрогивать не только интересъ, но и права этихъ лицъ, къ ихъ невыгодѣ. Могутъ встрѣтиться, конечно, и другіе случаи, когда свидѣтель въ правѣ будетъ отказаться отъ свидѣтельства на основаніи 2-го пункта 370 ст., но сужденіе объ основательности отказа свидѣтеля и объ основательности приведенныхъ имъ причинъ отказа должно быть предоставлено, какъ это утверждаетъ и Побѣдоносцевъ (Судеб. руков., тезисъ 822), въ каждомъ данномъ случаѣ все-

цѣло усмотрѣнію суда, отъ котораго и должно зависѣть признать отказъ свидѣтеля заслуживающимъ уваженія или нѣтъ. Сказанное въ объясненіе примѣненія правила, выраженнаго во 2-мъ пунктѣ 370 ст., почти буквально повторилъ впослѣдствіи и сенатъ, который, кромѣ того, указалъ еще на одинъ случай, когда можетъ быть допускаемо со стороны свидѣтелей, какъ лицъ, могущихъ имѣть выгоду отъ рѣшенія дѣла въ пользу той, или другой стороны, заявленіе объ отказѣ отъ свидѣтельства, — случай, впрочемъ, также уже ранѣе мной указанный. Именно, сенатъ объяснилъ, что при разбирательствѣ исковъ, предъявляемыхъ противъ лицъ юридическихъ, напр., сельскихъ крестьянскихъ обществъ, или какихъ-либо акціонерныхъ компаній, члены этихъ обществъ, въ случаяхъ ссылки на нихъ, какъ на свидѣтелей, должны имѣть право отказываться отъ свидѣтельства въ тѣхъ случаяхъ, когда споръ идетъ о такихъ правахъ, которыя затрогиваютъ индивидуально интересы каждаго отдѣльнаго члена общества и когда, вслѣдствіе этого, то или другое рѣшеніе по дѣлу дѣйствительно можетъ причинить имъ ущербъ, или выгоду (рѣш. 1884 года, № 115).

Хотя оба только-что разсмотрѣнные пункта 370 ст. представляютъ собой не что иное, какъ исключеніе изъ общаго правила, выраженнаго въ началѣ статьи; но въ первомъ пунктѣ содержится еще какъ бы исключеніе изъ исключенія, выраженное въ словахъ: „развѣ бы свидѣтельство относилось къ доказательствамъ правъ состоянія“. Мнѣ кажется, что слова эти указываютъ на то, что лица, означенныя въ первомъ пунктѣ 370 ст., не имѣютъ права отказываться отъ свидѣтельства, когда свидѣтельство ихъ должно служить доказательствомъ правъ состоянія, что, конечно, наичаще можетъ имѣть мѣсто въ искахъ объ этихъ правахъ, какъ, напр., въ искахъ о законности рожденія и проч. Во всѣхъ же остальныхъ случаяхъ правило 370 ст. предоставляетъ лицамъ, въ ней указаннымъ, только право отказываться отъ свидѣтельства, но не вмѣняетъ имъ это въ непремѣнную обязанность, что́ слѣдуетъ съ особенной очевидностью изъ тѣхъ разсужденій, на которыхъ оно основано, и въ которыхъ, между прочимъ, сказано, что въ ней опредѣлены случаи, въ которыхъ призываемые къ свидѣтельству имѣютъ право сами устранять себя. Такимъ образомъ правило 370 ст., въ отношеніи выраженныхъ въ немъ исключеній, имѣетъ вполнѣ характеръ факультативный. Кромѣ того, по поводу правила этой статьи я замѣчу еще, что даже на основаніи буквальнаго смысла выраженія ея необходимо заключить, что лица, въ ней указанныя, имѣютъ право отказаться отъ свидѣтельства не только тогда, когда они состоятъ въ родственныхъ отношеніяхъ, или имѣютъ выгоду отъ рѣшенія дѣла въ пользу той стороны, которая дѣлаетъ на нихъ ссылку какъ на свидѣтелей, но и тогда, когда они въ тѣхъ же отношеніяхъ состоятъ со стороной противной, или, лучше сказать, когда они состоятъ хотя бы, напр., въ родственныхъ отношеніяхъ съ однимъ изъ тяжущихся изъ числа истцовъ, или отвѣтчиковъ безразлично. Однимъ словомъ, правило 370 ст. предоставляетъ право лицамъ, въ ней указаннымъ, устранять себя отъ свидѣтельства независимо отъ того, состоятъ ли они въ особыхъ отношеніяхъ со стороной, сдѣлавшей на нихъ ссылку, или со стороной противной, или даже съ третьимъ, принимающимъ участіе въ дѣлѣ, лицомъ, но только въ самостоятельной роли стороны процесса, а не пособника одной изъ сторонъ, на томъ основаніи, что рѣшеніемъ по дѣлу ничего въ пользу, или въ ущербъ правъ пособника присуждаемо быть не можетъ, вслѣдствіе чего, конечно, и имущественные интересы свидѣтеля, состоящаго въ особыхъ отношеніяхъ, указанныхъ въ 370 ст., только съ пособникомъ одной изъ сторонъ, ни въ чемъ затронуты быть не могутъ, а, слѣдовательно, имъ не можетъ представляться и никакого повода къ заявленію отказа отъ свидѣтельства. Наконецъ, при объясненіи правила разбираемой статьи нельзя не обратить вниманія и на довольно существенный пробѣлъ въ немъ, заключающійся

въ неуказаніи ни порядка, ни срока подачи свидѣтелями заявленій объ отказѣ отъ свидѣтельства. Уставъ германскій въ настоящемъ случаѣ предусмотрительнѣе нашего. Онъ подробно нормируетъ, какъ порядокъ и время подачи свидѣтелями заявленій объ отказѣ отъ свидѣтельства, такъ равно и процедуру разсмотрѣнія этихъ заявленій судомъ и послѣдствія подачи неосновательныхъ заявленій объ отказѣ. Именно, уставъ германскій допускаетъ заявленія объ отказѣ какъ письменныя, такъ и словесныя и, притомъ, какъ въ день, назначенный для допроса свидѣтелей, такъ и ранѣе; затѣмъ, онъ не обязываетъ свидѣтелей, подавшихъ заявленія объ отказѣ отъ свидѣтельства ранѣе дня, назначеннаго для допроса, непремѣнной явкой въ судъ, а предписываетъ суду прямо разсматривать эти заявленія въ присутствіи сторонъ въ публичномъ засѣданіи. Такимъ же порядкомъ уставъ германскій предписываетъ разсматривать заявленія объ отказѣ и въ тѣхъ случаяхъ, когда бы эти заявленія были сдѣланы передъ тѣмъ членомъ суда, которому было поручено производство допроса свидѣтелей. Въ случаѣ признанія судомъ отказа свидѣтеля неосновательнымъ, уставъ германскій предписываетъ обращать на свидѣтеля издержки производства по разсмотрѣнію его заявленія объ отказѣ и, затѣмъ, вызывать его вновь къ допросу (§ 351—355). Слѣдуетъ, кажется, признать, что подача заявленій объ отказѣ отъ свидѣтельства и у насъ должна быть допускаема, какъ въ день, назначенный для допроса свидѣтелей, такъ и ранѣе, до этого дня и, притомъ, должна быть допускаема, какъ въ формѣ заявленій письменныхъ, такъ и словесныхъ. Далѣе, относительно порядка разрѣшенія этихъ заявленій слѣдуетъ признать, что они должны быть разрѣшаемы судомъ въ порядкѣ частномъ, въ публичномъ судебномъ засѣданіи въ день, назначенный для допроса свидѣтелей, или и ранѣе, но по выслушаніи явившихся въ засѣданіе сторонъ частнымъ опредѣленіемъ, за исключеніемъ только того случая, когда бы заявленіе объ отказѣ отъ свидѣтельства было сдѣлано передъ членомъ суда въ день, назначенный имъ для допроса свидѣтелей, и когда разрѣшеніе этого заявленія должно быть, кажется, предоставлено единоличной власти этого члена. Послѣдствіемъ признанія судомъ, или членомъ суда отказа неосновательнымъ можетъ быть, кажется, только вызовъ и допросъ свидѣтеля и ничего болѣе, вслѣдствіе невозможности опредѣленія какихъ-либо иныхъ послѣдствій, невыгодныхъ для свидѣтеля, по неуказанію таковыхъ въ законѣ. Слѣдуетъ, кажется, признать допустимой подачу заявленій объ отказѣ отъ свидѣтельства, писанныхъ на простой бумагѣ, на томъ основаніи, что изъ общаго смысла правилъ устава о взысканіи гербовыхъ пошлинъ нельзя, кажется, не вывести то заключеніе, что въ силу этихъ правилъ оплатѣ гербовыми пошлинами должны подлежать бумаги, подаваемыя по дѣлу только сторонами процесса, а не лицами, процессу посторонними, какъ свидѣтелями, экспертами и проч. Далѣе, слѣдуетъ, кажется, также признать, что никакихъ жалобъ со стороны свидѣтеля на постановленіе суда о признаніи его заявленія объ отказѣ отъ свидѣтельства неосновательнымъ, допускаемо быть не можетъ, вслѣдствіе того, что уставъ о допустимости этихъ жалобъ не упоминаетъ, за исключеніемъ только того случая, когда бы отказъ отъ свидѣтельства былъ заявленъ члену суда, производившему допросъ, и былъ разрѣшенъ его единоличной властью и когда принесеніе жалобы на это распоряженіе суду со стороны свидѣтеля должно считаться допустимымъ на основаніи 389 ст. Затѣмъ, къ первой категоріи правилъ о показаніяхъ свидѣтелей относятся еще слѣдующія статьи:

Ст. 371. Не допускаются къ свидѣтельству:

1) признанные умалишенными и неспособные объясняться ни на словахъ, ни на письмѣ, а равно лица, кои вслѣдствіе разстройства умственныхъ способностей состоятъ, по распоряженію надлежащей власти, на испытаніи или въ пользованіи врача;

2) тѣ, которые по своимъ физическимъ или умственнымъ недостаткамъ, не могли имѣть познанія о доказываемомъ обстоятельствѣ;

3) дѣти противъ родителей;

4) супруги тяжущихся;

5) духовные въ отношеніи того, что имъ повѣрено на исповѣди;

6) отлученные отъ церкви по приговору духовнаго суда, лишенные всѣхъ правъ состоянія и подвергшіеся такимъ наказаніямъ, съ коими сопряжено лишеніе права быть свидѣтелемъ.

Всѣ сіи лица устраняются отъ свидѣтельства самимъ судомъ и безъ указанія или просьбы тяжущихся, когда судъ усмотритъ означенные причины неспособности.

Ст. 372. Дѣти отъ семи до четырнадцати лѣтъ могутъ быть допрошены, но безъ приведенія ихъ къ присягѣ.

Хотя общее правило, выраженное въ предъидущей 370 ст., вмѣняетъ всѣмъ и каждому въ непремѣнную обязанность свидѣтельствовать на судѣ, но уже при одномъ поверхностномъ взглядѣ на природу человѣка нетрудно убѣдиться, что на самомъ дѣлѣ правило это не можетъ имѣть примѣненія во всей его полнотѣ и всеобщности. Для того, чтобы быть свидѣтелемъ, или для того, чтобы свидѣтельствовать на судѣ объ извѣстныхъ фактахъ, необходимо, по крайней мѣрѣ, до извѣстной степени, чтобы лицо, являющееся свидѣтелемъ, было настолько развито въ умственномъ отношеніи, чтобы могло сознательно отнестись къ тѣмъ фактамъ, о которыхъ оно должно свидѣтельствовать, чтобы оно понимало значеніе этихъ фактовъ. Далеко однако же не всѣ лица обладаютъ такимъ умственнымъ развитіемъ, что́ происходитъ, конечно, отъ различныхъ причинъ. Далѣе, свидѣтельство лицъ о тѣхъ или другихъ событіяхъ тогда только можетъ имѣть цѣну и значеніе доказательства, когда оно вполнѣ искренне и безпристрастно, но и такого свидѣтельства нельзя ожидать отъ всѣхъ и каждаго. Причиной этому можетъ быть или нравственная испорченность человѣка, или его особыя отношенія къ субъектамъ спора. По этимъ основаніямъ всѣ законодательства, начиная съ римскаго права, признаютъ извѣстныя категоріи лицъ неспособными свидѣтельствовать на судѣ и считаютъ необходимымъ положительно не допускать ихъ къ свидѣтельству. Неспособность къ свидѣтельству можетъ быть, впрочемъ, какъ это замѣтили и наши процессуалисты: Малышевъ (Курсъ гражд. суд., изд. 2, т. 1, стр. 312) и Гольмстенъ (Учеб. гражд. суд., стр. 177), или абсолютная, когда тѣ или другія лица закономъ признаются положительно неспособными быть свидѣтелями по какому бы то ни было дѣлу, и вовсе устраняются отъ свидѣтельства, какъ, напр., душевно-больные, или приговоренные къ извѣстнымъ наказаніямъ; или релятивная, когда тѣ или другія лица признаются по тѣмъ или другимъ мотивамъ неспособными быть свидѣтелями по одному какому-либо данному дѣлу, какъ, напр., лица, связанныя съ тяжущимися извѣстными родственными отношеніями и проч. Нашъ уставъ, по примѣру западно-европейскихъ законодательствъ, принявъ во вниманіе тѣ или другія основанія неспособности свидѣтельствовать на судѣ, опредѣляетъ въ цитированныхъ статьяхъ тѣ случаи, когда указанныя въ нихъ лица должны быть положительно устранены отъ свидѣтельства. Изъ общаго разсмотрѣнія этихъ статей нетрудно усмотрѣть, что нѣкоторыя указанныя въ нихъ лица устраняются отъ свидѣтельства вслѣдствіе абсолютной неспособности ихъ свидѣтельствовать о чемъ бы то ни было, а другія только потому, что законъ считаетъ ихъ относительно неспособными свидѣтельствовать по извѣстному дѣлу. Обратимся сперва къ разсмотрѣнію тѣхъ случаевъ, когда уставъ считаетъ необходимымъ устранять отъ свидѣтельства тѣ

или другія лица, повидимому, вслѣдствіе абсолютной неспособности ихъ къ свидѣтельству.

На основаніи 1-го пункта 371 ст. устраняются отъ свидѣтельства: во-первыхъ—признанные умалишенными, а также и тѣ, которые вслѣдствіе разстройства умственныхъ способностей состоятъ, по распоряженію надлежащей власти, на испытаніи или въ пользованіи врача, и, во-вторыхъ, лица, неспособныя объясняться ни на словахъ, ни на письмѣ; на основаніи 2-го пункта устраняются отъ свидѣтельства также и тѣ, которые по своимъ физическимъ или умственнымъ недостаткамъ не могли имѣть познанія о доказываемомъ обстоятельствѣ. Мотивъ устраненія всѣхъ этихъ лицъ отъ свидѣтельства понятенъ—это, или ненормальное состояніе умственныхъ способностей вслѣдствіе душевнаго разстройства лица; или недостаточность умственнаго развитія лица, когда оно не въ состояніи понять и оцѣнить значенія извѣстныхъ фактовъ. Всѣ лица, неспособныя свидѣтельствовать, по этимъ основаніямъ, раздѣляются такимъ образомъ уставомъ на три категоріи и всѣ они должны быть признаны, за немногими развѣ исключеніями, абсолютно неспособными свидѣтельствовать на судѣ. Противъ устраненія отъ свидѣтельства лицъ, указанныхъ въ 1-мъ пунктѣ 371 ст., сказать нечего. Лица, признанныя умалишенными, т.-е. лица, подвергшіяся въ установленномъ порядкѣ освидѣтельствованію и, затѣмъ, подвергнутыя надлежащей властью законному запрещенію, а также лица, неспособныя объясняться ни на словахъ, ни на письмѣ, какъ, напр., неграмотные глухонѣмые, безъ сомнѣнія, безусловно должны быть устранены отъ свидѣтельства. Что же касается лицъ, состоящихъ на испытаніи у врача, то для устраненія ихъ отъ свидѣтельства необходимо, чтобы они состояли на испытаніи не иначе, какъ по распоряженію надлежащей власти, а не состояли въ пользованіи у врача частнымъ образомъ. Могутъ, конечно, встрѣтиться случаи, когда и эти послѣднія лица будутъ настолько психически разстроены, что не въ состояніи будутъ свидѣтельствовать на судѣ, но устранены отъ свидѣтельства они могутъ быть развѣ на основаніи 2-го пункта 371 ст., какъ это совершенно справедливо замѣтилъ и Исаченко въ его статьѣ: „Лица въ договорѣ“ (Юрид. Вѣст. 1883 г., кн. 6—7, стр. 614). По мнѣнію Слонимскаго, высказанному имъ въ его статьѣ—„Гражданское право и психіатрія“, напротивъ, на основаніи 1-го пункта 371 ст. должны подлежать устраненію отъ свидѣтельства одинаково всѣ вообще умалишенные, безъ всякаго различія того — признаны ли они сумасшедшими сенатомъ, или нѣтъ (Судеб. Журн. 1873 г., кн. 6, стр. 97). Съ этимъ положеніемъ, въ виду яснаго постановленія правила 371 ст., согласиться нельзя, тѣмъ болѣе, что достаточнымъ коррективомъ слишкомъ строгому постановленію 1-го пункта правила этой статьи не можетъ не служить постановленіе, выраженное во 2-мъ его пунктѣ, руководствуясь которымъ, судъ всегда можетъ имѣть возможность устранять отъ свидѣтельства лицъ, лишенныхъ разсудка и непризнанныхъ сумасшедшими въ установленномъ порядкѣ. Собственно же правило объ устраненіи отъ свидѣтельства лицъ, указанныхъ въ этомъ послѣднемъ пунктѣ, само по себѣ, мнѣ кажется, не вполнѣ удобопримѣнимымъ во всѣхъ случаяхъ. Въ самомъ дѣлѣ, по какимъ даннымъ судъ, до допроса свидѣтеля, въ состояніи удостовѣриться въ томъ,—могъ ли имѣть свидѣтель, по его умственнымъ недостаткамъ, познанія о доказываемомъ обстоятельствѣ, или нѣтъ. Мнѣ кажется, что обстоятельство это можетъ разъясниться только при самомъ допросѣ свидѣтеля, за исключеніемъ развѣ немногихъ случаевъ, когда на судъ въ качествѣ свидѣтеля предстанетъ совершенный идіотъ, не могущій дать удовлетворительныхъ отвѣтовъ на предварительные вопросы предсѣдателя. Физическіе недостатки свидѣтеля, препятствующіе ему имѣть познаніе о доказываемомъ обстоятельствѣ, конечно, легче могутъ обнаружиться, когда, напр., глухой или слѣпой свидѣтель при-

званъ будетъ свидѣтельствовать о такихъ фактахъ, которые могутъ быть восприняты не иначе, какъ органомъ зрѣнія или органомъ слуха. Во всякомъ случаѣ, мнѣ кажется, что 2-й пунктъ 371 ст. даетъ суду отчасти излишній просторъ въ отношеніи права устранять свидѣтеля отъ допроса.

На основаніи 6-го пункта 371 ст. устраняются отъ свидѣтельства также по абсолютной неспособности быть свидѣтелемъ, во-первыхъ, лица, отлученныя отъ церкви по приговору духовнаго суда, во-вторыхъ, лишенныя всѣхъ правъ состоянія и подвергшіяся такимъ наказаніямъ, съ коими сопряжено лишеніе права быть свидѣтелемъ. Трудно подыскать разумный мотивъ къ устраненію только-что указанныхъ лицъ отъ свидѣтельства; по крайней мѣрѣ, современная наука права, въ лицѣ лучшихъ юристовъ, сильно возстаетъ противъ лишенія права свидѣтельствовать на судѣ, какъ противъ наказанія. Такъ, Боатаръ, разбирая постановленія французскаго уголовнаго кодекса по этому предмету, весьма живо критикуетъ эти постановленія, главнымъ образомъ, на томъ основаніи, что лишеніе кого-либо права быть свидѣтелемъ никакъ не можетъ считаться наказаніемъ, потому что это есть собственно не лишеніе какого-либо права, а, напротивъ, освобожденіе отъ одной изъ общегражданскихъ обязанностей, что̀ можетъ принести вредъ никакъ не преступнику, а третьимъ лицамъ ни въ чемъ неповиннымъ. При этомъ Боатаръ приводитъ весьма характеристическое выраженіе Бентама, сказавшаго по поводу лишенія права быть свидѣтелемъ слѣдующее: „законъ, съ цѣлью сдѣлать царапину виновному, погрузилъ весь мечъ въ тѣло ничѣмъ неповиннаго“. Далѣе Боатаръ продолжаетъ: „Въ самомъ дѣлѣ, вы отказываетесь выслушать можетъ быть единственнаго свидѣтеля факта, установить который судебнымъ порядкомъ я имѣю интересъ. Кто терпитъ отъ такой мѣры? Здѣсь, очевидно, отказываются выслушать не свидѣтеля, лично не имѣющаго никакого интереса быть выслушаннымъ, а тяжущагося, нуждающагося въ его показаніи, и которому, за неимѣніемъ другого полноправнаго свидѣтеля, становится невозможнымъ установить свое право?“ (Лекціи по угол. пр. и суд., Суд. Журн. 1875 г., стр. 163). Впрочемъ, и изъ мотивовъ, помѣщенныхъ подъ 371 ст. въ изданіи государственной канцеляріи, видно, что составители уставовъ сочли необходимымъ внести въ уставъ постановленіе, которымъ устраняются отъ свидѣтельства лица, подвергшіяся лишенію или ограниченію правъ, только на томъ основаніи, что и наше уложеніе о наказаніяхъ соединяетъ съ нѣкоторыми наказаніями также и лишеніе права быть свидѣтелемъ въ судѣ гражданскомъ. Но, мнѣ кажется, что на основаніи буквальнаго смысла выраженій 43 ст. улож. о наказ., повторяющей буквально 47 ст. XV т., которую составители уставовъ и имѣли въ виду, они не имѣли никакого основанія вносить въ уставъ разбираемое постановленіе, потому что въ статьѣ этой, указывающей, съ какими наказаніями сопряжено между прочимъ и лишеніе права быть свидѣтелемъ, послѣ постановленія, гласящаго, что лица, подвергшіяся извѣстнымъ наказаніямъ, не могутъ давать свидѣтельскія показанія по дѣламъ гражданскимъ подъ присягой или безъ присяги, прибавлено: „кромѣ лишь случаевъ, въ коихъ судомъ будетъ признано необходимымъ потребовать его показаній“. Послѣднія слова съ очевидной ясностью указываютъ, что наше уложеніе о наказаніяхъ вовсе не безусловно требуетъ устраненія нѣкоторыхъ лицъ отъ свидѣтельства на судѣ, такъ что редакторы устава пошли въ этомъ отношеніи гораздо дальше уложенія, вслѣдствіе чего и включеніе въ уставъ разсматриваемаго правила, тѣмъ болѣе, становится непонятнымъ. Во всякомъ же случаѣ, мнѣ кажется, что отъ свидѣтельства могутъ быть устранены только тѣ лица, приговоръ о которыхъ суда уголовнаго въ то время, когда они призваны въ судъ для свидѣтельства, вступилъ уже въ окончательную законную силу и подлежитъ исполненію, а не только-что объявленъ. Помилованные, послѣ вступленія приго-

вора въ окончательную законную силу, мнѣ кажется, также не могутъ быть устраняемы отъ свидѣтельства, если только актомъ помилованія они возстановлены во всѣхъ правахъ состоянія. Кромѣ лицъ, подвергшихся извѣстнымъ наказаніямъ, соединеннымъ съ лишеніемъ права быть свидѣтелемъ, въ силу 6-го пункта 371 ст. устраняются еще отъ свидѣтельства лица, отлученныя отъ церкви по приговору духовнаго суда. Останавливаться на разсмотрѣніи этого правила я не буду, такъ какъ, въ настоящее время врядъ ли можно встрѣтить у насъ лицъ, подвергнувшихся подобному наказанію.

Случаи устраненія отъ свидѣтельства, указанные въ прочихъ пунктахъ 371 ст., основываются совершенно на другихъ мотивахъ; перечисленныя въ нихъ лица, если и устраняются отъ свидѣтельства, то никакъ не вслѣдствіе абсолютной неспособности ихъ свидѣтельствовать вообще на судѣ, а только вслѣдствіе неспособности относительной свидѣтельствовать по извѣстному дѣлу, или объ извѣстныхъ опредѣленныхъ фактахъ. Устраняются, такимъ образомъ, въ силу 3, 4 и 5 пунктовъ 371 ст. отъ свидѣтельства: дѣти противъ родителей, супруги тяжущихся и духовные въ отношеніи того, что имъ повѣрено на исповѣди. Мотивъ устраненія отъ свидѣтельства лицъ, указанныхъ въ 3 и 4 пунктахъ, очевиденъ — это невозможность ожидать сколько-нибудь безпристрастныхъ показаній отъ лицъ, связанныхъ такимъ близкимъ родствомъ съ тяжущимися. Что касается собственно правила, выраженнаго въ 3-мъ пунктѣ, то я не могу не обратить вниманія на неточность редакціи его. По буквальному смыслу его—„устраняются отъ свидѣтельства дѣти противъ родителей“. можно, пожалуй, заключить, что дѣти должны быть устранены отъ свидѣтельства только въ томъ случаѣ, когда они должны показывать противъ родителей, но не въ пользу ихъ, т.-е. когда на нихъ дѣлаетъ ссылку сторона, ведущая процессъ противъ ихъ родителей, но не ихъ родители. Но, понятно, что отъ дѣтей одинаково нельзя ожидать должнаго безпристрастія въ обоихъ случаяхъ — должны ли они будутъ показывать въ пользу или противъ родителей. Противоестественно вообще требовать показаній отъ дѣтей въ процессѣ, въ которомъ участвуютъ ихъ родители, потому что требовать отъ нихъ показаній въ пользу родителей—это возбуждать въ нихъ чувство пристрастія, а требовать показаній противъ родителей — это возбуждать въ нихъ чувство ненависти: apud concordes excitamentum caritatis, apud iratos viritamentum odiorum. Да и, наконецъ, по тѣмъ мотивамъ, на которыхъ основано исключеніе, выраженное въ 3-мъ пунктѣ 371 ст., также можно заключить, что составители устава, при включеніи въ него правила объ устраненіи отъ свидѣтельства дѣтей противъ родителей, одинаково имѣли въ виду оба случая, какъ тотъ, когда дѣти должны свидѣтельствовать противъ родителей, такъ и тотъ, когда они будутъ призваны свидѣтельствовать въ пользу родителей. По этимъ основаніямъ я, вопреки мнѣнію Гольмстена (Учеб. гражд. суд., стр. 178), и полагаю, что въ силу правила, выраженнаго въ 3-мъ пунктѣ, дѣти должны быть во всякомъ случаѣ устранены отъ свидѣтельства, будутъ ли они призваны свидѣтельствовать по ссылкѣ на нихъ родителей, или стороны противной. Кромѣ того, я долженъ повторить здѣсь, что отъ свидѣтельства должны быть также устраняемы и дѣти незаконныя—это на основаніи тѣхъ же соображеній, которыя были высказаны мной при разсмотрѣніи правила 370 ст. Затѣмъ, какъ мнѣ кажется, можно указать только единственный случай, когда дѣти не должны быть устраняемы отъ свидѣтельства по дѣлу, въ которомъ родители ихъ являются стороной въ процессѣ, это когда дѣло представляется въ слѣдующемъ видѣ: положимъ, въ спорѣ принимаютъ участіе одинъ истецъ и нѣсколько отвѣтчиковъ, интересы которыхъ въ процессѣ, однако же, различны; истецъ указываетъ, какъ на свидѣтелей, на дѣтей одного изъ отвѣтчиковъ, которыя однако же должны свидѣтельствовать не о фактахъ, относящихся до требованій

истца по отношенію ихъ родителей, но о фактахъ, служащихъ основаніемъ иску, обращенному къ прочимъ отвѣтчикамъ, лицамъ имъ постороннимъ. Въ подобномъ случаѣ дѣти являются свидѣтелями ни за, ни противъ ихъ родителей, вслѣдствіе чего и нѣтъ, кажется, основанія устранять ихъ отъ свидѣтельства.

Въ отношеніи правила, выраженнаго въ 4-мъ пунктѣ 371 ст., по которому устраняются отъ свидѣтельства супруги тяжущихся, я долженъ замѣтить, что оно возбуждаетъ недоумѣніе, главнымъ образомъ, въ слѣдующемъ отношеніи: должны ли быть устраняемы отъ свидѣтельства супруги тяжущихся лишь только во время существованія законнаго брака, или же они должны быть устраняемы и послѣ прекращенія брака, вслѣдствіе, напр., развода или признанія брака надлежащимъ судомъ по какой-либо причинѣ недѣйствительнымъ? Хотя, конечно, подобныя причины расторженія брака и весьма рѣдки у насъ между православными, зато нельзя того же сказать въ отношеніи лицъ, принадлежащихъ къ другимъ вѣроисповѣданіямъ, у которыхъ, какъ, напр., у евреевъ, разводъ есть явленіе весьма обыкновенное.

Мнѣ кажется, что при ограничительномъ толкованіи правила 371 ст., какъ исключенія, скорѣе слѣдуетъ отвѣчать на поставленный вопросъ отрицательно и признать, что по нашему уставу отъ свидѣтельства должны быть устраняемы супруги тяжущихся только во время самаго существованія брака; по крайней мѣрѣ, изъ мотивовъ, на которыхъ основано правило этой статьи, никакъ нельзя вывести того заключенія, чтобы возможно было устранять отъ свидѣтельства супруговъ и по расторженіи брака. Если бы послѣднее было допустимо, то скорѣе всего слѣдуетъ предполагать, что составители уставовъ прямо выразили бы это въ текстѣ статьи, подобно тому, какъ это выражено во французскомъ code de procédure civile (268 art.), который прямо постановляетъ, что отъ свидѣтельства устраняются супруги тяжущихся даже состоящіе въ разводѣ. Въ виду этихъ соображеній, я и не могу согласиться съ противоположнымъ заключеніемъ Гольмстена, высказаннымъ имъ въ его рецензіи на настоящій „Опытъ комментарія“ (Журн. гражд. и угол. пр. 1880 г., кн. 3, стр. 140), о допустимости устраненія отъ свидѣтельства супруговъ, даже и послѣ расторженія брака. Нечего, кажется, говорить еще о томъ, что по буквальному смыслу выраженія 4-го пункта 371 ст.—„супруги тяжущихся“, отъ свидѣтельства должны быть устраняемы супруги тяжущихся одинаково, какъ въ томъ случаѣ, когда они должны показывать въ пользу, такъ и противъ другъ друга.

Наконецъ, на основаніи 5-го пункта 371 ст. устраняются отъ свидѣтельства духовные въ отношеніи того, что имъ повѣрено на исповѣди. Мотивъ устраненія этихъ лицъ отъ свидѣтельства заключается въ томъ, что все обнаруженное на исповѣди должно составлять такую священную тайну, что обнаруженіе этой тайны является дѣйствіемъ какъ бы противнымъ религіозному чувству, что впрочемъ давно признано, какъ правилами нашей церкви, такъ и церкви католической, въ подтвержденіе чего Бонье, между прочимъ, приводитъ слѣдующія слова блаженнаго Августина: „что я узнаю на исповѣди, то я знаю менѣе, чѣмъ то, что я никогда не зналъ“. (Traité des preuves, изд. 4, т. 1, стр. 346). Исключеніе, выраженное въ 5-мъ пунктѣ, должно, такимъ образомъ, относиться не только до лицъ духовныхъ православнаго исповѣданія, но и до лицъ духовныхъ другихъ вѣроисповѣданій, по которымъ только исповѣдь считается за таинство. Нашъ уставъ ограничиваетъ исключеніе, заключающееся въ устраненіи лицъ духовныхъ отъ свидѣтельства только тѣмъ случаемъ, когда отъ нихъ требуется обнаруженіе фактовъ, сообщенныхъ однимъ изъ тяжущихся на исповѣди; поэтому, по аргументу a contrario, слѣдуетъ заключить, что лица духовныя устраняются отъ свидѣтельства безусловно только въ приведенномъ случаѣ, но что объ

остальныхъ фактахъ ничто не препятствуетъ отбирать отъ нихъ показанія, какъ отъ свидѣтелей. Другія законодательства, и въ особенности французское, значительно расширяютъ кругъ лицъ, обязанныхъ хранить сообщенную имъ тайну; такъ оно относитъ къ этимъ лицамъ докторовъ, акушеровъ, повѣренныхъ и проч. Всѣ эти лица не только устраняются отъ свидѣтельства въ отношеніи обнаруженія сообщенныхъ имъ за тайну фактовъ, но и подвергаются въ противномъ случаѣ иногда наказаніямъ; такъ, напр., доктора подвергаются за обнаруженіе тайны, ввѣренной имъ въ силу ихъ профессіи, заключенію въ тюрьмѣ на время до шести мѣсяцевъ и взысканію штрафа, въ размѣрѣ до 500 франковъ (Code pénal, art. 378). Хотя и наше уложеніе о наказ. (ст. 423) подвергаетъ вообще лицъ, состоящихъ на службѣ, извѣстнымъ наказаніямъ за разглашеніе дѣлъ, подлежащихъ тайнѣ, но изъ этого обстоятельства никоимъ образомъ, какъ мнѣ кажется, не слѣдуетъ выводить то заключеніе, чтобы лица, состоящія на службѣ, были въ правѣ устраняться отъ свидѣтельства по такимъ фактамъ, которые могутъ быть имъ извѣстны изъ ввѣренныхъ имъ по службѣ дѣлъ, на томъ основаніи, что относящееся къ этому предмету постановленіе уложенія слѣдуетъ понимать скорѣе въ смыслѣ воспрещенія оглашать служебныя тайны просто передъ публикой, а никакъ не по требованію суда.

Всѣ лица, указанныя въ шести пунктахъ 371 ст., „устраняются отъ свидѣтельства“, какъ сказано въ статьѣ, „самимъ судомъ и безъ указанія или просьбы тяжущихся, когда судъ усмотритъ означенныя причины неспособности“. Въ силу такого постановленія судъ обязанъ устранять отъ свидѣтельства лицъ, указанныхъ въ 371 ст., непремѣнно самъ ex officio, безъ всякаго указанія сторонъ, какъ это совершенно справедливо замѣтили наши процессуалисты: Малышевъ (Курсъ гражд. суд., изд. 2, т. I, стр. 312) и Гольмстенъ (Учеб. гражд. суд., стр. 177). Если такъ, то тѣмъ болѣе слѣдуетъ признать, что судъ обязанъ дѣлать это и по указанію сторонъ, если найдетъ, конечно, указанія ихъ правильными, а также и по указанію самихъ свидѣтелей. Но, какъ понимать послѣднее выраженіе статьи—„когда судъ усмотритъ означенныя причины неспособности?“ Долженъ ли судъ требовать отъ свидѣтелей доказательствъ способности ихъ быть свидѣтелемъ и обязанъ ли судъ собирать какія-либо доказательства неспособности свидѣтеля, когда есть поводы предполагать наличность неспособности? На томъ основаніи, что способность свидѣтельствовать на судѣ предполагается за каждымъ, судъ, конечно, и не долженъ требовать какого-либо удостовѣренія въ доказательство отсутствія одной изъ причинъ неспособности. Если же судъ имѣетъ поводъ предполагать, что кто-либо изъ свидѣтелей, по одной изъ причинъ, указанныхъ въ 371 ст., долженъ быть устраненъ отъ свидѣтельства, то и въ этомъ случаѣ судъ, мнѣ кажется, не обязанъ собирать никакихъ доказательствъ въ подтвержденіе неспособности свидѣтеля, потому что правило разбираемой статьи не вмѣняетъ это суду въ обязанность, а говоритъ только: „когда судъ усмотритъ“ и проч. Судъ же можетъ усмотрѣть причины неспособности или изъ имѣющихся въ дѣлѣ документовъ, напр. изъ донесенія судебнаго пристава, вручавшаго повѣстки, въ которомъ было бы сказано, напр., что такой-то свидѣтель находится на испытаніи въ домѣ для умалишенныхъ; или изъ предварительныхъ вопросовъ предсѣдателя, обращенныхъ къ свидѣтелю объ его отношеніяхъ къ тяжущимся; или, наконецъ, изъ указаній сторонъ и проч. Всѣ лица, указанныя въ 371 ст., устраняются вовсе отъ свидѣтельства, такъ что они не могутъ быть допрошены и безъ присяги.

При разсмотрѣніи правила 371 ст., неоднократно было замѣчено мной, что оно есть не болѣе какъ исключеніе изъ общаго правила статьи предъидущей и что, какъ исключеніе, оно должно быть толкуемо ограничительно, но, несмотря на это, въ виду нѣкоторыхъ соображеній, возникаетъ вопросъ

о томъ, имѣетъ ли правило этой статьи въ отношеніи исчисленія случаевъ неспособности къ свидѣтельству исчерпывающее значеніе, или же можно указать еще другіе случаи неспособности, въ статьѣ прямо не означенные? Если мы примемъ во вниманіе, во-первыхъ, постановленіе слѣдующей 372 ст., по которой дѣти отъ семи до четырнадцати лѣтъ могутъ быть допрошены, но безъ приведенія ихъ къ присягѣ, то мы неминуемо должны будемъ придти вмѣстѣ съ нашими процессуалистами: Малышевымъ (Курсъ гражд. суд., изд. 2, т. I, стр. 312) и Гольмстеномъ (Учеб. гражд. суд., стр. 177) къ тому заключенію, что дѣти до семи лѣтъ вовсе не могутъ быть допрошены на судѣ, въ качествѣ свидѣтеля, даже и безъ присяги. Слѣдовательно, это еще одна причина абсолютной неспособности свидѣтельствовать на судѣ, которая однако же въ 371 ст. не указана, но вслѣдствіе которой, какъ я полагаю, судъ обязанъ самъ ex officio устранять отъ свидѣтельства дѣтей, не достигшихъ семилѣтняго возраста, на томъ основаніи, что свидѣтели, вслѣдствіе абсолютной неспособности ихъ къ свидѣтельству, устраняются вообще отъ допроса самимъ судомъ, въ силу правила этой статьи. Уже одинъ этотъ примѣръ показываетъ, что правило 371 ст. не имѣетъ исчерпывающаго значенія, но это примѣръ не единственный. Я укажу еще одинъ случай. Если законъ считалъ необходимымъ устранить отъ свидѣтельства близкихъ родственниковъ тяжущихся, то тѣмъ болѣе, конечно, не должны быть допускаемы къ свидѣтельству въ свою пользу сами стороны процесса: nullus idoneus testis in re sua intelligitur, говоритъ Помпоній. Но не въ этомъ еще дѣло, это— аксіома, неподлежащая никакому сомнѣнію. Вопросъ же заключается въ томъ: должно ли быть устранено отъ свидѣтельства вообще лицо, участвующее въ процессѣ въ качествѣ стороны, напр. въ случаѣ, еслибы истецъ ссылался на отвѣтчика, какъ на свидѣтеля, долженъ ли этотъ послѣдній быть устраненъ отъ свидѣтельства самимъ судомъ? Если принять во вниманіе, что за свидѣтелей считаются вообще только третьи лица, не принимающія участія въ спорѣ, въ качествѣ стороны, то, мнѣ кажется, что по самой природѣ вещей слѣдуетъ признать, что въ приведенномъ случаѣ отвѣтчикъ долженъ быть устраненъ отъ свидѣтельства. Такое устраненіе представляется, конечно, вполнѣ естественнымъ въ томъ случаѣ, когда въ дѣлѣ, въ качествѣ сторонъ, принимаютъ участіе одинъ истецъ и одинъ отвѣтчикъ, но когда въ дѣлѣ является, положимъ, нѣсколько отвѣтчиковъ и въ особенности, когда интересы ихъ въ дѣлѣ различны, то вопросъ объ устраненіи отъ свидѣтельства однихъ отвѣтчиковъ противъ другихъ можетъ представить нѣкоторое сомнѣніе. Побѣдоносцевъ полагаетъ, что отвѣтчикъ по иску не можетъ быть допущенъ на судѣ въ качествѣ свидѣтеля противъ другого отвѣтчика въ томъ же искѣ (Судеб. Руков., тезисъ 831); но положеніе это высказано Побѣдоносцевымъ, по обыкновенію, весьма лаконически, въ видѣ афоризма и безъ всякихъ соображеній, хотя онъ при этомъ и дѣлаетъ ссылку на рѣшеніе сената 1869 года, № 427, которое однако же врядъ ли можетъ вполнѣ служить подтвержденіемъ тезиса Побѣдоносцева на томъ основаніи, что оно также весьма кратко мотивировано, а главное, что изъ него не видно, чтобы въ дѣлѣ, подлежавшемъ разсмотрѣнію сената, одинъ изъ отвѣтчиковъ былъ дѣйствительно спрошенъ на съѣздѣ въ качествѣ свидѣтеля. Мнѣ же кажется, что въ приведенномъ мной случаѣ, отвѣтчикъ, на котораго истецъ ссылается какъ на свидѣтеля, если и можетъ быть отведенъ отъ свидѣтельства по указанію стороны, но не можетъ быть устраненъ отъ свидѣтельства самимъ судомъ, на томъ основаніи, что онъ, несмотря на то, что является стороной въ процессѣ, по отношенію собственно спора истца съ прочими отвѣтчиками, есть третье, незаинтересованное въ томъ спорѣ лицо. Врядъ ли, впрочемъ, можно подыскать еще случаи абсолютной неспособности къ свидѣтельству, когда бы самъ судъ ex officio обязанъ былъ устра-

нять свидѣтеля. Уставъ, впрочемъ, считалъ недостаточной гарантіей въ отношеніи достовѣрности показаній устраненіе свидѣтелей въ случаяхъ, указанныхъ въ 371 ст., по иниціативѣ самаго суда; напротивъ, въ слѣдующей 373 ст. указываются еще случаи устраненія свидѣтелей отъ допроса, но только не иначе, какъ по указанію сторонъ процесса.

Ст. 373. По отводамъ противной стороны устраняются отъ свидѣтельства:

1) Родственники въ прямой линіи безъ ограниченія степеней, а въ боковой—родственники первыхъ трехъ, а свойственники первыхъ двухъ степеней того тяжущагося, который на нихъ ссылается, развѣ бы свидѣтельство ихъ относилось къ доказательствамъ правъ состоянія;

2) опекуны того тяжущагося, который на нихъ ссылается, или состоящіе у него подъ опекой;

3) усыновители тяжущагося, сдѣлавшаго на нихъ ссылку, или усыновленные имъ;

4) имѣющіе тяжбу съ одной изъ сторонъ и лица, выгоды коихъ зависятъ отъ рѣшенія дѣла въ пользу той стороны, которая на нихъ сослалась;

5) повѣренные, если на нихъ ссылаются ихъ довѣрители.

Всѣ указанные въ настоящей статьѣ поводы къ отводу свидѣтелей основываются на предположеніи о возможности болѣе или менѣе пристрастнаго свидѣтельства со стороны лицъ, призываемыхъ во свидѣтели, въ силу ли близкихъ родственныхъ отношеній свидѣтелей съ тяжущимися или по другимъ причинамъ, заставляющимъ заподозрить свидѣтеля въ полномъ безпристрастіи его къ обѣимъ сторонамъ процесса.

По причинѣ близкихъ родственныхъ отношеній устраняются отъ свидѣтельства только лица, указанныя въ 1-мъ пунктѣ настоящей статьи, именно родственники въ прямой линіи безъ ограниченія степеней, а въ боковой родственники первыхъ трехъ степеней, т.-е. не далѣе родного дяди или тетки и наоборотъ, и свойственники первыхъ двухъ степеней, т.-е. только тесть или тёща, или, напр., братъ и сестра мужа или жены. Лица эти устраняются отъ свидѣтельства по отводу противной стороны только тогда, когда они состоятъ, какъ справедливо замѣтилъ Малышевъ (Курсъ гражд. суд., изд. 2, т. I, стр. 312), въ родственныхъ отношеніяхъ съ тѣмъ изъ тяжущихся, который на нихъ сослался, но не съ противной стороной или же когда они состоятъ въ одинаковыхъ родственныхъ отношеніяхъ съ обѣими тяжущимися сторонами, какъ замѣтилъ сенатъ (рѣш. 1879 года, № 324). Если же лица эти выставляются свидѣтелями въ доказательство правъ состоянія, т.-е., напр., по указанію Малышева (Курсъ гражд. суд., изд. 2, т. I, стр. 312), въ доказательство фактовъ рожденія смерти, брака и проч., то они, какъ это слѣдуетъ заключить на основаніи послѣднихъ словъ 1-го пункта 373 ст., вовсе не могутъ быть отводимы отъ свидѣтельства, несмотря ни на какія родственныя отношенія ихъ съ тѣмъ тяжущимся, который на нихъ сослался и которыя, слѣдовательно, за невозможностью предъявить противъ нихъ отводъ, во всякомъ случаѣ должны быть допрошены и, притомъ, допрошены за присягой. Здѣсь я долженъ повторить, что по моему мнѣнію, по соображеніямъ, которыя изложены при толкованіи 370 ст., отводы могутъ быть предъявляемы и противъ незаконнорожденныхъ, состоящихъ въ указанныхъ въ разбираемой статьѣ степеняхъ родства или свойства съ тяжущимся, который на нихъ ссылается.

По 2-му пункту 373 ст. устраняются отъ свидѣтельства по отводу опекуны того тяжущагося, который на нихъ ссылается, или состоящіе у него подъ опекой. Въ настоящемъ пунктѣ не сдѣлано никакого различія въ отношеніи предъявленія отводовъ противъ опекуновъ и ихъ подъопечныхъ по соображенію причинъ, вызвавшихъ установленіе опеки; поэтому, мнѣ кажется, что отводы противъ опекуновъ и ихъ подъопечныхъ могутъ быть предъявляемы во всѣхъ случаяхъ, когда существуетъ опека, безразлично, установлена

ли опека по малолѣтству подъопечныхъ, или напр. вслѣдствіе росточительности подъопечнаго и проч. Кромѣ того, по поводу 2-го пункта я долженъ замѣтить, что выраженное въ немъ правило, объ отводѣ опекуновъ и подъопечныхъ, должно относиться не только къ тому случаю, когда искъ предъявленъ, напр., противъ лицъ подъопечныхъ и когда опекунъ является за нихъ отвѣтчикомъ въ процессуальномъ отношеніи, и на самомъ дѣлѣ составляетъ вмѣстѣ съ ними одну сторону; но, главнымъ образомъ, должно относиться къ тѣмъ случаямъ, когда искъ, предъявленный, напр., противъ опекуна, никакого отношенія къ лицамъ, состоящимъ у него подъ опекой, не имѣетъ, потому что въ первомъ случаѣ не можетъ быть и рѣчи о какомъ-либо отводѣ, на томъ основаніи, что опекунъ составляетъ тогда одну сторону съ лицами, находящимися у него подъ опекой, и, потому, вовсе не можетъ быть свидѣтелемъ, какъ лицо, составляющее сторону въ процессѣ, въ качествѣ истца или отвѣтчика. Въ послѣднемъ же случаѣ правило объ отводѣ опекуновъ или подъопечныхъ получаетъ полное свое оправданіе, потому что при отсутствіи такого правила и при различіи интересовъ въ процессѣ тѣхъ и другихъ, никто изъ нихъ, конечно, и не могъ бы быть устраняемъ отъ свидѣтельства, между тѣмъ, какъ отъ опекуновъ, такъ и отъ лицъ, состоящихъ у нихъ подъ опекой, врядъ ли можно ожидать полнаго безпристрастія, вслѣдствіе существующихъ между ними отношеній, когда они призываются дать показанія одни въ пользу другихъ. Въ силу правила разбираемой статьи отводимы отъ свидѣтельства могутъ быть только опекуны и ихъ подъопечные; а какъ вообще правила устава объ отводахъ, какъ исключеніе изъ общаго правила, должны имѣть значеніе лимитативное, то на этомъ основаніи и не могутъ быть отводимы отъ свидѣтельства, въ силу правила 373 ст., ни попечители, ни лица, состоящія у нихъ подъ попечительствомъ, что и a priori совершенно понятно, потому что отношенія между этими послѣдними лицами никогда не могутъ быть столь близки и тѣсны, какъ отношенія между опекуномъ и его подъопечными, вслѣдствіе чего, отъ нихъ и можно ожидать во всякомъ случаѣ большаго безпристрастія, чѣмъ отъ этихъ послѣднихъ.

Третій пунктъ 373 ст., въ силу котораго отъ свидѣтельства могутъ быть отводимы усыновители тяжущагося, сдѣлавшаго на нихъ ссылку, или усыновленные имъ, не можетъ, кажется, при примѣненіи его на практикѣ представить какихъ-либо затрудненій. Нельзя того же сказать о 4-мъ пунктѣ, на основаніи котораго по отводамъ сторонъ могутъ быть устраняемы отъ свидѣтельства, во-1-хъ, лица, имѣющія тяжбу съ одной изъ сторонъ процесса, и, во-2-хъ, лица, выгоды которыхъ зависятъ отъ рѣшенія дѣла въ пользу той стороны, которая на нихъ сослалась. Относительно предъявленія отводовъ противъ лицъ, имѣющихъ тяжбу, я долженъ прежде всего замѣтить, что по буквальному смыслу выраженій 373 ст. необходимо заключить, что отводъ по этому основанію можетъ быть предъявленъ не только тогда, когда лицо, имѣющее тяжбу, должно свидѣтельствовать противъ того изъ тяжущихся, съ которымъ оно имѣетъ тяжбу, но даже и тогда, когда оно должно свидѣтельствовать въ пользу стороны, имѣющей съ нимъ тяжбу и сдѣлавшей на него ссылку. Напр., истецъ ссылается на двухъ свидѣтелей, изъ которыхъ одинъ имѣетъ тяжбу съ отвѣтчикомъ, а другой—съ нимъ, истцомъ; отвѣтчикъ, въ силу правила 373 ст., имѣетъ право предъявить отводъ противъ обоихъ свидѣтелей: противъ одного на томъ основаніи, что онъ имѣетъ съ нимъ тяжбу, а противъ другого на томъ основаніи, что онъ имѣетъ тяжбу съ другой стороной процесса—съ истцомъ. Въ такомъ видѣ правило 373 ст. въ отношеніи предъявленія отводовъ противъ лицъ, имѣющихъ тяжбу, представляетъ собой, какъ мнѣ кажется, рѣзкую аномалію въ ряду другихъ случаевъ отводовъ, указанныхъ въ этой статьѣ, и въ которыхъ мотивомъ предоставленія права отвода служитъ всегда предположеніе, что лицо, призываемое во свидѣтели,

по тѣмъ или другимъ причинамъ, можетъ дать пристрастное показаніе въ пользу того тяжущагося, который дѣлаетъ на него ссылку;но есть ли какая-либо возможность предполагать, что свидѣтель, имѣющій тяжбу съ тою стороной, которая на него сослалась, будетъ особенно пристрастенъ въ своихъ показаніяхъ въ пользу этой стороны. Въ отношеніи опредѣленія лица, имѣющаго тяжбу съ одной изъ сторонъ процесса, не можетъ представиться никакого затрудненія въ томъ случаѣ, когда свидѣтель имѣетъ тяжбу съ лицомъ физическимъ; но нѣкоторое недоумѣніе въ этомъ отношеніи можетъ возникнуть въ томъ случаѣ, когда въ процессѣ одной изъ сторонъ является лицо юридическое. Напр. искъ предъявленъ крестьянскимъ обществомъ, или акціонерной компаніей, изъ которыхъ первое ссылается, какъ на свидѣтелей, на нѣкоторыхъ изъ своихъ членовъ, а второе—на нѣкоторыхъ изъ акціонеровъ; отвѣтчикъ предъявляетъ отводъ противъ этихъ свидѣтелей и говоритъ, что свидѣтели имѣютъ съ нимъ тяжбу. Мнѣ кажется, что отводъ отвѣтчика, въ настоящемъ случаѣ, не можетъ быть признанъ заслуживающимъ уваженія, на томъ основаніи, что онъ не имѣетъ, собственно говоря, лично никакой тяжбы ни съ отдѣльными членами крестьянскаго общества, ни съ отдѣльными акціонерами компаніи, а имѣетъ дѣло съ юридическимъ лицомъ—цѣлымъ обществомъ или компаніей. Но, несмотря на это, отвѣтчикъ, какъ мнѣ кажется, въ правѣ въ настоящемъ случаѣ предъявить противъ свидѣтелей отводъ на другомъ основаніи: онъ можетъ указать на то, что свидѣтели, члены крестьянскаго общества или акціонеры компаніи, имѣютъ выгоду отъ рѣшенія дѣла въ пользу стороны, сдѣлавшей на нихъ ссылку, и мнѣ кажется, что отводъ, предъявленный на этомъ послѣднемъ основаніи, долженъ быть признанъ правильнымъ, потому что какъ члены крестьянскаго общества, такъ и акціонеры компаніи имѣютъ дѣйствительно положительную выгоду отъ рѣшенія дѣла въ пользу общества или акціонерной компаніи, какъ это объяснилъ впослѣдствіи также и сенатъ (рѣш. 1884 года, № 115).

Далѣе, говоря объ основаніяхъ отвода свидѣтелей, указанныхъ въ 4-мъ пунктѣ 373 ст., я долженъ еще остановиться на болѣе точномъ опредѣленіи выраженія статьи—„имѣющій тяжбу“. Мнѣ кажется, что выраженіе это употреблено составителями уставовъ весьма неудачно, и буквальное толкованіе его можетъ повести, во всякомъ случаѣ, къ ложнымъ выводамъ. Во-первыхъ, слово тяжба, какъ юридическій терминъ, въ новомъ уставѣ вовсе не употребляется, такъ что, собственно говоря, трудно даже опредѣлить, какое именно наиболѣе подходящее значеніе слѣдовало бы придавать слову этому, согласно съ общимъ смысломъ относящихся сюда постановленій устава. Если разумѣть слово тяжба только въ смыслѣ постановленій прежнихъ законовъ о судопроизводствѣ гражданскомъ, въ которыхъ это слово служило обозначеніемъ извѣстнаго опредѣленнаго рода дѣлъ, или, лучше сказать, въ которыхъ словомъ тяжба назывались вещные иски, подлежавшіе производству въ порядкѣ вотчинномъ, то, конечно, пришлось бы устранять отъ свидѣтельства лицъ, имѣющихъ тяжбу въ весьма немногихъ случаяхъ, что́, какъ мнѣ кажется, было бы несогласно съ тѣми мотивами, которые послужили основаніемъ къ установленію тѣхъ или другихъ причинъ отводовъ. Нельзя также, какъ мнѣ кажется, понимать подъ словомъ тяжба и вообще только искъ гражданскій, потому что и при такомъ толкованіи отводъ отъ свидѣтельства, по разсматриваемому основанію, не всегда будетъ достигать цѣли. При такомъ пониманіи слова тяжба нельзя будетъ устранять отъ свидѣтельства лицъ, имѣющихъ съ одной изъ сторонъ процесса, напр., дѣло въ судѣ уголовномъ, хотя бы свидѣтель и являлся здѣсь только въ положеніи гражданскаго истца, или иномъ учрежденіи, между тѣмъ какъ искъ уголовный, въ большинствѣ случаевъ, можетъ оказать еще бо́льшее нравственное вліяніе на свидѣтеля и можетъ служить еще бо́льшимъ препятствіемъ къ дачѣ свидѣтелемъ вполнѣ

безпристрастныхъ показаній на судѣ, чѣмъ искъ гражданскій. Поэтому, если имѣть въ виду ratio legis, или имѣть въ виду ту цѣль, съ которой вообще установлены правила объ отводахъ,—цѣль, заключающуюся въ томъ, чтобы по возможности устранять отъ допроса посредствомъ отводовъ такихъ свидѣтелей, отъ которыхъ нельзя ожидать, по тѣмъ или другимъ причинамъ, вполнѣ безпристрастныхъ показаній, то необходимо, какъ мнѣ кажется, придти къ тому заключенію, что подъ словомъ тяжба слѣдуетъ разумѣть вообще дѣло, потому что только при такомъ толкованіи отводъ, по разсматриваемому основанію, получитъ надлежащее примѣненіе, и правило, выраженное въ 4-мъ пунктѣ 373 ст., дѣйствительно дастъ возможность устранять отъ свидѣтельства лицъ, отъ которыхъ нельзя ожидать безпристрастныхъ показаній. Въ самомъ дѣлѣ, если только разумѣть подъ словомъ тяжба вообще дѣло, безъ всякаго отношенія къ тому, въ какомъ учрежденіи и какое дѣло производится, то понятно, что тогда сторонамъ дѣйствительно будетъ дана возможность устранять отъ свидѣтельства лицъ, съ которыми онѣ имѣютъ дѣло, какъ въ судѣ гражданскомъ, такъ и въ судѣ уголовномъ, или даже административномъ учрежденіи, лишь бы только производящееся дѣло имѣло свойства спора о какомъ-либо правѣ гражданскомъ или уголовномъ и чтобы свидѣтель принималъ участіе въ спорѣ въ качествѣ стороны. Въ примѣръ же того, что такого рода дѣла могутъ производиться и въ административныхъ учрежденіяхъ, я укажу на слѣдующій случай. Извѣстно, что уѣздныя присутствія по крестьянскимъ дѣламъ составляютъ кассаціонную инстанцію по отношенію волостного суда; поэтому, если дѣло, рѣшенное волостнымъ судомъ, разсматривается по кассаціонной жалобѣ одной изъ сторонъ въ уѣздномъ по крестьянскимъ дѣламъ присутствіи, и если одною изъ сторонъ въ этомъ дѣлѣ является лицо, призываемое въ качествѣ свидѣтеля по дѣлу, производящемуся въ общихъ судебныхъ учрежденіяхъ—въ окружномъ судѣ или въ судебной палатѣ, въ которомъ другая сторона является въ качествѣ истца или отвѣтчика, то сторона эта будетъ имѣть право заявить отводъ противъ свидѣтеля, на томъ основаніи, что у нея есть дѣло со свидѣтелемъ, производящееся въ административномъ учрежденіи—въ уѣздномъ по крестьянскимъ дѣламъ присутствіи. Отводъ противъ свидѣтеля на томъ основаніи, что одна изъ сторонъ процесса имѣетъ съ нимъ дѣло въ судѣ уголовномъ, можетъ быть заявленъ, конечно, только въ томъ случаѣ, если свидѣтель или одна изъ сторонъ процесса являются на судѣ уголовномъ въ качествѣ стороны, т.-е. если являются, напр., самостоятельными обвинителями, или, по крайней мѣрѣ, гражданскими истцами въ тѣхъ дѣлахъ, въ которыхъ обвиняющей стороной является: прокурорскій надзоръ, или полиція, или наконецъ какое-либо другое учрежденіе. Лицо же, потерпѣвшее отъ преступленія, когда самое преступленіе преслѣдуется обвинительной властью независимо отъ жалобы потерпѣвшаго, не признается стороной въ дѣлахъ уголовныхъ, и потому нѣтъ, кажется, основанія устранять такое лицо по отводу отъ свидѣтельства на судѣ гражданскомъ. Что же касается наконецъ отвода свидѣтелей, имѣющихъ съ одной изъ сторонъ процесса дѣло въ судѣ гражданскомъ, то въ отношеніи отвода въ этомъ случаѣ безразлично, въ какомъ бы гражданскомъ судѣ дѣло ни производилось, т.-е. будетъ ли заведено у свидѣтеля съ одной изъ сторонъ процесса дѣло въ общихъ судебныхъ учрежденіяхъ, или въ судѣ мировомъ, коммерческомъ, волостномъ и проч. При такомъ толкованіи слова тяжба стороны процесса будутъ всегда имѣть возможность устранять отъ свидѣтельства такихъ лицъ, показанія которыхъ могутъ оказаться пристрастными. Въ виду этихъ соображеній, я не могу согласиться съ тѣмъ слишкомъ узкимъ толкованіемъ слова „тяжба“, которое далъ сенатъ, объяснившій, что устраненію отъ свидѣтельства по отводу должны подлежать только лица, имѣющія съ одной изъ сторонъ процесса спорное гражданское

дѣло объ имуществѣ, но ни въ какомъ случаѣ не дѣло уголовное, напр., объ оскорбленіи (рѣш. общ. собр. кассац. депар. 1881 года, № 27).

Кромѣ этого, я долженъ обратить еще вниманіе на выраженіе 373 ст.— „имѣющіе тяжбу". Выраженіе это указываетъ, что разсматриваемый отводъ можетъ быть предъявленъ только въ то время, когда тяжба или, лучше сказать, дѣло еще идетъ, еще не окончено. Поэтому при обсужденіи правильности отвода необходимо каждый разъ обсудить, дѣйствительно ли тяжба между одной изъ сторонъ процесса и свидѣтелемъ, во-первыхъ, получила свое начало въ какомъ-либо установленіи и, затѣмъ, не окончена ли она. Выше мы имѣли случай замѣтить, что за начало процесса въ судѣ гражданскомъ вообще слѣдуетъ считать моментъ подачи искового прошенія; что же касается до возникновенія дѣла въ другихъ учрежденіяхъ, то въ этомъ отношеніи за начало дѣла, въ большинствѣ случаевъ, также слѣдуетъ считать моментъ подачи прошенія. Я говорю: въ большинствѣ случаевъ—потому, что изъ этого общаго правила можно указать и исключенія; такъ, напр., подачей прошенія лицомъ, потерпѣвшимъ отъ преступленія, судебному слѣдователю, лицо это, черезъ подачу прошенія, не становится еще стороной въ уголовномъ дѣлѣ, до тѣхъ поръ, пока оно не выступитъ въ качествѣ гражданскаго истца въ тѣхъ случаяхъ, когда преступленіе преслѣдуется независимо отъ жалобы потерпѣвшаго. Но, несмотря на возможность исключеній, начало дѣла опредѣлить нетрудно. Гораздо болѣе затрудненій можетъ представиться при разрѣшеніи, въ каждомъ данномъ случаѣ, вопроса о томъ—слѣдуетъ ли считать производившееся дѣло оконченнымъ? Это потому, что исходъ того или другого дѣла можетъ быть весьма различенъ; но тѣмъ не менѣе я долженъ сказать, что въ большинствѣ случаевъ дѣло слѣдуетъ считать оконченнымъ только тогда, когда послѣдовавшее по дѣлу рѣшеніе или приговоръ уже окончательно приведены въ исполненіе, или же когда исполненіе по какой-либо причинѣ сдѣлалось или невозможнымъ, вслѣдствіе, напр., пропуска давности, или ненужнымъ, напр., вслѣдствіе примиренія, а не только тогда, когда рѣшеніе вступило въ законную силу и когда никакіе способы обжалованія его невозможны, такъ что нахожденіе дѣла въ производствѣ, напр., кассаціонной инстанціи, можетъ служить еще основаніемъ къ отводу. Въ другихъ же случаяхъ, напротивъ, дѣло можетъ считаться оконченнымъ совершенно при другихъ обстоятельствахъ, когда, напр., дѣло прекращено въ установленномъ порядкѣ, уголовное—обвинительной камерой, или даже по 277 ст. угол. суд., а гражданское, когда производство уничтожается по 689 ст. и проч. Однимъ словомъ, мнѣ кажется, что въ отношеніи опредѣленія момента окончанія дѣла невозможно установить одно какое-либо общее начало, вслѣдствіе чего и слѣдуетъ въ каждомъ данномъ случаѣ предоставить суду, по соображеніи имѣющихся въ виду данныхъ, опредѣлять каждый разъ, слѣдуетъ ли считать дѣло оконченнымъ и отвергнуть на этомъ основаніи отводъ, или же признать тяжбу еще существующей и устранить свидѣтеля. Что касается далѣе отвода лицъ, могущихъ имѣть выгоду отъ рѣшенія дѣла въ пользу той стороны, которая сдѣлала на нихъ ссылку, то объ этомъ основаніи отвода сказать здѣсь, кромѣ того, что уже мной было изложено выше, при разсмотрѣніи 2-го пункта 370 ст., болѣе нечего. Соображенія, указанныя мной тогда, должны быть примѣняемы и при обсужденіи отвода по этому послѣднему основанію.

Въ силу послѣдняго 5-го пункта 373 ст., отъ свидѣтельства по отводу могутъ быть устраняемы повѣренные, если на нихъ ссылаются ихъ довѣрители. Выраженіе статьи довольно общее, почему скорѣе всего слѣдуетъ признать, что отводъ отъ свидѣтельства можетъ быть предъявленъ не только противъ повѣреннаго ad hoc, или противъ повѣреннаго, уполномоченнаго на веденіе даннаго дѣла, того ли самаго, по которому повѣренный является представителемъ тяжущагося на судѣ и на котораго, вмѣстѣ съ тѣмъ, сдѣ-

лана имъ ссылка какъ на свидѣтеля, или какого-либо другого дѣла; но что отводъ можетъ быть предъявленъ и противъ лица, уполномоченнаго тяжущимся или на веденіе всѣхъ его дѣлъ, или даже уполномоченнаго, вмѣстѣ съ тѣмъ, на завѣдываніе его имѣніями или дѣлами. Относительно же возможности предъявленія отвода противъ лицъ, уполномоченныхъ только на управленіе имѣніями или дѣлами, которыхъ скорѣе слѣдуетъ назвать управляющими или приказчиками, а не повѣренными, можно возразить, что отводъ противъ нихъ не можетъ быть допущенъ на томъ основаніи, что слово „повѣренные“ слѣдуетъ считать какъ бы техническимъ выраженіемъ для означенія лицъ, уполномочиваемыхъ исключительно на веденіе дѣлъ въ судахъ, а не завѣдываніе хозяйственными или торговыми дѣлами, потому что, если бы отводъ, на основаніи 5-го пункта 373 ст., былъ допустимъ и противъ этихъ послѣднихъ лицъ, то скорѣе слѣдуетъ предполагать, что въ самомъ текстѣ статьи кромѣ слова „повѣренные“ были бы прибавлены слова управляющіе и приказчики; а какъ этихъ словъ въ текстѣ статьи нѣтъ, между тѣмъ, какъ правило, въ ней заключающееся, не должно быть толкуемо распространительно, то мнѣ кажется, скорѣе слѣдуетъ признать, что въ силу 5-го пункта 373 ст. отъ свидѣтельства могутъ быть устраняемы только лица, уполномоченныя на веденіе дѣлъ въ судахъ, или повѣренные въ тѣсномъ смыслѣ этого слова, а не какъ не лица, уполномоченныя довѣренностью только на завѣдываніе имѣніями, или торговыми дѣлами, какъ полагаетъ сенатъ (рѣш. 1877 года, № 194). По мнѣнію Юренева, высказанному имъ въ его практическихъ замѣткахъ, напротивъ, устраненію отъ свидѣтельства по отводу должны подлежать повѣренные тяжущихся, уполномоченные только на веденіе того именно дѣла, по которому они призываются какъ свидѣтели, а никакъ не уполномоченные на веденіе другого судебнаго дѣла тяжущихся (Журн. гражд. и торг. пр. 1872 г., кн. 5, стр. 874). Такое толкованіе нельзя, кажется, не признать слишкомъ узкимъ и, потому, несогласнымъ съ точнымъ смысломъ правила разбираемой статьи.

Разсмотрѣвши основанія отводовъ по пунктамъ, я считаю еще необходимымъ обратить вниманіе на нѣкоторые общіе вопросы, могущіе имѣть отношеніе ко всѣмъ отводамъ, перечисленнымъ въ 373 ст. безразлично. Всѣ отводы, указанные въ этой статьѣ, за исключеніемъ только отвода лицъ, имѣющихъ тяжбу съ одной изъ сторонъ процесса, каковой отводъ, какъ мы замѣтили выше, представляетъ въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ рѣзкую аномалію въ ряду другихъ отводовъ и который можетъ возбудить на практикѣ наиболѣе недоумѣній, возможны только тогда, когда лица, указанныя въ 373 ст., состоятъ въ извѣстныхъ отношеніяхъ съ тѣмъ изъ тяжущихся, который сдѣлалъ на нихъ ссылку, но не со стороной противной. Въ этомъ отношеніи правило разбираемой статьи можетъ быть признано совершенно достаточнымъ развѣ только въ примѣненіи къ тому случаю, когда въ дѣлѣ являются въ качествѣ сторонъ одинъ истецъ и одинъ отвѣтчикъ; но какъ надлежитъ поступать въ томъ случаѣ, когда въ дѣлѣ являются, положимъ, нѣсколько истцовъ, и когда они дѣлаютъ ссылку на такихъ свидѣтелей, которые состоятъ, положимъ, въ родственныхъ отношеніяхъ, или въ отношеніи повѣреннаго къ довѣрителю, только къ одному изъ нихъ? Должны ли быть такіе свидѣтели по отводу отвѣтчика вовсе устранены отъ допроса, или же они должны быть устранены отъ свидѣтельства только въ отношеніи обстоятельствъ, касающихся требованій того истца, который состоитъ съ ними въ указанныхъ отношеніяхъ, а по обстоятельствамъ, относящимся до требованій прочихъ истцовъ, должны быть допрошены? Побѣдоносцевъ, обсуждая этотъ вопросъ, совѣтуетъ устранять въ такомъ случаѣ вообще свидѣтелей отъ допроса, когда интересы тяжущихся въ процессѣ, сдѣлавшихъ на нихъ ссылку, одинаковы, и въ основаніе такого мнѣнія его приводитъ слѣдующія сообра-

женія: „Сообразнѣе будетъ съ духомъ и цѣлью закона признать — опасеніе пристрастія въ свидѣтелѣ относительно родственника, существующимъ и относительно тѣхъ лицъ, кои связаны съ соучастниками однимъ интересомъ и однимъ предметомъ доказательства“ (Судеб. руков., тезисъ 828). Въ окончательномъ выводѣ, мнѣ кажется, нельзя не согласиться въ настоящемъ случаѣ съ мнѣніемъ Побѣдоносцева и признать, что когда интересы тяжущихся въ процессѣ тождественны и когда показанія свидѣтелей должны относиться къ фактамъ, имѣющимъ одинаковое значеніе въ отношеніи требованій всѣхъ тяжущихся, то свидѣтели по отводу противной стороны должны быть вовсе устранены отъ допроса; въ противномъ же случаѣ, когда интересы тяжущихся въ процессѣ различны и когда показанія свидѣтелей не будутъ относиться къ фактамъ, имѣющимъ значеніе въ отношеніи требованій того тяжущагося, который состоитъ съ ними въ извѣстныхъ отношеніяхъ, служащихъ основаніемъ къ отводу, то свидѣтели должны быть допрошены во всемъ томъ, что должно имѣть отношеніе къ требованіямъ прочихъ тяжущихся. Но, при этомъ, я не могу не замѣтить, что мотивъ, выставленный Побѣдоносцевымъ, для разрѣшенія вопроса, это—опасеніе пристрастія въ свидѣтелѣ, существующимъ и относительно тѣхъ лицъ, кои связаны съ соучастниками родственниками однимъ интересомъ, тутъ не причемъ, потому что не на этомъ основаніи свидѣтели должны быть устранены отъ допроса. Напротивъ, единственнымъ основаніемъ къ устраненію ихъ отъ допроса должно служить собственно то обстоятельство, что вслѣдствіе пристрастія свидѣтелей именно къ родственнику, а не къ постороннимъ лицамъ, отъ нихъ нельзя ожидать вполнѣ правдиваго выясненія тѣхъ фактовъ спора, которые имѣютъ, однако же, одинаковое значеніе по отношенію требованій всѣхъ соучастниковъ въ искѣ. Этими же соображеніями слѣдуетъ руководствоваться также и при обсужденіи допустимости отводовъ противъ свидѣтелей и въ случаяхъ состоянія ихъ въ указанныхъ въ правилѣ 371 ст. отношеніяхъ съ однимъ изъ третьихъ лицъ, принимающихъ участіе въ дѣлѣ, все равно—въ самостоятельной ли роли стороны процесса, или же въ роли пособниковъ одной изъ сторонъ.

Другой вопросъ заключается въ слѣдующемъ: для принятія отвода по одному изъ основаній, указанному въ 373 ст., въ какой именно моментъ необходимо, чтобы извѣстныя личныя отношенія существовали между тяжущимся и свидѣтелемъ? Побѣдоносцевъ полагаетъ, что при обсужденіи поводовъ къ устраненію свидѣтелей по основаніямъ, указаннымъ въ 373 ст., слѣдуетъ принимать во вниманіе отношеніе, существовавшее между тяжущимся и свидѣтелемъ во время событія, о которомъ долженъ показывать свидѣтель, или во время ссылки на свидѣтеля независимо отъ перемѣнъ, могущихъ произойти послѣ (Судеб. руковод., тезисъ 833). Съ этимъ взглядомъ Побѣдоносцева я согласиться не могу, и мнѣ кажется, что поставленный вопросъ гораздо правильнѣе разрѣшаютъ нѣкоторыя рѣшенія сената, изъ которыхъ видно, что сенатъ, обсуждая тѣ или другія основанія отводовъ, постоянно признавалъ, что для того, чтобы отводъ могъ быть признанъ правильнымъ, необходимо, чтобы извѣстныя личныя отношенія между свидѣтелемъ и тяжущимся существовали непремѣнно въ моментъ допроса свидѣтеля на судѣ. Въ силу этого общаго начала сенатъ объяснилъ: 1) что лицо, не состоящее повѣреннымъ во время допроса, но бывшее повѣреннымъ по дѣлу прежде, должно быть, несмотря на отводъ, допрошено въ качествѣ свидѣтеля (рѣш. 1870 года, № 1876); 2) что лицо, бывшее поручителемъ по договору, не можетъ быть отведено отъ свидѣтельства на этомъ основаніи по возникшему по этому договору иску, когда оно во время допроса поручителемъ болѣе не состоитъ; 3) что отъ допроса не можетъ быть устраняемо лицо, имѣвшее тяжбу съ одной изъ сторонъ процесса, но не имѣющее ее во время допроса (рѣш. 1875 года, № 377) и проч. Я на томъ основаніи отдаю въ этомъ случаѣ

предпочтеніе рѣшеніямъ сената, что, мнѣ кажется, будетъ согласнѣе съ духомъ закона признать, что для признанія правильности отвода необходимо, чтобы мотивъ, служащій основаніемъ для возбужденія отводовъ вообще или опасеніе за пристрастіе со стороны свидѣтеля, имѣлъ силу именно въ моментъ допроса свидѣтеля, но не прежде, ни послѣ того, потому что коль скоро тѣхъ отношеній между свидѣтелемъ и тяжущимся, которыя даютъ поводъ предполагать возможность пристрастія со стороны свидѣтеля, въ моментъ допроса не существуетъ болѣе, то понятно, что съ уничтоженіемъ причинъ отвода и самый отводъ долженъ быть признанъ невозможнымъ. Если же бы согласиться съ взглядомъ Побѣдоносцева и въ особенности, если бы признавать, что поводомъ къ отводамъ могутъ служить тѣ отношенія между тяжущимся и свидѣтелемъ, которыя существовали во время воспослѣдованія тѣхъ событій, которыя даютъ основаніе иску и которыя иногда совершаются задолго до предъявленія иска, то пришлось бы именно допускать отводы свидѣтелей при отсутствіи всякаго повода къ тому, или допускать отводы sine causa, что, конечно, было бы явно несогласно съ духомъ постановленій нашего устава объ отводахъ. Съ другимъ объясненіемъ сената о томъ, что отводъ противъ свидѣтелей, имѣющихъ тяжбу съ одной изъ сторонъ процесса, долженъ считаться допустимымъ даже и въ тѣхъ случаяхъ, когда бы тяжба со свидѣтелемъ была заведена не только послѣ начатія того дѣла, по которому свидѣтель призывается къ допросу, но когда бы, кромѣ того, было ясно видно, что тяжба со свидѣтелемъ именно и начата только съ цѣлью отвести его отъ свидѣтельства (рѣш. 1875 года, № 443),—врядъ ли возможно согласиться, на томъ основаніи, что нельзя допустить, чтобы дѣйствія явно недобросовѣстныя могли порождать какія-либо права для стороны, къ такимъ дѣйствіямъ прибѣгающей.

Въ силу того, что правила объ отводахъ должны имѣть, по совершенно справедливому замѣчанію Малышева (Курсъ гражд. суд., изд. 2, т. I, стр. 313), значеніе лимитативное, мнѣ кажется, сенатъ правильно призналъ: 1) что не могутъ быть отводимы отъ свидѣтельства лица, состоящія въ услуженіи у тяжущагося, сдѣлавшаго на нихъ ссылку (рѣш. 1870 года, № 1506); 2) лица, состоящія у тяжущагося, сдѣлавшаго на нихъ ссылку, на службѣ приказчиками (рѣш. 1868 года, № 741); 3) что родство свидѣтелей между собой не можетъ служить основаніемъ къ отстраненію ихъ отъ свидѣтельства (рѣш. 1869 года, № 1214); 4) что дружескія отношенія свидѣтеля съ одной изъ сторонъ не могутъ служить поводомъ къ отводу (рѣш. 1869 года, № 749) и проч. Кромѣ того, я считаю нелишнимъ указать здѣсь на нѣкоторыя рѣшенія уголовнаго кассаціоннаго департамента объ отводахъ, которыя могутъ служить руководствомъ и при обсужденіи вопроса о принятіи отводовъ въ процессѣ гражданскомъ, вслѣдствіе большого сходства тѣхъ поводовъ къ отводамъ, которые одинаково указываются въ обоихъ уставахъ, какъ уголовнаго, такъ и гражданскаго судопроизводства. Такъ, напр., сенатъ объяснилъ 1) что не могутъ быть отводимы отъ свидѣтельства лица, имѣвшія ссору или неудовольствіе съ одной изъ сторонъ (рѣш. 1867 года, № 113); 2) временнообязанные крестьяне одной изъ сторонъ (рѣш. 1870 года, № 230); 3) лица, находящіяся съ одной изъ сторонъ въ отношеніяхъ подчиненнаго къ начальнику (рѣш. 1867 года, № 536 и проч.

Тѣ свидѣтели, отводъ противъ которыхъ былъ бы признанъ судомъ правильнымъ, вовсе устраняются отъ свидѣтельства на основаніи 373 ст., такъ что свидѣтели эти не могутъ быть, затѣмъ, спрошены и безъ присяги. Такъ понимаетъ правило этой статьи и сенатъ, который, притомъ, объяснилъ, что допускать допросъ отведенныхъ свидѣтелей безъ присяги примѣнительно къ правиламъ устава уголовнаго судопроизводства не слѣдуетъ, и что такой допросъ составляетъ явное нарушеніе правилъ устава гражданскаго судо-

производства объ отводахъ (рѣш. 1871 года, № 953). Взглядъ сената подтверждается въ этомъ случаѣ, какъ буквой 373 ст., въ которой прямо сказано: „по отводамъ противной стороны устраняются отъ свидѣтельства“ и проч., такъ еще и тѣми соображеніями, что уставъ гражданскаго судопроизводства только въ одномъ случаѣ, какъ исключеніе, допускаетъ безприсяжныя показанія свидѣтелей, это именно показанія дѣтей отъ семи до четырнадцати лѣтъ; способа же доказательства посредствомъ отобранія отъ свидѣтелей показаній, только для дачи простыхъ свѣдѣній (pour les simples renseignements) нашъ уставъ вовсе не знаетъ и, кромѣ приведеннаго случая исключенія, безприсяжныхъ показаній свидѣтелей въ гражданскомъ процессѣ, повидимому, вовсе не допускаетъ. Несмотря однако же на то, что какъ по духу постановленій нашего устава, такъ и по буквальному смыслу правила 373 ст., невозможно допускать въ нашемъ гражданскомъ процессѣ безприсяжныя показанія свидѣтелей, Побѣдоносцевъ утверждаетъ противное и говоритъ: „когда сторона отвела свидѣтеля отъ присяги, это не считается еще отводомъ отъ свидѣтельства, ибо и безприсяжныя показанія не лишаются доказательной силы, когда можно было спрашивать свидѣтеля безъ присяги“. Положеніе это дѣйствительно было бы вѣрно, если бы на самомъ дѣлѣ можно было спрашивать свидѣтелей безъ присяги, но дѣло въ томъ, что такого именно допроса нашъ уставъ и не допускаетъ, вслѣдствіе чего, и мнѣніе Побѣдоносцева представляется лишеннымъ всякаго основанія, несмотря на то, что онъ въ подкрѣпленіе высказаннаго имъ положенія ссылается на рѣшеніе сената 1870 года, № 605. Хотя и сенатъ въ этомъ рѣшеніи допускаетъ допросъ свидѣтелей безъ присяги, но рѣшеніе это, какъ противорѣчащее прямому смыслу постановленій устава по этому предмету, такъ же точно, какъ и мнѣніе Побѣдоносцева, никоимъ образомъ не можетъ быть принято за руководство судебной практикой. Чтобы еще болѣе убѣдиться въ томъ, что въ гражданскоиъ процессѣ допросъ свидѣтелей безъ присяги не можетъ быть допущенъ, стоитъ только сравнить постановленія устава гражданскаго судопроизводства съ аналогическими постановленіями устава уголовнаго судопроизводства, 707 ст. котораго редактирована такъ: „не допускаются къ свидѣтельству подъ присягой въ случаѣ предъявленія которой-либо изъ сторонъ отвода“, между тѣмъ какъ въ 373 ст. уст. гражд. судопр. слова „подъ присягой“ опущены, а говорится только: „по отводамъ противной стороны устраняются отъ свидѣтельства“, что именно и доказываетъ, что въ гражданскомъ процессѣ отведенные свидѣтели устраняются отъ свидѣтельства безусловно, а не только отъ свидѣтельства подъ присягой.

Наконецъ, вообще о случаяхъ устраненія нѣкоторыхъ лицъ отъ свидѣтельства или вслѣдствіе абсолютной и релятивной неспособности ихъ, или по отводамъ сторонъ, я долженъ сказать, что современныя законодательства опредѣляютъ случаи эти весьма различно, а современная юриспруденція стремится даже по возможности ограничить поводы устраненія свидѣтелей отъ допроса. Бонье, напр., считаетъ всю систему отводовъ вообще отсталымъ установленіемъ, стоящимъ въ противорѣчіи съ современнымъ духомъ законодательствъ, отрѣшившихся отъ существовавшей прежде законной теоріи доказательствъ, когда показанія свидѣтелей только сосчитывались судомъ, а не оцѣнивались и взвѣшивались, по внутреннему ихъ достоинству, какъ въ настоящее время (Traité des preuves, изд. 4, т. 1, стр. 350 и 356). Въ древнемъ римскомъ правѣ случаи устраненія и отводовъ свидѣтелей въ дѣлахъ гражданскихъ также были весьма рѣдки; развилась же система отводовъ въ законодательствахъ Западной Европы, какъ утверждаетъ Бонье, впослѣдствіи, подъ вліяніемъ тайнаго и письменнаго судопроизводства. То же явленіе замѣчается и у насъ. Именно при господствѣ прежняго порядка судопроизводства въ нашемъ законодательствѣ, въ особенности случаи

устраненія отъ свидѣтельства были несравненно многочисленнѣе, чѣмъ теперь; такъ, отъ свидѣтельства устранялись, напр., явные прелюбодѣи, небывшіе у святаго причастія, отпущенные на волю, подкупленные къ свидѣтельству и проч. Въ отношеніи же настоящаго нашего устава я долженъ сказать, что въ немъ, какъ въ законѣ новѣйшемъ, случаи отводовъ, по возможности, ограничены, такъ что въ этомъ отношеніи онъ представляется закономъ болѣе совершеннымъ сравнительно съ уставомъ французскимъ, въ которомъ указаны еще такія основанія къ отводамъ, которыя справедливо порицаются всѣми французскими юристами и которыхъ въ нашемъ уставѣ нѣтъ. Такъ, напр., на основаніи 283 ст. устава французскаго могутъ быть отводимы отъ свидѣтельства лица домашнія тяжущагося и находящіяся у него въ услуженіи; лица, выдавшія тяжущемуся до допроса цертификатъ или удостовѣреніе въ чемъ-либо, и лица, пившія и ѣвшія съ тяжущимся со времени постановленія судомъ опредѣленія о допросѣ свидѣтелей. Послѣдній поводъ къ отводу въ особенности живо критикуется и порицается Боатаромъ (Leçons de procéd. civ., изд. 11, т. I, стр. 468).

Далѣе, по поводу отводовъ мнѣ остается разрѣшить еще одинъ вопросъ о времени предъявленія отвода, отвѣтъ на который даетъ правило слѣдующей статьи.

Ст. 375. Отводы свидѣтелей должны быть предъявлены до вызова ихъ, или по крайней мѣрѣ до приведенія ихъ къ присягѣ, послѣ которой отводъ свидѣтелей не допускается.

Вопросъ о времени предъявленія отводовъ разрѣшается, такимъ образомъ, правиломъ настоящей статьи довольно удовлетворительно, такъ что собственно въ этомъ отношеніи статья эта не требуетъ, кажется, никакихъ дальнѣйшихъ разъясненій. Замѣчу только, что изъ той части правила этой статьи, которой допускается предъявленіе отводовъ до момента приведенія свидѣтелей къ присягѣ, нельзя не вывести то заключеніе, что предъявленіе отводовъ должно считаться допустимымъ не только суду, но и члену суда, въ случаяхъ порученія ему производства допроса, на томъ основаніи, что въ этихъ случаяхъ и самый приводъ къ присягѣ долженъ уже имѣть мѣсто не въ судѣ, а въ присутствіи только члена суда. Нѣтъ, кажется, далѣе соммѣнія и въ томъ, что отводы должны быть не только заявлены, но, кромѣ того, какъ совершенно справедливо замѣтилъ Малининъ (Коммент. къ 366 ст. уст., стр. 85), и подкрѣплены еще надлежащими доказательствами, хотя объ этомъ прямо и не говорится ни въ одной изъ статей устава, относящихся до показаній свидѣтелей. Положеніе это имѣетъ свое основаніе, во-первыхъ, въ самой природѣ процесса, основныя начала котораго требуютъ, чтобы заявленія стороны, будутъ ли они относиться къ праву или къ процессу, въ видахъ правильнаго отправленія правосудія, были всякій разъ подкрѣпляемы надлежащими доказательствами. Во-вторыхъ, подтвержденіемъ указанному положенію, хотя и косвенно, можетъ служить отчасти и правило 378 ст., которая, несмотря на то, что въ ней выражено только исключеніе, можетъ однако же служить въ настоящемъ случаѣ подтвержденіемъ положенію общему. Статья эта предоставляетъ суду право при принятіи отводовъ входить въ разсмотрѣніе и повѣрку ихъ, повѣрка же отводовъ только въ томъ и можетъ заключаться, что судъ, при разсмотрѣніи отвода, сообразитъ основанія отвода съ имѣющимися въ дѣлѣ данными, оправдывающими отводъ, или сообразитъ основанія отвода съ доказательствами, удостовѣряющими правильность его. Уголовный кассаціонный департаментъ во многихъ рѣшеніяхъ прямо объяснилъ, что отводы должны быть подкрѣпляемы законными доказательствами, безъ чего они не могутъ быть приняты въ уваженіе (рѣш. 1869 года, № 946 и друг.). Понятно, что обязанность представить доказательства отвода должна лежать на сторонѣ, предъявляющей отводъ. Во всякомъ случаѣ вопросъ о принятіи или непринятіи предъявленныхъ сторонами отводовъ свидѣтелей долженъ быть разрѣшенъ не иначе,

какъ опредѣленіемъ суда, или члена его, производящаго допросъ, въ случаѣ предъявленія отвода во время производства допроса, по обсужденіи правильности основаній предъявляемыхъ отводовъ и повѣркѣ ихъ съ представленными сторонами доказательствами. На практикѣ обыкновенно бываетъ такъ, что основанія отводовъ выясняются изъ предварительныхъ разспросовъ свидѣтелей предсѣдателемъ суда объ отношеніяхъ ихъ къ тяжущимся, и судъ на основаніи объясненій свидѣтелей, признающихъ, положимъ, существованіе между ними и стороной, сдѣлавшей на нихъ ссылку, извѣстныхъ родственныхъ отношеній, могущихъ служить поводомъ къ отводу, признаетъ отводъ правильнымъ или отвергаетъ его. Но могутъ ли объясненія свидѣтелей въ этомъ случаѣ служить всегда достаточнымъ доказательствомъ для принятія отвода, въ особенности когда стороны возражаютъ противъ правильности объясненій свидѣтелей? Мнѣ кажется, что въ случаѣ спора отводъ можетъ быть принятъ не иначе, какъ по представленіи другихъ доказательствъ, подкрѣпляющихъ поводы къ отводу, потому, во-первыхъ, что объясненія свидѣтелей, даваемыя ими еще до приведенія ихъ къ присягѣ, не могутъ считаться за вполнѣ достовѣрныя, а во-вторыхъ—потому, что свидѣтели иногда, по стачкѣ съ одной изъ сторонъ, могутъ ложно или признавать, или отвергать существующія на самомъ дѣлѣ отношенія. Если, такимъ образомъ, необходимы другія доказательства отвода, то, вслѣдствіе этого, самъ собою возникаетъ вопросъ о томъ, какія именно доказательства необходимы и въ какое время они должны быть представлены? Правила нашего устава не даютъ никакого отвѣта на этотъ вопросъ и въ немъ нѣтъ никакихъ постановленій ни о времени представленія доказательствъ въ этомъ случаѣ, ни о способахъ доказыванія основаній отводовъ. Французскій code de procédure civile прямо постановляетъ, что если отводы не будутъ подкрѣплены письменными доказательствами, то они въ свою очередь могутъ быть доказываемы свидѣтельскими показаніями другихъ свидѣтелей, и что только въ доказательство новыхъ отводовъ противъ этихъ послѣднихъ свидѣтелей, во избѣжаніе могущей послѣдовать до безконечности проволочки въ движеніи процесса, вслѣдствіе предъявленія все новыхъ отводовъ, уставъ французскій требуетъ непремѣнно представленія письменныхъ доказательствъ (art. 289 и 290). Что касается способовъ доказыванія отводовъ по нашему уставу, то большая часть отводовъ, за немногими исключеніями, какъ мнѣ кажется, такого свойства, что они иначе и не могутъ быть подтверждены, какъ только письменными доказательствами, какъ, напр., отводы на основаніи родственныхъ, опекунскихъ отношеній, отношеній по усыновленію и проч.; свидѣтельскія же показанія могутъ быть допускаемы развѣ только въ доказательство отвода, напр., по тому основанію, что свидѣтель можетъ имѣть выгоды отъ рѣшенія дѣла, или, напр., въ случаѣ невозможности доказать родство письменными документами. Вообще же на томъ основаніи, что въ нашемъ уставѣ нѣтъ никакого воспрещенія принимать въ доказательство отводовъ и свидѣтельскія показанія, разумѣется въ тѣхъ случаяхъ, когда, на основаніи общихъ правилъ устава о допустимости свидѣтельскихъ показаній, не будетъ препятствія къ принятію этого способа доказательства, скорѣе слѣдуетъ признать, что этотъ способъ доказательства отводовъ у насъ возможенъ. Но, въ какое время тотъ или другой способъ доказательства отвода долженъ быть представленъ? Слѣдуетъ ли требовать представленія доказательствъ непремѣнно въ моментъ заявленія отводовъ, или же достаточно будетъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ одного указанія на доказательства во время предъявленія отводовъ? Мнѣ кажется, что требовать всегда и во всѣхъ случаяхъ представленія доказательствъ отвода во время предъявленія его—врядъ ли справедливо. Возможны и такіе случаи, когда сторона, несмотря на то, что ей извѣстно основаніе отвода, въ надеждѣ на то, что за-

явленіе ея объ отводѣ подтвердится объясненіями самихъ свидѣтелей, не озаботится заранѣе собраніемъ необходимыхъ доказательствъ отвода; или же можетъ случиться, что противная сторона заявитъ споръ противъ правильности объясненій свидѣтелей объ основаніяхъ отвода; въ послѣднемъ случаѣ споръ противъ правильности объясненій свидѣтелей можетъ представиться такимъ новымъ обстоятельствомъ, что для стороны, предъявляющей отводъ, откроется, на основаніи правила 331 ст., право просить объ отсрочкѣ засѣданія, которая, по усмотрѣнію суда, кажется, и должна быть дана, по крайней мѣрѣ, такое дѣйствіе со стороны суда не будетъ противно правиламъ устава, опредѣляющимъ случаи отсрочки засѣданія. Побѣдоносцевъ также держится того мнѣнія, что въ нѣкоторыхъ случаяхъ, по усмотрѣнію суда, можетъ быть дана отсрочка на представленіе доказательствъ отвода, хотя мнѣніе его и ничѣмъ не мотивировано (Судеб. рук., тезисъ 825).

Выше мы имѣли случай замѣтить, что свидѣтели могутъ быть устраняемы отъ допроса по причинамъ неспособности ихъ къ свидѣтельству, указаннымъ въ 371 ст., не только по усмотрѣнію самого суда, но и по указанію сторонъ. Въ этомъ послѣднемъ случаѣ устраненія свидѣтелей, точно также какъ и при предъявленіи отводовъ, сторонѣ заинтересованной въ устраненіи свидѣтелей, кажется, также должно быть предоставлено право домогаться отсрочки засѣданія, на представленіе доказательствъ неспособности свидѣтелей, когда самъ свидѣтель будетъ умалчивать о причинѣ неспособности, напр., когда свидѣтель будетъ скрывать, что онъ супругъ тяжущагося, или что онъ лишенъ права свидѣтельствовать на судѣ и проч. Право это должно быть предоставлено сторонѣ на томъ основаніи, что въ устраненіи отъ допроса свидѣтеля по неспособности стороны могутъ быть иногда заинтересованы гораздо болѣе, въ особенности въ тѣхъ случаяхъ, когда противъ такихъ свидѣтелей невозможно заявить отвода по основаніямъ, указаннымъ въ 373 ст., чѣмъ въ устраненіи свидѣтелей по отводамъ, какъ въ приведенномъ примѣрѣ. Впрочемъ, право это должно быть предоставлено сторонамъ еще болѣе потому, что правила устава объ устраненіи свидѣтелей по неспособности установлены не только въ интересѣ частномъ, но отчасти и въ интересѣ публичномъ, въ интересахъ правильнаго отправленія правосудія, которое, конечно, представляется немыслимымъ, при томъ условіи, если судъ будетъ принимать за доказательство спорныхъ фактовъ показанія такихъ свидѣтелей, которыхъ самъ законъ считаетъ неспособными къ свидѣтельству.

Когда основаніе отвода доказано, судъ уже не имѣетъ права, по своему усмотрѣнію, принять или отвергнуть отводъ, если только приводимое основаніе отвода дѣйствительно указано въ 373 ст., но обязанъ непремѣнно устранить свидѣтеля отъ допроса. Но, вопросъ, далѣе, заключается еще въ томъ, можетъ ли отводъ, разъ принятый судомъ, быть отвергнутъ опредѣленіемъ суда снова, по измѣнившимся обстоятельствамъ? Нѣсколько выше мы имѣли случай указать, что для того, чтобы отводъ могъ быть принятъ въ уваженіе, необходимо, чтобы причина отвода существовала въ моментъ допроса свидѣтеля. Иногда же можетъ случиться, что между опредѣленіемъ суда о принятіи отвода, когда отводъ предъявленъ до вызова свидѣтелей, и между самимъ допросомъ можетъ пройти болѣе или менѣе продолжительное время, такъ что отношенія между свидѣтелями и тяжущимися за это время могутъ измѣниться и существовавшая во время предъявленія отвода причина его исчезнуть. Если противная сторона укажетъ и докажетъ это обстоятельство, то понятно, что, въ виду указаннаго начала, невозможно уже будетъ устранять отъ допроса такого свидѣтеля, противъ котораго не существуетъ никакихъ поводовъ къ отводу, и мнѣ кажется, что въ этомъ слу-

чаѣ судъ въ правѣ будетъ, на основаніи 891 ст., отмѣнить свое прежнее частное опредѣленіе о принятіи отвода по измѣнившимся обстоятельствамъ и постановить новое о допросѣ свидѣтеля, или наоборотъ, объ устраненіи свидѣтеля отъ допроса.

Правило 375 ст. о времени предъявленія отводовъ есть правило общее, изъ котораго есть только одно исключеніе, выраженное въ 378 ст., по которому отводы въ одномъ случаѣ, который мы укажемъ ниже, могутъ быть предъявлены даже послѣ допроса свидѣтеля; вообще же, въ силу правила 375 ст. крайнимъ моментомъ предъявленія отводовъ признается моментъ привода свидѣтеля къ присягѣ, послѣ чего отводы не допускаются, вслѣдствіе чего отводъ, предъявленный послѣ привода свидѣтеля къ присягѣ, долженъ быть судомъ во всякомъ случаѣ оставленъ безъ послѣдствій и свидѣтель долженъ быть допрошенъ, хотя бы основаніе отвода и было доказано. Нельзя, кажется, сказать того же въ отношеніи случаевъ устраненія свидѣтелей отъ допроса по причинамъ неспособности ихъ къ свидѣтельству. Указаніе стороны на неспособность свидѣтеля, послѣдовавшее не только послѣ приведенія къ присягѣ, но даже послѣ допроса свидѣтеля, должно быть, кажется, принято во вниманіе судомъ и показаніе такого свидѣтеля должно быть исключено изъ числа доказательствъ, потому что невозможно, въ самомъ дѣлѣ, принимать за доказательство показаніе такого свидѣтеля, котораго самъ законъ признаетъ неспособнымъ къ свидѣтельству, хотя бы въ данномъ дѣлѣ; если же свидѣтель былъ только приведенъ къ присягѣ, то судъ долженъ оставить такого свидѣтеля безъ допроса.

Въ заключеніе обзора правилъ устава объ отводахъ, я долженъ указать еще тѣ послѣдствія, которыя должны наступать, вслѣдствіе допущенія тѣхъ или другихъ отступленій отъ этихъ правилъ. Наиболѣе существенныя отступленія, конечно, могутъ заключаться въ томъ, что свидѣтели будутъ или неправильно устранены отъ свидѣтельства, или, напротивъ, лица, подлежавшія устраненію, будутъ допрошены, или, наконецъ, будетъ нарушено правило о времени заявленія отводовъ. Если такого рода отступленія будутъ допущены въ первой инстанціи суда, когда, напр., судъ безъ отвода устранитъ отъ допроса такого свидѣтеля, который можетъ быть устраненъ только по отводу, или устранитъ отъ допроса хотя и по отводу, но когда отводъ не имѣетъ за собой ни одного изъ основаній, указанныхъ въ 373 ст., или, наконецъ, исключитъ изъ числа доказательствъ показаніе свидѣтеля вслѣдствіе отвода, предъявленнаго послѣ допроса и проч., то вторая инстанція, по жалобѣ заинтересованной стороны, должна исправить эти упущенія, т.-е. или должна допросить свидѣтеля, неправильно устраненнаго отъ допроса, или должна исключить изъ числа доказательствъ показаніе свидѣтеля, неправильно спрошеннаго. Если же правила объ отводахъ будутъ въ чемъ-либо нарушены во второй инстанціи, то большинство такихъ нарушеній, какъ объяснилъ и сенатъ во множествѣ рѣшеній, могутъ служить кассаціоннымъ поводомъ для заинтересованной стороны. Подробности же относительно того, какія именно нарушенія служатъ кассаціоннымъ поводомъ, можно видѣть въ сводѣ Думашевскаго.

Согласно намѣченному мной порядку изложенія, я долженъ перейти къ разсмотрѣнію второй категоріи правилъ о показаніяхъ свидѣтелей, или правила о порядкѣ представленія сторонами и принятіи судомъ доказательства посредствомъ свидѣтелей. Къ этой категоріи правилъ относятся слѣдующія статьи:

Ст. 374. Тяжущійся, ссылающійся на свидѣтеля, обязанъ при самой ссылкѣ изъяснить тѣ обстоятельства, о коихъ слѣдуетъ допросить свидѣтеля, и означить его званіе, имя, фамилію или прозвище и мѣсто жительства.

Въ настоящей статьѣ указано только то, что тяжущійся обязанъ выяснить суду при самомъ заявленіи просьбы о вызовѣ свидѣтелей; но собственно въ какой формѣ и въ какое время должно быть сдѣлано заявленіе о вызовѣ, объ этомъ въ статьѣ ничего не говорится. Изъ такого молчанія закона объ этомъ предметѣ слѣдуетъ, кажется, заключить, во-1-хъ, что въ отношеніи формы заявленія о допросѣ свидѣтелей,—что просьба объ этомъ предметѣ можетъ быть заявлена, какъ письменно, напр., въ исковомъ прошеніи, въ одной изъ состязательныхъ бумагъ, или въ отдѣльномъ прошеніи, которое можетъ быть подано въ судъ, какъ лично, такъ и другими способами, т.-е. прислано по почтѣ, или подано черезъ другое лицо, такъ и словесно, въ самомъ засѣданіи; во-2-хъ, въ отношеніи времени заявленія просьбы о допросѣ свидѣтелей,—что просьба эта можетъ быть заявлена во всякомъ положеніи дѣла, какъ въ первой инстанціи суда, такъ и во второй. Въ просьбѣ же о допросѣ свидѣтелей, согласно правилу разбираемой статьи, тяжущійся обязанъ указать два предмета: а) тѣ обстоятельства или факты, о которыхъ онъ желаетъ, чтобы свидѣтель былъ допрошенъ, и б) означить тѣхъ свидѣтелей, которыхъ онъ проситъ допросить. Указаніе обстоятельствъ или фактовъ, о которыхъ свидѣтели должны быть допрошены, необходимо, во-первыхъ, потому, чтобы судъ имѣлъ возможность обсудить вопросъ о допустимости свидѣтельскихъ показаній, какъ доказательства въ каждомъ данномъ случаѣ, а во-вторыхъ, потому, чтобы дать возможность противной сторонѣ имѣть свѣдѣніе о тѣхъ обстоятельствахъ, которыя имѣютъ быть доказаны показаніями свидѣтелей. Указаніе же свидѣтелей, которые должны быть вызваны, тѣмъ болѣе необходимо, что безъ этого невозможенъ и самый вызовъ, потому что, по нашему уставу, самъ судъ не въ правѣ входить въ какія-либо разысканія по этому предмету и не въ правѣ дѣлать какія-либо дознанія о томъ, кто былъ свидѣтелемъ того или другого событія, если самъ тяжущійся не озаботился своевременно узнать этихъ свидѣтелей.

Кромѣ того, по поводу правила разбираемой статьи, я долженъ замѣтить, что оно указываетъ только тѣ принадлежности просьбы о допросѣ свидѣтелей, которыя тяжущійся обязанъ указать, но ни слова не говоритъ о послѣдствіяхъ невыполненія тяжущимся требованій статьи въ этомъ отношеніи и ничего не говоритъ, какая судьба ожидаетъ просьбу тяжущагося, въ которой или не указаны тѣ факты, которые имѣютъ быть доказаны показаніями свидѣтелей, или не означены точно имена свидѣтелей и ихъ мѣсто жительства. Конечно, принадлежности эти настолько необходимы и существенны, что съ опущеніемъ одной изъ нихъ просьба тяжущагося о допросѣ свидѣтелей не можетъ быть удовлетворена; но дѣло въ томъ, что, вслѣдствіе молчанія закона о послѣдствіяхъ, ничто не препятствуетъ признать, что тяжущійся, сдѣлавшій упущенія при самой ссылкѣ на свидѣтелей, въ правѣ впослѣдствіи исправить эти упущенія. Напр., если бы тяжущійся, въ письменной просьбѣ о допросѣ свидѣтелей, не указалъ тѣхъ фактовъ, которые онъ желаетъ доказать показаніями свидѣтелей, онъ въ правѣ, или подать новую просьбу о томъ же предметѣ, или въ самомъ засѣданіи словесно представить суду необходимыя объясненія по этому предмету, и мнѣ кажется, что послѣ этого просьба о допросѣ свидѣтелей можетъ быть удовлетворена. Мнѣ кажется даже, что если бы просьба о допросѣ свидѣтелей, вслѣдствіе существенныхъ упущеній, была уже оставлена судомъ безъ послѣдствій, тяжущійся, тѣмъ не менѣе, не можетъ быть лишенъ права снова возобновить свое ходатайство о допросѣ свидѣтелей, подачей новой о томъ просьбы,— по крайней мѣрѣ, въ законѣ въ этомъ отношеніи никакого воспрещенія не содержится.

Ст. 376. Въ опредѣленіи суда о допросѣ свидѣтелей означаются: званіе, имя и фамилія

или прозвище свидѣтелей, обстоятельства, о которыхъ ихъ слѣдуетъ допросить, мѣсто допроса и самый день допроса, если онъ долженъ быть произведенъ въ присутствіи суда.

Ст. 377. Дозволяется, по просьбѣ тяжущагося, допрашивать свидѣтелей и до предъявленія отзыва противной стороны, въ случаѣ тяжкой болѣзни свидѣтеля, или по просьбѣ самаго свидѣтеля, когда ему необходимо отправиться въ другое мѣсто и онъ не можетъ возвратиться въ скоромъ времени въ городъ, гдѣ производится дѣло.

Ст. 378. Распоряженіе сего рода не стѣсняетъ судъ въ разсмотрѣніи, повѣркѣ и принятіи отводовъ, которые могутъ быть впослѣдствіи предъявлены противною стороною.

Правила двухъ первыхъ статей опредѣляютъ собственно порядокъ принятія судомъ показаній свидѣтелей какъ доказательства и находятся, какъ мы сейчасъ увидимъ, въ довольно тѣсной связи между собою. Что касается правила 376 ст., то въ ней указывается только содержаніе, или то, что должно заключать въ себѣ опредѣленіе суда о допросѣ свидѣтелей, и собственно въ этомъ отношеніи правило этой статьи не требуетъ, кажется, никакихъ особыхъ разъясненій. Опредѣленіе суда о допросѣ свидѣтелей является какъ бы отвѣтомъ на просьбу тяжущагося о допросѣ, и, потому, законъ требуетъ, чтобы въ немъ было постановлено о тѣхъ самыхъ предметахъ, которые указаны какъ существенныя принадлежности просьбы о допросѣ въ 374 ст., именно, въ опредѣленіи о допросѣ должны быть указаны свидѣтели, подлежащіе допросу и означены обстоятельства, по которымъ они имѣютъ быть допрошены. Кромѣ того правило 376 ст. требуетъ, чтобы въ опредѣленіи суда были указаны мѣсто и самый день допроса, послѣднее впрочемъ только въ томъ случаѣ, если допросъ будетъ произведенъ въ присутствіи цѣлаго суда, изъ чего можно заключить, что означеніе времени допроса не требуется, когда допросъ имѣетъ послѣдовать инымъ образомъ; но зато, кажется, слѣдуетъ признать, что въ этомъ случаѣ въ опредѣленіи суда должны быть указаны способы производства допроса свидѣтелей, напр., сказано, что допросъ поручается произвести тамъ-то, такому-то члену суда. Назначеніе самаго дня допроса въ этомъ случаѣ будетъ зависѣть отъ распоряженія того члена суда, которому будетъ поручено произвести допросъ. Кромѣ того на практикѣ, въ томъ случаѣ, когда допросъ долженъ быть произведенъ на мѣстѣ, внѣ того города, гдѣ находится судъ, въ опредѣленіи о допросѣ назначается обыкновенно и срокъ, къ которому сторона, просящая о допросѣ, обязана внести въ кассу суда деньги, необходимыя на расходы для выѣзда члена суда и если надобность указываетъ, то и деньги, необходимыя на другіе расходы, напр., на расходы по врученію повѣстокъ свидѣтелямъ и проч. Вторая статья опредѣляетъ только время допроса свидѣтелей въ указанныхъ въ ней случаяхъ, и, затѣмъ, въ уставѣ не содержится болѣе никакихъ правилъ о порядкѣ принятія судомъ этого способа доказательства; но, понятно, что указаніе только того, что́ должно заключать въ себѣ опредѣленіе суда о допросѣ свидѣтелей, еще не значитъ опредѣлить самый порядокъ принятія доказательства, поэтому, нашъ уставъ представляетъ, въ этомъ отношеніи, какъ мнѣ кажется, значительный пробѣлъ, вслѣдствіе чего многіе, весьма существенные вопросы, относящіеся сюда, иначе и не могутъ быть уяснены, какъ только путемъ толкованія.

Первый вопросъ, возникающій вслѣдствіе указаннаго недостатка устава, заключается въ слѣдующемъ: въ какой моментъ процесса и какимъ порядкомъ судъ въ правѣ постановить опредѣленіе о допросѣ свидѣтелей? Въ первой главѣ настоящаго опыта комментарія мы видѣли, что каждый процессъ въ своемъ движеніи проходитъ два момента: а) состояніе предварительной письменной подготовки и б) слушаніе дѣла. Въ какой же изъ этихъ двухъ моментовъ можетъ послѣдовать опредѣленіе суда о допросѣ свидѣтелей и можетъ ли послѣдовать опредѣленіе, когда процессъ находится еще въ состояніи предварительной письменной подготовки? Для насъ важно раз-

рѣшить только послѣднюю часть вопроса, потому что при утвердительномъ отвѣтѣ на эту часть, не можетъ быть, кажется, никакого сомнѣнія въ томъ, что если допросъ свидѣтелей можетъ быть допущенъ въ то время, когда процессъ находится еще въ первомъ моментѣ движенія, то, тѣмъ болѣе, суду должно быть предоставлено право постановлять опредѣленіе о допросѣ свидѣтелей въ то время, когда дѣло уже готово къ слушанію. Для разрѣшенія же этого вопроса я долженъ принять во вниманіе правило 720 ст., несмотря на то, что статья эта помѣщена въ отдѣленіи о заочномъ рѣшеніи. Въ статьѣ 720 сказано: „въ случаѣ ссылки истца на свидѣтелей или приведенія имъ доказательствъ, требующихъ повѣрки, судъ, по истеченіи срока на явку отвѣтчика, не разрѣшая дѣла по существу, постановляетъ частное опредѣленіе о допросѣ свидѣтелей и проч.“. На основаніи этого правила слѣдуетъ заключить, что опредѣленіе о допросѣ свидѣтелей можетъ послѣдовать не ранѣе, какъ по истеченіи срока, назначеннаго отвѣтчику на явку въ судъ. При этомъ, я долженъ замѣтить, что постановленіе судомъ опредѣленія о допросѣ свидѣтелей вовсе не ставится правиломъ этой статьи въ зависимость отъ явки отвѣтчика, или отъ подачи имъ отвѣта. Отвѣтчикъ можетъ и не явиться, но можетъ прислать отвѣтъ до срока, назначеннаго ему на явку, такъ что обмѣнъ состязательныхъ бумагъ между сторонами можетъ продолжаться, несмотря на неявку отвѣтчика, между тѣмъ, какъ на основаніи 720 ст. судъ въ правѣ приступить къ постановленію опредѣленія о допросѣ немедленно по истеченіи срока, назначеннаго на явку отвѣтчику, изъ чего слѣдуетъ самъ собой тотъ выводъ, что опредѣленіе о допросѣ свидѣтелей можетъ быть постановлено и въ то время, когда дѣло по существу еще не готово къ слушанію, а находится въ состояніи предварительной письменной подготовки. Если, такимъ образомъ, опредѣленіе о допросѣ свидѣтелей можетъ послѣдовать и въ то время, когда процессъ находится въ первомъ моментѣ движенія, то, тѣмъ не менѣе, слѣдуетъ также признать, что судъ въ правѣ постановить опредѣленіе о допросѣ только тогда, когда вызовъ отвѣтчика былъ сдѣланъ правильно и когда судъ имѣетъ удостовѣреніе въ томъ, что отвѣтчику вручена повѣстка о вызовѣ вмѣстѣ съ копіей искового прошенія, или когда истекъ шестимѣсячный срокъ послѣ публикаціи о вызовѣ отвѣтчика безвѣстно-отсутствующаго. Если же первый вызовъ былъ признанъ недѣйствительнымъ и отвѣтчику дѣлается новый вызовъ, то судъ долженъ, для постановленія опредѣленія о допросѣ, выждать истеченіе вновь назначеннаго отвѣтчику срока на явку въ судъ. Это, конечно, потому, что по духу состязательнаго процесса обсужденіе какихъ-либо даже частныхъ вопросовъ, изъ дѣла возникающихъ, иначе и немыслимо, какъ только въ порядкѣ состязательномъ, то-есть по извѣщеніи отвѣтчика о томъ вопросѣ, который подлежитъ разрѣшенію суда, что можетъ однако же послѣдовать только тогда, когда вызовъ, дѣлаемый отвѣтчику, достигъ по назначенію. Далѣе, въ отношеніи опредѣленія момента, когда судъ въ правѣ приступить къ постановленію опредѣленія о допросѣ свидѣтелей, я долженъ еще сказать, что только что указаннымъ порядкомъ судъ въ правѣ поступить только въ томъ случаѣ, когда ходатайство о допросѣ свидѣтелей заявлено истцомъ въ самомъ исковомъ прошеніи; если же истецъ заявляетъ ходатайство впослѣдствіи, положимъ, во второй состязательной бумагѣ, или въ отдѣльномъ прошеніи, то моментъ этотъ долженъ опредѣляться по другому основанію. Хотя правиломъ слѣдующей 377 ст. опредѣляется время допроса свидѣтелей при исключительныхъ обстоятельствахъ, но мнѣ кажется возможнымъ по аргументу a contrario извлечь изъ постановленія этой статьи и правило общее, въ силу котораго возможно признать, что въ тѣхъ случаяхъ, когда ходатайство о допросѣ свидѣтелей было бы заявлено отдѣльнымъ прошеніемъ, судъ въ правѣ приступить къ постановленію опредѣленія о допросѣ не прежде, какъ по

сообщеніи копіи прошенія противной сторонѣ. Основанія, почему слѣдуетъ придти къ такому положенію, я укажу ниже, при разсмотрѣніи правила 377 ст. Теперь же замѣчу еще, что на томъ же основаніи долженъ опредѣляться моментъ постановленія судомъ опредѣленія о допросѣ и въ томъ случаѣ, если просьба о вызовѣ свидѣтелей заявляется отвѣтчикомъ, для чего безразлично—будетъ ли просьба о допросѣ свидѣтелей заявлена отвѣтчикомъ въ одной изъ состязательныхъ бумагъ, или въ отдѣльномъ прошеніи—судъ въ правѣ будетъ во всякомъ случаѣ постановить опредѣленіе только по сообщеніи копіи состязательной бумаги или отдѣльнаго прошенія отвѣтчика истцу.

Что касается порядка постановленія судомъ опредѣленія о допросѣ свидѣтелей, то въ этомъ отношеніи необходимо принять во вниманіе слѣдующія соображенія. Вопросъ о принятіи какого-либо доказательства есть вопросъ частный, который можетъ быть разрѣшенъ на основаніи 720 ст. отдѣльнымъ частнымъ опредѣленіемъ, и, притомъ, можетъ быть разрѣшенъ частнымъ опредѣленіемъ независимо отъ того, заявлено ли ходатайство о допросѣ свидѣтелей въ исковомъ прошеніи или въ отдѣльномъ частномъ прошеніи, потому что и исковое прошеніе, въ отношеніи этого вопроса, будетъ также частнымъ, изъ чего слѣдуетъ заключить, что вопросъ о принятіи того или другого доказательства можетъ быть разрѣшенъ судомъ въ порядкѣ частномъ. Въ отношеніи же этого порядка разсмотрѣнія дѣлъ практика окружныхъ судовъ далеко неодинакова и, насколько мнѣ извѣстно, въ нѣкоторыхъ окружныхъ судахъ подлежащіе разрѣшенію частные вопросы, возникающіе при производствѣ дѣлъ исковыхъ, вносятся немедленно, по сообщеніи копіи бумаги противной сторонѣ, на разсмотрѣніе суда въ засѣданіе, безъ всякой просьбы о томъ заинтересованной стороны; напротивъ, въ другихъ судахъ считаютъ возможнымъ докладывать въ засѣданіи не только частныя прошенія, относящіяся до дѣлъ исковыхъ, но и дѣла, самостоятельно подлежащія производству, въ порядкѣ частномъ, какъ, напр., дѣла охранительныя, не иначе, какъ по просьбѣ о томъ заинтересованной стороны. Мнѣ кажется, практика первыхъ изъ этихъ судовъ правильнѣе и болѣе согласна съ точнымъ смысломъ правилъ устава о порядкѣ разсмотрѣнія дѣлъ частныхъ, по которымъ, на основаніи 569 ст., слѣдуетъ скорѣе признать, что дѣла эти, какъ требующія особенно быстраго разрѣшенія, должны быть докладываемы въ засѣданіи безъ просьбы стороны; поэтому-то, я и думаю, что и для постановленія опредѣленія о допросѣ свидѣтелей дѣло должно быть внесено въ засѣданіе самимъ предсѣдателемъ суда безъ просьбы стороны, немедленно по наступленіи момента, когда по закону судъ въ правѣ приступить къ постановленію опредѣленія о допросѣ свидѣтелей. Послѣ сказаннаго нечего, кажется, говорить еще о томъ, что, тѣмъ болѣе, слѣдуетъ допускать докладъ дѣла въ засѣданіи по вопросу о принятіи того или другого доказательства по просьбѣ о томъ заинтересованной стороны, когда судъ и безъ просьбы обязанъ самъ дѣлать необходимыя въ этомъ отношеніи распоряженія.

Второй вопросъ, возбуждаемый неполнотой правилъ устава о порядкѣ принятія доказательства посредствомъ свидѣтелей, заключается въ слѣдующемъ: обязанъ ли судъ, если признаетъ въ своемъ опредѣленіи необходимымъ допросить свидѣтелей въ подтвержденіе тѣхъ фактовъ, которые сторона желаетъ доказать, вызывать непремѣнно всѣхъ свидѣтелей, указанныхъ тяжущимися, или же можетъ ограничиться вызовомъ нѣкоторыхъ изъ нихъ? Сенатъ во множествѣ рѣшеній, приведенныхъ въ сводѣ Думашевскаго подъ тезисомъ 318, объяснилъ, что судъ не обязанъ вызывать всѣхъ, указываемыхъ тяжущимися, свидѣтелей, когда дѣло, по усмотрѣнію суда, заключаетъ въ себѣ всѣ данныя, достаточныя для того, чтобы по оному постановить, согласно съ убѣжденіемъ совѣсти и закономъ, рѣшеніе (Сводъ, изд. 1, т. 2, стр. 175). Но, очевидно, что всѣ указанныя рѣшенія сената нисколько не разъясняютъ

поставленный вопросъ; изъ нихъ можно вывести только то заключеніе, что судъ не обязанъ вызывать свидѣтелей, если дѣло настолько разъяснено, что и безъ допроса свидѣтелей судъ въ состояніи разрѣшить дѣло по существу. Выше мы имѣли случай также указать, что судъ своимъ опредѣленіемъ въ правѣ какъ удовлетворить просьбу тяжущихся о допросѣ свидѣтелей, такъ точно въ правѣ и отказать имъ; при этомъ, конечно, можетъ случиться, что судъ, обсудивъ просьбу тяжущагося о допросѣ свидѣтелей, найдетъ, что въ подтвержденіе нѣкоторыхъ фактовъ слѣдуетъ допросить свидѣтелей, и, такимъ образомъ, удовлетворить просьбу о допросѣ въ части, а что въ допросѣ свидѣтелей по другимъ обстоятельствамъ надобности не предстоитъ и откажетъ въ ихъ вызовѣ; въ этомъ случаѣ судъ въ правѣ будетъ нѣкоторыхъ свидѣтелей допросить, а другихъ не вызывать. Собственно же вопросъ, въ томъ видѣ, какъ онъ поставленъ, долженъ быть, по моему мнѣнію, разрѣшенъ безусловно отрицательно и мнѣ кажется, что судъ, въ томъ случаѣ, если въ своемъ опредѣленіи признаетъ необходимымъ допросъ свидѣтелей, въ подтвержденіе извѣстныхъ фактовъ, не въ правѣ уже потомъ, по своему выбору, нѣкоторыхъ изъ указанныхъ тяжущимся, въ подтвержденіе этихъ именно фактовъ, свидѣтелей допросить, а другихъ не вызывать, какъ бы много свидѣтелей тяжущимся указано ни было. Въ подтвержденіе этого положенія я могу сослаться на правило 386 ст., въ силу котораго судъ, въ подобномъ случаѣ, т.-е. когда тяжущимся указано значительное число свидѣтелей, можетъ только, если свидѣтели живутъ внѣ того города, въ которомъ находится судъ, поручить допросъ одному изъ своихъ членовъ, но допросить свидѣтелей, тѣмъ не менѣе, обязанъ, какъ бы значительно число свидѣтелей ни было. Въ виду правила этой послѣдней статьи, и представляется невозможнымъ согласиться съ положеніемъ, высказаннымъ Волжинымъ въ его замѣткѣ „Наши процессуальные тормазы“ о томъ, что въ случаяхъ ссылки сторонъ на множество свидѣтелей въ доказательство однихъ и тѣхъ же фактовъ, суду должно принадлежать право не только не допрашивать всѣхъ свидѣтелей, но даже выбирать изъ нихъ для допроса по его усмотрѣнію, напр., по три свидѣтеля съ каждой стороны (Журн. гражд. и угол. пр. 1886 г., кн. 5, стр. 43). Также точно, по справедливому замѣчанію Малышева (Курсъ гражд. суд., изд. 2, т. 1, стр. 314) и сената (рѣш. 1875 года, № 293 и друг.), на судѣ должна лежать положительная обязанность удовлетворять просьбы тяжущихся о вызовѣ и допросѣ свидѣтелей въ тѣхъ случаяхъ, когда тяжущіеся домогаются допроса свидѣтелей въ доказательство существенныхъ фактовъ спора и когда, притомъ, факты эти не удостовѣрены никакими другими доказательствами, между тѣмъ, какъ этотъ способъ доказательства долженъ считаться по закону допустимымъ. Съ положеніемъ, высказаннымъ петербургской судебной палатой въ рѣшеніи ея по дѣлу Философова съ Виноградовымъ о томъ, что судъ обязанъ удовлетворять просьбы тяжущихся о вызовѣ только тѣхъ свидѣтелей, которые были очевидцами тѣхъ фактовъ, о которыхъ они должны свидѣтельствовать (Судеб. Вѣст 1867 г., № 140), напротивъ, согласиться нельзя, на томъ основаніи, что, какъ мы увидимъ ниже при разсмотрѣніи правилъ объ оцѣнкѣ свидѣтельскихъ показаній, должны считаться допустимыми не только показанія свидѣтелей очевидцевъ, но и показанія, даваемыя свидѣтелями по слуху отъ другихъ лицъ.

Третій вопросъ, возбуждаемый неполнотой правилъ устава, съ одной стороны, о границахъ правъ сторонъ на представленіе доказательства черезъ свидѣтелей, и съ другой, обязанности суда удовлетворять доказательства, заключается въ слѣдующемъ: можетъ ли принадлежать сторонамъ право на заявленіе нѣсколькихъ послѣдовательныхъ ходатайствъ о допросѣ свидѣтелей, по удовлетвореніи судомъ ходатайствъ предъидущихъ, въ подтвержденіе или однихъ и тѣхъ же фактовъ спора, не подтвержденныхъ разъ спрошенными

судомъ свидѣтелями, или же другихъ фактовъ, и должна ли лежать на судѣ обязанность непремѣннаго удовлетворенія подобныхъ домогательствъ сторонъ? Въ виду неуказанія въ уставѣ какихъ-либо ограниченій по отношенію права сторонъ на заявленіе нѣсколькихъ послѣдовательныхъ ходатайствъ о допросѣ свидѣтелей, по удовлетвореніи судомъ ходатайствъ предъидущихъ, иначе, кажется, нельзя отвѣчать на занимающій насъ вопросъ, какъ утвердительно и, притомъ, утвердительно по отношенію всѣхъ случаевъ подобныхъ домогательствъ сторонъ, т.-е., какъ тѣхъ случаевъ, когда бы стороны домогались допроса новыхъ свидѣтелей въ доказательство другихъ фактовъ спора, такъ и въ тѣхъ, когда бы стороны домагались допроса свидѣтелей въ доказательство тѣхъ фактовъ, о которыхъ свидѣтели были уже разъ допрошены. Само собой разумѣется, что пользованіе сторонами такимъ правомъ можетъ иногда значительно замедлять движеніе процесса, въ видахъ предупрежденія чего и было бы, конечно, гораздо лучше, если бы и въ нашъ уставъ было включено правило, подобное постановленію устава германскаго, которымъ дается суду право отказывать въ требованіяхъ сторонамъ о допросѣ новыхъ свидѣтелей, выставляемыхъ въ доказательство тѣхъ фактовъ, о которыхъ разъ уже были спрошены свидѣтели въ тѣхъ случаяхъ, когда бы судъ усмотрѣлъ, что сторона, домогающаяся допроса новыхъ свидѣтелей, дѣлаетъ это или съ цѣлью затянуть процессъ, или даже просто по небрежности (§ 339); при отсутствіи же въ нашемъ уставѣ подобнаго постановленія, врядъ ли могутъ быть указаны у насъ какія-либо границы праву сторонъ домогаться въ теченіе производства по дѣлу допроса новыхъ свидѣтелей.

Далѣе, въ правилѣ 376 ст. сказано, что судъ въ своемъ опредѣленіи о допросѣ свидѣтелей означаетъ тѣ факты, о которыхъ слѣдуетъ допросить свидѣтелей; но могутъ быть случаи, когда, положимъ, во время самаго допроса свидѣтелей, представится надобность допросить ихъ и по другимъ фактамъ, въ опредѣленіи суда неуказаннымъ. Случай этотъ правиломъ 376 ст. не предусмотрѣнъ, вслѣдствіе чего, и возникаетъ четвертый вопросъ: въ правѣ ли судъ допустить допросъ свидѣтелей относительно фактовъ, въ опредѣленіи о допросѣ неуказанныхъ? Изъ нѣкоторыхъ рѣшеній сената, относящихся къ этому вопросу, можно вывести то заключеніе, что судъ можетъ допустить допросъ свидѣтелей и въ отношеніи фактовъ, прямо въ опредѣленіи неуказанныхъ въ томъ случаѣ, если противной стороной будутъ представлены новыя доказательства, потому что судъ, какъ говоритъ сенатъ, въ силу правила 891 ст., въ правѣ отмѣнять и измѣнять свои частныя опредѣленія, вслѣдствіе перемѣнившихся обстоятельствъ (рѣш. 1871 года, № 506 и друг.). Это положеніе сената мнѣ кажется вполнѣ правильнымъ, но, при этомъ, я не могу не замѣтить, что въ силу того, что судъ въ правѣ измѣнять свои частныя опредѣленія, за нимъ также должно быть признано право допускать допросъ свидѣтелей въ отношеніи фактовъ въ опредѣленіи о допросѣ неуказанныхъ, не только въ томъ случаѣ, когда противной стороной будутъ представлены новыя доказательства, но и вообще во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда, вслѣдствіе измѣнившихся обстоятельствъ, представится въ томъ надобность. Сужденіе же о томъ, допустимъ ли въ томъ или другомъ отдѣльномъ случаѣ допросъ свидѣтелей по обстоятельствамъ въ опредѣленіи суда неуказаннымъ, должно быть предоставлено усмотрѣнію суда.

Наконецъ, по поводу правила 376 ст. я не могу еще не остановиться на одномъ вопросѣ: возможенъ ли по нашему уставу допросъ свидѣтелей только въ подтвержденіе фактовъ существующаго спора, или же, напротивъ, свидѣтели могутъ быть допрашиваемы судомъ и въ подтвержденіе фактовъ могущаго впослѣдствіи возникнуть иска, или спора in futurum? Правила нашего устава о доказательствахъ вообще нигдѣ и ничего не говорятъ о томъ, чтобы судъ въ правѣ былъ предпринимать какія-либо дѣйствія въ от-

ношеніи принятія доказательствъ въ видахъ возможности возникновенія процесса въ будущемъ; по соображеніи этихъ правилъ, мнѣ кажется, нельзя также предположить, чтобы они постановляли de eo quod plerumque fit, поэтому, уже въ силу этихъ однихъ, такъ сказать, отрицательныхъ данныхъ, слѣдуетъ предполагать, что по нашему уставу допросъ свидѣтелей для иска in futurum недопустимъ. Кромѣ того, въ пользу такого рѣшенія вопроса можно представить еще слѣдующія соображенія: во-первыхъ, въ силу 367 ст. судъ самъ не собираетъ доказательствъ, между тѣмъ, спросъ свидѣтелей для будущей тяжбы есть не что иное, какъ собираніе доказательствъ самимъ судомъ; во-вторыхъ, по духу состязательнаго процесса, принятіе того или другого доказательства судомъ можетъ послѣдовать не иначе, какъ въ порядкѣ состязательномъ, т.-е. по сообщеніи всѣхъ средствъ, представляемыхъ одной стороной сторонѣ противной и по выслушаніи возраженій этой послѣдней, между тѣмъ, какъ спросъ свидѣтелей для будущей тяжбы никакъ не можетъ послѣдовать въ порядкѣ состязательномъ, по той простой причинѣ, что пока нѣтъ иска, нѣтъ и противной стороны. Нѣкоторыя иностранныя законодательства, впрочемъ, допускаютъ допросъ свидѣтелей и для иска in futurum, какъ, напр., итальянскій кодексъ судопроизводства (ст. 251) и нѣкоторыя другія. Уставъ французскій, подобно нашему уставу, обходитъ этотъ вопросъ молчаніемъ и ничего не говоритъ о возможности допроса свидѣтелей для будущей тяжбы, хотя прежняя судебная практика во Франціи, до ордонанса 1667 года, которымъ подобный допросъ прямо воспрещенъ, и допускала допросъ свидѣтелей для иска in futurum, а въ нѣкоторыхъ случаяхъ допускаетъ даже и современная, основываясь какъ на отсутствіи въ уставѣ французскомъ воспрещенія въ этомъ отношеніи, такъ и на томъ, что въ code de procédure civile, замѣнившимъ особой ордонансъ 1667 года, воспрещеніе допрашивать свидѣтелей для будущей тяжбы не повторено. Примѣры изъ французской судебной практики по этому вопросу приведены у Бонье (Traité des preuves, изд. 4, т. 1, стр. 325). Конечно, нельзя не признать, что въ нѣкоторыхъ крайнихъ случаяхъ подобный допросъ свидѣтелей былъ бы необходимъ, но невыгодъ такой порядокъ представляетъ гораздо больше именно потому, что такой допросъ невозможенъ въ порядкѣ состязательномъ, вслѣдствіе чего, возможны такія злоупотребленія, что самыя показанія свидѣтелей, отобранныя безъ всякихъ процессуальныхъ гарантій, врядъ ли могутъ представить собой достаточно достовѣрное доказательство; поэтому, мнѣ кажется, и нечего жалѣть о томъ, что по нашему уставу допросъ свидѣтелей для иска in futurum невозможенъ.

Обращаясь къ разсмотрѣнію правила слѣдующей 377 ст., я не могу, прежде всего, не замѣтить, что правило это не только вообще редактировано весьма неудачно, такъ что трудно представить себѣ съ надлежащей ясностью самый характеръ постановленія, но что оно изложено даже грамматически неправильно. Несомнѣнно только одно, — что правило настоящей статьи есть исключеніе изъ общаго правила статьи предъидущей въ отношеніи времени допроса свидѣтелей; но когда именно допросъ свидѣтелей можетъ быть произведенъ въ силу правила этой статьи, то это еще вопросъ. Въ статьѣ сказано только: „дозволяется, по просьбѣ тяжущагося, допрашивать свидѣтелей и до предъявленія отзыва противной стороны“. Во-первыхъ, что слѣдуетъ разумѣть подъ выраженіемъ статьи „отзывъ“, о какой именно бумагѣ, какъ объ отзывѣ, можетъ быть рѣчь и говорится ли здѣсь о бумагѣ, поданной тяжущимся, просящимъ о допросѣ, или объ отвѣтѣ стороны противной? Хотя словомъ „отзывъ“ уставъ технически называетъ бумагу, подаваемую отвѣтчикомъ противъ заочнаго рѣшенія, но между юристами вообще принято называть отзывомъ бумагу, подаваемую какъ-бы въ отвѣтъ на просьбу противной стороны, и если бы предположить, что составители уставовъ руко-

водствовались хотя бы ходячей юридической терминологіей, то можно бы подумать, что въ статьѣ 377 идетъ рѣчь о бумагѣ, подаваемой въ отвѣтъ противной стороной на просьбу о допросѣ. Допустить, однако же, подобное предположеніе нельзя по многимъ соображеніямъ. Во-первыхъ, цѣль исключенія, выраженнаго въ правилѣ 377 ст., именно въ томъ заключается, чтобы въ извѣстныхъ случаяхъ допустить допросъ свидѣтелей возможно быстрѣе. При обыкновенномъ порядкѣ допроса, какъ мы видѣли, постановленіе опредѣленія о допросѣ можетъ послѣдовать немедленно по сообщеніи просьбы о допросѣ противной сторонѣ; если же бы допустить, что въ случаяхъ, указанныхъ въ этой статьѣ, допросъ свидѣтелей, которому во всякомъ случаѣ должно предшествовать опредѣленіе суда о допросѣ, можетъ послѣдовать и до подачи отзыва на просьбу о допросѣ, о подачѣ котораго во всякомъ случаѣ рѣчь можетъ идти только по сообщеніи просьбы, то понятно, что цѣль правила 377 ст., въ отношеніи быстроты допроса свидѣтелей, нисколько бы не достигалась, потому что и въ этомъ случаѣ, какъ при обыкновенномъ порядкѣ, допросъ свидѣтелей могъ бы послѣдовать не прежде, какъ по сообщеніи просьбы о допросѣ противной сторонѣ. Во-вторыхъ, если бы здѣсь шла рѣчь объ отзывѣ противной стороны, то въ статьѣ, вмѣсто выраженія: „противной стороны“, было бы непремѣнно сказано—до предъявленія отзыва противною стороною, потому что уставъ въ творительномъ падежѣ никогда не употребляетъ окончанія сокращеннаго, а также и потому, что въ такомъ случаѣ слова „противной стороны“ были бы непремѣнно согласованы въ падежѣ. Поэтому, остается признать, что подъ словомъ „отзывъ“ слѣдуетъ разумѣть не что иное, какъ просьбу самого тяжущагося о допросѣ свидѣтелей. При такомъ толкованіи допросъ свидѣтелей можетъ послѣдовать, конечно, также не иначе, какъ по судебному о томъ опредѣленію, но можетъ быть допущенъ немедленно по предъявленіи въ судъ просьбы о допросѣ, до сообщенія копіи бумаги противной сторонѣ, что значительно можетъ ускорить допросъ противъ обыкновеннаго порядка. Что только такое толкованіе правила 377 ст. въ отношеніи времени допроса свидѣтелей и можетъ быть допущено, то это, послѣ всего сказаннаго, кажется очевиднымъ, и если, затѣмъ, что еще можетъ подать поводъ къ нѣкоторому сомнѣнію, такъ это развѣ неправильность редакціи статьи, въ которой въ выраженіи — „до предъявленія отзыва противной стороны“, не согласованы слова „противной и стороны“; но это есть не болѣе какъ грамматическая неправильность, что именно и должно быть принято въ соображеніе и, вмѣстѣ съ тѣмъ, должно быть признано, что выраженіе это должно быть понимаемо въ смыслѣ выраженія — „до предъявленія отзыва противной сторонѣ“.

Опредѣливши, такимъ образомъ, время допроса свидѣтелей, согласно правилу 377 ст., я долженъ указать тѣ случаи, когда допросъ свидѣтелей допустимъ внѣ обыкновеннаго порядка. Случаевъ этихъ указано въ 377 ст. два: а) по просьбѣ стороны, въ случаѣ тяжкой болѣзни свидѣтеля и б) по просьбѣ самого свидѣтеля, когда ему необходимо отправиться въ другое мѣсто и онъ не можетъ возвратиться въ скоромъ времени въ городъ, гдѣ производится дѣло. Въ первомъ случаѣ обстоятельство, вызывающее болѣе ранній допросъ свидѣтеля, должно быть объяснено, конечно, самимъ тяжущимся въ просьбѣ о допросѣ свидѣтелей, съ указаніемъ, какіе именно свидѣтели по случаю тяжкой болѣзни должны быть допрошены немедленно. Это необходимо потому, что внѣ обыкновеннаго порядка могутъ быть допрошены только эти послѣднія лица, прочіе же свидѣтели, на которыхъ одновременно ссылается тяжущійся, должны быть допрошены по общему правилу не прежде, какъ по сообщеніи копіи прошенія о допросѣ свидѣтелей противной сторонѣ. Обстоятельство же, вызывающее примѣненіе правила 377 ст., т.-е. тяжкая болѣзнь свидѣтеля, должно быть, кажется, такъ или иначе удостовѣрено предъ

судомъ, напр. должно быть представлено или удостовѣреніе изъ больницы, если свидѣтель находится на излеченіи въ больницѣ, или свидѣтельство врача о болѣзни свидѣтеля, или даже въ крайнемъ случаѣ удостовѣреніе полиціи, если свидѣтель не прибѣгаетъ къ врачебной помощи и проч. Хотя о необходимости въ этомъ случаѣ удостовѣренія въ 377 ст. и ничего не говорится, но по духу состязательнаго процесса, въ которомъ всѣ заявленія тяжущихся—относятся ли они къ существу спора, или къ частнымъ вопросамъ, изъ дѣла возникающимъ,—должны быть подкрѣпляемы тѣми или другими доказательствами, необходимо заключить, что удостовѣреніе необходимо и въ отношеніи заявленія тяжущагося о болѣзни свидѣтеля, и оно необходимо тѣмъ болѣе, что въ правилѣ 377 ст. говорится не просто о болѣзни, а о тяжкой болѣзни свидѣтеля, изъ чего слѣдуетъ заключить, что для примѣненія правила этой статьи необходимо удостовѣрить судъ, что свидѣтель дѣйствительно тяжко боленъ, потому что только тяжкая болѣзнь свидѣтеля, когда, быть можетъ, жизнь свидѣтеля находится въ опасности, должна служить причиной къ возможно быстрому допросу его. Въ виду возможности скорой кончины свидѣтеля, кажется, и установлено исключеніе, выраженное въ правилѣ этой статьи для того, чтобы не лишить тяжущагося, иногда быть можетъ единственнаго доказательства—показанія этого свидѣтеля, черезъ замедленіе допросомъ его. Если же причины этой не существуетъ, когда свидѣтель боленъ временно и есть полная надежда на выздоровленіе его, то, конечно, не можетъ быть и никакой необходимости въ немедленномъ допросѣ его, и въ такомъ случаѣ слѣдуетъ произвести допросъ общимъ порядкомъ. Что касается второго случая, когда немедленный допросъ свидѣтелей допускается по просьбѣ самого свидѣтеля, то и въ этомъ случаѣ свидѣтель, подающій просьбу въ судъ о немедленномъ допросѣ его, долженъ не только выяснить суду тѣ причины, вслѣдствіе которыхъ ему необходимо отправиться въ другое мѣсто, и тѣ препятствія, вслѣдствіе которыхъ ему невозможно въ скоромъ времени прибыть въ тотъ городъ, гдѣ находится судъ, но и обязанъ также удостовѣрить судъ какими-либо доказательствами въ дѣйствительномъ существованіи этихъ обстоятельствъ. Это на томъ основаніи, что правило 377 ст., какъ исключеніе, должно и примѣняться только тогда, когда исключительныя обстоятельства, въ виду которыхъ оно постановлено, дѣйствительно существуютъ, и примѣняться оно должно тѣмъ осмотрительнѣе, что немедленный допросъ свидѣтелей во всякомъ случаѣ представляетъ менѣе гарантій въ правильности и достовѣрности показаній, потому что такой допросъ по необходимости будетъ производимъ въ отсутствіе стороны противной, которая, безъ сообщенія ей копіи прошенія о допросѣ, не можетъ быть увѣдомлена и о времени производства допроса. Какъ просьба тяжущагося, такъ и просьба свидѣтеля о немедленномъ допросѣ могутъ быть удовлетворены не иначе, какъ по разсмотрѣніи просьбы въ судебномъ засѣданіи и постановленіи о томъ частнаго опредѣленія. Кромѣ того, по поводу послѣдняго случая допроса по просьбѣ самого свидѣтеля, я не могу не замѣтить, что нѣкоторая неточность редакціи правила 377 ст. можетъ подать поводъ предполагать, что просить о немедленномъ допросѣ могутъ только свидѣтели, живущіе въ томъ городѣ, гдѣ находится судъ и поводъ къ такому предположенію можетъ подать слово „возвратиться“, такъ какъ возвратиться въ какое-либо мѣсто можетъ только пребывавшій или жившій тамъ прежде. Но, такъ какъ, странно было бы предполагать, что уставъ имѣлъ въ виду, безъ всякаго основанія, предоставить льготу только свидѣтелямъ, живущимъ въ томъ городѣ, гдѣ находится судъ, то скорѣе слѣдуетъ признать, что слово „возвратиться“ употреблено составителями уставовъ по ошибкѣ, вмѣсто слова „прибыть“.

Выше мной было замѣчено, что и самый характеръ постановленія, выраженнаго въ 377 ст., представляется неяснымъ. Статья эта начинается

словомъ „дозволяется“ и проч. Дозволеніе это, конечно, относится къ суду, т.-е. суду „дозволяется допрашивать“ и проч. Выраженіе „дозволяется“, а не предписывается, указываетъ какъ-бы на факультативный характеръ правила; но если бы признать за правиломъ 377 ст. только характеръ факультативный, или признать, что судъ только въ правѣ немедленно допросить свидѣтелей въ случаяхъ, въ этой статьѣ указанныхъ, но не обязанъ къ тому, то къ чему бы послужило это правило, если бы примѣненіе его зависѣло вполнѣ отъ произвола суда. Вызвано оно мотивами настолько серьёзными, что врядъ ли возможно предположить, чтобы законъ считалъ возможнымъ поставить примѣненіе его исключительно въ зависимость отъ усмотрѣнія суда. Поэтому, мнѣ кажется, что судъ, если только найдетъ поводы къ немедленному допросу свидѣтелей заслуживающими уваженія, обязанъ непремѣнно распорядиться о немедленномъ допросѣ. Судъ въ правѣ только, по своему усмотрѣнію, признать самые поводы къ немедленному допросу, выставляемые самимъ тяжущимся, или свидѣтелями, заслуживающими уваженія или нѣтъ, и мнѣ кажется, что слово „дозволяется“ относится именно къ этому предмету, и если слово это даетъ поводъ предполагать факультативный характеръ за правиломъ 377 ст., то только потому, что составители уставовъ упустили изъ виду включить въ текстъ статьи послѣ слова „дозволяется“, слова — „если судъ найдетъ поводы къ немедленному допросу заслуживающими уваженія“ и проч. Но, повторяю, что по самой цѣли, съ которой включено въ уставъ правило этой статьи, трудно предполагать, чтобы составители уставовъ желали дать ему значеніе правила характера факультативнаго, а не императивнаго, и въ виду этихъ соображеній я полагаю, что за правиломъ 377 ст. долженъ быть признаваемъ безусловно характеръ императивный. Да и странной, наконецъ, представлялась бы роль самого суда, если бы судъ, признавая необходимымъ немедленный допросъ свидѣтелей, въ то же время отказывалъ бы въ просьбѣ о допросѣ. Въ отношеніи же времени допроса замѣчу еще, что по статьѣ 377 можетъ быть опредѣлено время допроса свидѣтелей въ томъ случаѣ, когда ходатайство о допросѣ заявлено въ отдѣльномъ прошеніи; если же ходатайство о немедленномъ допросѣ заявляется въ исковомъ прошеніи, то, примѣняясь къ правилу настоящей статьи, слѣдуетъ признать, что допросъ въ этомъ случаѣ можетъ быть допущенъ также немедленно, до сообщенія копіи прошенія отвѣтчику и не выжидая назначаемаго ему на явку срока.

Наконецъ, что касается правила 378 ст., то оно представляетъ собой, какъ я уже сказалъ, исключеніе изъ общаго правила 375 ст., въ отношеніи времени предъявленія отводовъ. Слова же статьи: „распоряженіе сего рода не стѣсняетъ судъ“ и проч., въ связи съ постановленіемъ 377 ст., должны быть понимаемы въ томъ смыслѣ, что распоряженіе суда о немедленномъ допросѣ свидѣтелей въ случаяхъ, указанныхъ въ этой статьѣ, не препятствуетъ къ принятію тѣхъ отводовъ, которые могутъ быть заявлены противной стороной впослѣдствіи, т.-е. послѣ допроса. Принятіе въ этомъ случаѣ отводовъ послѣ допроса вполнѣ оправдывается необходимостью, потому что въ противномъ случаѣ сторона, неувѣдомленная о допросѣ и неприсутствовавшая при немъ, была бы лишена той гарантіи въ отношеніи достовѣрности свидѣтельскихъ показаній, какую представляютъ отводы. Само же правило 378 ст., допуская предъявленіе отводовъ и послѣ допроса свидѣтелей, не устанавливаетъ, затѣмъ, никакихъ другихъ сроковъ для предъявленія отводовъ послѣ допроса, изъ чего слѣдуетъ, кажется, заключить, что отводы въ этомъ случаѣ могутъ быть предъявляемы во всякомъ положеніи дѣла, вплоть до рѣшенія. Не указаны также въ 378 ст. и послѣдствія принятія судомъ отводовъ, заявленныхъ послѣ допроса свидѣтелей; но въ силу того, что вообще послѣдствія принятія отводовъ заключаются именно въ устраненіи от-

веденнаго свидѣтеля отъ допроса, слѣдуетъ заключить, что и въ настоящемъ случаѣ послѣдствіе принятія отвода должно состоять въ исключеніи изъ числа доказательствъ показаній отведеннаго свидѣтеля, которыя, затѣмъ, и не должны быть прочитываемы въ засѣданіи суда при докладѣ дѣла. Что же касается послѣдствій нарушенія правилъ устава о порядкѣ представленія и принятія судомъ доказательства посредствомъ показаній свидѣтелей, то я полагаю, что на томъ основаніи, что правила эти установлены преимущественно въ интересѣ частномъ, то и послѣдствія нарушенія должны быть тѣ же самыя, какъ и послѣдствія нарушенія правилъ категоріи предъидущей.

Къ третьей категоріи правилъ о вызовѣ свидѣтелей относятся слѣдующія статьи:

Ст. 379. Свидѣтель, коего не обяжется поставить самъ тяжущійся, вызывается повѣсткою съ означеніемъ въ ней:

1) званія, имени и фамиліи или прозвища тяжущихся;
2) предмета дѣла;
3) мѣста, дня и часа допроса;
4) опредѣляемыхъ закономъ наказаній за неявку свидѣтеля.

Вызовъ свидѣтелей повѣсткой по распоряженію суда, въ силу правила настоящей статьи, производится только въ томъ случаѣ, если самъ тяжущійся, просящій о вызовѣ, не обяжется поставить свидѣтеля. Такъ какъ правило настоящей статьи требуетъ, чтобы обязательство поставить свидѣтеля было выражено тяжущимся положительно, то, вслѣдствіе этого, оно никогда не можетъ быть предполагаемо, и коль скоро въ просьбѣ тяжущагося о вызовѣ свидѣтелей ничего не сказано объ обязательствѣ поставить свидѣтеля, то и слѣдуетъ предполагать, что тяжущійся обязательства этого на себя не принимаетъ, и, потому, судъ, въ такомъ случаѣ, долженъ распорядиться о вызовѣ свидѣтелей повѣстками. Слѣдуетъ, кажется, также признать, что судъ обязанъ сдѣлать распоряженіе о вызовѣ свидѣтелей повѣстками даже и въ томъ случаѣ, если бы тяжущійся первоначально и обязался самъ поставить свидѣтеля, но, затѣмъ, заявилъ суду о невозможности выполнить это, хотя бы, напр., вслѣдствіе отказа свидѣтеля явиться въ судъ добровольно, и просилъ судъ послать свидѣтелямъ повѣстки. Если бы случилось, что нѣкоторые свидѣтели были отведены до вызова ихъ, или, вслѣдствіе объясненій сторонъ, устранены самимъ судомъ отъ допроса, то понятно, что этимъ свидѣтелямъ нѣтъ надобности дѣлать вызова и, въ такомъ случаѣ, повѣстки должны быть посланы только остальнымъ неустраненнымъ и неотведеннымъ свидѣтелямъ. Въ отношеніи самаго содержанія повѣстки я долженъ сказать, что хотя правило разбираемой статьи и не представляетъ въ отношеніи содержанія ея особенныхъ недоразумѣній, но что, тѣмъ не менѣе, принадлежности повѣстки перечислены въ немъ неполно; такъ, напр., въ немъ не указано главное, что̀ въ повѣсткѣ должно быть обозначено: имя, званіе и фамилія самого свидѣтеля, вызываемаго повѣсткой. Далѣе, въ 379 ст. точно также, какъ въ правилахъ устава о повѣсткахъ, посылаемыхъ тяжущимся, ничего не сказано о томъ, кѣмъ должна быть составлена и подписана повѣстка свидѣтелю, а равно не указаны и послѣдствія упущеній въ отношеніи правильнаго составленія повѣстокъ; но, мнѣ кажется, что соображенія, высказанныя мной въ этомъ отношеніи выше, должны быть примѣняемы и въ настоящемъ случаѣ. Что же касается способовъ врученія повѣстокъ свидѣтелямъ, то нѣтъ сомнѣнія, что онѣ должны быть вручаемы черезъ судебныхъ приставовъ и другихъ лицъ, на основаніи общихъ правилъ о врученіи повѣстокъ, разсмотрѣнныхъ мной въ первой главѣ настоящаго отдѣла; а составляемы также должны быть въ двухъ экземплярахъ. Впрочемъ, въ отношеніи порядка вы-

зова свидѣтелей сдѣланы нѣкоторыя исключенія изъ общихъ правилъ, которыя и выражены въ слѣдующихъ статьяхъ.

Ст. 380. Свидѣтели изъ нижнихъ воинскихъ чиновъ, состоящихъ на дѣйствительной службѣ, вызываются черезъ ихъ ближайшее начальство. Офицеры вызываются непосредственно черезъ повѣстки, но вызовъ ихъ къ суду не освобождаетъ ихъ отъ обязанностей службы, если они не получили увольненія отъ своего начальства. По удостовѣренію военнаго начальства о невозможности для вызываемаго свидѣтеля изъ воинскихъ чиновъ, по военнымъ обстоятельствамъ, явиться лично къ суду, вызываемый допрашивается въ мѣстѣ его служенія.

Ст. 380[1]. Свидѣтели изъ служащихъ при желѣзныхъ дорогахъ, должности которыхъ означены въ особомъ росписаніи, составленномъ по взаимному соглашенію Министровъ Путей Сообщенія и Юстиціи и Главнаго Управляющаго Кодификаціоннымъ Отдѣломъ при Государственномъ Совѣтѣ, вызываются повѣстками, которыя доставляются къ ближайшему ихъ мѣстному начальству, не позже какъ за *семь дней* до назначеннаго въ повѣсткѣ дня явки.

Ст. 381. Свидѣтели изъ Священно-служителей и монашествующихъ, не явившіеся по первой повѣсткѣ, вызываются черезъ ихъ ближайшее начальство.

Изъ этой послѣдней статьи по аргументу a contrario само собой вытекаетъ то положеніе, что лица, въ ней указанныя, въ первый разъ вызываются повѣстками непосредственно. Если же и включено въ 381 ст. постановленіе о вызовѣ указанныхъ въ ней лицъ, въ случаѣ неявки ихъ по первому непосредственному вызову, черезъ ихъ ближайшее начальство, то въ этомъ постановленіи слѣдуетъ видѣть не что иное, какъ развѣ только понудительную мѣру къ явкѣ этихъ лицъ для допроса. Страннымъ при этомъ кажется только одно, почему законъ считалъ необходимымъ принять такую мѣру въ отношеніи священно-служителей и монашествующихъ, но не другихъ лицъ, принадлежащихъ къ духовному вѣдомству. Въ силу же того соображенія, что правило 381 ст. есть только исключеніе изъ общаго правила, слѣдуетъ признать, что правило въ ней заключающееся не должно быть распространяемо на другихъ лицъ духовнаго вѣдомства, напр., на церковнослужителей и пр. Впрочемъ, независимо отъ этого по поводу правила этой статьи возникаетъ вопросъ о томъ—относится ли оно только до вызова лицъ духовныхъ православнаго вѣроисповѣданія, или же и духовныхъ лицъ другихъ вѣроисповѣданій? На томъ основаніи, что правило 381 ст. не дѣлаетъ никакого различія между лицами духовными, въ отношеніи принадлежности ихъ къ какому-либо вѣроисповѣданію, слѣдуетъ признать, что правило о вызовѣ ихъ черезъ ближайшее начальство должно относиться какъ къ вызову лицъ духовныхъ православнаго вѣроисповѣданія, такъ и другихъ христіанскихъ вѣроисповѣданій, признающихъ монашество, а, затѣмъ, къ вызову лицъ духовныхъ прочихъ вѣроисповѣданій правило 381 ст., конечно, не должно имѣть никакого примѣненія. Вызовъ же черезъ ближайшее начальство долженъ состоять въ томъ, что повѣстки лицамъ, указаннымъ въ 381 ст., въ случаѣ вторичнаго ихъ вызова, должны быть отосланы не непосредственно вызываемымъ, а ихъ непосредственному начальству, напр., благочинному, въ случаѣ вызова священно-служителя, или, напр., настоятелю монастыря, въ случаѣ вызова монаха, съ объясненіемъ, что лица вызываемыя не явились по первому вызову. Кромѣ того, относительно вызова въ судъ въ качествѣ свидѣтелей священно-служителей и монашествующихъ православнаго исповѣданія, сенатъ въ особыхъ циркулярныхъ указахъ судебнымъ мѣстамъ 1878 года, №№ 52 и 252, руководствуясь постановленіями устава духовн. консист., объяснилъ: во-первыхъ, что вообще лица духовныя и монашествующія не должны быть вызываемы въ судъ въ тѣ дни, когда они по своему званію обязаны исполнять церковное богослуженіе, а также въ первую и послѣднюю недѣлю великаго поста; во-вторыхъ, что въ случаяхъ неявки ихъ въ судъ, вслѣдствіе необходимости исполненія духовныхъ требъ въ день,

назначенный имъ для явки, неявка ихъ должна быть признаваема законной, и, въ третьихъ, что въ случаяхъ необходимости вызова въ судъ всего церковнаго причта, или всей монашествующей братіи, повѣстки о вызовѣ должны быть посылаемы настолько заблаговременно до дня явки, чтобы епархіальное начальство имѣло возможность поручить наблюденія за монастыремъ, или церковью другимъ лицамъ.

Правило 380 ст. касается, собственно говоря, не одного, а двухъ совершенно различныхъ предметовъ: а) порядка вызова въ качествѣ свидѣтелей лицъ, состоящихъ на дѣйствительной военной службѣ и б) обстоятельствъ, вызывающихъ необходимость допроса въ качествѣ свидѣтелей военно-служащихъ на мѣстѣ. Что касается прежде порядка вызова военно-служащихъ, то дѣйствительное исключеніе въ правилѣ 380 ст. сдѣлано только въ отношеніи вызова нижнихъ воинскихъ чиновъ и, притомъ, состоящихъ на дѣйствительной службѣ, а не находящихся, напр., въ отпуску и проч. Исключеніе это заключается въ томъ, что слѣдуемыя нижнимъ воинскимъ чинамъ повѣстки должны быть посылаемы имъ не непосредственно, но черезъ ихъ ближайшее начальство, т.-е., что слѣдуемыя имъ повѣстки должны быть доставляемы судебнымъ приставомъ не имъ непосредственно, но должны быть вручаемы офицерамъ, составляющимъ ихъ ближайшее начальство. Въ отношеніи же вызова офицеровъ, состоящихъ на дѣйствительной службѣ, никакого исключенія въ правилѣ этой статьи видѣть нельзя, такъ какъ офицеры вызываются обыкновеннымъ порядкомъ черезъ повѣстки, непосредственно имъ вручаемыя. Что же касается затѣмъ прибавки: „но вызовъ ихъ къ суду не освобождаетъ ихъ отъ обязанностей службы, если они не получили увольненія отъ своего начальства“, то мѣсто подобному постановленію скорѣе въ законахъ военныхъ, но никакъ не въ уставѣ гражданскаго судопроизводства, такъ какъ, оно собственно въ отношеніи вызова на судъ никакого значенія не имѣетъ, и для суда совершенно безразлично,—освобождаетъ ли явка военно-служащаго свидѣтеля на судъ отъ обязанностей службы или нѣтъ, такъ какъ это обстоятельство, въ отношеніи обязанности явки на судъ въ качествѣ свидѣтеля, никакого значенія не имѣетъ и оправданіемъ неявки служить не можетъ. Другой случай исключенія, когда повѣстки также должны быть доставляемы не непосредственно вызываемымъ въ судъ свидѣтелямъ, но должны быть вручаемы судебнымъ приставомъ ихъ ближайшему мѣстному начальству, указанъ въ правилѣ второй изъ приведенныхъ статей, по которой, въ случаяхъ вызова въ качествѣ свидѣтелей лицъ, служащихъ при желѣзныхъ дорогахъ и перечисленныхъ въ особомъ росписаніи, въ этой статьѣ указанномъ, повѣстки о вызовѣ должны быть доставляемы мѣстному ближайшему начальству вызываемыхъ. Въ этихъ случаяхъ, кромѣ того, повѣстки должны быть сообщаемы начальству вызываемыхъ непремѣнно не позднѣе, какъ за семь дней до срока, указаннаго въ повѣсткѣ для явки въ судъ. Послѣдствія поздняго сообщенія повѣстокъ въ этихъ случаяхъ въ правилѣ разбираемой статьи, однако же, не указаны. Возникающій, въ виду этого пробѣла правила разбираемой статьи, вопросъ о послѣдствіяхъ врученія повѣстокъ начальству вызываемыхъ послѣ срока, указаннаго въ этой статьѣ, долженъ быть разрѣшенъ, кажется, примѣнительно къ правилу 388 ст. уст. угол. суд., по которому позднее врученіе повѣстокъ должно вообще служить одной изъ причинъ оправданія неявки, не иначе, какъ въ томъ смыслѣ, что и въ занимающемъ насъ случаѣ послѣдствіемъ врученія повѣстокъ послѣ срока, указаннаго въ правилѣ разбираемой статьи, должно быть, въ случаѣ неявки въ судъ свидѣтелей по этой причинѣ, признаніе со стороны суда ихъ неявки законной. На основаніи правила, заключающагося во второй половинѣ 380 ст., слѣдуетъ заключить, что причиной, могущей вызвать необходимость допроса вообще всѣхъ лицъ, состоящихъ на дѣйствительной военной службѣ,

какъ нижнихъ воинскихъ чиновъ, такъ и офицеровъ на мѣстѣ, должны считаться только военныя обстоятельства, или такія обстоятельства, которыя могутъ послѣдовать во время войны и, притомъ, когда они такого свойства, что военное начальство удостовѣряетъ, что они должны служить дѣйствительнымъ препятствіемъ къ отлучкѣ вызываемаго лица для явки въ судъ. Внѣ же этихъ обстоятельствъ явка на судъ для допроса, конечно, такъ же обязательна и для лицъ военныхъ, состоящихъ на дѣйствительной службѣ, какъ и для всѣхъ прочихъ гражданъ. Допросъ свидѣтелей на мѣстѣ въ случаѣ, указанномъ въ 380 ст., оправдывается, конечно, крайней необходимостью и исключительностью обстоятельствъ; но, кромѣ этого случая, нашъ уставъ указываетъ и другіе, когда свидѣтелю, по его желанію, предоставляется право быть допрошеннымъ на мѣстѣ. Нѣкоторые изъ этихъ случаевъ указаны, между прочимъ, въ слѣдующей статьѣ, а другіе въ 4-мъ пунктѣ 386 ст.

Ст. 382. Свидѣтели, живущіе на разстояніи далѣе двадцати-пяти верстъ отъ города, гдѣ находится судъ, могутъ просить о допросѣ ихъ въ мѣстѣ ихъ жительства. Допросъ сей производится по предварительномъ объявленіи о томъ тяжущимся и въ присутствіи ихъ, если они явятся къ назначенному сроку.

Хотя явка на судъ въ качествѣ свидѣтеля составляетъ, какъ мы видѣли, общегражданскую обязанность всѣхъ и каждаго, и, притомъ, обязанность, распространяющуюся безразлично, какъ на русскихъ подданныхъ, такъ и на иностранцевъ, но уставъ, возлагая такую обязанность, счелъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, необходимымъ, по возможности, и облегчить ее въ извѣстныхъ случаяхъ, принявъ при этомъ во вниманіе большую или меньшую степень трудности личной явки въ судъ. Льгота въ отношеніи личной явки въ судъ въ качествѣ свидѣтеля, указанная въ 382 ст., предоставляется безразлично всѣмъ; воспользоваться же или не воспользоваться этой льготой предоставляется усмотрѣнію лица, вызываемаго въ судъ. „Свидѣтели“, сказано въ 382 ст., „живущіе на разстояніи далѣе двадцати-пяти верстъ отъ города, гдѣ находится судъ, могутъ просить о допросѣ ихъ въ мѣстѣ ихъ жительства“. Въ отношеніи занимающаго насъ предмета о льготахъ или случаяхъ освобожденія отъ личной явки въ судъ въ качествѣ свидѣтеля, имѣетъ значеніе только цитированное мѣсто этой статьи; вторая же половина статьи относится уже къ порядку допроса свидѣтелей и потому подлежитъ разсмотрѣнію въ другомъ мѣстѣ. По поводу же правила, выраженнаго въ первой половинѣ статьи, я долженъ сказать нѣсколько словъ о томъ — когда и какимъ образомъ свидѣтель, желающій воспользоваться льготой по разстоянію, долженъ заявить свою просьбу суду о допросѣ его въ мѣстѣ жительства. Въ силу того, что уставъ освобождаетъ по дальности разстоянія отъ личной явки въ судъ свидѣтелей не безусловно, а только вслѣдствіе просьбы ихъ о томъ, слѣдуетъ предположить, что первоначально вызовъ всѣмъ свидѣтелямъ долженъ быть посылаемъ обыкновеннымъ порядкомъ, несмотря ни на какое разстояніе мѣстожительства свидѣтелей отъ того города, гдѣ находится судъ, даже еслибы свидѣтели жили въ округѣ другого суда, если только просьба о допросѣ на мѣстѣ не поступила въ судъ прежде посылки повѣстки. Но, затѣмъ: въ какой срокъ послѣ полученія повѣстки свидѣтель долженъ заявить суду просьбу о допросѣ его на мѣстѣ? Мнѣ кажется, что такимъ крайнимъ моментомъ, далѣе котораго самое предъявленіе просьбы не имѣло бы смысла, слѣдуетъ считать день, назначенный на явку въ судъ для допроса.

Относительно порядка предъявленія просьбы о допросѣ на мѣстѣ въ 382 ст. ничего не говорится. На томъ же основаніи, что просьба свидѣтелей о допросѣ на мѣстѣ во всякомъ случаѣ должна быть разрѣшаема не предсѣдателемъ суда, хотя бы она была заявлена и предсѣдателю, а не иначе,

какъ судебнымъ опредѣленіемъ, постановленнымъ въ публичномъ засѣданіи, потому что при удостовѣреніи просьбы могутъ потребоваться такія распоряженія, которыя никакъ не могутъ быть предприняты единоличной властью предсѣдателя, а должны исходить отъ цѣлаго присутствія суда, какъ, напр., назначеніе члена суда для производства допроса, въ силу правила 386 ст.; а также и потому, что самое сужденіе о степени уважительности просьбы свидѣтеля уставомъ нигдѣ не предоставляется единоличной власти предсѣдателя, слѣдуетъ признать, что просьба свидѣтеля о допросѣ на мѣстѣ должна быть предъявлена суду, а разрѣшена судомъ въ публичномъ засѣданіи даже и въ томъ случаѣ, еслибы просьба была подана предсѣдателю суда. Во-вторыхъ, просьба о допросѣ на мѣстѣ, въ силу того, что она должна быть внесена на разсмотрѣніе въ засѣданіе, должна быть, кажется, непремѣнно письменная, но не словесная; и, кромѣ того, при просьбѣ должно быть приложено удостовѣреніе о разстояніи, если просьба о допросѣ на мѣстѣ заявляется на основаніи правила 382 ст. Неподача вообще свидѣтелемъ просьбы о допросѣ на мѣстѣ до дня, назначеннаго на явку, должна, кажется, быть признаваема обстоятельствомъ, указывающимъ на нежеланіе свидѣтеля воспользоваться предоставленной ему закономъ льготой, въ отношеніи явки въ судъ. На этомъ основаніи казалось слѣдовало бы полагать, что послѣдствіемъ неподачи прошенія о допросѣ на мѣстѣ и, несмотря на это, неявки затѣмъ въ судъ свидѣтеля къ допросу, должно быть признаніе судомъ неявки свидѣтеля незаконной; но сопоставленіе правила настоящей статьи съ правиломъ слѣдующей 383 ст. приводитъ въ этомъ отношеніи къ весьма страннымъ результатамъ, на которые я и обращу вниманіе при разсмотрѣніи правила этой послѣдней статьи. Здѣсь же, я считаю нелишнимъ сказать еще по поводу просьбъ свидѣтелей о допросѣ на мѣстѣ, что просьбы эти не должны подлежать оплатѣ гербовыми пошлинами, а могутъ быть писаны и на простой бумагѣ, подобно тому, какъ и просьбы свидѣтелей объ отказѣ отъ свидѣтельства и по основаніямъ, указаннымъ мной при разсмотрѣніи правила 370 ст. Наконецъ, по поводу правила 382 ст. замѣчу еще, что въ силу этого правила могутъ отказываться отъ личной явки въ судъ свидѣтели не только тогда, когда они вызываются изъ мѣста ихъ постояннаго жительства, но и когда они вызываются изъ мѣста временнаго пребыванія, потому что основаніе льготы—дальность разстоянія—въ обоихъ случаяхъ одинаково существуетъ, и, потому, нѣтъ основанія не распространять льготы и на лицъ, вызываемыхъ изъ мѣста временнаго пребыванія ихъ. Во-вторыхъ, пользоваться льготой относительно допроса на мѣстѣ правило, выраженное въ 4-мъ пунктѣ 386 ст., предоставляетъ еще должностнымъ лицамъ, указаннымъ въ 88 ст. Лица эти, въ случаѣ желанія ихъ воспользоваться этой льготой, обязываются правиломъ этой статьи заявлять просьбу о допросѣ ихъ на мѣстѣ, т.-е. въ мѣстѣ ихъ жительства или пребыванія предсѣдателю суда не позже трехъ дней со времени полученія ими повѣстокъ о вызовѣ въ судъ. Правило это редактировано такимъ образомъ, что изъ него съ очевидной ясностью вытекаетъ то заключеніе, что лица, указанныя въ 88 ст., сперва должны быть вызываемы въ судъ въ качествѣ свидѣтелей обыкновеннымъ порядкомъ, вслѣдствіе того, что допросъ въ мѣстѣ ихъ жительства долженъ быть назначаемъ судомъ только по ихъ просьбѣ. Далѣе, изъ этого постановленія не можетъ не быть выведено въ свою очередь и то заключеніе, что въ случаяхъ незаявленія этими лицами просьбы о допросѣ ихъ на мѣстѣ и неявки ихъ, затѣмъ, въ судъ, или къ члену суда для допроса, неявка ихъ должна быть признаваема незаконной. Хотя просьбы о допросѣ на мѣстѣ должны быть заявляемы предсѣдателю суда, но, несмотря на это, слѣдуетъ признать, что разрѣшаемы онѣ подобно тому, какъ и вообще просьбы свидѣтелей о допросѣ на мѣстѣ, не предсѣдателемъ суда, но судомъ, вслѣдствіе того, что, въ силу

386 ст., поручить допросъ свидѣтелей одному изъ членовъ суда можетъ не предсѣдатель суда, но только судъ. Кромѣ того, относительно допустимости просьбъ о допросѣ на мѣстѣ отъ лицъ, указанныхъ въ 88 ст., слѣдуетъ признать, что отъ этихъ лицъ просьбы о допросѣ на мѣстѣ должны считаться допустимыми не только совершенно независимо отъ дальности разстоянія ихъ мѣстожительства отъ суда, но даже и тогда, когда они имѣютъ мѣстожительство въ самомъ томъ городѣ, гдѣ находится судъ. Допустимыми эти просьбы должны считаться, однако же, исключительно только отъ лицъ, указанныхъ въ 88 ст., но никакъ не отъ другихъ лицъ, состоящихъ на службѣ по различнымъ вѣдомствамъ, каковыя лица, по совершенно справедливому указанію сената (рѣш. общ. собр. 1-го и кассац. департ. 1873 года, № 96), напротивъ, должны быть всегда вызываемы въ качествѣ свидѣтелей въ общемъ порядкѣ, указанномъ въ уставѣ для вызова свидѣтелей. Наконецъ, относительно подачи свидѣтелями вообще просьбъ о допросѣ ихъ на мѣстѣ замѣчу еще, что ни въ какомъ случаѣ не только нѣтъ надобности требовать личной ихъ явки въ судъ для заявленія просьбъ, но что, напротивъ, должно считаться вполнѣ допустимымъ и заявленіе этихъ просьбъ по почтѣ.

Вслѣдствіе того, что обязанность являться на судъ въ качествѣ свидѣтеля представляется довольно тяжелой, уставъ считалъ необходимымъ установить не только нѣкоторыя льготы въ этомъ отношеніи, но счелъ также необходимымъ оградить свидѣтелей, являющихся въ судъ, отъ тѣхъ потерь, которыя неминуемо долженъ имѣть каждый изъ нихъ, вслѣдстіе отвлеченія отъ занятій и отъ тѣхъ расходовъ, которые необходимы на путевыя издержки для поѣздки въ городъ, гдѣ находится судъ, опредѣленіемъ свидѣтелямъ извѣстнаго вознагражденія, и для этого въ слѣдующихъ статьяхъ преподалъ порядокъ заявленія свидѣтелями просьбъ о вознагражденіи и порядокъ разрѣшенія ихъ.

Ст. 407. Свидѣтель, желающій получить вознагражденіе за отвлеченіе его отъ занятій и за путевыя издержки, долженъ объявить о семъ не позже дня допроса.

Ст. 408. Предсѣдатель суда, или лицо, производившее допросъ, опредѣляетъ слѣдующее свидѣтелю количество вознагражденія, которое по просьбѣ того свидѣтеля немедленно взыскивается съ тяжущагося, просившаго о вызовѣ его. Жалобы свидѣтелей на недостаточность опредѣленнаго вознагражденія не допускаются.

Не можетъ быть, кажется, никакого сомнѣнія въ томъ, что въ силу правила 407 ст. просить о вознагражденіи въ правѣ только явившійся свидѣтель. Просьба о вознагражденіи можетъ быть заявлена, конечно, какъ письменно, такъ и словесно въ самомъ засѣданіи; по крайней мѣрѣ, правило этой статьи не требуетъ непремѣнно подачи въ этомъ случаѣ письменнаго заявленія о вознагражденіи. Срокъ подачи заявленія опредѣленъ въ 407 ст. довольно точно: именно крайнимъ срокомъ подачи заявленія, въ силу правила этой статьи, долженъ считаться день допроса свидѣтеля, такъ что просьба о вознагражденіи, заявленная въ этотъ день, должна быть признана заявленной своевременно, и, притомъ, безразлично—будетъ ли сдѣлано заявленіе до или послѣ допроса. Хотя, далѣе, въ этой статьѣ и ничего не говорится о послѣдствіяхъ незаявленія о вознагражденіи въ указанный срокъ, но мнѣ кажется, что вслѣдствіе одного уже того обстоятельства, что срокъ назначенъ, послѣдствіемъ непредъявленія заявленія въ срокъ должна быть именно въ этомъ случаѣ—потеря права на вознагражденіе. Въ уставѣ уголовнаго судопроизводства имѣется, по крайней мѣрѣ, прямое постановленіе, которое разрѣшаетъ вопросъ о послѣдствіяхъ незаявленія въ срокъ о вознагражденіи именно въ только что указанномъ смыслѣ (986 и 987 ст.). Въ отношеніи же самаго права на вознагражденіе 407 ст. не дѣлаетъ никакого различія между свидѣтелями, явившимися въ судъ по вызову и свидѣтелями, приведенными

самими тяжущимися, а также между свидѣтелями спрошенными и неспрошенными на судѣ, изъ чего слѣдуетъ заключить, что какъ тѣ, такъ и другіе свидѣтели должны имѣть одинаковое право на вознагражденіе. Впрочемъ, положеніе это относительно права на вознагражденіе свидѣтелей, приведенныхъ въ судъ самими тяжущимися, какъ нельзя лучше подкрѣпляется и тѣми мотивами, на которыхъ основано правило этой статьи и изъ которыхъ видно, что составители уставовъ сперва именно предполагали лишить свидѣтелей, приводимыхъ самими тяжущимися, права на какое-либо вознагражденіе, но что, затѣмъ, по многимъ соображеніямъ, предположеніе это не внесено въ уставъ, именно въ видахъ необходимости назначенія вознагражденія тѣмъ и другимъ свидѣтелямъ одинаково (изд. 2 госуд. канц., стр. 218).

На основаніи правила 408 ст. вознагражденіе свидѣтелю опредѣляется не судомъ, а единоличной властью предсѣдателя или лица, производившаго допросъ, т.-е. члена, производившаго допросъ по назначенію суда. Самое же количество вознагражденія опредѣляется по правилу 861 ст., а взыскивается по просьбѣ свидѣтеля немедленно съ тяжущагося, просившаго о вызовѣ его. Это послѣднее выраженіе статьи не совсѣмъ точно: скорѣе слѣдовало бы сказать, что вознагражденіе взыскивается съ тяжущагося, сдѣлавшаго ссылку на свидѣтеля, потому что, какъ мы только что сейчасъ видѣли, вознагражденіе должно быть опредѣляемо, какъ свидѣтелямъ, вызваннымъ въ судъ повѣстками, такъ и свидѣтелямъ, приведеннымъ самими тяжущимися, о вызовѣ которыхъ тяжущіеся слѣдовательно и не имѣли надобности просить. Если свидѣтели явились въ судъ по ссылкѣ на нихъ нѣсколькихъ тяжущихся совмѣстно, то понятно, что вознагражденіе должно быть взыскано поровну со всѣхъ тяжущихся, сдѣлавшихъ общую ссылку. Если же тяжущійся, сдѣлавшій ссылку на свидѣтеля, пользуется правомъ бѣдности, то вознагражденіе свидѣтелю, на основаніи правила 887 ст., уплачивается изъ казны. Вознагражденіе, какъ сказано въ правилѣ 408 ст., по просьбѣ свидѣтеля взыскивается немедленно. Что значитъ: по просьбѣ свидѣтеля, т.-е. обязанъ ли свидѣтель заявить сперва просьбу о назначеніи вознагражденія, на основаніи правила 407 ст., а, затѣмъ, заявить просьбу о взысканіи вознагражденія, на основаніи правила 408 ст.? Мнѣ кажется, въ такой двойной просьбѣ, почти въ одно и то же время, нѣтъ никакой надобности, потому что совершенно естественно предполагать, что свидѣтель, просящій о назначеніи вознагражденія, желаетъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, чтобы оно было дѣйствительно взыскано, въ противномъ случаѣ свидѣтель, конечно, не преминулъ бы, по назначеніи ему вознагражденія, отказаться отъ взысканія его. Поэтому, мнѣ кажется, для взысканія вознагражденія совершенно достаточнымъ одно заявленіе свидѣтеля о назначеніи вознагражденія, которое, затѣмъ, по смыслу правила 408 ст., и должно быть взыскано немедленно по распоряженію о томъ самого суда, какъ это указалъ и сенатъ (рѣш. общ. собр. 1875 года, № 41), а никакъ не путемъ выдачи свидѣтелю исполнительнаго листа на взысканіе вознагражденія, какъ полагаетъ Юреневъ (Практ. замѣт. Журн. гражд. и торг. пр. 1872 г., кн. 5, стр. 875). Жалобы свидѣтелей на недостаточность вознагражденія, т.-е. жалобы на опредѣленіе предсѣдателя, или лица, производившаго допросъ, о количествѣ вознагражденія, не допускаются; но допустимы ли жалобы со стороны свидѣтеля вообще на отказъ въ назначеніи ему вознагражденія? По смыслу 389 ст. можно кажется заключить, что жалобы со стороны свидѣтеля на отказъ въ назначеніи вознагражденія могутъ быть приносимы въ томъ случаѣ, когда допросъ былъ производимъ членомъ по назначенію суда, такъ какъ, правило этой статьи допускаетъ жалобы вообще на дѣйствія члена, какъ со стороны тяжущихся, такъ и свидѣтелей, и жалоба въ такомъ случаѣ должна быть принесена свидѣтелемъ суду въ срокъ, указанный въ той статьѣ. Если же жалоба допустима въ этомъ случаѣ на члена суда, производившаго допросъ,

то мнѣ кажется, нельзя уже, затѣмъ, подыскать никакого разумнаго основанія къ недопущенію жалобы и на отказъ предсѣдателя въ назначеніи вознагражденія, только мнѣ кажется, что жалоба въ этомъ случаѣ должна быть приносима свидѣтелемъ не суду, а судебной палатѣ. Право на принесеніе жалобы на отказъ предсѣдателя въ назначеніи вознагражденія должно быть предоставлено свидѣтелямъ, тѣмъ болѣе еще потому, что въ самой 408 ст. никакого воспрещенія въ этомъ отношеніи не содержится, между тѣмъ, какъ принесеніе жалобы на недостаточность вознагражденія прямо ею воспрещается. Сенатъ также высказался за допустимость со стороны свидѣтелей частныхъ жалобъ на отказъ въ назначеніи вознагражденія (рѣш. 1884 года, № 48).

Недостаточно, конечно, установить извѣстную обязанность, необходимо еще, чтобы законъ опредѣлилъ санкцію точнаго выполненія ея, и вотъ съ этой именно цѣлью уставъ и предлагаетъ въ слѣдующей статьѣ нѣкоторыя мѣры, могущія служить гарантіей явки свидѣтелей на судъ.

Ст. 383. Свидѣтель, живущій въ томъ же городѣ, гдѣ находится судъ или на разстояніи ближе *двадцати пяти верстъ* отъ этого города, за неявку въ судъ къ назначенному сроку, если не представлено имъ уважительныхъ къ тому оправданій, подвергается, по опредѣленію суда, денежному штрафу отъ *пятидесяти копѣекъ до двадцати пяти рублей*, смотря по важности дѣла и по состоянію свидѣтеля, и на явку ему назначается новый срокъ. Взысканію штрафа свидѣтель подвергается и въ случаѣ вторичной неявки.

Примѣчаніе 1. Налагаемыя, по сей (383) статьѣ, взысканія обращаются въ капиталъ на устройство общихъ мѣстъ заключенія.

Примѣчаніе 2. Взысканія, опредѣляемыя судебными установленіями области войска Донскаго на основаніи сей статьи, а также на основаніи статьи 528, обращаются въ общій капиталъ означеннаго войска.

Ст. 384. Свидѣтель можетъ, въ теченіе *мѣсяца* по объявленіи ему опредѣленія о наложенномъ на него штрафѣ, или при явкѣ на вновь назначенный ему срокъ, представить свои оправданія суду, который можетъ освободить его отъ взысканія, если признаетъ оправданія уважительными.

Изъ разсмотрѣнія правила 383 ст. и мотивовъ, на которыхъ оно основано, нетрудно убѣдиться, что нашъ уставъ опредѣляетъ какъ единственную карательную мѣру, могущую санкціонировать выполненіе свидѣтельской обязанности, денежный штрафъ, въ размѣрѣ отъ пятидесяти копѣекъ до двадцати-пяти рублей, да и то, какъ мы сейчасъ увидимъ, мѣра эта далеко не всегда можетъ быть прилагаема. Во-первыхъ, согласно правилу этой статьи штрафу за неявку въ срокъ къ допросу свидѣтели подвергаются въ томъ случаѣ, если ими не представлено уважительныхъ къ тому оправданій. Причины, могущія служить оправданіемъ неявки, мной будутъ указаны при разсмотрѣніи слѣдующей статьи, теперь же замѣчу только, что свидѣтели, во всякомъ случаѣ для того, чтобы не подвергнуться взысканію за неявку, обязаны представить свои оправданія до дня, назначеннаго для допроса. Это собственно основаніе освобожденія отъ взысканія вполнѣ справедливо, потому что требовать всегда и безусловно исполненія свидѣтельской обязанности — представляется невозможнымъ. Во-вторыхъ, штрафу за неявку подвергаются только свидѣтели, живущіе въ томъ городѣ, гдѣ находится судъ, или на разстояніи ближе двадцати-пяти верстъ отъ города. Это послѣднее выраженіе статьи не вполнѣ точно; именно мы видѣли при разсмотрѣніи правила статьи предъидущей, что нашъ уставъ не признаетъ явку свидѣтеля къ допросу безусловно обязательной только въ томъ случаѣ, когда свидѣтель живетъ на разстояніи далѣе двадцати-пяти верстъ отъ города, гдѣ находится судъ, вслѣдствіе чего, кажется, слѣдуетъ признать, что штрафу за неявку должны быть подвергаемы и свидѣтели, живущіе на разстояніи именно двадцати-пяти верстъ отъ города, гдѣ находится судъ. Далѣе, изъ сопоставленія

правила настоящей статьи съ постановленіемъ статьи предъидущей вытекаетъ слѣдующее весьма странное положеніе: въ силу правила предъидущей статьи свидѣтели, живущіе на разстояніи далѣе двадцати пяти верстъ отъ города, освобождаются отъ явки для допроса не безусловно, а только въ случаѣ просьбы ихъ о допросѣ въ мѣстѣ ихъ жительства; между тѣмъ, на основаніи правила разсматриваемой статьи они за неявку къ допросу вовсе не могутъ быть подвергнуты какому-либо взысканію безразлично—просили ли они до дня, назначеннаго на явку о допросѣ ихъ на мѣстѣ, или нѣтъ, изъ чего уже самъ собой слѣдуетъ тотъ выводъ, что при отсутствіи въ законѣ всякой санкціи явки этихъ свидѣтелей для допроса, самая явка ихъ въ судъ правиломъ 383 ст. объявляется безусловно необязательной, и такимъ образомъ, какъ мнѣ кажется, между правиломъ этой послѣдней статьи и постановленіемъ 382 ст. возникаетъ непримиримое противорѣчіе, вслѣдствіе котораго, правило этой послѣдней статьи теряетъ всякое значеніе, такъ что свидѣтелямъ, живущимъ на разстояніи далѣе двадцати-пяти верстъ отъ города, гдѣ находится судъ, и нѣтъ, собственно говоря, никакой надобности дѣлать какое-либо заявленіе суду о допросѣ ихъ на мѣстѣ. Лица же, указанныя въ 88 ст., въ случаѣ вызова ихъ въ качествѣ свидѣтелей и въ случаѣ незаявленія ими просьбы о допросѣ на мѣстѣ, если только они живутъ не далѣе какъ на разстояніи двадцати-пяти верстъ отъ города, гдѣ находится судъ, должны быть подвергаемы штрафу за неявку къ допросу.

Правило 383 ст. говоритъ только о взысканіяхъ за неявку свидѣтелей къ допросу въ судъ, но должно ли оно быть распространяемо и на случаи неявки свидѣтелей къ допросу въ другое мѣсто, когда допросъ производится членомъ суда? Мнѣ кажется, что вопросъ этотъ долженъ быть разрѣшенъ непремѣнно утвердительно, потому что, въ какое бы мѣсто неявка ни послѣдовала и кто бы по порученію суда ни производилъ допросъ, неявка во всякомъ случаѣ будетъ неявкой въ судъ, и мнѣ кажется, что и двадцати-пятиверстное разстояніе должно быть исчисляемо въ этомъ случаѣ отъ мѣста, назначеннаго для допроса свидѣтеля, такъ что штрафу, указанному въ 383 ст., можетъ быть подвергнутъ и свидѣтель, живущій на разстояніи далѣе двадцати-пяти верстъ отъ того города, гдѣ находится судъ, если этотъ свидѣтель, положимъ, допрашивается по опредѣленію суда въ мѣстѣ его жительства, но, несмотря на это, къ допросу не является. Если же въ статьѣ этой и говорится о двадцати-пяти-верстномъ разстояніи отъ города, какъ объ условіи наложенія взысканія на свидѣтеля, а не отъ мѣста допроса, то развѣ только вслѣдствіе того, что указанный мною случай, при редактированіи статьи, предусмотрѣнъ не былъ, и, потому, скорѣе, слѣдуетъ предполагать, что правило 383 ст. въ этомъ отношеніи постановляетъ de eo quod plerumque fit. Въ подтвержденіе того, что правило 383 ст. должно быть понимаемо именно въ такомъ смыслѣ, я приведу еще нѣкоторые случаи, когда свидѣтель долженъ быть подвергнутъ взысканію, случаи однако же этой статьей не предусмотрѣнные — это именно, во-первыхъ, отказъ явившагося свидѣтеля отвѣчать. Наука судопроизводства признаетъ, по крайней мѣрѣ, неявку свидѣтеля и отказъ его отвѣчать на судѣ дѣйствіями, имѣющими совершенно одинаковое значеніе, и, потому, долженствующими влечь за собой одинаковыя мѣры взысканія. Это и понятно, если принять во вниманіе цѣль вызова свидѣтеля, которая одинаково не достигается въ обоихъ случаяхъ. Понятно также, что одно присутствіе на судѣ свидѣтеля, отказывающагося давать отвѣты, для достиженія цѣли вызова, еще недостаточно; вслѣдствіе чего, совершенно справедливо подвергать такого свидѣтеля одинаковому взысканію съ свидѣтелемъ, вовсе неявившимся по вызову. Въ виду этихъ соображеній, и нельзя согласиться съ мнѣніемъ, высказаннымъ редакціей Судебной Газеты въ ея передовой статьѣ—„Отводы отъ свидѣтельствованія“, что отказъ отъ

дачи показанія не можетъ быть приравниваемъ неявкѣ и что свидѣтель за отказъ отъ дачи показаній не можетъ быть подвергаемъ никакимъ мѣрамъ взысканія (Судеб. Газ. 1885 г., № 41). Уставъ германскій, напротивъ, даже прямо приравниваетъ, какъ отказъ отъ принятія присяги, такъ и незаконный отказъ отъ дачи показаній неявкѣ и назначаетъ за эти дѣйствія то же взысканіе, какъ и за неявку (§ 355). Во-вторыхъ, подвергать свидѣтеля взысканіямъ, какъ за неявку, мнѣ кажется, будетъ равно справедливо и въ томъ случаѣ, если, напр., свидѣтель, хотя и явится къ допросу, но откажется принять передъ допросомъ присягу, несмотря на то, что принадлежитъ къ такому вѣроисповѣданію, которое присягу допускаетъ и когда стороны не освободятъ его отъ принятія присяги; или когда, напр., свидѣтель явится на судъ въ такомъ видѣ, что не въ состояніи будетъ сознательно давать показанія, явится, напр., въ состояніи опьянѣнія, потому что и въ этихъ случаяхъ отъ свидѣтеля невозможно будетъ отобрать надлежащихъ показаній.

Опредѣленіе о наложеніи на свидѣтеля взысканія за неявку можетъ быть во всякомъ случаѣ постановлено только судомъ, даже и въ томъ случаѣ, если допросъ былъ производимъ членомъ суда, который, въ случая неявки свидѣтеля къ допросу, обязанъ отмѣтить только это обстоятельство въ протоколѣ, наложить же взысканіе на свидѣтеля долженъ судъ. При опредѣленіи, затѣмъ, мѣры взысканія, судъ, въ силу правила 383 ст., обязанъ принимать во вниманіе два обстоятельства: а) важность того дѣла, по которому свидѣтель былъ вызываемъ, и б) состояніе самого свидѣтеля. Мнѣ кажется непонятнымъ, какое значеніе можетъ имѣть важность дѣла при опредѣленіи мѣры взысканія, налагаемаго на свидѣтеля; скорѣе слѣдовало бы принимать во вниманіе важность тѣхъ послѣдствій для дѣла, которыя могутъ наступить вслѣдствіе неявки свидѣтеля. Во всякомъ случаѣ опредѣлить степень важности дѣла довольно трудно, такъ что это условіе въ отношеніи опредѣленія размѣра взысканія врядъ ли можетъ имѣть какое-либо реальное значеніе; столь же, впрочемъ, неопредѣлительнымъ можетъ оказаться въ большинствѣ случаевъ и второй признакъ, потому что суду состояніе свидѣтеля очень часто можетъ быть вовсе неизвѣстно.

Въ случаѣ неявки свидѣтеля, кромѣ наложенія на него взысканія, правило 383 ст. предписываетъ еще назначать на явку новый срокъ. По поводу этого постановленія я долженъ сказать, что назначеніе новаго срока на явку нисколько не должно ставиться въ зависимость отъ наложенія на свидѣтеля взысканія, а съ другой стороны, что наложеніе на свидѣтеля взысканія не всегда должно влечь за собой и вторичный вызовъ свидѣтеля. На практикѣ нерѣдко случается, что сторона, сославшаяся на свидѣтеля, во избѣжаніе излишней проволочки процесса, отказывается отъ допроса неявившагося свидѣтеля; понятно, что въ такомъ случаѣ нѣтъ никакой надобности вызывать неявившагося свидѣтеля вновь, взысканіе же за неявку, конечно, должно быть на него наложено. Точно также можетъ случиться и наоборотъ: вызвать свидѣтеля вновь будетъ необходимо, назначеніе же взысканія окажется невозможнымъ—вслѣдствіе ли того, что свидѣтель представилъ уважительныя причины неявки, или по причинѣ дальности разстоянія мѣстожительства свидѣтеля отъ того города, гдѣ находится судъ и проч. Изъ сказаннаго очевидно, что оба требованія, указанныя въ 383 ст., не непремѣнно должны сопровождать одно другое. Если же свидѣтель, вызванный на новый срокъ, опять не явится къ допросу, то, на основаніи правила разбираемой статьи, онъ можетъ быть подвергнутъ и за вторичную неявку только тому же самому взысканію, которое назначается за первую неявку, т.-е. штрафу въ размѣрѣ отъ пятидесяти копѣекъ до двадцати-пяти рублей. Хотя въ статьѣ 383 сказано только, что свидѣтель и въ случаѣ вторичной неявки подвергается штрафу, но, несмотря на это, необходимо предположить, что взысканіе на

свидѣтеля за вторичную неявку можетъ быть наложено только при тѣхъ же условіяхъ, при которыхъ взысканіе налагается за неявку въ первый разъ, т.-е. когда свидѣтель не представитъ оправданіи неявки и когда свидѣтель живетъ въ томъ городѣ, гдѣ находится судъ, или когда онъ вызванъ изъ мѣста, отстоящаго не далѣе двадцати-пяти-верстнаго разстоянія отъ мѣста допроса. На случай вторичной неявки, правило разбираемой статьи уже ничего не постановляетъ о томъ, чтобы свидѣтелю былъ назначаемъ вновь срокъ на явку для допроса, не указываетъ также и никакихъ другихъ понудительныхъ мѣръ для побужденія свидѣтеля къ явкѣ къ допросу. Изъ разсужденій, на которыхъ основано правило 383 ст., видно, что составители уставовъ считали возможнымъ допустить какъ мѣру, долженствующую гарантировать исполненіе свидѣтельской обязанности, только денежное взысканіе. Изъ этихъ разсужденій также видно, что приводъ свидѣтелей къ допросу черезъ полицію, подобно тому, какъ допускаетъ приводъ свидѣтелей къ слѣдствію уставъ уголовнаго судопроизводства (ст. 438), въ гражданскомъ процессѣ рѣшительно не долженъ быть допускаемъ. Что же однако долженъ дѣлать судъ, если мѣра взысканія, указанная въ 383 ст., оказывается недѣйствительной, или когда взысканіе вовсе не можетъ быть наложено, между тѣмъ, какъ показаніе уклоняющагося отъ явки на судъ свидѣтеля представляется существенно необходимымъ? Мнѣ кажется, что въ такомъ случаѣ останется только одно—это допросить свидѣтеля, уклоняющагося отъ явки въ судъ, въ мѣстѣ его жительства; хотя, при этомъ, я не могу не замѣтить, что допросъ свидѣтеля на мѣстѣ, внѣ случаевъ въ законѣ указанныхъ, представляется также дѣйствіемъ не вполнѣ правильнымъ, такъ какъ, уклоненіе свидѣтеля отъ допроса не указывается въ законѣ какъ поводъ къ допросу свидѣтеля на мѣстѣ. Но, такъ или иначе, другого исхода, мнѣ кажется, въ этомъ случаѣ нѣтъ; но понятно, что и эта мѣра окажется безсильной въ томъ случаѣ, если свидѣтель будетъ уклоняться отъ допроса въ мѣстѣ его жительства, или вовсе откажется отвѣчать. Такимъ образомъ, нельзя не признать, что по нашему уставу санкція выполненія свидѣтельской обязанности представляется весьма слабой, и мнѣ кажется, если и согласиться съ мнѣніемъ составителей уставовъ въ томъ, что приводъ свидѣтеля не долженъ быть допускаемъ, то во всякомъ случаѣ слѣдовало бы установить болѣе сильныя уголовно-карательныя взысканія за неявку на судъ въ качествѣ свидѣтеля; по крайней мѣрѣ, нѣкоторыя западно-европейскія законодательства гораздо строже относятся къ случаямъ уклоненія свидѣтелей отъ допроса. Такъ, напр., французскій уголовный кодексъ назначаетъ даже тюремное заключеніе свидѣтелю, представившему ложныя оправданія неявки (code pénal, art. 236). Кромѣ того, code de procédure civile прямо предоставляетъ тяжущимся право на отысканіе убытковъ, могущихъ произойти отъ уклоненія свидѣтеля отъ допроса. Мнѣ кажется, что искъ объ убыткахъ, въ силу 684 ст. X т. 1 ч., не невозможенъ въ этомъ случаѣ и у насъ; но вслѣдствіе того, до какой степени трудны вообще иски объ убыткахъ въ нашихъ судахъ, слѣдуетъ признать, что такого рода искъ вовсе не можетъ представить собой мѣру, могущую служить какимъ-либо дѣйствительнымъ средствомъ понужденія для свидѣтеля, уклоняющагося отъ допроса.

Опредѣленіе о наложеніи судомъ на свидѣтеля взысканія за неявку приводится въ исполненіе не немедленно, но должно быть предварительно, въ силу правила 384 ст., объявлено свидѣтелю, но какимъ порядкомъ однако же оно должно быть объявлено, этого правило настоящей статьи не опредѣляетъ. Нѣтъ сомнѣнія, что опредѣленіе должно быть объявлено по мѣсту жительства свидѣтеля, потому что свидѣтель не обязанъ избирать мѣстожительства въ томъ городѣ, гдѣ находится судъ, на время производства того дѣла, по которому онъ вызывается въ качествѣ свидѣтеля. Наиболѣе же

удобный способъ объявленія будетъ сообщеніе свидѣтелю при повѣсткѣ копіи самаго опредѣленія суда о наложеніи взысканія. Но, затѣмъ наиболѣе существенное недоумѣніе въ отношеніи порядка объявленія опредѣленія возникаетъ относительно того, черезъ кого собственно должно послѣдовать объявленіе. Мнѣ кажется, что копія опредѣленія о наложеніи взысканія должна быть сообщена свидѣтелю не иначе, какъ черезъ полицію, а не черезъ судебнаго пристава, на томъ основаніи, что сообщеніе копіи черезъ судебнаго пристава повлекло бы, кромѣ взысканія съ свидѣтеля штрафа, еще и взысканіе прогоновъ въ пользу судебнаго пристава, что, однако же, не можетъ быть допущено, потому что взысканіе прогоновъ увеличило бы мѣру назначеннаго судомъ штрафа безъ всякаго основанія, а въ случаѣ представленія свидѣтелемъ уважительныхъ оправданій неявки, представлялось бы даже совершенно несправедливымъ и незаслуженнымъ наказаніемъ; черезъ полицію же опредѣленіе можетъ быть объявлено безъ всякихъ расходовъ. Конечно, если свидѣтель, вслѣдствіе неявки, вызывается къ допросу на новый срокъ, то объявленіе о наложеніи на него взысканія за первую неявку можетъ быть послано ему вмѣстѣ съ новымъ вызовомъ и черезъ судебнаго пристава. На практикѣ, насколько мнѣ извѣстно, нѣкоторыми судами такой именно порядокъ посылки объявленія свидѣтелю на самомъ дѣлѣ и практикуется.

По полученіи объявленія о наложеніи взысканія, свидѣтелю правиломъ разбираемой статьи предоставляется право представить суду оправданія неявки въ теченіе мѣсяца со дня полученія имъ объявленія, или при явкѣ въ судъ для допроса на вновь назначенный срокъ. Изъ этого видно, что свидѣтелю предоставляется, собственно говоря, двойной срокъ на представленіе суду оправданій неявки. Мнѣ кажется, что при такихъ обстоятельствахъ свидѣтель всегда въ правѣ воспользоваться болѣе длиннымъ срокомъ, который, смотря по обстоятельствамъ, такимъ оказаться можетъ; напр., если новый срокъ на явку къ допросу придется ранѣе истеченія мѣсяца со дня объявленія опредѣленія о наложеніи взысканія за первую неявку, то свидѣтель, явившійся къ допросу по второму вызову и не представившій однако же суду въ день допроса оправданій неявки, въ правѣ сдѣлать это еще до истеченія мѣсячнаго срока со дня объявленія опредѣленія, и наоборотъ, если мѣсячный срокъ истечетъ ранѣе дня вторичнаго допроса, свидѣтель въ правѣ представить суду свои оправданія въ этотъ день. Если же свидѣтель вовсе не будетъ вызываемъ вторично къ допросу, или если взысканіе будетъ опредѣлено за вторичную неявку, то понятно, что въ этихъ случаяхъ свидѣтель будетъ имѣть только одинъ мѣсячный срокъ на представленіе своихъ оправданій. Правило 384 ст. не опредѣляетъ также того, въ какой формѣ свидѣтель долженъ представить свои оправданія неявки, но по внутреннему смыслу статьи слѣдуетъ признать, что свидѣтель можетъ представить свои оправданія какъ письменно, такъ и словесно въ засѣданіи суда, въ случаѣ явки его въ судъ по второму вызову. Если судъ признаетъ оправданія свидѣтеля уважительными, то можетъ освободить его отъ взысканія, сказано далѣе въ 384 ст., но, затѣмъ, въ ней ничего не говорится о томъ, въ правѣ ли свидѣтель на отказъ суда въ освобожденіи отъ взысканія приносить жалобу? Въ силу того, что правило этой статьи не заключаетъ въ себѣ въ этомъ отношеніи никакого воспрещенія, слѣдуетъ скорѣе предположить, что жалоба въ этомъ случаѣ со стороны свидѣтеля должна быть допущена. Что же касается способа принесенія жалобы, то слѣдуетъ полагать, что жалоба должна быть приносима въ судебную палату, въ двухнедѣльный срокъ со дня объявленія опредѣленія объ отказѣ въ сложеніи взысканія по общимъ правиламъ о принесеніи частныхъ жалобъ, а подана въ судъ, постановившій опредѣленіе, съ приложеніемъ копіи обжалуемаго постановленія суда.

Въ 384 ст. не указаны также самыя причины, могущія служить доста-

точнымъ поводомъ къ оправданіямъ неявки. Изъ мотивовъ же, помѣщенныхъ подъ этой статьей въ изданіи государственной канцеляріи, видно, что составители уставовъ при редактированіи правила этой статьи имѣли въ виду причины, указанныя въ 284 ст. X т. 2 ч. прежнихъ законовъ о судопроизводствѣ гражданскомъ. Въ этой же послѣдней статьѣ указываются слѣдующія причины, могущія служить оправданіемъ неявки въ судъ: 1) задержаніе подъ стражею; 2) государственная нужда по службѣ; 3) помѣшательство отъ нашествія непріятеля; 4) несчастіе, потерпѣнное отъ наводненія и пожара, и вообще физическія непреодолимыя препятствія; 5) нападеніе воровъ; 6) болѣзнь, препятствующая отлучиться изъ дома; равнымъ образомъ болѣзнь жены; 7) смерть родителей, жены или дѣтей; 8) сумасшествіе. Всѣ исчисленныя причины оправданія неявки представляются сами по себѣ настолько уважительными, что и теперешніе суды, на основаніи этихъ причинъ, безъ сомнѣнія освободятъ свидѣтеля отъ взысканія; но, въ силу того, что самый текстъ 384 ст. не указываетъ причинъ, могущихъ служить оправданіемъ неявки въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, судъ въ правѣ, безъ сомнѣнія, освобождать свидѣтеля отъ взысканія и по другимъ причинамъ, если только признаетъ ихъ заслуживающими уваженія. Такимъ образомъ, слѣдуетъ признать, что правило 384 ст. даетъ значительный просторъ усмотрѣнію суда въ отношеніи оцѣнки приводимыхъ свидѣтелемъ оправданій неявки. Тѣмъ болѣе, конечно, должно служить полнымъ оправданіемъ неявки, примѣнительно къ правилу 388 ст. уст. угол. суд., неполученіе, или несвоевременное полученіе свидѣтелемъ повѣстки о вызовѣ въ судъ и, притомъ, неполученіе, или несвоевременное полученіе повѣстки свидѣтелемъ лично въ тѣхъ случаяхъ, когда бы повѣстка о вызовѣ была доставлена не лично свидѣтелю, а кому-либо изъ лицъ, указанныхъ въ правилахъ о врученіи повѣстокъ. Несвоевременнымъ врученіе повѣстки должно быть почитаемо полученіе повѣстки непремѣнно лично свидѣтелемъ въ такое время до дня, назначеннаго на явку въ судъ, что, по разсчету полагаемыхъ уставовъ поверстныхъ сроковъ для проѣзда разстоянія отъ мѣстонахожденія свидѣтеля въ моментъ полученія имъ повѣстки до того города, въ которомъ находится судъ, число остающихся для проѣзда этого разстоянія до дня явки дней представляется недостаточнымъ. Насколько мнѣ извѣстно, въ практикѣ многихъ окружныхъ судовъ и на самомъ дѣлѣ считаютъ возможнымъ подвергать свидѣтеля штрафу за неявку только въ случаяхъ своевременнаго полученія повѣстки свидѣтелемъ лично. Наконецъ, замѣчу еще, что хотя взысканіе, опредѣляемое за неявку и имѣетъ видъ какъ-бы наказанія, но что вслѣдствіе несостоятельности свидѣтеля къ платежу наложеннаго на него штрафа, взысканіе это не можетъ быть замѣнено никакимъ другимъ наказаніемъ, напр., арестомъ—это на томъ основаніи, что въ законѣ никакого въ этомъ отношеніи дозволенія не содержится, между тѣмъ, какъ законъ въ этомъ случаѣ, какъ имѣющій характеръ закона карательнаго, не долженъ быть толкуемъ распространительно, т.-е. что мѣры взысканія въ самомъ законѣ неуказанныя и не должны быть вовсе примѣняемы. Самое опредѣленіе суда о взысканіи штрафа съ свидѣтелей должно быть обращаемо судомъ къ исполненію ex officio и обращаемо, притомъ, должно быть къ исполненію не черезъ судебнаго пристава, а примѣнительно къ правилу 1178 ст. черезъ полицію, а взысканный черезъ полицію штрафъ долженъ быть обращаемъ судомъ, согласно примѣчаніямъ къ правилу разбираемой статьи, или въ капиталъ, назначенный на устройство общихъ мѣстъ заключенія, или въ войсковой капиталъ, въ случаяхъ наложенія штрафа судомъ войска Донскаго.

Перехожу къ разсмотрѣнію четвертой категоріи правилъ: о порядкѣ самаго допроса свидѣтелей, и разсмотрю сперва тѣ статьи устава, которыми опредѣляется мѣсто допроса свидѣтелей.

Ст. 385. Допросъ свидѣтелей производится въ открытомъ засѣданіи суда.

Ст. 386. Судъ можетъ поручить допросъ свидѣтелей одному изъ своихъ членовъ въ слѣдующихъ случаяхъ:

1) когда свидѣтель по дряхлости, тяжкой болѣзни, обязанностямъ службы, или другимъ уважительнымъ причинамъ, не можетъ явиться въ судъ;

2) когда по обстоятельствамъ дѣла оказывается нужнымъ произвести допросъ на самомъ мѣстѣ;

3) когда требуется допросить значительное число лицъ, живущихъ въ одномъ мѣстѣ, внѣ того города, гдѣ находится судъ;

4) когда должностныя лица, указанныя въ статьѣ 88, въ теченіе *трехъ дней* со времени полученія повѣстки о вызовѣ ихъ въ качествѣ свидѣтелей заявили предсѣдателю суда просьбу о допросѣ ихъ въ мѣстѣ ихъ жительства.

Правило 385 ст., предписывающее производить допросъ свидѣтелей въ присутствіи суда въ открытомъ засѣданіи, есть правило общее, по отношенію къ которому правило слѣдующей статьи, дозволяющей въ извѣстныхъ случаяхъ поручать допросъ члену суда, внѣ, слѣдовательно, присутствія цѣлаго суда, является не болѣе какъ исключеніемъ, какъ это совершенно справедливо объяснили Малышевъ (Курсъ гражд. суд., изд. 2, т. 1, стр. 315) и сенатъ (рѣш. 1879 года, № 262). Такое значеніе постановленій настоящихъ статей съ особенной ясностью обнаруживается изъ тѣхъ мотивовъ, которые помѣщены въ изданіи государственной канцеляріи, и дѣйствительно нельзя не признать, что вполнѣ согласнымъ съ духомъ и началами состязательнаго процесса будетъ только допросъ свидѣтелей въ присутствіи суда, когда показанія свидѣтелей производятъ болѣе полное и непосредственное впечатлѣніе на судей, которые, поэтому, и имѣютъ возможность правильнѣе оцѣнить значеніе и силу показаній свидѣтелей. Показанія же, отобранныя членомъ, судъ, конечно, иначе не можетъ узнать, какъ только изъ протокола допроса, составленнаго членомъ суда, производившимъ допросъ; но понятно, что прочтеніе протокола ни въ какомъ случаѣ не можетъ замѣнить живого слова самихъ свидѣтелей, такъ что при такомъ порядкѣ допроса,—подобно тому, какъ при порядкѣ слѣдственномъ, судъ, имѣя въ виду только акты производства, никогда не будетъ въ силахъ дать вполнѣ правильную оцѣнку показаніямъ свидѣтелей, какъ это совершенно справедливо замѣтилъ еще Бентамъ (О суд. доказ., стр. 101). Что же касается случаевъ исключеній, указанныхъ въ 386 ст., когда судъ имѣетъ право поручать допросъ свидѣтелей члену, то относительно этихъ случаевъ, которыхъ указано только четыре, нельзя не замѣтить, что производство допроса въ первыхъ трехъ случаяхъ черезъ члена оправдывается необходимостью и дѣйствительной невозможностью, по тѣмъ или другимъ причинамъ, вызвать свидѣтелей для допроса въ присутствіе суда. Нѣкоторыя причины невозможности явки свидѣтеля въ судъ могутъ обнаружиться или первоначально изъ указаній самого тяжущагося, просящаго о вызовѣ, или впослѣдствіи — изъ донесеній лицъ, вручавшихъ свидѣтелямъ повѣстки о вызовѣ, или, наконецъ, изъ заявленій, поданныхъ самими свидѣтелями. Прежде, однако же, чѣмъ приступить къ разсмотрѣнію отдѣльныхъ случаевъ, когда допросъ можетъ быть произведенъ внѣ присутствія суда, я считаю необходимымъ сказать нѣсколько словъ о самомъ характерѣ постановленія 386 ст. Выраженіе статьи: „судъ можетъ поручить“, можетъ подать нѣкоторый поводъ предполагать, что судъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда оказывается невозможнымъ произвести допросъ въ самомъ присутствіи суда, какъ бы не обязанъ вовсе допрашивать свидѣтелей; но такое значеніе правилу 386 ст., однако же, не должно быть приписываемо на томъ основаніи, что судъ, если только разъ призналъ необходимымъ произвести допросъ и постановилъ опредѣленіе о допросѣ, не въ правѣ уже затѣмъ, на томъ основаніи, что допросъ свидѣтелей въ присутствіи суда

оказывается невозможнымъ, вовсе отказать въ допросѣ, по крайней мѣрѣ, такого права суду законъ не предоставляетъ. Если же судъ обязанъ произвести допросъ и въ случаяхъ, указанныхъ въ 386 ст., то выраженіе „судъ можетъ поручить“ должно быть понимаемо собственно въ томъ смыслѣ, что судъ не обязанъ въ тѣхъ случаяхъ, когда произвести допросъ въ присутствіи суда оказывается невозможнымъ, непремѣнно въ цѣломъ составѣ отправляться на мѣсто для допроса, а можетъ поручить произвести допросъ одному изъ членовъ суда. Но, мнѣ кажется, однако же, что судъ, если только признаетъ необходимымъ произвести допросъ и въ этихъ случаяхъ въ присутствіи цѣлаго суда, имѣетъ полное право, не поручая допроса члену, отправиться всѣмъ присутствіемъ на мѣсто для допроса. Въ случаяхъ, указанныхъ въ 1-мъ, 3-мъ и 4-мъ пунктахъ 386 ст. допросъ свидѣтелей иначе и не можетъ быть произведенъ какъ на мѣстѣ, и потому судъ будетъ положительно обязанъ произвести допросъ на мѣстѣ; что же касается случая, указаннаго во 2-мъ пунктѣ, то въ этомъ случаѣ производство допроса на мѣстѣ во многомъ можетъ зависѣть и отъ усмотрѣнія суда.

На основаніи 1-го пункта, допросъ черезъ члена на мѣстѣ долженъ быть произведенъ, когда свидѣтель по дряхлости, тяжкой болѣзни, обязанностямъ службы, или другимъ уважительнымъ причинамъ, не можетъ явиться въ судъ. Что касается собственно постановленія 386 ст. о допросѣ на мѣстѣ свидѣтелей по причинѣ ихъ дряхлости или тяжкой болѣзни, то собственно въ этомъ отношеніи правило этой статьи не требуетъ никакихъ особыхъ разъясненій. Этой же самой причиной вызывается иногда, какъ мы видѣли, кромѣ того и болѣе быстрый допросъ по времени внѣ обыкновеннаго порядка, но какъ тогда, такъ и теперь для допроса свидѣтелей на мѣстѣ необходимо, чтобы причины, вызывающія необходимость такого допроса—дряхлость или тяжкая болѣзнь свидѣтеля, были какими-либо доказательствами удостовѣрены передъ судомъ или стороной, просящей о допросѣ, или самими свидѣтелями, оправдывающими ими свою неявку въ судъ для допроса. Не столь яснымъ, однако же, представляется правило 1-го пункта 386 ст. въ отношеніи указанія остальныхъ причинъ, вызывающихъ необходимость допроса свидѣтелей внѣ присутствіи суда; такъ, изъ сопоставленія этого пункта съ правиломъ 380 ст. и 4-мъ ея пунктомъ слѣдуетъ, кажется, придти къ тому заключенію, что необходимость допроса на мѣстѣ свидѣтелей, не могущихъ явиться въ судъ по обязанностямъ службы, вызывается только тогда, когда по закону состояніе свидѣтеля на службѣ дѣйствительно служитъ причиной, освобождающей отъ явки на судъ; состояніе же свидѣтеля на службѣ вообще еще ни въ какомъ случаѣ не можетъ быть признано причиной, освобождающей отъ исполненія свидѣтельской обязанности, такъ что на мѣстѣ должны быть допрошены, во-первыхъ, лица, состоящія въ военной службѣ и не могущія, притомъ, по удостовѣренію начальства, явиться въ судъ по военнымъ обстоятельствамъ, и, во-вторыхъ, лица, указанныя въ 88 статьѣ; всѣ же остальныя, состоящія на службѣ, не освобождаются отъ явки на судъ въ качествѣ свидѣтелей и, потому, должны быть допрашиваемы не на мѣстѣ, а въ присутствіи суда. Выраженіе 1-го пункта „или по другимъ уважительнымъ причинамъ“, также, какъ мнѣ кажется, должно быть толкуемо не иначе, какъ въ связи съ постановленіями статей предъидущихъ, въ которыхъ указаны причины, освобождающія отъ явки на судъ и въ которыхъ, какъ мы видѣли, указывается, собственно говоря, въ этомъ отношеніи только одно основаніе—это дальность разстоянія, вслѣдствіе чего, я полагаю, что на мѣстѣ могутъ быть допрошены, на основаніи цитированнаго выраженія статьи, только свидѣтели, живущіе на разстояніи далѣе двадцати-пяти верстъ отъ города, гдѣ находится судъ, но никакъ не тѣ свидѣтели, которые могутъ оправдывать свою неявку въ судъ другими уважительными причинами, перечисленными

мной при разборѣ 384 ст., потому что всѣ эти причины могутъ служить только временнымъ препятствіемъ къ явкѣ въ судъ, и легко можетъ случиться, что при вторичномъ вызовѣ причины эти устранятся сами собой.

Относительно 3-го пункта, дозволяющаго производить допросъ черезъ члена, когда требуется допросить значительное число лицъ, живущихъ въ одномъ мѣстѣ, внѣ того города, гдѣ находится судъ, скажу только, что правило это не должно быть принимаемо слишкомъ буквально, не должно, напр., предполагать, что допросъ на мѣстѣ возможенъ лишь въ томъ случаѣ, когда свидѣтели живутъ всѣ, положимъ, въ одной и той же деревнѣ; для примѣненія этого правила достаточно будетъ, если свидѣтели, которыхъ требуется допросить, живутъ въ одной мѣстности, напр. въ деревняхъ, лежащихъ на близкомъ разстояніи одна отъ другой. Другой выводъ, который можно извлечь изъ разбираемаго правила, по аргументу a contrario, напротивъ, будетъ тотъ, что если свидѣтели живутъ въ томъ городѣ, гдѣ находится судъ, какъ бы значительно ни было ихъ число, должны быть однако же допрошены всѣ не иначе, какъ въ присутствіи суда, а не членомъ.

Наконецъ, на основаніи 2-го пункта допросъ можетъ быть произведенъ черезъ члена, когда по обстоятельствамъ дѣла оказывается необходимымъ произвести допросъ на самомъ мѣстѣ. Причины, вызывающія необходимость допроса на мѣстѣ, указанныя въ прочихъ пунктахъ 386 ст., нисколько не зависятъ отъ обстоятельствъ дѣла и заключаются, собственно говоря, въ одномъ обстоятельствѣ—въ невозможности по тѣмъ или другимъ причинамъ произвести допросъ въ самомъ судѣ, напротивъ допросъ на мѣстѣ въ случаѣ, указанномъ во 2-мъ пунктѣ, долженъ быть произведенъ только тогда, когда такой способъ допроса необходимо вызывается обстоятельствами самаго дѣла. Но, въ какомъ же собственно мѣстѣ должны быть допрошены свидѣтели въ такомъ случаѣ? Это будетъ зависѣть также отъ обстоятельствъ дѣла, напр. можетъ явиться необходимость допросить свидѣтелей въ томъ мѣстѣ, гдѣ находится спорный предметъ, когда напр. споръ происходитъ о владѣніи недвижимымъ имуществомъ; или напр. гдѣ совершились извѣстныя событія, служащія основаніемъ спору и проч.

Во всѣхъ случаяхъ, указанныхъ въ 386 ст., допросъ свидѣтелей производится однимъ изъ членовъ суда, но, затѣмъ, могутъ представиться еще и такіе случаи, когда вслѣдствіе причинъ, указанныхъ въ 386 ст., допросъ на мѣстѣ будетъ необходимъ, но когда судъ, однако же, будетъ поставленъ въ невозможность произвести допросъ черезъ своего члена, напр. когда необходимо будетъ допросить на мѣстѣ свидѣтелей, живущихъ въ округѣ другого суда. Командировать члена для допроса въ другой округъ судъ, конечно, не въ правѣ, поэтому, чтобы выйти изъ такого затрудненія суду остается только одно—это, примѣняясь къ правилу 505 ст., дозволяющему поручать другому суду производство повѣрки доказательствъ, когда напр. необходимъ осмотръ на мѣстѣ въ округѣ именно этого послѣдняго суда, поручить также точно въ этомъ случаѣ и допросъ свидѣтелей другому суду, какъ это совершенно справедливо указали сенатъ (рѣш. 1879 года, № 262) и Гольмстенъ (Учеб. гражд. суд., стр. 289). Судъ при этомъ обязанъ будетъ только сообщить другому суду копію своего опредѣленія о допросѣ свидѣтелей, срокъ же допроса будетъ уже зависѣть отъ усмотрѣнія этого послѣдняго суда. На практикѣ, сколько мнѣ извѣстно, суды никогда не отказываются исполнять порученія о допросѣ свидѣтелей не только судовъ отечественныхъ, но даже и иностранныхъ. Нѣтъ сомнѣнія, что допросъ свидѣтелей, дѣлаемый однимъ судомъ по порученію другого, всегда можетъ быть произведенъ черезъ члена суда, хотя бы свидѣтель, котораго поручено допросить, жилъ въ томъ городѣ, гдѣ находится судъ, потому что производить допросъ въ этомъ случаѣ въ присутствіи суда не представляется никакой необходимости, такъ какъ судъ, кото-

рый будетъ разрѣшать дѣло, во всякомъ случаѣ будетъ имѣть передъ собой только протоколъ допроса. Въ мировомъ уставѣ въ отношеніи занимающаго насъ вопроса о возможности поручать допросъ свидѣтелей другому судьѣ есть прямое постановленіе, выраженное въ 94 ст. Сенатъ въ только что приведенномъ рѣшеніи его, кромѣ того, объяснилъ, что въ случаяхъ необходимости допроса свидѣтелей, живущихъ въ такихъ мѣстахъ, гдѣ введены одни мировыя учрежденія, порученіе о допросѣ должно быть посылаемо судомъ мѣстнымъ мировымъ судьямъ. Затѣмъ, относительно допроса еще свидѣтелей, живущихъ въ такихъ мѣстахъ, гдѣ дѣйствуютъ еще старыя судебныя учрежденія, слѣдуетъ признать, что порученіе о допросѣ этихъ свидѣтелей, примѣнительно къ правилу 399 ст. X т. 2 ч., должно быть посылаемо старымъ судебнымъ учрежденіямъ первой инстанціи; а относительно допроса свидѣтелей, живущихъ заграницей, слѣдуетъ признать, что порученіе о допросѣ этихъ свидѣтелей, примѣнительно къ правиламъ устава о вызовѣ лицъ, живущихъ заграницей, должно быть посылаемо черезъ министерство иностранныхъ дѣлъ.

Изъ постановленій устава о самомъ порядкѣ допроса свидѣтелей я разсмотрю сперва тѣ, которыми опредѣляется порядокъ допроса въ присутствіи суда и которыя представляютъ собой общія правила о допросѣ свидѣтелей, обязательныя къ соблюденію и при производствѣ допроса членомъ суда, а, затѣмъ, укажу тѣ немногія особенныя правила, которыя относятся исключительно къ производству допроса членомъ суда.

Ст. 391. Каждый свидѣтель допрашивается отдѣльно, въ присутствіи тяжущихся, явившихся къ допросу. Свидѣтели, не давшіе еще показаній, не могутъ присутствовать при допросѣ прочихъ свидѣтелей.

Въ силу правила настоящей статьи свидѣтели должны быть допрошены въ присутствіи тяжущихся; но, для того, чтобы тяжущіеся могли присутствовать при допросѣ, они должны знать время допроса, вслѣдствіе чего, и возникаетъ вопросъ о томъ—обязанъ ли судъ увѣдомлять тяжущихся о днѣ, назначенномъ для допроса? Въ уставѣ мы имѣемъ спеціальное правило въ 382 ст., по которой судъ обязанъ предварительно увѣдомлять тяжущихся о днѣ допроса въ томъ случаѣ, когда допросъ долженъ быть произведенъ членомъ суда въ мѣстѣ жительства свидѣтеля. Должно ли быть это спеціальное правило, постановленное на извѣстный случай, и вообще соблюдаемо судомъ при производствѣ допроса и обыкновеннымъ порядкомъ? Сенатъ въ одномъ изъ его рѣшеній высказался за утвердительное рѣшеніе вопроса, объяснивъ, что судъ на основаніи 382 и 385 ст. обязанъ всегда и непремѣнно увѣдомлять тяжущихся о днѣ допроса и что неувѣдомленіе тяжущихся въ этомъ случаѣ составляетъ существенное нарушеніе (рѣш. 1869 года, № 623). Но съ положеніемъ, высказаннымъ сенатомъ въ этомъ рѣшеніи, согласиться нельзя на томъ основаніи, что допросъ свидѣтелей всегда производится по предварительному опредѣленію о томъ суда, въ которомъ, если только допросъ будетъ произведенъ въ присутствіи суда, означается и день допроса, опредѣленіе это не можетъ не быть извѣстно тяжущимся, которые слѣдовательно уже изъ этого опредѣленія и будутъ знать о днѣ, назначенномъ для допроса, а, затѣмъ, никакой необходимости въ новомъ особомъ увѣдомленіи тяжущихся о днѣ допроса конечно и не представляется. Другое дѣло увѣдомленіе тяжущихся о днѣ допроса въ случаѣ, указанномъ въ 382 ст., увѣдомленіе въ этомъ случаѣ представляется положительно необходимымъ, потому что иначе тяжущіеся не въ состояніи будутъ узнать день, назначенный для допроса и, слѣдовательно, не бывъ увѣдомлены, дѣйствительно будутъ лишены возможности присутствовать при допросѣ. Необходимымъ увѣдомленіе тяжущихся о днѣ допроса свидѣтелей представляется также и въ тѣхъ слу-

чаяхъ, когда судъ, или членъ суда обязаны произвести допросъ по порученію другого суда, вслѣдствіе того, что и въ этихъ случаяхъ тяжущіеся безъ увѣдомленія ихъ не могутъ имѣть свѣдѣній о днѣ допроса. Увѣдомленіе о днѣ допроса должно быть дѣлаемо въ формѣ повѣстокъ съ указаніемъ въ нихъ, конечно, дня допроса. Въ случаяхъ прризводства допроса свидѣтелей тѣмъ же судомъ, или членомъ того суда, въ производствѣ у которыхъ имѣется и то дѣло, по которому свидѣтели должны быть допрошены, увѣдомленіе сторонамъ о днѣ допроса должно быть посылаемо, конечно, въ избранное ими мѣсто пребыванія въ томъ городѣ, въ которомъ находится судъ; затрудненіе, затѣмъ, относительно опредѣленія мѣста посылки увѣдомленія сторонамъ о днѣ допроса можетъ возникать развѣ только въ случаяхъ производства допроса свидѣтелей по порученію другого суда, вслѣдствіе того, что стороны въ этихъ случаяхъ должны имѣть мѣстопребываніе въ мѣстѣ нахожденія этого послѣдняго суда. Сенатъ (рѣш. 1882 года, № 22) и Вербловскій (Движен. гражд. проц. Журн. гражд. и угол. пр. 1883 г., кн. 1, стр. 104) разрѣшаютъ это затрудненіе, кажется, совершенно основательно въ томъ смыслѣ, что увѣдомленіе тяжущимся о днѣ допроса должно быть посылаемо въ указанныхъ случаяхъ судомъ, или членомъ суда, производящимъ допросъ, въ судъ, поручившій производство допроса, для врученія тяжущимся увѣдомленія въ мѣстѣ избраннаго ими мѣстопребыванія въ томъ городѣ, въ которомъ находится этотъ послѣдній судъ, на томъ основаніи, что по правиламъ устава тяжущіеся обязаны избирать мѣстопребываніе въ мѣстѣ нахожденія этого послѣдняго суда на все время производства въ немъ дѣла до момента постановленія по немъ рѣшенія и, въ то же время, не обязаны переносить ихъ мѣстопребываніе въ городъ, въ которомъ находится судъ, обязанный произвести допросъ свидѣтелей, на время производства допроса, вслѣдствіе того, что дѣйствіе это представляется не чѣмъ инымъ, какъ только продолженіемъ производства того дѣла, которое состоитъ въ производствѣ перваго суда. Необходимость же въ увѣдомленіи тяжущихся о днѣ допроса, въ случаѣ производства допроса обыкновеннымъ порядкомъ въ присутствіи суда, можетъ представиться напр. въ томъ случаѣ, еслибы судъ въ опредѣленіи о допросѣ упустилъ изъ виду означить день допроса, или не означилъ день допроса при отсрочкѣ по какой-либо причинѣ засѣданія для производства допроса и проч., однимъ словомъ, во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда бы тяжущіеся были лишены возможности получить свѣдѣнія о времени допроса. По смыслу правила настоящей статьи необходимо также заключить, что неявка сторонъ къ допросу не служитъ препятствіемъ къ производству допроса, такъ какъ въ ней не заключается никакого воспрещенія допрашивать свидѣтелей въ отсутствіи сторонъ. Правило 391 ст. постановляетъ только, что свидѣтели допрашиваются въ присутствіи явившихся тяжущихся, что̀ и даетъ право предполагать, что допросъ свидѣтелей въ присутствіи сторонъ долженъ быть произведенъ лишь тогда, когда стороны дѣйствительно явились въ засѣданіе, но если онѣ не явились, несмотря на то, что день допроса имъ былъ извѣстенъ, то допросъ можетъ быть произведенъ и въ ихъ отсутствіи, какъ это совершенно справедливо объяснили сенатъ (рѣш. 1875 года, № 431) и Гольмстенъ (Учеб. гражд. суд., стр. 290). Точно также въ правилѣ разбираемой статьи ничего не говорится о томъ, чтобы неявка однихъ свидѣтелей служила препятствіемъ къ допросу другихъ; изъ чего слѣдуетъ заключить, что, въ случаѣ неявки къ допросу нѣкоторыхъ свидѣтелей, явившіеся должны быть допрошены, а допросъ неявившихся долженъ быть отложенъ до другого засѣданія, что отчасти призналъ и сенатъ, который объяснилъ, что судъ не обязанъ допрашивать непремѣнно свидѣтелей обѣихъ сторонъ въ одномъ и томъ же засѣданіи (рѣш. 1870 года, № 579). Въ нашемъ уставѣ вообще не содержится никакого предписанія о томъ, чтобы допросъ свидѣтелей былъ оканчиваемъ

непремѣнно въ одно засѣданіе, такъ что допросъ свидѣтелей можетъ быть производимъ судомъ и въ нѣсколькихъ засѣданіяхъ.

Для соблюденія правила 391 ст. въ отношеніи допроса свидѣтелей каждаго отдѣльно и для того, чтобы одни свидѣтели не могли присутствовать при допросѣ другихъ, они передъ допросомъ удаляются обыкновенно въ особую комнату. Цѣль этого правила очевидна, это—устранить по возможности вліяніе показаній одного свидѣтеля на показанія другого, что дѣйствительно представляется необходимымъ для полученія отъ свидѣтелей возможно достовѣрныхъ показаній, а, потому, и необходимо, чтобы правило это было соблюдаемо по возможности точно. Но если бы по какой-либо причинѣ и случилось, что кто-либо изъ свидѣтелей не былъ удаленъ предварительно въ особую комнату и оставался въ залѣ засѣданія или при докладѣ дѣла, или при допросѣ кого-либо изъ свидѣтелей, то собственно это обстоятельство не должно однако же служить поводомъ ни къ отводу, ни къ устраненію этого свидѣтеля отъ допроса, потому что обстоятельство это не указывается закономъ въ числѣ поводовъ къ отводамъ или устраненію свидѣтелей отъ допроса, что признали и сенатъ во многихъ рѣшеніяхъ (рѣш. 1870 г., № 1035 и друг).

Ст. 392. При одновременной явкѣ свидѣтелей истца и отвѣтчика, первые допрашиваются прежде послѣднихъ.

Ст. 393. Очередь допроса свидѣтелей, представленныхъ одною стороною, опредѣляется предсѣдателемъ суда, который принимаетъ при семъ въ соображеніе ея указанія.

Настоящими статьями опредѣляется только очередь допроса свидѣтелей. Правиломъ первой статьи очередь допроса опредѣляется въ силу самого закона; въ случаѣ же, указанномъ во второй статьѣ, опредѣленіе очереди допроса представляется усмотрѣнію предсѣдателя, который въ правѣ при этомъ принять въ соображеніе и указаніе стороны, сдѣлавшей ссылку на допрашиваемыхъ свидѣтелей. Правила эти, впрочемъ, настолько ясны сами по себѣ, что никакихъ дальнѣйшихъ разъясненій и не требуютъ.

Ст. 394. Каждому свидѣтелю, прежде привода его къ присягѣ, предлагаются вопросы, относящіеся къ опредѣленію его личности и отношеній къ участвующимъ въ дѣлѣ лицамъ.

Правило это установлено съ двоякой цѣлью: во-первыхъ, чтобы удостовѣриться въ самоличности свидѣтеля, а во-вторыхъ, чтобы посредствомъ разспросовъ свидѣтелей объ отношеніяхъ ихъ къ участвующимъ въ дѣлѣ лицамъ выяснить, нѣтъ ли какихъ-либо причинъ, могущихъ служить основаніемъ къ устраненію отъ допроса нѣкоторыхъ свидѣтелей. Имѣя въ виду цѣль, съ которой постановлено правило настоящей статьи, предсѣдатель суда именно и долженъ предлагать свидѣтелямъ такіе вопросы, чтобы цѣль постановленія закона по возможности достигалась, т.-е. чтобы судъ получилъ возможность какъ устранить отъ допроса свидѣтелей, по причинамъ, указаннымъ въ 371 ст., такъ равно и допросить тѣхъ именно лицъ, на которыхъ сдѣлана ссылка тяжущимися, а не другихъ. Кромѣ того, я долженъ замѣтить еще, что, въ виду постановленій слѣдующихъ статей о приводѣ къ присягѣ, предсѣдатель суда долженъ предложить свидѣтелямъ нѣкоторые вопросы относительно ихъ вѣроисповѣданія и о томъ, могутъ ли они принять присягу.

Ст. 395. Свидѣтели приводятся къ присягѣ по обряду своего вѣроисповѣданія, за исключеніемъ того случая, когда обѣ стороны, по взаимному согласію, освободятъ свидѣтеля отъ присяги.

Ст. 396. Отъ присяги освобождаются во всякомъ случаѣ:

1) Священно-служители и монашествующіе всѣхъ Христіанскихъ вѣроисповѣданій;

2) лица, принадлежащія къ вѣроисповѣданіямъ и сектамъ, не пріемлющимъ присяги; вмѣсто присяги они даютъ обѣщаніе показать всю правду по чистой совѣсти.

Приводъ свидѣтеля передъ допросомъ къ присягѣ есть весьма существенный обрядъ, потому что этой мѣрой законъ имѣлъ въ виду понудить свидѣтеля къ дачѣ наиболѣе достовѣрныхъ и безпристрастныхъ показаній. Кромѣ нравственнаго, такъ сказать, основанія ожидать отъ свидѣтеля, принявшаго присягу, большей правдивости и безпристрастныхъ показаній, есть еще и другое основаніе, заключающееся въ большей строгости карательныхъ законовъ въ отношеніи репрессіи за ложныя показанія, данныя подъ присягой. Такъ, уложеніе о наказаніяхъ за дачу ложныхъ показаній безъ присяги, если такое показаніе не было слѣдствіемъ подкупа, назначаетъ, какъ самое высшее наказаніе, тюремное заключеніе, между тѣмъ, какъ за ложное показаніе, данное подъ присягой, возвышаетъ наказаніе даже до лишенія всѣхъ правъ состоянія и ссылки въ каторжныя работы (236 и 943 ст.). Въ силу того, что приводъ свидѣтелей къ присягѣ представляется такой серьезной гарантіей въ отношеніи достовѣрности и безпристрастія показаній, обрядъ этотъ можетъ быть не соблюдаемъ только въ томъ случаѣ, когда обѣ стороны согласятся освободить свидѣтеля отъ принятія присяги. Выраженіе „обѣ стороны“ должно быть понимаемо въ томъ смыслѣ, что для освобожденія свидѣтеля отъ присяги необходимо согласіе всѣхъ лицъ, участвующихъ въ процессѣ, въ качествѣ стороны, такъ что, если хотя одинъ изъ истцовъ, или отвѣтчиковъ, не выразитъ своего согласія на освобожденіе свидѣтеля отъ присяги, принятіе ея должно считаться обязательнымъ, потому что никто изъ тяжущихся, безъ положительнаго согласія его, не можетъ быть лишенъ тѣхъ гарантій правильности отправленія правосудія, которыя предлагаются уставомъ. Въ виду того обстоятельства, что освобождаемы отъ присяги, въ силу правила разбираемой статьи, свидѣтели могутъ быть только вслѣдствіе согласія сторонъ, положительно выраженнаго, слѣдуетъ признать, что въ случаяхъ допроса свидѣтелей въ отсутствіи кого-либо изъ тяжущихся, свидѣтели не могутъ быть освобождаемы отъ принятія присяги, за исключеніемъ только того случая, когда бы отсутствующій тяжущійся ранѣе подалъ въ судъ заявленіе о согласіи его на освобожденіе кого-либо изъ свидѣтелей отъ присяги, а прочіе тяжущіеся заявили ихъ согласіе на это при допросѣ свидѣтелей. Не можетъ быть, конечно, никакого сомнѣнія въ томъ, что въ случаяхъ участія въ процессѣ третьихъ лицъ въ самостоятельной роли стороны процесса, освобожденіе свидѣтелей отъ присяги должно зависѣть и отъ ихъ согласія. Слѣдуетъ, кажется, даже полагать, что освобожденіе свидѣтелей отъ присяги должно зависѣть и отъ согласія на это третьихъ лицъ пособниковъ одной изъ сторонъ процесса, если только показанія свидѣтелей могутъ касаться въ чемъ-либо и ихъ интересовъ. Исключеніе изъ правила разбираемой статьи должно быть допущено, кажется, только по отношенію тѣхъ случаевъ, когда въ дѣлѣ въ качествѣ сторонъ хотя и принимаютъ участіе нѣсколько истцовъ и нѣсколько отвѣтчиковъ, но когда показанія свидѣтелей должны относиться только къ правамъ нѣкоторыхъ изъ нихъ и когда, вслѣдствіе этого, представляется, конечно, возможнымъ допускать допросъ свидѣтелей безъ присяги по согласію не всѣхъ тяжущихся, но только тѣхъ изъ нихъ, правъ которыхъ показанія свидѣтелей должны касаться, такъ какъ, въ этихъ случаяхъ требовать на освобожденіе свидѣтелей отъ присяги еще согласія прочихъ тяжущихся не представляется никакого основанія. Разбираемая статья постановляетъ, что свидѣтели должны быть приводимы къ присягѣ каждый по обряду его вѣроисповѣданія, но иногда, однако же, можетъ случиться, что въ томъ городѣ или въ томъ мѣстѣ, гдѣ производится допросъ, не окажется духовнаго лица, могущаго привести свидѣтеля иностраннаго исповѣданія къ присягѣ, между тѣмъ, на такой случай правило 395 ст. ничего не постановляетъ. Мнѣ кажется, что въ такомъ положеніи остается только руководствоваться правиломъ 715 ст. уст. угол. судопр., дозво-

ляющимъ, въ отсутствіи духовнаго лица, приводить къ присягѣ свидѣтелей иновѣрныхъ исповѣданій предсѣдателю суда, какъ это объяснилъ и сенатъ (рѣш. 1875 года, № 476); приводить же къ присягѣ свидѣтелей православныхъ во всякомъ случаѣ обязательно черезъ православнаго священника. Кромѣ того, по объясненію уголовнаго кассаціоннаго департамента сената, должно считаться допустимымъ приведеніе къ присягѣ по обрядамъ православнаго исповѣданія и черезъ православнаго священника и лицъ, принадлежащихъ къ другимъ христіанскимъ исповѣданіямъ (рѣш. 1869 года, № 564). Хотя, по правилу разбираемой статьи, свидѣтели должны быть приводимы къ присягѣ каждый по обряду ихъ вѣроисповѣданія, но понятно, что это требованіе должно считаться подлежащимъ точному исполненію только въ случаяхъ приведенія свидѣтелей къ присягѣ черезъ духовныхъ лицъ, но не въ случаяхъ приведенія ихъ къ присягѣ предсѣдателемъ суда, какъ это объяснилъ уголовный кассаціонный департаментъ сената (рѣш. 1871 года, № 155 и друг.), на томъ основаніи, что нельзя требовать соблюденія предсѣдателемъ суда, какъ лицамъ свѣтскимъ, всѣхъ тѣхъ религіозныхъ обрядовъ, которыми по нѣкоторымъ вѣроисповѣданіямъ, какъ, напр., по вѣроисповѣданію еврейскому, должно сопровождаться принятіе присяги и которые могутъ быть исполняемы только лицами духовными этихъ исповѣданій. Въ виду этого обстоятельства и слѣдуетъ признать, что обрядъ привода свидѣтелей иновѣрныхъ исповѣданій къ присягѣ предсѣдателемъ суда можетъ заключаться ни въ чемъ иномъ, какъ въ отобраніи отъ нихъ, по формулѣ, составленной хотя бы примѣнительно къ формулѣ православной присяги, обѣщанія, подтверждаемаго клятвой, показать по сущей правдѣ все, свидѣтелю извѣстное. Впрочемъ, съ другой стороны нельзя, кажется, также не признать, что и исполненіе предсѣдателемъ суда какихъ-либо особыхъ обрядовъ при приводѣ свидѣтелей иновѣрныхъ исповѣданій къ присягѣ, если только исполненіе этихъ обрядовъ можетъ служить для свидѣтелей побужденіемъ къ дачѣ болѣе правдивыхъ показаній и если, притомъ, исполненіе ихъ ни въ чемъ не можетъ оскорблять приличіе и нравственность, не должно считаться безусловно недопустимымъ, какъ употребленіе такого средства, которое не только ни въ чемъ не можетъ нарушать права тяжущихся, но даже можетъ иногда въ значительной степени содѣйствовать раскрытію истины. Какъ на примѣръ случая допущенія исполненія подобныхъ обрядовъ, я не могу не указать на одинъ любопытный случай приведенія къ присягѣ предсѣдателемъ суда язычника,—случай, сообщенный въ печати Иллюстровымъ, когда предсѣдатель суда, разспросивши свидѣтеля о томъ—допускаетъ ли его вѣра принятіе присяги и если допускаетъ, то въ чемъ она выражается, согласно его объясненіямъ объ этомъ, взялъ кусочекъ хлѣба, посолилъ его, надѣлъ на остріе ножа и подалъ свидѣтелю, который, стоя на колѣнахъ передъ судейскимъ столомъ, съѣлъ хлѣбъ прямо съ ножа (Юрид. Вѣст. 1885 г., кн. 1, стр. 189). По объясненію уголовнаго касаціоннаго департамента сената (рѣш. 1874 года, № 505), долженъ также считаться допустимымъ приводъ свидѣтелей иновѣрныхъ исповѣданій къ присягѣ предсѣдателемъ суда, вмѣсто духовнаго лица ихъ вѣроисповѣданія, по согласію сторонъ даже и въ томъ случаѣ, когда бы духовное лицо ихъ вѣроисповѣданія въ моментъ допроса свидѣтеля и находилось въ залѣ засѣданія суда. По отношенію, затѣмъ, собственно допроса свидѣтелей евреевъ сенатъ объяснилъ, что въ силу того обстоятельства, что евреи не могутъ принимать присяги въ субботніе и ихъ праздничные дни, они не должны быть вызываемы для допроса въ эти дни, а въ случаѣ вызова ихъ въ эти дни и неосвобожденія ихъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, сторонами отъ присяги, допросъ ихъ долженъ быть откладываемъ судомъ на другой день (рѣш. 1877 года, № 239). На практикѣ свидѣтели приводятся къ присягѣ обыкновенно всѣ вмѣстѣ и въ такомъ дѣй-

ствіи нельзя, кажется, видѣть нарушенія кого-либо закона, хотя изъ того, въ какомъ порядкѣ расположены въ уставѣ правила о допросѣ свидѣтелей, можно, пожалуй, сдѣлать нѣкоторое предположеніе о томъ, что свидѣтели должны быть не только допрашиваемы, но даже и приводимы къ присягѣ порознь; но такой порядокъ былъ бы только излишнимъ и безцѣльнымъ затрудненіемъ производства допроса.

Правило 396 ст. содержитъ въ себѣ исключеніе изъ общаго правила статьи предъидущей: въ ней указываются тѣ случаи, когда свидѣтели освобождаются отъ принятія присяги. Основаніемъ къ освобожденію лицъ, указанныхъ въ 1-мъ пунктѣ, служитъ духовный санъ этихъ лицъ и притомъ безъ различія христіанскихъ вѣроисповѣданій. Основаніемъ же къ освобожденію отъ присяги лицъ, указанныхъ во 2-мъ пунктѣ, служатъ религіозныя вѣрованія ихъ, не допускающія принятія присяги. Принуждать эти лица къ принятію присяги было бы такимъ насиліемъ надъ совѣстью, что законъ счелъ за лучшее отступить отъ общаго правила и дозволить лицамъ, принадлежащимъ къ вѣроисповѣданіямъ и сектамъ, не допускающимъ присяги, вмѣсто присяги, давать простое обѣщаніе показать всю правду по чистой совѣсти. Обѣщаніе это должно быть отобрано также предсѣдателемъ суда; но при освобожденіи отъ присяги лицъ, указанныхъ во 2-мъ пунктѣ, судъ не обязанъ, кажется, собирать какія-либо свѣдѣнія о томъ, дѣйствительно ли лицо, заявляющее, что по принадлежности къ извѣстному вѣроисповѣданію оно не можетъ принять присяги, на самомъ дѣлѣ принадлежитъ къ такому вѣроисповѣданію; а также не обязанъ собирать свѣдѣній о томъ, что по указанному свидѣтелемъ вѣроисповѣданію дѣйствительно не допускается принятіе присяги. Собираніе такихъ свѣдѣній могло бы повлечь за собой иногда довольно продолжительныя разысканія, во избѣжаніе чего судъ по необходимости долженъ въ этомъ случаѣ руководствоваться только заявленіемъ самого свидѣтеля, развѣ бы стороны представили несомнительныя доказательства лживости объясненій свидѣтеля въ этомъ отношеніи. Уставъ считаетъ достаточной гарантіей правдивости показаній лицъ, указанныхъ въ 1-мъ пунктѣ, ихъ духовный санъ, а лицъ, указанныхъ во 2-мъ — обѣщаніе показать по совѣсти, и, потому, показанія этихъ лицъ должны имѣть одинаковое значеніе съ присяжными показаніями прочихъ свидѣтелей. Самое обѣщаніе должно быть отбираемо также предсѣдателемъ суда. Никакой особой формы этого обѣщанія закономъ не установлено, вслѣдствіе чего, и слѣдуетъ считать допустимымъ отобраніе этого обѣщанія въ любыхъ, подходящихъ къ случаю выраженіяхъ, по усмотрѣнію предсѣдателя суда.

Ст. 397. Допросъ свидѣтеля начинается предложеніемъ ему объяснить то, что ему извѣстно по обстоятельствамъ, на которыя ссылаются тяжущіеся.

Ст. 398. Свидѣтель отвѣчаетъ на вопросы и даетъ свое показаніе изустно.

Ст. 399. Предсѣдатель суда можетъ остановить свидѣтеля, вдающагося въ разсказы объ обстоятельствахъ, не идущихъ къ дѣлу.

Какъ управленіе вообще засѣданіемъ уставъ предоставляетъ предсѣдателю, такъ точно и управленіе допросомъ свидѣтелей. Поэтому, предложеніе вопроса, указаннаго въ 397 ст., должно исходить также отъ предсѣдателя, который, въ силу правила 399 ст., можетъ всегда и остановить свидѣтеля, вдающагося въ разсказы, къ дѣлу не относящіеся. Вообще же по поводу правилъ цитированныхъ статей я долженъ сказать, что они настолько просты сами по себѣ, что я могу ограничиться указаніемъ только нѣкоторыхъ неточностей въ редакціи ихъ. Такъ, по поводу первой статьи я долженъ сказать, что свидѣтелю должно быть предложено дать объясненіе не по всѣмъ обстоятельствамъ дѣла, а только относительно тѣхъ фактовъ, о которыхъ предшествующимъ допросу опредѣленіемъ суда именно постановлено допро-

сить свидѣтеля. Постановленіе второй статьи, обязывающее свидѣтеля давать отвѣты изустно, вполнѣ раціонально и не только согласно съ началами состязательнаго процесса, но и какъ нельзя болѣе цѣлесообразно, потому что можетъ служить однимъ изъ могущественныхъ средствъ къ предупрежденію пристрастныхъ показаній. Свидѣтель при такомъ способѣ допроса не въ состояніи будетъ такъ хорошо заранѣе приготовиться къ отвѣтамъ, какъ это онъ могъ бы сдѣлать при возможности или просто представлять суду заранѣе написанныя имъ показанія, или прочитывать ихъ на судѣ. Но, несмотря на необходимость въ уставѣ правила 398 ст., на самомъ дѣлѣ, хотя и рѣдко, но могутъ встрѣтиться случаи, когда выполнить его въ точности окажется невозможнымъ. Для примѣра я укажу слѣдующій случай. По нашему уставу, какъ мы видѣли, глухонѣмые, но грамотные, не устраняются отъ свидѣтельства; давать отвѣты на словахъ они, конечно, не могутъ, какъ же, слѣдовательно, они должны быть допрошены на судѣ безъ нарушенія правила 398 ст.? Единственный способъ допросить такихъ свидѣтелей можетъ заключаться въ томъ, чтобы, примѣняясь къ правилу 732 ст. уст. угол. судопр., дать глухонѣмому письменные вопросы и отобрать отъ него тутъ же, въ засѣданіи, письменные отвѣты на вопросы. Мнѣ кажется, такой способъ допроса не будетъ нарушеніемъ правила этой статьи, потому что цѣль этого правила состоитъ главнымъ образомъ въ томъ, чтобы не допускать показаній заранѣе подготовленныхъ; въ настоящемъ же случаѣ, при неизвѣстности вопросовъ, никакой заблаговременной подготовки отвѣтовъ и быть не можетъ. Не должно кажется считаться, далѣе, нарушеніемъ правила разбираемой статьи объ обязательности для свидѣтеля давать его показанія непремѣнно изустно, дозволеніе свидѣтелю передъ дачей отвѣтовъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ и на нѣкоторые вопросы справляться съ имѣющимися у него замѣтками, или памятными записками. По мнѣнію Бентама, по крайней мѣрѣ, такое дозволеніе не должно считаться нарушеніемъ принципа изустности допроса и, потому, должно считаться допустимымъ въ тѣхъ случаяхъ, когда справка свидѣтеля съ имѣющимися у него замѣтками, или памятными записками представляется положительно необходимой, для освѣженія въ памяти свидѣтеля или событій, имѣвшихъ мѣсто болѣе или менѣе задолго до допроса, или же различныхъ числовыхъ и счетныхъ данныхъ, точное установленіе которыхъ представляется невозможнымъ безъ справки о нихъ свидѣтеля (О судеб. доказат., стр. 104). Въ подобныхъ случаяхъ дозволеніе справляться съ имѣющимися у свидѣтеля замѣтками, очевидно, ничего кромѣ пользы принести не можетъ, вслѣдствіе того, что можетъ только содѣйствовать болѣе точному констатированію спорныхъ фактовъ.

Ст. 400. По изложеніи свидѣтелемъ своего показанія, Предсѣдатель суда предоставляетъ сторонамъ сдѣлать свидѣтелю вопросы по всѣмъ предметамъ, которые каждая изъ нихъ признаетъ нужнымъ выяснить. Предсѣдатель суда и Члены, съ разрѣшенія Предсѣдателя, могутъ предлагать свидѣтелю и свои вопросы.

Ст. 401. При допросѣ свидѣтеля Предсѣдатель суда и Члены, съ разрѣшенія Предсѣдателя, могутъ для разъясненія дѣла предлагать вопросы тяжущимся.

Ст. 404. Для разъясненія разнорѣчія въ показаніяхъ свидѣтелей по существеннымъ предметамъ, судъ назначаетъ имъ очную ставку.

Согласно правиламъ, выраженнымъ въ настоящихъ статьяхъ, порядокъ допроса свидѣтелей представляется въ слѣдующемъ видѣ. Послѣ перваго объясненія свидѣтеля предсѣдатель суда предоставляетъ самимъ тяжущимся предлагать вопросы свидѣтелямъ, а затѣмъ если факты, о которыхъ свидѣтели призваны показать, не будутъ достаточно уяснены, дальнѣйшіе вопросы свидѣтелю могутъ быть предлагаемы какъ самимъ предсѣдателемъ, такъ и членами съ разрѣшенія его, причемъ, необходимые для разъясненія обстоя-

тельствъ дѣла вопросы могутъ быть предлагаемы и самимъ тяжущимся. Нечего, кажется, и говорить о томъ, что если бы оказалось, что какіе-либо вопросы, предлагаемые свидѣтелямъ тяжущимися, или не относятся къ обстоятельствамъ дѣла, или же не имѣютъ существеннаго для констатированія спорныхъ фактовъ значенія, предсѣдателю должно принадлежать право устранять подобные вопросы. Наконецъ, въ случаѣ разнорѣчія въ показаніяхъ свидѣтелей по существеннымъ предметамъ и для устраненія разнорѣчія, судъ назначаетъ свивѣтелямъ очную ставку. Во-первыхъ, по поводу правила 400 ст. я считаю должнымъ повторить, что оно должно быть понимаемо не иначе, какъ въ связи съ правиломъ 376 ст., т.-е. что предсѣдатель, несмотря на нѣкоторую общность выраженія 400 ст., долженъ однако же предоставлять сторонамъ предлагать свидѣтелю вопросы только по тѣмъ фактамъ, которые указаны въ опредѣленіи суда о допросѣ. Хотя въ 400 ст. и сказано: „предсѣдатель суда предоставляетъ сторонамъ сдѣлать свидѣтелю вопросы по всѣмъ предметамъ, которые каждая изъ нихъ признаетъ нужнымъ выяснить“, но понятно, что предоставлять по буквѣ этого выраженія сторонамъ право производить допросъ въ отношеніи фактовъ, въ опредѣленіи суда неуказанныхъ, значило бы предоставить имъ право отмѣнять опредѣленіе суда—результатъ невозможный. Если же на самомъ дѣлѣ окажется необходимымъ допросить свидѣтеля относительно фактовъ, въ опредѣленіи суда неуказанныхъ, то для этого существуетъ другой, легальный путь, именно стороны могутъ въ такомъ случаѣ просить судъ измѣнить его первоначальное опредѣленіе о допросѣ, что́ судъ, какъ мы это видѣли выше, всегда въ правѣ сдѣлать, а затѣмъ, послѣ измѣненія опредѣленія, что́ можетъ послѣдовать тутъ же въ засѣданіи во время допроса, стороны получатъ право допрашивать свидѣтеля и по другимъ фактамъ, въ новомъ опредѣленіи указаннымъ. По поводу же правила 404 ст. я замѣчу, что очная ставка свидѣтелямъ можетъ быть назначена только судомъ, но не единоличной властью предсѣдателя. Хотя въ уставѣ и не указано, чтобы свидѣтель обязанъ былъ непремѣнно отвѣчать на всѣ предлагаемые ему вопросы, но, несмотря на это, слѣдуетъ полагать, что на свидѣтелѣ должна лежать эта обязанность, вслѣдствіе того, что въ противномъ случаѣ и самый допросъ свидѣтеля былъ бы безполезнымъ. Скорѣе не можетъ не показаться страннымъ то обстоятельство, что уставъ не указываетъ никакихъ границъ выполненія свидѣтелемъ этой обязанности, въ чемъ, какъ мнѣ кажется, нельзя не видѣть довольно существеннаго пробѣла. Пробѣлъ этотъ заключается собственно въ томъ, что въ правилахъ разбираемыхъ статей не указываются случаи допустимости частичнаго отказа свидѣтеля отъ дачи показаній, или отказа отъ дачи отвѣтовъ на нѣкоторые вопросы. Уставъ уголовнаго судопроизводства (ст. 722) дозволяетъ свидѣтелю не отвѣчать на такіе вопросы, отвѣты на которые уличали бы самого свидѣтеля въ какомъ-либо преступленіи; а уставъ германскій указываетъ, кромѣ этого, еще слѣдующіе случаи, когда свидѣтель можетъ и не отвѣчать на предлагаемые ему вопросы: а) когда бы отвѣты свидѣтеля могли причинить ему, или лицамъ, вообще ему близкимъ, какой-либо вредъ; б) когда бы отвѣты свидѣтеля могли причинить безчестіе, или возбудить опасность уголовнаго преслѣдованія его, или близкихъ ему лицъ и в) когда бы отвѣты свидѣтеля могли служить къ раскрытію тайны его искусства или ремесла (§ 340). Всѣ эти причины допустимости отказа отъ дачи отвѣтовъ на нѣкоторые вопросы настолько существенны, что должны быть принимаемы во вниманіе и у насъ, при обсужденіи вопроса объ уважительности уклоненія свидѣтеля отъ дачи отвѣтовъ. Кромѣ того, уклоненіе свидѣтеля отъ дачи отвѣтовъ только на нѣкоторые вопросы по послѣдствіямъ и вообще ни въ какомъ случаѣ не должно быть приравниваемо къ отказу отъ свидѣтельства. Нельзя, кажется, не принять къ руководству по отношенію допроса свидѣтелей и у насъ и

другое совершенно раціональное постановленіе устава германскаго о томъ, что въ случаяхъ отказа отъ допроса кого-либо изъ свидѣтелей тяжущимся, сдѣлавшимъ на него ссылку, свидѣтель этотъ все же можетъ быть подвергнутъ допросу по требованію стороны противной (§ 364), на томъ основаніи, что пользованіе всякимъ доказательствамъ, разъ въ судъ представленнымъ которой-либо изъ сторонъ процесса, должно уже принадлежать обѣимъ сторонамъ.

Что же касается собственно характера постановленій, выраженныхъ въ разбираемыхъ статьяхъ, то, какъ по смыслу выраженій, такъ и самому значенію постановленій, можно заключить, что характеръ императивный имѣютъ: правило 400 ст.—въ отношеніи предоставленія сторонамъ права предлагать вопросы свидѣтелямъ и правило 404 ст.—въ отношеніи обязанности суда разъяснять противорѣчія въ показаніяхъ назначеніемъ свидѣтелямъ очныхъ ставокъ, и что, затѣмъ, правила 401 и 400 ст. въ отношеніи права предсѣдателя и членовъ суда предлагать вопросы свидѣтелямъ и тяжущимся отличаются характеромъ факультативнымъ. Не такъ, однако же, повидимому, смотритъ на значеніе правила объ очныхъ ставкахъ сенатъ, который придаетъ правилу 404 ст. только характеръ факультативный и говоритъ, что отъ усмотрѣнія суда зависитъ дать или не дать свидѣтелямъ очную ставку (рѣш. 1870 года, № 1710). Но это положеніе сената, какъ мнѣ кажется, прямо противорѣчитъ тексту 404 ст., въ которой говорится, что для разъясненія разнорѣчія въ показаніяхъ свидѣтелей по существеннымъ предметамъ судъ назначаетъ имъ очную ставку. Послѣднее выраженіе статьи съ очевидной ясностью указываетъ на императивный характеръ правила, въ силу котораго судъ положительно обязанъ назначить очную ставку, если только условія, выраженныя въ 404 ст. для этого дѣйствія, на лицо, что и понятно, потому что это единственная мѣра, предлагаемая уставомъ къ разъясненію разнорѣчія въ показаніяхъ свидѣтелей, принятіе или непринятіе которой, по важности ея, никоимъ образомъ не можетъ быть предоставлено полному и безконтрольному усмотрѣнію суда. Судъ можетъ только находить по своему усмотрѣнію, есть ли на лицо условія, вызывающія необходимость назначенія очной ставки, или нѣтъ, т.-е. можетъ признавать или не признавать, напр., обстоятельства, до которыхъ разнорѣчіе въ показаніяхъ свидѣтелей относится, существенными или несущественными для разрѣшенія спора, или можетъ находить, что самаго разнорѣчія въ показаніяхъ свидѣтелей не существуетъ; но коль скоро самъ судъ признаетъ, что условія эти на лицо, онъ, какъ мнѣ кажется, не въ правѣ, затѣмъ, отказать въ назначеніи очной ставки, въ особенности если сами стороны будутъ домогаться разъясненія разнорѣчія посредствомъ принятія этой мѣры. По мнѣнію Гольмстена, высказанному въ его рецензіи на настоящій „Опытъ комментарія“, хотя судъ также долженъ быть признаваемъ положительно обязаннымъ давать очную ставку свидѣтелямъ въ случаяхъ наличности только-что указанныхъ условій допустимости назначенія очныхъ ставокъ, но, несмотря на это, по мнѣнію Гольмстена, за правиломъ разбираемой статьи не можетъ быть признаваемъ характеръ императивный, на томъ основаніи, что отъ усмотрѣнія суда должно зависѣть признаніе наличности условій допустимости назначенія очныхъ ставокъ (Журн. гражд. и угол. пр. 1880 г., кн. 3, стр. 141).

Ст. 406. Показаніе свидѣтеля записывается, по возможности, точными его словами, въ протоколѣ, который прочитывается свидѣтелю и имъ подписывается на языкѣ ему извѣстномъ; за безграмотныхъ протоколъ подписывается, въ ихъ присутствіи, однимъ изъ Членовъ суда.

Ст. 405. Къ допросу свидѣтеля, не понимающаго русскаго языка, приглашается переводчикъ и показанія свидѣтеля записываются на обоихъ языкахъ.

Въ уставѣ гражданскаго судопроизводства нѣтъ особыхъ правилъ о со-

ставленіи протоколовъ судебнаго засѣданія; но въ силу того, что составленіе протокола судебнаго засѣданія требуется и по дѣламъ гражданскимъ, между тѣмъ, какъ въ уставѣ особыхъ правилъ по этому предмету нѣтъ, остается только руководствоваться въ этомъ отношеніи правилами устава уголовнаго судопроизводства, изложенными въ статьяхъ 835—845, насколько эти правила могутъ быть примѣнимы къ гражданскому процессу. Руководствуясь же этими правилами, слѣдуетъ полагать, что свидѣтельскія показанія записываются въ протоколъ секретаремъ или его помощникомъ, смотря по тому, кто изъ нихъ присутствовалъ въ засѣданіи по дѣлу. По запискѣ, показанія должны быть прочитаны секретаремъ. Цѣль такого прочтенія заключается именно въ томъ, чтобы, во-первыхъ, удостовѣриться въ вѣрности записки, а во-вторыхъ, чтобы, въ случаѣ неполноты или невѣрности записки, исправить протоколъ, согласно указаніямъ не только самихъ свидѣтелей, но также согласно указаніямъ суда и сторонъ. Имѣя въ виду эту цѣль правила 406 ст., судъ долженъ всегда допускать исправленіе протокола, хотя объ этомъ въ самой статьѣ и ничего не говорится, и затѣмъ уже, по прочтеніи и исправленіи показаній, протоколъ долженъ быть предложенъ для подписи свидѣтелямъ, или одному изъ членовъ суда, подписывающему протоколъ за неграмотныхъ свидѣтелей. По поводу правила 405 ст. возникаетъ, во-первыхъ, вопросъ о томъ, кѣмъ должны быть записаны въ протоколѣ показанія свидѣтеля, не понимающаго русскаго языка, на языкѣ иностранномъ? Требовать записки показаній на иностранномъ языкѣ отъ секретаря невозможно, поэтому, остается только допустить, что показанія свидѣтеля должны быть записаны въ протоколъ, какъ на языкѣ иностранномъ, такъ и въ русскомъ переводѣ, тѣмъ переводчикомъ, который, на основаніи 405 ст., былъ бы приглашенъ судомъ для производства допроса. Въ переводчики, если при судѣ нѣтъ присяжнаго переводчика, можетъ быть приглашаемо и всякое частное лицо, знающее тотъ иностранный языкъ, на которомъ свидѣтель въ состояніи давать показанія. Эти послѣднія лица могутъ быть приглашаемы на томъ основаніи, что въ 405 ст. говорится вообще — „приглашается переводчикъ“, но, вмѣстѣ съ тѣмъ, не воспрещается приглашать въ переводчики и лицъ частныхъ; но, мнѣ кажется, что въ случаѣ приглашенія въ переводчики лица частнаго, необходимо, примѣняясь къ правилу 730 ст. уст. угол. судопр., чтобы лицо это, прежде чѣмъ, приступитъ къ отправленію обязанности переводчика, было приведено къ присягѣ, причемъ, должны быть допущены на общемъ основаніи и отводы противъ лица, призваннаго въ переводчики. Соблюденіе въ этомъ случаѣ правила 730 ст. уст. угол. судопр. необходимо потому, что присяга можетъ служить единственной мѣрой, могущей служить гарантіей тому, что переводчикъ исполнитъ свою обязанность добросовѣстно.

Ст. 402. Каждый допрошенный свидѣтель долженъ оставаться въ засѣданіи суда до окончанія допроса всѣхъ свидѣтелей, если Предсѣдатель суда не дозволитъ удалиться раньше.

Ст. 403. Свидѣтель можетъ быть снова допрошенъ въ то же засѣданіе или впослѣдствіи, если самъ того пожелаетъ или если о томъ постановитъ судъ, по просьбѣ кого-либо изъ тяжущихся или по своему усмотрѣнію.

Правило первой статьи установлено, конечно, съ тою цѣлью, чтобы дать суду возможность или передопросить снова свидѣтеля, или чтобы, въ случаѣ разнорѣчія въ показаніяхъ, назначить очную ставку и, наконецъ, чтобы, согласно указаніямъ свидѣтеля, исправить протоколъ, который обыкновенно прочитывается по окончаніи допроса и по отобраніи показаній отъ всѣхъ свидѣтелей. Но объ обязанности оставаться въ засѣданіи до окончанія допроса долженъ напоминать свидѣтелямъ предсѣдатель суда, такъ какъ свидѣтели могутъ объ этомъ и не знать. Въ случаѣ же удаленія свидѣтеля изъ засѣданія ранѣе окончанія допроса, безъ разрѣшенія предсѣдателя и до подписанія

имъ протокола, возможно только одно — вызвать этого свидѣтеля вновь для допроса на другой срокъ. Разрѣшить же удалиться свидѣтелю изъ засѣданія предсѣдатель суда въ правѣ во всякомъ случаѣ не прежде, какъ по прочтеніи ему его показаній и послѣ подписи имъ протокола. Правило 403 ст. имѣетъ чрезвычайно важное судопроизводственное значеніе, потому что въ немъ выражено общее начало, въ силу котораго нашимъ уставомъ вообще допускается передопросъ свидѣтелей, какъ въ то же засѣданіе, такъ и впослѣдствіи; а это именно и имѣетъ особое значеніе въ томъ отношеніи, что, въ силу этого правила, посредствомъ передопроса становится всегда возможнымъ исправленіе упущеній, которыя могли бы быть допущены при первомъ допросѣ, вслѣдствіе чего, и сторона, черезъ упущенія въ допросѣ, никогда не можетъ быть лишена доказательства посредствомъ указанныхъ ею свидѣтелей. Передопросъ можетъ быть допущенъ какъ въ то же засѣданіе, такъ и впослѣдствіи. Изъ этого правила вытекаетъ еще и другое, довольно важное положеніе, заключающееся въ томъ, что по нашему уставу не предписывается непремѣнно оканчивать допросъ свидѣтелей въ одно засѣданіе, а что, напротивъ, допросъ можетъ быть производимъ и въ нѣсколькихъ засѣданіяхъ, смотря по обстоятельствамъ. Но, передопросъ можетъ быть производимъ не иначе, какъ по опредѣленію о томъ суда, или по его собственному усмотрѣнію, или по просьбѣ тяжущихся, или, наконецъ, по желанію самого свидѣтеля. Судъ, конечно, въ правѣ всегда отказать въ передопросѣ, если находитъ обстоятельства дѣла достаточно разъясненными, — будутъ ли просить о передопросѣ стороны или самъ свидѣтель, между тѣмъ, какъ правило разбираемой статьи редактировано въ такомъ видѣ, что даетъ поводъ предполагать, что передопросъ по желанію свидѣтеля обязателенъ; но какая надобность передопрашивать непремѣнно свидѣтеля по его желанію, если его дальнѣйшія показанія по обстоятельствамъ дѣла представляются совершенно излишними и безполезными, и на какомъ основаніи лишать судъ права при такихъ обстоятельствахъ устранять безполезныя объясненія свидѣтеля. Поэтому, остается признать за правиломъ 403 ст. вообще значеніе постановленія безусловно характера факультативнаго.

Мнѣ остается теперь разсмотрѣть еще тѣ статьи устава, которыя относятся исключительно до порядка производства допроса членомъ суда.

Ст. 388. Членъ суда, производящій допросъ свидѣтеля, пользуется правами Предсѣдателя суда относительно охраненія порядка судебныхъ засѣданій и разрѣшенія возникающихъ между сторонами недоумѣній и пререканій.

Ст. 390. Тяжущіеся и ихъ повѣренные имѣютъ право присутствовать при допросѣ свидѣтелей, хотя бы онъ производился и въ частномъ домѣ, и привести съ собой постороннихъ лицъ, но не болѣе двухъ съ каждой стороны.

Мнѣ кажется, что правило 388 ст., опредѣляющее права члена, производящаго допросъ, должно быть понимаемо нѣсколько шире, противъ буквальнаго смысла его; именно — члену должны принадлежать права предсѣдателя не только въ отношеніи охраненія порядка въ засѣданіи и разрѣшенія пререканій между сторонами, но должны быть предоставлены всѣ права предсѣдателя по отношенію самаго производства допроса; такъ, члену должно быть предоставлено, напр., право приводить къ присягѣ свидѣтелей иновѣрныхъ исповѣданій въ случаѣ неимѣнія въ мѣстѣ допроса духовнаго лица того вѣроисповѣданія, къ которому принадлежитъ свидѣтель, а также должны быть предоставлены и нѣкоторыя права, принадлежащія суду, какъ, напр., право разрѣшить заявляемые противъ свидѣтеля отводы, назначать очныя ставки свидѣтелямъ и проч. Нѣтъ сомнѣнія, что допросъ долженъ быть производимъ членомъ въ томъ же порядкѣ и по тѣмъ же правиламъ, которыя преподаны уставомъ въ отношеніи порядка допроса въ присутствіи суда, только прото-

колъ допроса долженъ быть составленъ самимъ членомъ суда, производящимъ допросъ, такъ какъ, членъ производитъ допросъ единолично и въ отсутствіи секретаря.

Правило 390 ст. гарантируетъ по возможности публичность засѣданія при производствѣ допроса членомъ, дозволяя не только присутствовать при допросѣ, если бы даже допросъ происходилъ въ частномъ домѣ, самимъ тяжущимся и ихъ повѣреннымъ, но и предоставляя имъ право приводить съ собою лицъ постороннихъ по два съ каждой стороны. Послѣднее выраженіе указываетъ, что привести къ допросу имѣетъ право не каждый тяжущійся по два постороннихъ лица, а всѣ истцы и всѣ отвѣтчики вмѣстѣ имѣютъ право привести по два постороннихъ лица. Все это зависитъ, впрочемъ, отъ усмотрѣнія самихъ сторонъ, которыя могутъ какъ сами присутствовать при допросѣ, такъ и приводить постороннихъ лицъ, но могутъ этого и не дѣлать, хотя о времени допроса тяжущіеся должны быть предварительно, на основаніи правила 382 ст., увѣдомлены непремѣнно, безъ различія — будетъ ли допросъ на мѣстѣ производиться по просьбѣ самого свидѣтеля, или по другимъ обстоятельствамъ, такъ что правилу 382 ст. должно быть придаваемо болѣе общее значеніе, чѣмъ придали ему составители уставовъ, включивъ его въ эту статью, предусматривающую только одинъ частный случай допроса на мѣстѣ — по просьбѣ самого свидѣтеля. Придавать правилу 382 ст. такое распространительное значеніе необходимо потому, что во всѣхъ случаяхъ допроса свидѣтелей на мѣстѣ черезъ члена, въ опредѣленіи суда о допросѣ, срокъ допроса не означается, такъ что тяжущіеся, которые по закону имѣютъ право присутствовать при допросѣ, безъ особаго увѣдомленія, будутъ лишены, не зная времени допроса, права присутствовать при немъ. Если тяжущіеся были своевременно увѣдомлены о днѣ допроса, то неявка ихъ, какъ при допросѣ въ общемъ порядкѣ въ присутствіи суда, не останавливаетъ производства допроса членомъ суда; если же они увѣдомлены не были, или если даже въ дѣлѣ нѣтъ удостовѣренія объ увѣдомленіи ихъ, то членъ суда обязанъ отложить допросъ и назначить вызовъ сторонъ на новый срокъ.

Ст. 387. Въ случаяхъ, означенныхъ въ статьяхъ 382 и 386, протоколъ свидѣтельскихъ показаній прочитывается въ засѣданіи суда; при неясности или неполнотѣ показаній свидѣтеля, судъ можетъ назначить новый допросъ.

Ст. 389. На дѣйствія лица, производившаго допросъ, могутъ быть приносимы суду жалобы въ теченіе *трехъ дней* отъ окончанія допроса. Жалобы могутъ быть поданы также лицу, производившему допросъ или же занесены имъ, по требованію тяжущагося или свидѣтеля, въ протоколъ.

Когда допросъ былъ произведенъ членомъ суда, то протоколъ показаній свидѣтеля, составленный членомъ, на основаніи правила 387 ст. долженъ быть прочитанъ въ засѣданіи суда при докладѣ дѣла, и именно долженъ быть прочитанъ, а не доложенъ. Въ отношеніи же собственно правъ члена, производящаго допросъ, изъ правила этой статьи можетъ быть сдѣланъ тотъ выводъ, что членъ суда не въ правѣ дѣлать распоряженій о передопросѣ свидѣтеля, такъ какъ статьей этой право постановлять опредѣленіе о передопросѣ предоставляется только суду, который въ силу этой статьи въ правѣ распорядиться о передопросѣ по собственному усмотрѣнію, въ случаѣ неполноты или неясности показаній свидѣтеля. Не можетъ быть, кажется, также сомнѣнія въ томъ, что судъ и въ этомъ случаѣ въ правѣ постановить опредѣленіе о передопросѣ, въ силу общаго правила 403 ст., не только по своему усмотрѣнію, но и по просьбѣ сторонъ.

Что касается, далѣе, правила 389 ст., то имъ вообще допускаются жалобы на дѣйствія члена, производившаго допросъ, какъ со стороны тяжущихся, такъ и свидѣтелей. Жалоба эта должна быть принята самимъ членомъ, если

жалоба будетъ письменная, или должна быть записана въ протоколъ, въ случаѣ словеснаго заявленія; суду же можетъ быть, кажется, подано только письменное прошеніе въ теченіе трехъ дней, считая со дня окончанія допроса, и, притомъ, жалоба должна быть подана тому суду, къ составу котораго принадлежитъ членъ, производившій допросъ. Жалобы могутъ быть всякаго рода; а разсматриваемы и разрѣшаемы жалобы эти должны быть, конечно, судомъ въ частномъ порядкѣ въ публичномъ засѣданіи.

Таковы правила нашего устава о порядкѣ допроса свидѣтелей. Въ догматическомъ отношеніи ихъ можно признать почти удовлетворительными, но главнѣйшій ихъ недостатокъ заключается въ томъ, что въ нихъ ничего не говорится о послѣдствіяхъ нарушенія или несоблюденія тѣхъ или другихъ правилъ въ отдѣльности. Вслѣдствіе такого пробѣла въ уставѣ, разрѣшеніе вопроса о послѣдствіяхъ нарушеній представляетъ для комментатора въ настоящемъ случаѣ довольно значительное затрудненіе, тѣмъ болѣе, что практика сената даетъ въ этомъ отношеніи также весьма мало руководящихъ началъ, между тѣмъ, какъ вопросъ о послѣдствіяхъ, какъ это понятно и само собой, долженъ быть разрѣшенъ такимъ образомъ, чтобы выводы не только не противорѣчили, но были согласны вообще съ духомъ правилъ устава о доказательствахъ. Для достиженія такого результата мнѣ кажется возможнымъ только одинъ путь—это, уяснивъ сперва значеніе правилъ устава о порядкѣ допроса свидѣтелей и принявъ, затѣмъ, во вниманіе ту цѣль, съ которой установлены тѣ или другія правила, опредѣлить, наконецъ, въ чемъ собственно должны заключаться послѣдствія тѣхъ или другихъ нарушеній. При такомъ пріемѣ толкованія выводы относительно существа самыхъ послѣдствій нарушеній будутъ, по крайней мѣрѣ, имѣть основаніе въ положительно выраженныхъ правилахъ устава, хотя правила эти и имѣютъ, какъ я сказалъ, только догматическое значеніе.

Что касается прежде всего значенія правилъ устава о порядкѣ допроса свидѣтелей, то изъ общаго обзора ихъ нетрудно убѣдиться, что правила эти установлены въ интересѣ частномъ, въ интересѣ самихъ сторонъ процесса, лучшимъ доказательствомъ чему можетъ служить, напр., постановленіе 395 ст. о приводѣ свидѣтелей къ присягѣ. Если уставъ принятіе такой важной мѣры, какъ приводъ свидѣтелей къ присягѣ,—мѣры, долженствующей служить одной изъ самыхъ существенныхъ гарантій безпристрастія и достовѣрности показаній свидѣтелей, считалъ возможнымъ поставить въ зависимость отъ воли сторонъ, что собственно и служитъ однимъ изъ отличительныхъ признаковъ правилъ закона, устанавливаемыхъ въ интересѣ частномъ, то, тѣмъ болѣе, слѣдуетъ признать, что остальныя постановленія устава, относящіяся до порядка допроса свидѣтелей, также установлены въ интересѣ частномъ, а не общественномъ. Если же признавать такое именно значеніе за указанными правилами устава, то необходимо будетъ придти, далѣе, къ тому положенію, что никакія нарушенія правилъ устава о порядкѣ допроса свидѣтелей не могутъ имѣть ipso jure никакого вліянія на послѣдовавшее, затѣмъ, рѣшеніе суда, безъ жалобы сторонъ. Но для насъ именно то и важно опредѣлить, какія должны быть послѣдствія нарушенія разсматриваемыхъ правилъ вслѣдствіе жалобы стороны. Замѣчу при этомъ, что, такъ какъ, здѣсь рѣчь идетъ о послѣдствіяхъ нарушеній правилъ устава о порядкѣ допроса свидѣтелей, какъ о послѣдствіяхъ нарушеній самаго закона, безъ всякаго отношенія къ внутреннему фактическому содержанію самихъ показаній, то и послѣдствія нарушеній должны быть одинаковы—приносится ли апелляціонная жалоба на нарушенія, допущенныя въ первой инстанціи, или кассаціонная — на нарушенія, допущенныя во второй инстанціи—вся разница будетъ только въ томъ, что въ первомъ случаѣ сама апелляціонная инстанція обязана будетъ исправить допущенныя окружнымъ судомъ нарушенія; а во второмъ — сенатъ, когда

нарушенія будутъ такого рода, что должны повлечь отмѣну рѣшенія, отмѣнивъ рѣшеніе палаты, поручитъ тѣмъ самымъ другой судебной палатѣ исправленіе нарушеній. Но не всѣ нарушенія, какъ мы это сейчасъ увидимъ, могутъ быть такого рода, что исправленіе ихъ безусловно необходимо. Для опредѣленія же того, нарушеніе какихъ именно правилъ и при какихъ условіяхъ должно влечь за собой исправленіе упущеній, я долженъ указать смыслъ этихъ правилъ, принявъ во вниманіе ту цѣль, съ которой установлены тѣ или другія правила въ отдѣльности.

По цѣли, съ которой установлены тѣ или другія правила устава о порядкѣ допроса свидѣтелей, они могутъ быть раздѣлены на нѣсколько категорій. Во-1-хъ, нѣкоторыя правила, какъ мы видѣли, отличаются характеромъ факультативнымъ—это постановленія 400 и 401 ст. въ отношеніи права предсѣдателя и членовъ суда предлагать свидѣтелямъ и самимъ тяжущимся вопросы, а также правило о передопросѣ свидѣтелей. Во-2-хъ, нѣкоторыя правила установлены съ цѣлью достиженія возможнаго безпристрастія и достовѣрности показаній свидѣтелей, какъ правила: объ удаленіи свидѣтелей въ особую комнату и о допросѣ ихъ порознь, о предложеніи свидѣтелямъ предварительныхъ вопросовъ объ ихъ личности и объ отношеніяхъ ихъ къ тяжущимся, о приводѣ свидѣтелей къ присягѣ, объ изустныхъ отвѣтахъ свидѣтелей. Къ 3-й категоріи должны быть отнесены правила, установленныя съ цѣлью возможно бо̀льшаго достиженія полноты показаній свидѣтелей по внутреннему ихъ содержанію и возможно большей достовѣрности въ констатированіи ихъ, какъ правила: о правѣ сторонъ предлагать свидѣтелямъ вопросы и объ обязанности предсѣдателя предлагать вопросы, указанные въ 397 ст., и устранять въ показаніяхъ свидѣтеля все, не идущее къ дѣлу, о назначеніи очныхъ ставокъ, о приглашеніи переводчика и о записки показаній свидѣтеля въ протоколѣ. Наконецъ, къ 4-й категоріи должны быть отнесены правила, установленныя только съ цѣлью достиженія наибольшаго удобства въ самомъ порядкѣ допроса свидѣтеля, правила, имѣющія чисто формальное значеніе, какъ постановленія: объ очереди допроса свидѣтелей и обязанности свидѣтелей оставаться въ засѣданіи до окончанія допроса. Смотря по цѣли, преслѣдуемой правилами той или другой категоріи, и самыя послѣдствія нарушеній ихъ должны быть различны; но, прежде, чѣмъ указать, какія именно должны быть послѣдствія нарушеній правилъ той или другой категоріи, я считаю необходимымъ выяснить, при какихъ условіяхъ, въ случаѣ допущенія нарушеній, послѣдствія отступленій только и могутъ наступать.

Въ этомъ отношеніи, по моему мнѣнію, во-первыхъ необходимо, чтобы нарушенія были настолько существенны, что имѣли бы прямое вліяніе на интересы той или другой стороны, что̀ въ свою очередь возможно лишь тогда, когда послѣдовавшее за допросомъ рѣшеніе дѣла по существу или будетъ основано на показаніяхъ свидѣтелей, отобранныхъ съ такими нарушеніями, вслѣдствіе которыхъ самыя показанія не могутъ быть признаны въ силѣ судебнаго доказательства; или когда, напротивъ, рѣшеніемъ будутъ отвергнуты показанія свидѣтеля какъ доказательство, и когда это будетъ, притомъ, именно слѣдствіемъ допущенныхъ при допросѣ нарушеній правилъ о порядкѣ допроса. Во-вторыхъ, необходимо, чтобы нарушенія, допущенныя судомъ, не только нарушали интересы сторонъ, но и были сами по себѣ достаточно и своевременно констатированы. Для того, чтобы уяснить значеніе этого послѣдняго условія, я долженъ показать сперва, какимъ образомъ нарушенія тѣхъ или другихъ формъ процесса вообще могутъ быть констатированы. Выше я уже замѣтилъ, что хотя въ уставѣ гражданскаго судопроизводства нѣтъ особыхъ правилъ о протоколахъ судебнаго засѣданія, но что, тѣмъ не менѣе, протоколъ долженъ быть веденъ; если же протоколу судебнаго засѣданія по

гражданскому дѣлу придавать то же значеніе, какое онъ имѣетъ въ процессѣ уголовномъ, то, вмѣстѣ съ тѣмъ, придется, на основаніи 845 ст. уст. угол. судопр., признать, что тѣ установленные закономъ формы и обряды судопроизводства, о соблюденіи которыхъ нѣтъ удостовѣренія въ протоколѣ судебнаго засѣданія, должны считаться нарушенными, или, лучше сказать, несоблюденными, опущенными. Если, такимъ образомъ, протоколъ судебнаго засѣданія по гражданскому процессу долженъ быть веденъ примѣнительно къ правиламъ устава уголовнаго судопроизводства о протоколахъ, т.-е. что въ протоколѣ судебнаго засѣданія должны быть отмѣчены всѣ дѣйствія, совершившіяся на судѣ, то отсутствіемъ въ протоколѣ отмѣтки о совершеніи того или другого судопроизводственнаго дѣйствія, предписаннаго правилами устава о допросѣ свидѣтелей, и будетъ констатированъ самый фактъ нарушенія или несоблюденія судомъ того или другого правила о порядкѣ допроса свидѣтелей. Но одного факта нарушенія или несоблюденія того или другого правила о порядкѣ допроса свидѣтелей, хотя бы самый фактъ нарушенія и былъ констатированъ указаннымъ способомъ, еще недостаточно для того, чтобы нарушеніе влекло за собой какія-либо послѣдствія, необходимо еще совмѣстное существованіе другого вышеуказаннаго условія,—необходимо, чтобы нарушеніе оказывало существенное вліяніе на интересы жалующейся стороны; но для того, чтобы при такихъ условіяхъ нарушеніе влекло извѣстныя послѣдствія, необходимо, мнѣ кажется, еще, чтобы сторона, интересы которой тѣми или другими упущеніями нарушены, считала эти нарушенія существенными въ самый моментъ упущенія и принимала своевременно мѣры къ огражденію своихъ интересовъ во время самаго производства допроса. Это послѣднее требованіе я основываю собственно на томъ обстоятельствѣ, что правила о порядкѣ допроса свидѣтелей имѣютъ, какъ мы видѣли нѣсколько выше, значеніе правилъ, установленныхъ въ интересѣ частномъ, въ интересѣ самихъ сторонъ процесса, вслѣдствіе чего, и точное соблюденіе этихъ правилъ должно стоять въ нѣкоторой степени подъ контролемъ самихъ сторонъ процесса, изъ чего вытекаетъ далѣе само собой то послѣдствіе, что противъ стороны, не требовавшей своевременно исправленія допущеннаго судомъ нарушенія, или не требовавшей своевременно въ моментъ производства допроса совершенія того ли другого дѣйствія, существеннаго для ея интересовъ, является само собой предположеніе о томъ, что сторона и не считала совершеніе этого дѣйствія, предусмотрѣннаго правилами устава о порядкѣ допроса свидѣтелей, существенно необходимымъ для ея интересовъ, и, потому, какъ бы сама добровольно отступилась отъ той гарантіи, которая заключается въ упущенномъ дѣйствіи. Чтобы разрушить это предположеніе, сторона и обязана доказать, что она считала дѣлаемое судомъ упущеніе существенно нарушающимъ ея интересы, и, потому, принимала своевременно мѣры къ соблюденію установленнаго закономъ порядка; пока же обстоятельство это не будетъ стороной удостовѣрено, или пока ею, такимъ образомъ, не будетъ разрушено существующее противъ нея предположеніе, ей не на что будетъ и жаловаться. Но какимъ образомъ можетъ быть констатировано это послѣднее обстоятельство, т.-е. какимъ образомъ можетъ быть констатированъ тотъ фактъ, что сторона считала допущенное судомъ нарушеніе имѣющимъ существенное для нея значеніе и, потому, требовала своевременно исправленія упущенія? Понятно, что и этотъ фактъ можетъ быть констатированъ не чѣмъ инымъ, какъ тѣмъ же протоколомъ судебнаго засѣданія, въ который, по просьбѣ сторонъ, должны быть заносимы тѣ или другія заявленія ихъ. Слѣдовательно, если изъ протокола будетъ видно, что сторона домогалась исправленія упущенія и указывала суду на допущенное нарушеніе, то тѣмъ самымъ вышеозначенный фактъ будетъ доказанъ. Для доказательства же будетъ собственно безразлично—занесено ли

это обстоятельство въ протоколъ самимъ судомъ по заявленію стороны, или выражено въ замѣчаніяхъ на протоколъ, сдѣланныхъ стороной, когда правильность замѣчаній удостовѣрена судомъ постановленіемъ на замѣчанія, сдѣланныя на протоколъ. Когда, наконецъ, всѣ исчисленныя условія на лицо и когда они надлежащимъ образомъ констатированы, тогда только, по моему мнѣнію, по жалобѣ заинтересованной стороны должны наступить послѣдствія тѣхъ или другихъ отступленій отъ правилъ устава о порядкѣ допроса свидѣтелей.

Что же касается собственно самаго существа имѣющихъ наступить послѣдствій, то въ силу того, что интересъ жалующейся стороны можетъ заключаться не въ чемъ иномъ, какъ только въ возстановленіи правъ ея, нарушенныхъ допущенными судомъ отступленіями, то и послѣдствіе нарушеній должно заключаться не въ чемъ иномъ, какъ только въ исправленіи ихъ. Но въ чемъ же должно состоять самое исправленіе упущеній? Для этого мнѣ кажется возможнымъ только одинъ способъ—это передопросъ всѣхъ свидѣтелей или нѣкоторыхъ изъ нихъ, потому что только новымъ допросомъ, произведеннымъ съ соблюденіемъ всѣхъ правилъ устава о порядкѣ производства его, можетъ быть возстановлено значеніе показаній свидѣтеля, какъ доказательства. Такой способъ, удовлетворяя вполнѣ цѣли исправленія упущенія и гарантируя наилучшимъ образомъ интересы стороны, мнѣ кажется также вполнѣ допустимымъ положительнымъ правиломъ устава, выраженнымъ въ 403 ст., въ силу которой передопросъ свидѣтеля допускается вообще, какъ средство исправленія показаній свидѣтеля. Не всѣ однако же нарушенія правилъ устава о порядкѣ допроса свидѣтелей могутъ влечь за собой эти послѣдствія; напротивъ, какъ я уже сказалъ, послѣдствія отступленій должны быть различны, смотря по цѣли, съ которой установлены тѣ или другія правила устава. Очевидно, что несоблюденіе судомъ правилъ первой категоріи, имѣющихъ характеръ факультативный, не можетъ имѣть никакихъ послѣдствій, такъ какъ, соблюденіе или несоблюденіе ихъ предоставлено вполнѣ усмотрѣнію самого суда. Точно также нарушеніе правилъ четвертой категоріи, къ которой относятся собственно правила, имѣющія обрядовое формальное значеніе, развѣ только въ весьма рѣдкихъ случаяхъ могутъ вызвать необходимость въ передопросѣ свидѣтелей, если жалующаяся на эти нарушенія сторона съ точностью выяснитъ, что, напр., допросъ свидѣтелей, произведенный несогласно установленной въ 392 ст. очереди, имѣлъ существенное вліяніе на внутреннее содержаніе показаній свидѣтеля, что представляется, однако же, въ большинствѣ случаевъ почти невозможнымъ, а безъ этого условія невозможенъ и передопросъ. Затѣмъ, остаются правила второй и третьей категоріи, точное соблюденіе которыхъ представляется дѣйствительно необходимымъ, такъ какъ, правила эти представляютъ серьезныя гарантіи или въ отношеніи безпристрастія и достовѣрности показаній свидѣтеля, или полноты показаній по внутреннему содержанію ихъ. Поэтому, несоблюденіе судомъ одного изъ этихъ правилъ, напр., неприводъ свидѣтелей къ присягѣ, отобраніе письменныхъ показаній, неудаленіе свидѣтелей передъ допросомъ въ особую комнату и проч., при наличности, однако же, вышеуказанныхъ условій, должно влечь передопросъ всѣхъ свидѣтелей или нѣкоторыхъ изъ нихъ, смотря по обстоятельствамъ, или влечь, такимъ образомъ, хотя и косвенно, признаніе перваго допроса, произведеннаго съ существенными нарушеніями, недѣйствительнымъ. Только при несоблюденіи судомъ одного изъ правилъ этихъ двухъ послѣднихъ категорій, показанія свидѣтелей или могутъ быть признаны лишенными силы доказательства, или, напротивъ, имъ можетъ быть неправильно сообщена сила доказательства. Кромѣ того, въ отношеній условій, при наличности которыхъ по жалобѣ заинтересованной стороны на тѣ или другія нарушенія, долженъ быть назначенъ передопросъ свидѣтелей, я долженъ еще

сказать, что соблюденіе нѣкоторыхъ изъ условій только и возможно при наличности въ дѣлѣ протокола судебнаго засѣданія; если же протокола вовсе составлено не было, такъ что этимъ самымъ сторона была лишена возможности констатировать допущенныя судомъ нарушенія, то уже одно это обстоятельство должно считаться нарушеніемъ настолько существеннымъ, что жалоба стороны на нарушеніе должна быть удовлетворена и передопросъ назначенъ.

Передопросъ можетъ быть всегда назначенъ по просьбѣ, или все равно по жалобѣ стороны на неправильный допросъ на основаніи 403 ст. и самимъ окружнымъ судомъ; поэтому, въ томъ случаѣ напр., когда допросъ былъ произведенъ членомъ суда, на дѣйствія котораго, какъ мы видѣли, допускаются жалобы окружному суду, сторона, въ случаѣ допущенія при допросѣ членомъ суда существенныхъ нарушеній, обязана принести жалобу и просить объ исправленіи нарушеній, или просить о передопросѣ непосредственно окружный судъ. Также точно просьба о передопросѣ должна быть заявлена непосредственно окружному суду и въ томъ случаѣ, когда за неявкой стороны состоялось заочное рѣшеніе и когда самый допросъ былъ произведенъ въ отсутствіи стороны. Однимъ словомъ, мнѣ кажется, что во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда исправленіе упущеній возможно въ первой инстанціи суда, просьба о передопросѣ, вслѣдствіе допущенныхъ нарушеній, должна быть заявлена непосредственно окружному суду; въ судебную же палату можетъ быть заявлена лишь тогда, когда или невозможно было заявить просьбу окружному суду, или когда просьба о передопросѣ была окружнымъ судомъ оставлена безъ удовлетворенія. Это на томъ основаніи, что и здѣсь, въ случаѣ неподачи просьбы непосредственно окружному суду, когда по обстоятельствамъ дѣла просьба могла бы быть окружнымъ судомъ разсмотрѣна, также является противъ стороны предположеніе о томъ, что незаявленіемъ просьбы въ то время, когда была полная возможность это сдѣлать, она какъ бы добровольно отказалась отъ исправленія упущенія и считала разъ произведенный допросъ, хотя и неправильно, для себя, однако же, достаточнымъ; выше же мы видѣли, что при существованіи такого предположенія противъ стороны жалоба на нарушенія невозможна. Нисколько не измѣняетъ положенія дѣла въ отношеніи момента и условій заявленія жалобы на нарушенія и неявка стороны къ допросу, если только она была установленнымъ порядкомъ увѣдомлена о времени допроса, такъ что если, вслѣдствіе неявки, сторона не успѣла своевременно констатировать факты нарушенія, то и самая жалоба на нарушенія впослѣдствіи будетъ невозможна.

Что же собственно касается практики сената по занимающему насъ вопросу о послѣдствіяхъ нарушеній правилъ устава о порядкѣ допросъ свидѣтелей, то, на основаніи изложеннаго, я не могу не согласиться съ тѣми немногими рѣшеніями сената, которыя стоятъ какъ бы особнякомъ и въ рѣзкомъ противорѣчіи множеству другихъ рѣшеній. Въ этихъ же немногихъ рѣшеніяхъ сенатъ высказалъ, во-первыхъ, совершенно правильный взглядъ на значеніе протокола судебнаго засѣданія и, во-вторыхъ, на необходимость своевременно констатировать въ самомъ протоколѣ тѣ отступленія, которыя сторона считаетъ существенно нарушающими ея интересы для того, чтобы самая жалоба на допущенныя судомъ нарушенія была впослѣдствіи возможна. Поэтому, сенатъ оставилъ безъ послѣдствій жалобу на неправильный порядокъ допроса свидѣтелей въ отношеніи очереди допроса по правилу 392 ст., между прочимъ, на томъ основаніи, что изъ протокола не было видно, чтобы кассаторъ считалъ такой порядокъ допроса неудобнымъ и заявлялъ, въ огражденіе его интересовъ, своевременно просьбу суду объ исправленіи допущеннаго нарушенія (рѣш. 1870 года, № 1331). Въ другомъ случаѣ сенатъ оставилъ безъ послѣдствій жалобу на непрочтеніе свидѣтелямъ ихъ показаній

послѣ допроса и на неподписаніе ими показаній, на томъ основаніи, что протоколъ былъ подписанъ самимъ кассаторомъ, который при этомъ не сдѣлалъ никакой оговорки на невѣрность записки въ протоколѣ показаній свидѣтелей (рѣш. 1870 года, № 1294). Между тѣмъ, во множествѣ другихъ случаевъ сенатъ безъ всякаго основанія отмѣнялъ рѣшенія съѣздовъ именно по нарушенію правила 101 ст., когда свидѣтелями показанія не были подписаны, или когда изъ протокола не было видно, что показанія были прочитаны, но когда протоколомъ не было констатировано, чтобы сторона заявляла о такомъ упущеніи и требовала своевременно исправленія нарушеній. Отмѣнять въ такихъ случаяхъ рѣшенія—это значитъ требовать непремѣннаго соблюденія формы ради самой формы—абсурдъ очевидный.

Наконецъ, говоря о послѣдствіяхъ нарушенія правилъ устава о порядкѣ допроса свидѣтелей, я не могу не замѣтить, что нашъ уставъ въ этомъ отношеніи долженъ быть поставленъ выше устава французскаго, правила котораго, хотя и болѣе опредѣлительны по внутреннему ихъ содержанію, но зато являются и болѣе строгими, во-первыхъ, въ отношеніи самаго порядка допроса свидѣтелей, чѣмъ правила нашего устава; такъ, уставъ французскій опредѣляетъ, напр., сроки, какъ начала, такъ и окончанія производства допроса, и весьма строго относится къ соблюденію этихъ сроковъ. Во-вторыхъ, за несоблюденіе этихъ сроковъ, а также и за нѣкоторыя другія упущенія поражаетъ недѣйствительностью самый допросъ, воспрещая, вмѣстѣ съ тѣмъ, въ нѣкоторыхъ случаяхъ исправленіе упущеній посредствомъ новаго допроса свидѣтелей, чего нашъ уставъ, допускающій всегда передопросъ, не дѣлаетъ. Допуская исправленіе упущеній посредствомъ передопроса, нашъ уставъ тѣмъ самымъ никогда не лишаетъ сторону, иногда, быть можетъ, единственнаго имѣющагося у нея способа доказательства посредствомъ показаній свидѣтелей, какъ это дѣлаетъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ уставъ французскій.

Къ пятой категоріи правилъ—объ оцѣнкѣ свидѣтельскихъ показаній относится всего только одна слѣдующая статья.

Ст. 411. Сила свидѣтельскихъ показаній, смотря по достовѣрности свидѣтеля, ясности, полнотѣ и вѣроятности его показанія, опредѣляется судомъ, который обязанъ привести въ рѣшеніи основанія, по коимъ свидѣтельскія показанія приняты имъ за доказательство, или почему дано предпочтеніе показанію одного свидѣтеля передъ показаніемъ другого.

Правило настоящей статьи, предоставляющее оцѣнку силы свидѣтельскихъ показаній свободному усмотрѣнію суда, отмѣняетъ обязательность всякой законной теоріи доказательствъ и утверждаетъ, такимъ образомъ, общеизвѣстную максиму здраваго смысла, что показанія свидѣтелей должны быть оцѣниваемы по внутреннему ихъ содержанію, а не сосчитываемы по количеству показаній. Въ римскомъ правѣ также не существовало никакой законной теоріи доказательствъ, обязательной для судьи; римскій судья также былъ свободенъ въ оцѣнкѣ силы свидѣтельскихъ показаній. Доказательство этому можно найти, какъ въ произведеніяхъ римскихъ юристовъ, такъ и въ положительносъ правѣ, напр., въ рескриптѣ императора Аркадія есть, между прочимъ, слѣдующее мѣсто: non ad multitudinem testium respici oportet, sed ac sinceram testimoniorum fidem, et testimoniis quibus potius lux veritatis adsistit. Нѣкоторыя, затѣмъ, правила, относящіяся къ законной теоріи доказательствъ, появились въ римскомъ правѣ позднѣе, уже во времена византійскихъ императоровъ, какъ, напр., правило: testis unus, testis nullus. Собственно же законная теорія доказательствъ во всей ея полнотѣ развилась, по свидѣтельству Бонье, въ средніе вѣка, подъ вліяніемъ средневѣковыхъ докторовъ права, когда, кромѣ правила testis unus, testis nullus, образовались еще и другія, гораздо болѣе несправедливыя правила, какъ, напр., правило о томъ, что согласныя показанія двухъ свидѣтелей должны служить совер-

шеннымъ доказательствомъ утверждаемаго событія, потомъ особыя правила о счетѣ несовершенныхъ свидѣтельскихъ показаній и о томъ, какое количество этихъ показаній необходимо для составленія одного совершеннаго показанія и проч. Нѣкоторыя изъ этихъ правилъ должны казаться намъ въ настоящее время особенно парадоксальными, какъ, напр., слѣдующее правило: magis creditur virgini, quam viduae и другія (Traité de preuves, изд. 4, т. I, стр. 368). Господство этихъ правилъ было однако же до того сильно и продолжительно, что въ концѣ восемнадцатаго вѣка даже Потье считалъ нѣкоторыя изъ нихъ необходимыми. У насъ при прежнемъ порядкѣ судопроизводства законная теорія доказательствъ была въ полной силѣ и многія правила, не менѣе абсурдныя, какъ и правило magis creditur virgini, quam viduae, были усвоены нашими законами о судопроизводствѣ гражданскомъ, какъ, напр., правила о томъ, что показанію мужчины должно быть отдаваемо преимущество передъ показаніемъ женщины, показанію знатнаго передъ показаніемъ незнатнаго, ученаго передъ неученымъ, духовнаго передъ свѣтскимъ и проч. (ст. 401—406, X т. 2 ч.). Въ настоящее же время, когда оцѣнка свидѣтельскихъ показаній всецѣло предоставляется усмотрѣнію судьи, и невозможно, собственно говоря, предложить въ этомъ отношеніи какія-либо общія руководящія правила. Впрочемъ, Бонье совѣтуетъ давать большую вѣру показаніямъ свидѣтелей, говорящихъ о томъ, что они видѣли, противъ показаній свидѣтелей, которые говорятъ о томъ, что слышали, а показаніямъ этихъ послѣднихъ противъ тѣхъ, которые свидѣтельствуютъ только по слуху, или, которые свидѣтельствуютъ не о томъ, что они сами слышали, а только о томъ, что слышали отъ другихъ (Traité des preuves, изд. 4, т. I, стр. 379). Мнѣ же кажется, что и такой совѣтъ совершенно излишенъ и не всегда, смотря по тому впечатлѣнію, которое произведетъ на судью показаніе того или другого свидѣтеля, можетъ оказаться примѣнимымъ. Нерѣдко можетъ случиться, что показанія свидѣтелей, воспринявшихъ тѣ или другіе факты слухомъ, будутъ заслуживать гораздо болѣе довѣрія, чѣмъ показанія свидѣтелей de visu. Что по нашему уставу могутъ быть принимаемы за доказательство и показанія лицъ, свидѣтельствующихъ по слухамъ отъ другихъ, то доказательствомъ этому могутъ служить нѣкоторыя мѣста изъ мотивовъ, помѣщенныхъ въ изданіи государственной канцеляріи подъ 411 ст., изъ которыхъ, между прочимъ, видно, что составители уставовъ предполагали сперва не придавать никакой силы доказательства показаніямъ свидѣтелей, основаннымъ не на личномъ ихъ наблюденіи, но, затѣмъ, не включали это воспрещеніе въ уставъ, именно въ виду предоставленія суду бо́льшаго простора въ отношеніи оцѣнки силы свидѣтельскихъ показаній. Показанія же, основанныя не на личномъ наблюденіи свидѣтеля, именно и составляютъ такъ называемыя показанія по слуху. Въ силу же того, что оцѣнка показаній свидѣтелей предоставлена правиломъ 411 ст. усмотрѣнію суда, никакой жалобы на нарушеніе судомъ правила статьи въ этомъ отношеніи и быть не можетъ. Судъ въ силу этой статьи обязанъ только въ рѣшеніи изложить основанія, по которымъ свидѣтельскія показанія приняты имъ за доказательства, или изложить основанія, почему дано предпочтеніе показаніямъ одного свидѣтеля передъ показаніями другого. Это правило обязательно для суда и, потому, несоблюденіе его должно служить кассаціоннымъ поводомъ. Оно является, вмѣстѣ съ тѣмъ, вполнѣ разумнымъ ограниченіемъ произвола суда въ отношеніи оцѣнки доказательствъ, потому что судъ, для соблюденія его, обязанъ предварительно дать себѣ ясный отчетъ о томъ, почему показанія одного свидѣтеля представляются болѣе достовѣрными и дѣйствительно заслуживаютъ бо́льшаго довѣрія, чѣмъ показанія другого свидѣтеля, и затѣмъ выводъ свой въ этомъ отношеніи точно изложить въ рѣшеніи. Что собственно оцѣнка значенія и силы свидѣтельскихъ показаній предоставлена уставомъ всецѣло усмотрѣнію

суда, призналъ и сенатъ во множествѣ рѣшеній, и, между прочимъ, въ нѣкоторыхъ изъ нихъ призналъ также возможнымъ допустить, какъ доказательства, показанія свидѣтелей, данныхъ по слуху (рѣш. 1870 года, № 1951 и другія). Въ нѣкоторыхъ случаяхъ, допущеніе показаній свидѣтелей по слуху можетъ представляться даже положительно необходимымъ въ видахъ раскрытія истины, какъ напр., по указанію Бентама въ слѣдующихъ случаяхъ: а) когда бы свидѣтеля очевидца нельзя было допросить по случаю смерти его, или тяжкой болѣзни, а также безвѣстной отлучки; б) когда бы было необходимо или подтвердить, или же, напротивъ, ослабить показанія свидѣтеля очевидца и тому подоб. (О судеб. доказат., стр. 222).

Перехожу, наконецъ, къ разсмотрѣнію статей устава о показаніяхъ свидѣтелей, относящихся къ шестой и послѣдней категоріи правилъ—объ условіяхъ допустимости показаній свидѣтелей, какъ доказательства:

Ст. 409. Свидѣтельскія показанія могутъ быть признаваемы доказательствомъ тѣхъ только событій, для которыхъ, по закону, не требуется письменнаго удостовѣренія. Изъ сего общаго правила исключаются случаи:

1) если актъ объ отдачѣ имущества на сохраненіе не могъ быть составленъ по случаю пожара, наводненія и другихъ бѣдствій;

2) когда актъ утраченъ вслѣдствіе какого-либо внезапнаго бѣдствія, напримѣръ, пожара, наводненія и пр., но существованіе и содержаніе онаго можетъ быть доказано, кромѣ показанія свидѣтелей, и другими доказательствами;

3) когда право на недвижимое имѣніе основывается на спокойномъ, безспорномъ и непрерывномъ владѣніи или пользованіи въ теченіе установленнаго закономъ срока давности.

Ст. 410. Содержаніе письменныхъ документовъ, установленнымъ порядкомъ совершенныхъ или засвидѣтельствованныхъ, не можетъ быть опровергаемо показаніями свидѣтелей, за исключеніемъ споровъ о подлогѣ.

Я обращусь сперва къ разсмотрѣнію правила послѣдней статьи. Постановленіе 410 ст. есть явленіе новое въ нашемъ правѣ, ни въ X-мъ томѣ, ни въ прежнихъ законахъ о судопроизводствѣ гражданскомъ, ни даже въ уставѣ торговомъ подобнаго правила не содержится, между тѣмъ, какъ постановленіе, подобное правилу 409 ст., содержится въ торговомъ уставѣ, въ статьяхъ 1647 и 1648. Такое позднее появленіе правила 410 ст. въ нашемъ положительномъ правѣ объясняется, конечно, вообще отсталостью нашего законодательства сравнительно съ правомъ современныхъ народовъ Запада, у которыхъ постановленіе это уже давно нашло себѣ мѣсто въ системѣ положительнаго права. Собственно же положеніе это было извѣстно еще римскимъ юристамъ, что́ доказывается извѣстнымъ изреченіемъ Павла — testes quum de fide tabularum nihil dicitur, adversus scripturam interrogari non possunt. Необходимость правила 410 ст. уже достаточно оправдывается, такъ сказать, универсальностью примѣненія его, какъ правила, долженствующаго служить огражденіемъ твердости и непоколебимости письменныхъ доказательствъ противъ возможности опроверженія ихъ такимъ шаткимъ доказательствомъ, какъ показанія свидѣтелей. Но несмотря на полную необходимость правила 410 ст., такъ сказать, въ принципѣ, я не могу однако же не замѣтить, что правило, въ ней заключающееся, въ томъ видѣ, какъ оно редактировано, отчасти является постановленіемъ крайне суровымъ, а, съ другой стороны, оно не распространяетъ, повидимому, заключающуюся въ немъ гарантію на акты домашніе. Въ чемъ заключается собственно излишняя, какъ мнѣ кажется, строгость правила 410 ст., я сейчасъ объясню. Если прочитать внимательно текстъ ея, то нетрудно будетъ замѣтить, что въ ней выражено, во-первыхъ, общее правило, воспрещающее опровергать содержаніе письменныхъ документовъ, установленнымъ порядкомъ совершенныхъ или засвидѣтельствованныхъ, показаніями свидѣтелей; а во-вторыхъ, указано и

исключеніе, выраженное словами: „за исключеніемъ споровъ о подлогѣ“. Изъ противоположенія этихъ словъ предъидущему содержанію статьи необходимо заключить, что въ случаѣ спора о подлогѣ документа, содержаніе его можетъ быть опровергаемо свидѣтельскими показаніями. Но, необходимо также заключить, что споръ о подлогѣ есть единственный случай, когда допускается опровергать содержаніе документовъ свидѣтельскими показаніями. Это-то исключеніе и придаетъ особенную строгость самому правилу, такъ какъ оно указываетъ, что ни въ какихъ другихъ случаяхъ опроверженіе содержанія письменныхъ документовъ, установленнымъ порядкомъ совершенныхъ или засвидѣтельствованныхъ, показаніями свидѣтелей допущено быть не можетъ. Нетрудно однако же замѣтить, что на самомъ дѣлѣ, помимо споровъ о подлогѣ, нерѣдко могутъ встрѣтиться такіе случаи, когда возраженіе, направленное къ уничтоженію или ослабленію обязательности акта въ цѣломъ или въ части, будетъ, хотя и косвенно, но, тѣмъ не менѣе, направлено противъ содержанія документа и будетъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, такого рода, что констатированіе возраженія письменными документами, по самой природѣ вещей, окажется невозможнымъ, лишать же тяжущихся въ подобныхъ случаяхъ права приводить въ доказательство возраженія свидѣтельскія показанія представлялось бы, конечно, явной несправедливостью. Чтобы избѣжать подобныхъ результатовъ, необходимо путемъ толкованія смягчить суровость правила 410 ст., и въ этомъ то случаѣ здравая интерпретація закона, по возможности въ духѣ справедливости, можетъ принести большую пользу и можетъ устранить тѣ вредныя послѣдствія, которыя могли бы оказаться при строго буквальномъ примѣненіи его, и мнѣ кажется, что въ настоящемъ случаѣ путемъ толкованія достигнуть такихъ результатовъ вполнѣ возможно, нисколько вмѣстѣ съ тѣмъ не искажая истинный смыслъ и значеніе правила этой статьи.

Практика нашего кассаціоннаго суда, несмотря на многочисленность его рѣшеній по вопросу о примѣненіи правила 410 ст., представляетъ, однако же, въ настоящемъ случаѣ весьма скудный матеріалъ для комментатора, такъ какъ, очень немногія рѣшенія его могутъ быть приняты къ руководству. Поэтому, для болѣе точнаго и разносторонняго истолкованія правила этой статьи остается только принять въ руководство тѣ данныя, которыя представляетъ современная юриспруденція и которыя, въ настоящемъ случаѣ, являются особенно пригоднымъ матеріаломъ въ виду того, что постановленія, подобныя правилу 410 ст., встрѣчаются и въ другихъ западно-европейскихъ законодательствахъ, изъ которыхъ я обращу вниманіе, впрочемъ, только на постановленія законодательства французскаго, такъ какъ и имѣющіяся въ немъ постановленія могутъ служить, какъ мнѣ кажется, достаточнымъ пособіемъ для возможно правильнаго пониманія правила 410 ст. Правило, помѣщенное въ нашемъ уставѣ, говоритъ только, что показаніями свидѣтелей не можетъ быть опровергаемо содержаніе письменныхъ документовъ; аналогическое же постановленіе французскаго code civil редактировано нѣсколько пространнѣе, хотя внутренній смыслъ его одинъ и тотъ же; именно art. 1341 code civil постановляетъ, что свидѣтельскія показанія не допускаются какъ доказательство противъ и взамѣнъ содержанія акта, а также не допускаются въ доказательство того, что было говорено до, во время и послѣ совершенія акта. Основываясь на приведенномъ постановленіи code civil, Бонье утверждаетъ, что изъ него никакъ не слѣдуетъ выводить, чтобы показаніями свидѣтелей ни въ какихъ случаяхъ не дозволялось опровергать тѣ или другія положенія, заключающіяся въ актѣ, а что, напротивъ, воспрещеніе, заключающееся въ законѣ, относится только къ тому случаю, когда сами стороны, участвовавшія въ заключеніи акта, пожелали бы показаніями свидѣтелей удостовѣрить простые переговоры, происходившіе между ними до или послѣ

совершенія акта, съ цѣлью измѣнить самое содержаніе соглашенія въ томъ видѣ, какъ оно выразилось въ актѣ, ими же самими заключенномъ. Въ такомъ случаѣ, какъ справедливо замѣчаетъ Бонье, въ доказательство модификаціи самаго содержанія соглашенія, слѣдовало сторонамъ составить новый актъ, а не ссылаться на свидѣтелей; при этомъ Бонье въ подтвержденіе своего положенія приводитъ и рѣшенія французскаго кассаціоннаго суда. (Traité des preuves, изд. 4, т. 1, стр. 160). Приблизительно въ этомъ же смыслѣ на значеніе правила 410 ст. высказался и нашъ сенатъ во множествѣ рѣшеній, объяснивъ, что свидѣтельскія показанія не могутъ быть допускаемы какъ доказательства взамѣнъ или въ дополненіе условій, выраженныхъ даже въ домашнемъ актѣ; но въ дальнѣйшихъ выводахъ сенатъ значительно отступилъ отъ здравыхъ началъ юриспруденціи, постоянно утверждая, что свидѣтельскія показанія могутъ быть допускаемы въ доказательство того, что буквальное содержаніе договора не соотвѣтствуетъ дѣйствительности только по отношенію актовъ домашнихъ, но не актовъ, установленнымъ порядкомъ совершенныхъ или засвидѣтельствованныхъ. Первое положеніе сената мнѣ кажется безусловно правильнымъ; что же касается послѣдняго положенія, то еслибы согласиться со взглядомъ сената, то пришлось бы придти къ поразительно страннымъ результатамъ, рѣзко противорѣчащимъ постановленіямъ нашего матеріальнаго права. Въ доказательство этого я приведу слѣдующіе случаи.

Статья 2014 X т. 1 ч. постановляетъ, что заемъ почитается ничтожнымъ, если по судебному разсмотрѣнію найдено будетъ, что онъ произошелъ по игрѣ, или произведенъ для игры съ вѣдома о томъ заимодавца. Причина, почему законъ объявляетъ такой заемъ ничтожнымъ, заключается, конечно, въ томъ, что законъ считаетъ самую causa договора въ этомъ случаѣ недозволенной. Возраженіе о томъ, что заемъ произошелъ, напр., по игрѣ, будетъ направлено къ опроверженію самаго содержанія договора займа, въ которомъ, по обыкновенію, употреблено будетъ выраженіе: я, такой-то, занялъ у такого-то и проч. Въ X-мъ томѣ нѣтъ, однако же, нигдѣ такого постановленія, которое бы требовало, въ доказательство того, что заемъ произошелъ по игрѣ, представленія непремѣнно письменныхъ документовъ, вслѣдствіе чего, и слѣдуетъ заключить, что въ этомъ случаѣ содержаніе письменнаго документа, хотя бы и совершеннаго установленнымъ порядкомъ, можетъ быть опровергаемо свидѣтельскими показаніями, въ отношеніи caus'ы договора. Да и странно было бы не допустить въ этомъ случаѣ показанія свидѣтелей въ доказательство такого соглашенія, которое совершено въ обходъ закона, in fraudem legis, объявляющаго заемъ по игрѣ ничтожнымъ, а слѣдовательно, и недозволеннымъ.

Другой случай. Та же 2014 ст. X т. 1 ч. постановляетъ, что заемъ почитается ничтожнымъ, если онъ безденежный. Въ подтвержденіе безденежности законъ также нигдѣ не требуетъ письменныхъ доказательствъ. Возраженіе о безденежности, безъ сомнѣнія, есть также возраженіе противъ содержанія документа, такъ какъ это возраженіе направляется исключительно къ доказательству того, что договоръ, выраженный въ документѣ, существуетъ на самомъ дѣлѣ sine causa, въ актѣ упомянутой; но въ силу того однако же, что законъ не воспрещаетъ въ этомъ случаѣ доказывать безденежность займа свидѣтельскими показаніями, также слѣдуетъ признать, что содержаніе договора займа, по крайней мѣрѣ, явленнаго къ засвидѣтельствованію, можетъ быть опровергаемо показаніями свидѣтелей, какъ это справедливо объяснилъ также и Малышевъ (Курсъ граж. суд., изд. 2, т. 1, стр. 320). Не такъ однако же смотритъ на вопросъ о способахъ доказыванія безденежности заемныхъ обязательствъ сенатъ, который, признавая, что споръ о безденежности заемнаго обязательства представляется оспариваніемъ самаго содержанія онаго,

во множествѣ рѣшеній объяснилъ, что, въ силу 410 ст., свидѣтельскія показанія могутъ быть допускаемы, какъ доказательство безденежности заемнаго акта только тогда, когда актъ былъ совершенъ домашнимъ порядкомъ, но ни въ какомъ случаѣ не должны быть допускаемы въ доказательство безденежности заемныхъ обязательствъ, установленнымъ порядкомъ совершенныхъ или засвидѣтельствованныхъ (рѣш. 1869 года, № 254 и др.). Гольмстенъ въ его рецензіи на настоящій „Опытъ комментарія“ присоединяется также вполнѣ ко взгляду сената о недопустимости доказыванія показаніями свидѣтелей безденежности заемныхъ обязательствъ, установленнымъ порядкомъ совершенныхъ или засвидѣтельствованныхъ (Журн. гражд. и угол. пр. 1880 г., кн. 3, стр. 144), упуская изъ виду то обстоятельство, что, если, въ силу 2015 ст. X т. 1 ч., и не можетъ быть допускаемъ споръ о безденежности заемныхъ обязательствъ, то только противъ заемныхъ обязательствъ крѣпостныхъ, т.-е. совершенныхъ крѣпостнымъ порядкомъ, а никакъ не противъ обязательствъ, только явленныхъ къ засвидѣтельствованію.

Третій случай. Статья 1529 X т. 1 ч. постановляетъ, что договоръ недѣйствителенъ и обязательство ничтожно, когда договоръ клонится, между прочимъ, къ подложному переукрѣпленію имѣнія во избѣжаніе платежа долговъ. Положимъ, лицо А, во избѣжаніе платежа долговъ, фиктивно продало лицу В извѣстныя вещи за чрезмѣрно высокую цѣну по акту, установленнымъ порядкомъ засвидѣтельствованному, и, затѣмъ, предъявило искъ къ В о взысканіи цѣны за проданныя вещи. Тогда В возражаетъ, что сдѣлка между нимъ и истцомъ не соотвѣтствовала дѣйствительному намѣренію ихъ, была сдѣлкой симулированной и клонившейся, притомъ, къ подложному переукрѣпленію имѣнія во избѣжаніе платежа долговъ. Возраженіе это будетъ направлено къ опроверженію значенія буквальнаго содержанія сдѣлки, но, вслѣдствіе того, что законъ и въ настоящемъ случаѣ нигдѣ не требуетъ представленія письменныхъ доказательствъ въ подтвержденіе такого возраженія, мнѣ кажется, слѣдуетъ признать, что и въ этомъ случаѣ показанія свидѣтелей могутъ быть допущены въ опроверженіе содержанія акта, установленнымъ порядкомъ совершеннаго.

Можно привести и другіе примѣры, когда на основаніи постановленій нашего матеріальнаго права слѣдуетъ допускать показанія свидѣтелей въ опроверженіе содержанія письменныхъ документовъ, установленнымъ порядкомъ совершенныхъ, но и этихъ кажется достаточно для доказательства несостоятельности приведеннаго выше положенія сената о томъ, что въ силу 410 ст. свидѣтельскія показанія не могутъ быть допускаемы въ доказательство того, что буквальное содержаніе договора, выраженнаго въ актѣ, совершенномъ или засвидѣтельствованномъ установленнымъ порядкомъ, не соотвѣтствуетъ дѣйствительности. Напротивъ, приведенные мной примѣры именно доказываютъ, что, согласно постановленіямъ нашего матеріальнаго права, свидѣтельскія показанія должны быть допускаемы въ подтвержденіе того, что буквальное содержаніе акта не соотвѣтствуетъ дѣйствительности, и, притомъ, безъ всякаго различія того, совершенъ ли, или явленъ актъ установленнымъ порядкомъ, или нѣтъ. Кромѣ того, приведенные примѣры указываютъ и тѣ случаи, когда могутъ быть допущены свидѣтельскія показанія въ доказательство того, что буквальное содержаніе акта не соотвѣтствуетъ дѣйствительности, это именно, когда актъ является выраженіемъ соглашенія sine causa и, затѣмъ, когда актъ, по характеру выраженнаго въ немъ соглашенія, не соотвѣтствуетъ дѣйствительному намѣренію сторонъ, т.-е. когда соглашеніе, выраженное въ актѣ, является симулированнымъ. Странно было бы въ самомъ дѣлѣ не допускать въ этихъ случаяхъ показаній свидѣтелей, единственно изъ-за того, что актъ совершенъ или засвидѣтельствованъ установленнымъ порядкомъ, въ первомъ случаѣ потому, что отсутствіе caus'ы соглашенія дѣ-

лаетъ самый договоръ ничтожнымъ, а во второмъ—потому, что было бы крайне несправедливо принуждать стороны къ выполненію такого соглашенія, которымъ онѣ никогда не имѣли серьезнаго намѣренія обязаться. Что акты симулированные ни въ какомъ случаѣ не должны считаться обязательными для сторонъ и что фактъ симуляціи, потому, можетъ быть доказываемъ всѣми способами доказательствъ, вполнѣ признавала еще римская юриспруденція на основаніи рескрипта императора Діоклитіана, въ которомъ между прочимъ говорится, что acta simulata veritatis substantiam mutare non possunt. Точно также и французская юриспруденія, примѣры изъ которой приведены у Бонье, не признаетъ обязательными для сторонъ симулированные акты и допускаетъ показанія свидѣтелей въ доказательство возраженія сторонъ о симуляціи. Кромѣ того, Бонье приводитъ весьма любопытные примѣры изъ практики французскаго кассаціоннаго суда, когда показанія свидѣтелей были допускаемы или въ разъясненіе самаго содержанія акта, когда, напр., въ актѣ было упущено обозначеніе того, что такая-то именно дача отдана въ наемъ, или что актъ былъ заключенъ въ такой-то именно часъ, или когда въ актѣ была допущена матеріальная ошибка, напр., написано 180 франковъ, вмѣсто 80 фр. и проч. (Traité des preuves, изд. 4, т. I, стр. 167). Что же касается возможности допущенія въ подобныхъ случаяхъ показаній свидѣтелей у насъ, то въ разъясненіе обстоятельствъ, указанныхъ въ первомъ случаѣ, допущеніе показаній свидѣтелей еще пожалуй возможно, но во второмъ случаѣ, на основаніи того, что показанія свидѣтелей будутъ направлены дѣйствительно къ опроверженію самаго содержанія акта, возможно развѣ только заявленіе спора о подлогѣ, или, какъ въ приводимомъ примѣрѣ у Бонье, доказываніе свидѣтельскими показаніями безденежности займа въ части. Изъ нашихъ процессуалистовъ Гольмстенъ въ его рецензіи на настоящій „Опытъ комментарія“, напротивъ, высказывается вообще за недопустимость доказыванія показаніями свидѣтелей ни отсутствія caus'ы обязательства, ни симуляціи сдѣлки, когда сдѣлка выражена въ актѣ, установленнымъ порядкомъ совершенномъ или засвидѣтельствованномъ, на томъ основаніи, что санкція нотаріуса рождаетъ будто бы praesumptio juris et de jure caus'ы и серьезности намѣренія сторонъ совершить сдѣлку именно въ томъ видѣ, въ какомъ она выражена въ актѣ (Журн. гражд. и угол. пр. 1880 г., кн. 3, стр. 145). Въ виду того обстоятельства, что это послѣднее положеніе представляется вполнѣ произвольнымъ, какъ не подкрѣпленное никакими соображеніями, основанными на законѣ, должно само собой, конечно, пасть и первое положеніе.

Также точно мнѣ кажется несостоятельной практика нашего сената и въ томъ отношеніи, что сенатъ постоянно отвергалъ возможность доказывать показаніями свидѣтелей обстоятельства, предшествовавшія или сопровождавшія совершеніе акта, когда актъ былъ установленнымъ порядкомъ совершенъ или засвидѣтельствованъ. При такомъ воспрещеніи было бы невозможно доказывать ни принужденіе, ни разнаго рода обманы, употребляемые незаконно при дачѣ обязательствъ, ни заблужденіе; но понятно, что это все такого рода факты, что они, по самой природѣ ихъ, какъ дѣйствія, совершающіяся помимо всякаго соглашенія, не могутъ быть доказываемы письменными документами. Наше матеріальное гражданское право также не требуетъ письменныхъ доказательствъ въ подтвержденіе такихъ фактовъ; поэтому, мнѣ кажется, слѣдуетъ признать, что принужденіе, разнаго рода обманы и заблужденіе, какъ обстоятельства, уничтожающія свободный произволъ и согласіе на совершеніе сдѣлки и, потому, влекущія недѣйствительность договора, всегда могутъ быть доказываемы показаніями свидѣтелей. Изъ рѣшеній же сената, впрочемъ, могу указать только одно, въ которомъ сенатъ совершенно правильно призналъ, что состояніе умственнаго разстройства лица, выдавшаго актъ, можетъ быть доказываемо показаніями свидѣте-

лей (рѣш. 1871 года, № 1886). Изъ этого рѣшенія сената видно, что въ дѣлѣ, подлежавшемъ разсмотрѣнію сената, споръ на этомъ основаніи былъ предъявленъ противъ дѣйствительности заемныхъ писемъ. Фактъ умственнаго разстройства, какъ обстоятельство, уничтожающее свободу и произволъ при совершеніи акта, конечно, относится къ категоріи только-что разсмотрѣнныхъ мной фактовъ, въ подтвержденіе которыхъ свидѣтельскія показанія должны быть допускаемы, хотя это есть обстоятельство, сопровождавшее совершеніе акта и, потому, по смыслу множества другихъ рѣшеній, и не подлежащее доказыванію показаніями свидѣтелей.

На основаніи всего сказаннаго нельзя, кажется, не придти къ слѣдующему заключенію, которое должно имѣть значеніе положенія общаго, что въ силу правила 410 ст., воспрещающаго свидѣтельскими показаніями опровергать содержаніе документовъ, установленнымъ порядкомъ совершенныхъ или засвидѣтельствованныхъ, нельзя допускать свидѣтельскія показанія, какъ доказательство, лишь въ томъ случаѣ, когда стороны будутъ домогаться показаніями свидѣтелей измѣнить или дополнить самое содержаніе условій или соглашенія, выраженнаго въ актѣ, но что показанія свидѣтелей должны быть допускаемы въ доказательство несоотвѣтствія содержанія акта дѣйствительности, въ случаѣ домогательства сторонъ доказать отсутствіе causʼы соглашенія и въ случаѣ возраженія о симуляціи соглашенія; а также должны быть допущены въ доказательство обстоятельствъ, предшествовавшихъ и сопровождавшихъ совершеніе акта, въ случаѣ возраженія о недѣйствительности акта, какъ совершеннаго подъ вліяніемъ принужденія, обмана и заблужденія. Положеніе это, какъ мнѣ кажется, не только не противорѣчитъ постановленіямъ нашего матеріальнаго права, но даже вполнѣ согласно съ внутреннимъ смысломъ правила 410 ст., потому что при такомъ толкованіи правила этой статьи, несмотря на допущеніе показаній свидѣтелей въ указанныхъ мной случаяхъ, самое содержаніе акта останется неопровергнутымъ и неизмѣненнымъ показаніями свидѣтелей, что̀ именно и имѣлось въ виду при установленіи той гарантіи, которая заключается въ правилѣ 410 ст., въ отношеніи неопровержимости содержанія акта, вслѣдствіе чего, такое толкованіе и даетъ правилу надлежащее значеніе, сообразно той цѣли, которую имѣлось въ виду достигнуть установленіемъ его.

Въ отношеніи актовъ домашнихъ, какъ я сказалъ выше, правило 410 ст. не устанавливаетъ никакой гарантіи, потому что говоритъ только объ актахъ, установленнымъ порядкомъ совершенныхъ или засвидѣтельствованныхъ. На этомъ основаніи по аргументу a contrario можно было бы, пожалуй, допустить, что содержаніе домашнихъ актовъ свободно можетъ быть опровергаемо показаніями свидѣтелей, и что, поэтому, сенатъ, основываясь именно на томъ обстоятельствѣ, что въ 410 ст. нѣтъ никакого воспрещенія въ отношеніи допущенія свидѣтельскихъ показаній въ опроверженіе содержанія актовъ домашнихъ, и допускаетъ въ отношеніи актовъ домашнихъ свидѣтельскія показанія въ доказательство обстоятельствъ, предшествовавшихъ и сопровождавшихъ совершеніе акта, а также въ доказательство того, что содержаніе акта не соотвѣтствуетъ дѣйствительности, приблизительно въ тѣхъ же случаяхъ, которые указаны выше и въ которыхъ свидѣтельскія показанія одинаково должны быть допускаемы и въ отношеніи актовъ, установленнымъ порядкомъ совершенныхъ или засвидѣтельствованныхъ. Допуская въ этихъ случаяхъ показанія свидѣтелей по отношенію актовъ домашнихъ, сенатъ не допускаетъ, однако же, безграничной свободы употребленія этого способа доказательства въ опроверженіе содержанія этихъ послѣднихъ актовъ, а, напротивъ, какъ мнѣ кажется, совершенно правильно указалъ на то, что показанія свидѣтелей не могутъ быть допускаемы взамѣнъ или въ разъясненіе самыхъ условій, выраженныхъ въ домашнемъ актѣ, именно на томъ основаніи,

что условія соглашенія, заключающіяся въ актѣ, должны быть разъясняемы по правиламъ о толкованіи договоровъ, выраженныхъ въ самомъ законѣ, а не на основаніи данныхъ, взятыхъ извнѣ въ показаніяхъ свидѣтелей (рѣш. 1872 года, № 455 и друг.).

До сихъ поръ мы говорили о случаяхъ, когда должны быть допускаемы или недопускаемы показанія свидѣтелей по указанію самихъ сторонъ, участвовавшихъ въ заключеніи акта; теперь я долженъ указать еще, въ какихъ границахъ могутъ быть допускаемы показанія свидѣтелей въ опроверженіе содержанія актовъ, по указанію третьихъ лицъ, въ совершеніи акта не участвовавшихъ. Подъ третьими лицами я разумѣю здѣсь не правопреемниковъ сторонъ, которые являются также лицами, не участвовавшими въ совершеніи акта, а лицъ совершенно посторонніхъ, актомъ въ качествѣ правопреемниковъ незаинтересованныхъ. Въ разбираемой статьѣ устава говорится вообще, что свидѣтельскія показанія не допускаются въ опроверженіе содержанія акта, безъ всякаго указанія на то, со стороны какихъ лицъ этотъ способъ доказательства не долженъ быть допускаемъ, поэтому, нѣтъ никакого основанія не допускать показаній свидѣтелей въ указанныхъ мной случаяхъ и по указанію третьихъ лицъ, въ совершеніи акта не участвовавшихъ, но интересы которыхъ нарушаются актомъ, заключеннымъ другими. Третьимъ лицамъ, не участвовавшимъ въ совершеніи акта, когда этимъ актомъ нарушаются ихъ интересы, т.-е. когда этотъ актъ заключенъ именно во вредъ третьихъ лицъ, этимъ послѣднимъ должно быть даже предоставлено гораздо болѣе широкое право опровергать всѣми способами доказательствъ содержаніе такого акта, въ совершеніи котораго они не участвовали и, слѣдовательно, не имѣли возможности оградить свои интересы, чѣмъ самимъ сторонамъ, заключившимъ актъ, въ силу общаго юридическаго правила: res, inter alios acta, aliis neque nocet neque prodest. Хотя въ нашемъ матеріальномъ правѣ начало это и нигдѣ не выражено категорически въ видѣ общаго правила, но въ немъ указываются отдѣльные случаи, когда законъ объявляетъ ничтожными соглашенія, заключенныя во вредъ третьихъ лицъ; такъ, 2014 ст. X т. 1 ч. объявляетъ ничтожнымъ заемъ, учиненный во вредъ конкурса; статья 1547 того же тома и части, говоря о правѣ сторонъ добровольно отступиться отъ требованія объ исполненіи установленнаго договоромъ въ пользу ея обязательства, въ заключеніи прибавляетъ: „но уступка сія недѣйствительна, если она учинена во вредъ третьему лицу“. Объявляя тѣ или другія соглашенія ничтожными, когда они заключены во вредъ третьихъ лицъ, наше матеріальное гражданское право нигдѣ однако же не устанавливаетъ такого правила, которое бы запрещало допускать показанія свидѣтелей въ опроверженіе акта, или въ доказательство его ничтожности по указанію третьихъ лицъ, интересы которыхъ нарушены актомъ. Напротивъ, предоставляя третьимъ лицамъ право предъявлять иски объ уничтоженіи договоровъ, въ заключеніи которыхъ они не участвовали, законъ долженъ былъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, предоставить имъ и средства осуществить свое право, т.-е. средства доказать ничтожность акта, а такимъ средствомъ въ настоящемъ случаѣ никакъ не могутъ быть письменныя доказательства; поэтому, остается только признать, что по указанію третьихъ лицъ показанія свидѣтелей могутъ быть допущены къ опроверженію содержанія акта, хотя бы актъ и былъ совершенъ или засвидѣтельствованъ установленнымъ порядкомъ, во всѣхъ случаяхъ, когда только актъ нарушаетъ ихъ интересы, или заключенъ ко вреду ихъ. Въ смыслѣ этого положенія высказался впослѣдствіе Карницкій въ его рефератѣ петербургскому юридическому обществу—„О правѣ кредиторовъ опровергать сдѣлки, заключенныя должникомъ съ третьимъ лицомъ“ (Журн. гражд. и угол. пр. 1882 г., кн. 6, стр. 42. Протоколы), а также и сенатъ (рѣш. 1883 года, № 91), который объяснилъ, что воспрещеніе, выра-

женное въ 410 ст., должно быть относимо только къ правамъ лицъ, участвовавшихъ въ заключеніи сдѣлки, или ихъ правопреемниковъ, но не къ правамъ третьихъ лицъ, въ совершеніи сдѣлки не участвовавшихъ.

Наконецъ, по поводу правила разбираемой статьи я долженъ еще сказать нѣсколько словъ о томъ, о какихъ именно актахъ идетъ рѣчь въ правилѣ 410 ст. Въ этой статьѣ говорится: „содержаніе письменныхъ документовъ, установленнымъ порядкомъ совершенныхъ или засвидѣтельствованныхъ, не можетъ“ и проч. Такъ какъ, къ совершенію или засвидѣтельствованію установленнымъ порядкомъ представляются только акты, служащіе удостовѣреніемъ состоявшихся соглашеній или договоровъ, то и слѣдуетъ полагать, что въ 410 ст. именно о такого рода актахъ только и говорится. Различіе же между актами совершенными и засвидѣтельствованными въ отношеніи примѣненія правила этой статьи никакого значенія не имѣетъ, но выраженіе это должно быть понимаемо въ смыслѣ правилъ настоящаго нотаріальнаго положенія, опредѣляющихъ порядокъ совершенія и засвидѣтельствованія актовъ и установляющихъ различіе между тѣми и другими актами. По смыслу же правилъ нотаріальнаго положенія, слѣдуетъ признавать, что къ актамъ, установленнымъ порядкомъ засвидѣтельствованнымъ, должны быть относимы и акты, явленные къ засвидѣтельствованію, но явленные цѣликомъ съ запиской въ книгу ихъ содержанія, а не явленные только для засвидѣтельствованія подлинности подписи, каковые акты должны быть, напротивъ, относимы къ актамъ домашнимъ. Замѣчаніе это, впрочемъ, относится до актовъ, совершенныхъ по введеніи въ дѣйствіе настоящаго нотаріальнаго положенія; что же касается актовъ, совершенныхъ прежде, то само собой разумѣется, что понятіе актовъ, совершенныхъ или засвидѣтельствованныхъ, должно опредѣльться сообразно законамъ времени совершенія акта. Змирловъ справедливо относитъ къ актамъ, установленнымъ порядкомъ засвидѣтельствованнымъ, и такого рода акты, которые, бывъ правильно совершены у младшаго нотаріуса, не были, затѣмъ, утверждены старшимъ нотаріусомъ, какъ напр., купчія, закладныя на недвижимое имущество и проч., на томъ основаніи, что совершеніемъ такого рода актовъ у младшаго нотаріуса достаточно уже констатируется дѣйствительность и несомнѣнность соглашенія сторонъ, вслѣдствіе чего, такого рода акты въ отношеніи доказательнаго значенія ихъ содержанія должны имѣть силу актовъ, установленнымъ порядкомъ засвидѣтельствованныхъ (Нотаріальные акты. Юридич. Вѣстн. 1886 г., кн. 6 — 7, стр. 381). Въ виду этого соображенія, и нельзя признать правильнымъ заключеніе сената о томъ, что въ отношеніи опроверженія содержанія такого рода актовъ могутъ быть допускаемы показанія свидѣтелей, на основаніи правила разбираемой статьи (рѣш. 1875 года, № 626). Кромѣ того, я долженъ замѣтить еще, что и въ настоящее время для того, чтобы актъ могъ быть признанъ совершеннымъ или засвидѣтельствованнымъ установленнымъ порядкомъ, не требуется непремѣнно, чтобы актъ былъ совершенъ или засвидѣтельствованъ нотаріусомъ: достаточно, если актъ будетъ совершенъ или засвидѣтельствованъ однимъ изъ учрежденій, или однимъ изъ должностныхъ лицъ, уполномоченныхъ закономъ къ совершенію или засвидѣтельствованію актовъ. Напримѣръ, акты, засвидѣтельствованные консуломъ или биржевымъ маклеромъ, гдѣ они установлены, должны быть признаваемы актами засвидѣтельствованными установленнымъ порядкомъ. Также точно должны быть признаны совершенными или засвидѣтельствованными установленнымъ порядкомъ акты, совершенные или засвидѣтельствованные волостными правленіями, которымъ, положеніемъ о крестьянахъ, предоставлено въ нѣкоторыхъ случаяхъ право свидѣтельствовать акты. Случаи эти указаны мной только для примѣра, а потому я никакъ и не утверждаю, чтобы это были единственные случаи, когда акты, совершенные или засвидѣтельствованные не нотаріусомъ,

должны быть признаваемы однако же актами, совершенными или засвидѣтельствованными установленнымъ порядкомъ. Сенатъ, впрочемъ, во многихъ рѣшеніяхъ высказалъ положеніе прямо противоположное только-что сказанному, объяснивъ, что акты, внесенные въ книгу волостного правленія и имъ засвидѣтельствованные, не могутъ быть приравниваемы къ актамъ, установленнымъ порядкомъ совершеннымъ, вслѣдствіе чего, въ опроверженіе содержанія такихъ актовъ должны быть допускаемы показанія свидѣтелей, единственно, впрочемъ, на томъ только основаніи, что объ этихъ актахъ прямо не упомянуто въ правилѣ разбираемой статьи (рѣш. 1876 года, № 53 и друг.). Въ виду, однако же, того обстоятельства, что основаніе это вполнѣ неправильно вслѣдствіе того, что правило разбираемой статьи говоритъ о недопустимости показаній свидѣтелей въ опроверженіе содержанія вообще актовъ, совершенныхъ или засвидѣтельствованныхъ установленнымъ порядкомъ, а не только актовъ, засвидѣтельствованныхъ нотаріусомъ,—и самое заключеніе сената нельзя признать правильнымъ.

Гораздо болѣе затрудненій представляетъ для комментатора правильное истолкованіе постановленія 409 ст., вслѣдствіе той тѣсной связи, которая существуетъ между правиломъ этой статьи и постановленіями нашего матеріальнаго гражданскаго права, которыя не только отличаются крайней неточностью, но, какъ правила, постановленныя вообще въ духѣ всего нашего свода законовъ, не являются выраженіемъ какихъ-либо логическихъ началъ, которыя бы служили твердымъ основаніемъ для развитія въ строго-опредѣленной системѣ ученія о предустановленныхъ доказательствахъ, а, напротивъ, являются, скорѣе всего, какъ бы аггломератомъ отдѣльныхъ постановленій на частные случаи, соединенныхъ случайно въ сводѣ въ одно цѣлое, безъ всякой связи по внутреннему ихъ содержанію, вслѣдствіе отсутствія руководящей идеи, могущей служить общимъ основаніемъ всѣхъ относящихся сюда постановленій. Въ большемъ, конечно, соотвѣтствіи правила эти стояли съ постановленіями нашихъ прежнихъ законовъ о судопроизводствѣ гражданскомъ, въ которыхъ правила, подобнаго постановленію 409 ст., вовсе не существовало; впервые же оно появилось, какъ я уже сказалъ, хотя нѣсколько въ иномъ видѣ, въ уставѣ торговомъ, и необходимость его въ настоящее время, конечно, нельзя отвергать, но дѣло только въ томъ, что примѣненіе правила 409 ст., вслѣдствіе отсталости постановленій нашего матеріальнаго гражданскаго права о предустановленныхъ доказательствахъ, а также вслѣдствіе несоотвѣтствія ихъ съ потребностями дѣйствительной жизни, не можетъ принести той пользы, какую бы оно дѣйствительно могло оказать при иныхъ обстоятельствахъ. Что между правиломъ разбираемой статьи и постановленіями матеріальнаго права дѣйствительно существуетъ весьма тѣсная связь, то это мы сейчасъ увидимъ при разсмотрѣніи случаевъ примѣненія правила этой статьи. Припомнимъ сперва самый текстъ статьи. „Свидѣтельскія показанія“, говорится въ 409 ст., „могутъ быть признаваемы доказательствомъ тѣхъ только событій, для которыхъ, по закону, не требуется письменнаго удостовѣренія“. Въ этихъ словахъ выражено, какъ это видно изъ дальнѣйшей редакціи текста статьи, общее правило, а, затѣмъ, въ послѣдующемъ содержаніи статьи указываются исключенія изъ этого общаго правила, но въ самомъ общемъ правилѣ не указываются тѣ событія, которыя должны быть удостовѣряемы письменными доказательствами, а говорится только: „для которыхъ, по закону, не требуется письменнаго удостовѣренія“. Очевидно, что подъ словомъ „законъ“ здѣсь разумѣются никакіе иные законы, какъ только законы гражданскіе, относящіеся къ матеріальному гражданскому праву, въ которыхъ дѣйствительно и указываются тѣ случаи, когда законъ требуетъ, для удостовѣренія извѣстныхъ событій, облеченія ихъ въ письменную форму. Доказательствомъ тому, какая тѣсная связь соединяетъ правило

409 ст. съ постановленіями матеріальнаго права, могутъ также служить, несмотря на ихъ крайнюю противорѣчивость, всѣ, безъ исключенія, рѣшенія сената, относящіяся до случаевъ примѣненія этой статьи, въ которыхъ постоянно разсматривается правило 409 ст. не иначе, какъ въ связи съ постановленіями матеріальнаго права и объясняется оно такъ или иначе, но на основаніи этихъ послѣднихъ постановленій. Прежде чѣмъ, однако же, приступить къ разсмотрѣнію отдѣльныхъ случаевъ примѣненія правила 409 ст. на основаніи постановленій матеріальнаго права, я считаю необходимымъ остановиться сперва какъ на выясненіи вообще характера заключающагося въ ней правила, такъ равно показать значеніе и цѣль, съ которой оно установлено.

Что касается цѣли, съ которой установлено правило этой статьи, то нельзя не признать, что оно установлено, главнымъ образомъ, съ цѣлью достиженія по возможности болѣе правильнаго и твердаго удостовѣренія тѣхъ событій, облеченіе которыхъ въ письменную форму законъ считалъ положительно необходимымъ, въ виду бо́льшей или меньшей важности этихъ событій. Дѣйствительно, нѣкоторыя событія бываютъ такого свойства, что удостовѣреніе ихъ необходимо на болѣе или менѣе продолжительное время, такъ что для точнаго констатированія такого рода событій показанія свидѣтелей, вслѣдствіе слабости памяти людей, въ бо́льшей части случаевъ были бы доказательствомъ весьма недостаточнымъ. Въ другихъ же случаяхъ, тѣ событія, для удостовѣренія которыхъ, по закону, требуются письменныя доказательства, представляются настолько важными событіями въ соціальной жизни народа, что законъ считалъ невозможнымъ допустить констатированіе ихъ одними свидѣтельскими показаніями, которыя, при бо́льшей испорченности нравовъ въ современныхъ обществахъ, чѣмъ въ обществахъ первобытныхъ, далеко не всегда могутъ считаться достаточнымъ доказательствомъ, вслѣдствіе того, что совращеніе свидѣтелей, тѣми или другими способами, представляется дѣломъ довольно легкимъ въ настоящее время. Поэтому, всѣ современныя законодательства и содержатъ въ себѣ правила, подобныя постановленію 409 ст. нашего устава, но, собственно, правило этой статьи во многихъ отношеніяхъ, какъ мы увидимъ нѣсколько ниже, представляется гораздо болѣе суровымъ постановленіемъ, сравнительно съ аналогическими постановленіями, напр., законодательствъ французскаго и итальянскаго. Относительно характера правила этой статьи замѣчу, что редакція его можетъ подать поводъ предполагать, что оно имѣетъ, по крайней мѣрѣ, въ отношеніи принятія свидѣтельскихъ показаній за доказательство тѣхъ событій, для удостовѣренія которыхъ не требуется письменныхъ доказательствъ, характеръ факультативный, на что̀ указываетъ слѣдующее выраженіе статьи: „свидѣтельскія показанія могутъ быть признаваемы доказательствомъ“ и проч. Слово „могутъ“ можетъ подать поводъ предполагать, что судъ въ правѣ не принимать за доказательство свидѣтельскія показанія даже и тогда, когда по закону не требуется письменное удостовѣреніе, но врядъ ли возможно допустить подобный выводъ. Мнѣ кажется, что слово „могутъ“ должно быть относимо въ настоящемъ случаѣ не къ праву суда въ отношеніи допущенія свидѣтельскихъ показаній, какъ доказательства, въ случаяхъ, когда по закону не требуется письменное удостовѣреніе и когда судъ положительно обязанъ допустить этотъ способъ доказательства, но только къ праву суда признавать или не признавать показанія свидѣтелей за доказательство по ихъ существу и содержанію. Что касается, далѣе, значенія правила 409 ст., то, какъ я уже сказалъ, въ немъ выражено и общее правило, и исключенія; по крайней мѣрѣ, редакторы уставовъ считали разсматриваемое правило статьи за правило общее, что̀ ясно видно изъ слѣдующаго выраженія статьи: „изъ сего общаго правила исключаются случаи“. Но, если всмотрѣться глубже въ содержаніе тѣхъ исключеній, которыя указаны въ 409 ст. и которы̀я мы

разсмотримъ нѣсколько ниже, то нетрудно будетъ убѣдиться, что исключенія эти такого рода, что могутъ служить довольно яснымъ указаніемъ на другое болѣе общее правило, чѣмъ правило 409 ст., выраженное только въ видѣ правила общаго, и которыя служатъ какъ бы возвратомъ къ другому дѣйствительно общему правилу, въ виду котораго самое общее правило этой статьи представляется не болѣе какъ исключеніемъ. Дѣйствительно, общее правило въ отношеніи допустимости различныхъ способовъ доказательствъ, хотя оно и нигдѣ положительно въ законѣ не выражено, заключается, однако же, въ томъ, что всѣ способы доказательствъ равно допустимы въ подтвержденіе всевозможныхъ событій, за исключеніемъ тѣхъ случаевъ, когда законъ, собственно въ видѣ исключенія, считалъ необходимымъ устранить одинъ способъ доказательства, предписавъ употребленіе другихъ; или, другими словами, когда законъ считалъ необходимымъ допускать только предустановленныя имъ доказательства. Въ статьѣ 409 указывается извѣстная серія случаевъ, когда законъ считалъ необходимымъ устранить доказательство посредствомъ показаній свидѣтелей, въ виду того обстоятельства, что въ этихъ случаяхъ приводимые сторонами факты могутъ быть констатируемы не иначе, какъ только предустановленнымъ способомъ доказательства, въ настоящемъ случаѣ письменными актами;—не ясно ли изъ этого, что постановленіе, названное въ этой статьѣ общимъ правиломъ, есть не болѣе какъ исключеніе изъ общаго правила, которое, какъ я уже сказалъ, допускаетъ равно всѣ способы доказательствъ въ подтвержденіе всевозможныхъ юридическихъ фактовъ?

Опредѣливши, такимъ образомъ, характеръ, цѣль и значеніе такъ называемаго общаго правила 409 ст., я перейду къ разсмотрѣнію отдѣльныхъ случаевъ примѣненія правила настоящей статьи, на основаніи постановленій нашего матеріальнаго гражданскаго права, но предварительно я обращу еще вниманіе на нѣкоторую неточность правила 409 ст. въ этомъ отношеніи. Въ статьѣ говорится: „свидѣтельскія показанія могутъ быть признаваемы доказательствомъ тѣхъ только событій, для которыхъ, по закону, не требуется письменнаго удостовѣренія“; между тѣмъ, въ законахъ гражданскихъ не перечисляются тѣ случаи, когда *не требуются* письменныя доказательства, а, напротивъ, указываются только тѣ случаи, когда письменныя доказательства *требуются*, вслѣдствіе чего, еслибы разсматривать примѣненіе правила 409 ст. по его буквальному содержанію, то не пришлось бы, собственно говоря, придти къ какимъ-либо выводамъ, и даже было бы невозможно указать всѣ отдѣльные случаи примѣненія его, такъ какъ, въ матеріальномъ правѣ не указываются, за немногими исключеніями, случаи, когда письменныя доказательства не требуются. Поэтому, остается только выяснить примѣненіе правила 409 ст., принявъ во вниманіе тѣ случаи, когда по законамъ гражданскимъ требуются письменныя доказательства, для чего необходимо понимать правило этой статьи такимъ образомъ, еслибы оно было редактировано приблизительно такъ: „свидѣтельскія показанія не могутъ быть принимаемы за доказательство тѣхъ событій, для которыхъ по закону *требуется* письменное удостовѣреніе“. До сената доходило множество отдѣльныхъ случаевъ, въ которыхъ сенату приходилось высказаться о примѣненіи правила 409 ст., и хотя рѣшенія его по вопросамъ, сюда относящимся, крайне противорѣчивы, но, несмотря на это, нѣкоторыя изъ нихъ, впрочемъ меньшая половина, могутъ служить руководствомъ для комментатора и будутъ мной указаны въ своемъ мѣстѣ. Обращаясь же собственно къ постановленіямъ нашего матеріальнаго гражданскаго права, куда я отношу и постановленія права торговаго, указывающихъ тѣ событія, для удостовѣренія которыхъ требуются письменныя доказательства, я не могу не замѣтить, что огромнымъ большинствомъ этихъ постановленій предписывается облекать въ письменную форму договорныя

соглашенія, а затѣмъ, помимо этой категоріи фактовъ, указываются еще нѣкоторыя, весьма немногія событія, которыя должны быть удостовѣряемы письменными доказательствами. Но, кромѣ доказательства юридическихъ фактовъ, служащихъ къ утвержденію матеріальныхъ правъ, нерѣдко бываетъ необходимо констатировать факты судопроизводственные, поэтому, необходимо также указать, какими способами могутъ быть доказываемы эти послѣдніе факты. Въ прежнихъ законахъ о судопроизводствѣ гражданскомъ существовало раздѣленіе письменныхъ актовъ на три категоріи: къ 1-й категоріи были отнесены акты состоянія; ко 2-й—акты укрѣпленія имуществъ и къ 3-й—акты присутственныхъ мѣстъ. Къ актамъ состоянія были относимы: метрическія книги, выписи и свидѣтельства изъ оныхъ; акты о принадлежности къ извѣстному сословію, какъ, напр., родословныя, городовыя, обывательскія книги, ревизскія сказки, выписки изъ оныхъ и проч. Къ актамъ укрѣпленія имуществъ были отнесены не только акты, удостовѣряющіе право собственности на недвижимыя имущества и переходъ этихъ правъ, но и вообще всѣ акты, служащіе удостовѣреніемъ договорнымъ соглашеніямъ, какъ, напр., заемныя письма, запродажныя записи и проч., и, притомъ, безъ различія способа совершенія этихъ актовъ, такъ что къ этой категоріи были относимы, какъ акты, совершенные крѣпостнымъ порядкомъ, такъ равно и акты явленные и домашніе. Наконецъ, къ третьей категоріи актовъ, т.-е. актовъ присутственныхъ мѣстъ, были относимы слѣдующіе акты: судебные журналы, протоколы, реестры настольные, докладныя книги, входящія и исходящія бумаги, выписки изъ дѣлъ, судебныя опредѣленія и другія бумаги (т. X ч. 2 ст. 319—322). Это раздѣленіе актовъ не утратило, какъ мнѣ кажется, свое значеніе и въ настоящее время, потому что оно вполнѣ соотвѣтствуетъ различію въ самой природѣ тѣхъ фактовъ, удостовѣреніемъ которыхъ оно должно служить, или соотвѣтствуетъ тѣмъ тремъ категоріямъ фактовъ, которые указаны мной выше и для удостовѣренія которыхъ законъ требуетъ письменныя доказательства, вслѣдствіе чего, я и разсмотрю отдѣльные случаи, когда требуются письменныя доказательства, распредѣливъ эти случаи на три категоріи. Къ 1-й категоріи мной будутъ отнесены случаи, составляющіе самую обширную группу фактовъ, для доказательства которыхъ законъ требуетъ представленія письменныхъ документовъ,—это именно договорныя соглашенія и переходъ вещныхъ правъ на недвижимое имущество; ко 2-й категоріи будутъ отнесены факты, которые должны быть удостовѣряемы актами состоянія, и къ 3-й категоріи—факты судопроизводственные, которые могутъ быть удостовѣрены актами присутственныхъ мѣстъ.

Что касается фактовъ первой категоріи, то постановленіями гражданскаго права письменная форма совершенія сдѣлокъ установлена для сдѣдующихъ договорныхъ соглашеній: а) купли-продажи недвижимыхъ имуществъ и купли-продажи построенныхъ въ Россіи мореходныхъ судовъ (1417 и 1419 ст. X т. 1 ч.); б) договора запродажи недвижимости, который можетъ быть удостовѣренъ или запродажной записью, или росписки о задаткѣ (1680 и 1685 ст. X т. 1 ч.); в) договоръ отдачи въ наемъ недвижимыхъ имуществъ, за исключеніемъ договоровъ о наймѣ городскихъ строеній и земельныхъ участковъ въ городѣ, заключаемыхъ между частными лицами, а также договоръ объ отдачѣ въ наемъ земельныхъ участковъ внѣ города, когда заключенъ между крестьянами, а равно между крестьянами и лицами, принадлежащими къ другимъ сословіямъ, не болѣе какъ на три года, на всякую сумму, а на срокъ отъ трехъ до двѣнадцати лѣтъ на сумму не свыше трехсотъ рублей; въ письменную же форму долженъ быть облеченъ и договоръ отдачи въ наемъ мореходныхъ и рѣчныхъ судовъ (1700—1703 ст. X т. ч. 1 и дополненіе къ ст. 5 Высочайше утвержденнаго мнѣнія государственнаго совѣта объ отдачѣ помѣщичьихъ имѣній въ аренду, по прод. 1864 года); г) договора подряда и поставки какъ между частными лицами,

такъ и казной (1742 и 1892 ст. X т. 1 ч.); д) договоровъ залога недвижимаго имущества и заклада движимости какъ между частными лицами, такъ и казной (1642 и 1667 ст. X т. 1 ч.); е) договора займа, за исключеніемъ займа до двѣнадцати рублей въ губерніяхъ малороссійскихъ и вообще займа между сибирскими обывателями и мезенскими самоѣдами (2031, 2032 и 2097 ст. X т. 1 ч.); ж) договора отдачи на сохраненіе денегъ и вещей (2111 ст. X т. 1 ч.); з) договора товарищества на акціяхъ, которыя дѣйствуютъ на основаніи утвержденныхъ установленнымъ порядкомъ уставовъ, составляющихъ товарищескій договоръ (2131 ст. X т. 1 ч.); и) договора довѣренности (2308 ст. X т. 1 ч.) и к) договора поручительства по займамъ (1562 ст. X т. 1 ч.). Кромѣ того, еще нашимъ торговымъ правомъ установлена письменная форма для слѣдующихъ торговыхъ обязательствъ: а) для векселей простыхъ и переводныхъ (542 ст. XI т. 2 ч.); б) для торговой довѣренности (721 ст. XI т. 2 ч.); в) для торговаго товарищества полнаго и на вѣрѣ (766 и 772 ст. XI т. 2 ч.); г) для найма корабельщиковъ, корабельныхъ служителей и водоходцевъ (883 и 935 ст. XI т. 2 ч.); д) для найма кораблей (1005 ст. XI т. 2 ч.); е) для бодмереи или договора о займѣ подъ залогъ корабля, товаровъ или груза, или просто для договора займа припасовъ на морѣ (1062 и 1065 ст. XI т. 2 ч.); ж) для найма лоцмановъ (1214 ст. XI т. 2 ч.), и з) для договора морского страхованія (1237 ст. XI т. 2 ч.). Къ первой же группѣ фактовъ, въ подтвержденіе которыхъ законъ требуетъ представленія письменныхъ доказательствъ, должны быть отнесены факты, удостовѣряющіе переходъ или установленіе права собственности на недвижимыя имущества или установленіе и переходъ иныхъ вещныхъ правъ на недвижимость. Въ нашемъ гражданскомъ правѣ указаны относящіяся сюда событія, какъ требующія для удостовѣренія ихъ письменныхъ доказательствъ, слѣдующія: а) пожалованіе, которое совершается не иначе, какъ по Высочайшему указу (934 ст. X т. 1 ч.); б) дареніе (987 ст. X т. 1 ч.); в) выдѣлъ (1000 ст. X т. 1 ч.); г) приданое, которое выдѣляется посредствомъ рядной записи (1006 ст. X т. 1 ч.); д) духовныя завѣщанія крѣпостныя и домашнія, и, притомъ, безъ различія—завѣщается ли недвижимое или движимое имущество (1113 и 1114 ст. X т. 1 ч.); е) раздѣлъ наслѣдства, совершаемый посредствомъ раздѣльной записи (1341 ст. X т. 1 ч., а также по примѣненію къ этой статьѣ и 158 ст. нотаріальнаго положенія), и вообще раздѣлъ общей собственности въ недвижимомъ имуществѣ; ж) вообще договоръ объ установленіи на недвижимомъ имѣніи сервитутовъ, какъ личныхъ, такъ и реальныхъ, какъ, напр., установленіе пожизненнаго владѣнія, права угодій, права участія частнаго и проч. или договоры о выкупѣ этихъ правъ и договоры о запрещеніи отчуждать имущество и тому подобное (66 и 159 ст. нотар. полож.) и з) мировыя сдѣлки, въ смыслѣ миролюбиваго соглашенія объ окончаніи уже начатаго въ судѣ дѣла, которыя совершаются посредствомъ мировыхъ записей, мировыхъ прошеній, или посредствомъ записки соглашенія въ протоколѣ суда (1359 ст. уст. гражд. судопр.), а если мировой сдѣлкой уступается право собственности или иное вещное право на недвижимость, то еще посредствомъ утвержденія сдѣлки старшимъ нотаріусомъ (158 ст. нотар. полож.). Что для доказательства многихъ изъ перечисленныхъ сейчасъ фактовъ требуются непремѣнно письменныя удостовѣренія и потому факты эти не могутъ быть доказываемы показаніями свидѣтелей, признаетъ и сенатъ, который и объяснилъ, что ни право собственности на недвижимое имущество, ни установленіе права участія частнаго въ недвижимости не могутъ быть доказываемы показаніями свидѣтелей (рѣш. 1870 года, № 379 и 1867 года, № 398); не могутъ быть также доказываемы показаніями свидѣтелей залоговое право (рѣш. 1866 года, № 68), наемъ церковныхъ земель и вообще договоръ найма недвижимаго имущества внѣ города

на продолжительный срокъ (рѣш. 1869 года, № 1323 и рѣш. 1870 года, № 1553); договоръ займа и договоръ отдачи на сохраненіе (рѣш. 1868 года, № 153 и рѣш. 1866 года, № 68 и мног. друг.).

Въ отношеніи указанія случаевъ, когда въ подтвержденіе фактовъ, могущихъ служить удостовѣреніемъ договорныхъ соглашеній, показанія свидѣтелей не могутъ быть допущены, какъ доказательство, достаточно, собственно говоря, было бы привести тѣ случаи, когда по закону требуется письменное удостовѣреніе въ подтвержденіе извѣстныхъ фактовъ, такъ какъ, черезъ перечисленіе этихъ случаевъ, тѣ факты, также относящіеся къ констатированію договорныхъ соглашеній, въ подтвержденіе которыхъ письменныя доказательства однако же не требуются, по противоположенію выясняются сами собой; но для полноты изложенія, а главное, въ виду весьма крупныхъ противорѣчій между относящимися сюда рѣшеніями сената, я считаю необходимымъ обратить вниманіе и на тѣ случаи, когда для доказательства фактовъ, относящихся къ констатированію договорныхъ соглашеній, письменныя удостовѣренія нашими гражданскими законами не требуются. Кромѣ уже указанныхъ мной выше случаевъ заключеній, относящихся къ договору найма недвижимыхъ имуществъ и къ договору займа, когда для доказательства договора не требуются письменныя доказательства и когда, слѣдовательно, допустимы показанія свидѣтелей, вслѣдствіе того, что и въ этихъ случаяхъ законъ дозволяетъ совершать договоръ словесно, въ законахъ гражданскихъ указаны еще слѣдующіе случаи, когда допускаются словесныя соглашенія: а) пріобрѣтеніе движимыхъ имуществъ вообще всякимъ законнымъ способомъ (710 ст. X т. 1 ч.), а въ частности пріобрѣтеніе посредствомъ даренія (993 ст. X т. 1 ч.), мѣны (1380 ст. X т. 1 ч.), купли-продажи (1510 ст. X т. 1 ч.); б) словесно могутъ быть совершаемы договоры: найма движимыхъ имуществъ (1700 ст. X т. 1 ч.), личнаго найма (2226 ст. X т. 1 ч.) и найма купеческихъ прикащиковъ и лавочныхъ сидѣльцевъ, (685 ст. XI т. 2 ч.). Это случаи, когда законъ прямо указываетъ на допустимость словесныхъ соглашеній и которые, слѣдовательно, безусловно могутъ быть доказываемы показаніями свидѣтелей, между тѣмъ, между рѣшеніями сената можно найти и такія, въ которыхъ сенатъ, въ противорѣчіе прямому указанію закона, не допускаетъ однако же показанія свидѣтелей, какъ доказательства, напр., сенатъ не допускаетъ показаній свидѣтелей въ доказательство договора найма земли между крестьянами, въ противность прямому вышеприведенному мной закону по продолженію 1864 года (рѣш. 1870 года, № 1937); далѣе сенатъ въ нѣкоторыхъ рѣшеніяхъ заходитъ такъ далеко въ своемъ строгомъ толкованіи правила 409 ст., что не допускаетъ доказательства посредствомъ свидѣтелей существованія договора купли-продажи движимости (рѣш. 1869 года, № 1318). Мнѣ кажется, что эти рѣшенія, какъ прямо противорѣчащія закону, ни въ какомъ случаѣ не могутъ быть принимаемы въ руководство судебной практикой, тѣмъ болѣе, что они противорѣчатъ множеству другихъ рѣшеній сената, по однороднымъ случаямъ, въ которыхъ сенатъ держится иного взгляда, болѣе согласнаго съ закономъ. Возможность заключенія словесно договоровъ личнаго найма вообще и найма купеческихъ прикащиковъ призналъ и сенатъ во множествѣ рѣшеній (рѣш. 1871 года, № 94 и мног. друг., а въ отношеніи найма прикащиковъ рѣш. 1871 года, № 144). Кромѣ случаевъ, положительно въ законѣ указанныхъ, когда въ законѣ выражено прямое дозволеніе въ отношеніи совершенія нѣкоторыхъ договоровъ словесно, можно указать еще и другіе случаи, относящіеся также къ договорамъ, въ которыхъ слѣдуетъ допускать, какъ доказательство существованія соглашенія, показанія свидѣтелей, на томъ основаніи, что, хотя въ законахъ и не выражено прямого дозволенія совершать договоры словесно, но и не содержится въ то же время и никакого предписанія совершать эти договоры пись-

менно. Къ числу такихъ случаевъ слѣдуетъ отнести слѣдующіе договоры: договоръ ссуды имущества, что призналъ и сенатъ (рѣш. 1870 года, № 1354 и друг.); договоръ запродажи движимости, что призналъ и сенатъ (рѣш. 1876 года, № 221); раздѣлъ общаго движимаго имущества и, притомъ, безразлично—будетъ ли раздѣлено имущество, доставшееся совладѣльцамъ по наслѣдству, или будетъ пріобрѣтено ими на иномъ основаніи, что призналъ и сенатъ (рѣш. 1875 года, № 395); договоръ поручительства, когда имъ обезпечивается другой договоръ, совершеніе котораго дозволяется закономъ словесно, какъ, напр., договоръ купли-продажи движимости, личнаго найма; по крайней мѣрѣ, законъ, говоря о поручительствѣ по этимъ договорамъ, не требуетъ облеченія этого добавочнаго договора непремѣнно въ письменную форму (1511 и 1570 ст. X т. 1 ч.); договоръ не-торговаго товарищества, полнаго и на вѣрѣ, что признали сенатъ (рѣш. 1876 года, № 60) и Побѣдоносцевъ (Курсъ гражд. пр., т. 3, стр. 69), въ виду того, что въ статьяхъ X тома, относящихся къ этому договору, ничего неговорится объ обязанности контръ-агентовъ облекать товарищескій договоръ въ письменную форму, и, наконецъ, договоръ объ авторскомъ, или издательскихъ правахъ, что призналъ и сенатъ, руководствуясь 287 ст. XII т. уст. цензурн. (рѣш. 1867 года, № 42).

Если въ сейчасъ указанныхъ случаяхъ и слѣдуетъ допускать, по разуму закона, показанія свидѣтелей въ доказательство существованія соглашенія, то, затѣмъ, возникаетъ еще вопросъ о томъ: возможно ли принятіе свидѣтельскихъ показаній, какъ доказательства въ подтвержденіе такъ называемыхъ безъимянныхъ договоровъ, contracti innominati, т.-е. договоровъ, въ законѣ прямо не предусмотрѣнныхъ, но и не воспрещенныхъ имъ? Такіе договоры довольно часто встрѣчаются въ дѣйствительной жизни и пользуются на практикѣ судебной защитой, несмотря на то, что въ законѣ о подобныхъ договорахъ ничего не говорится; но судебная практика, при обсужденіи значенія такихъ договоровъ, руководствуется общими правилами о договорахъ, содержащимися въ законахъ гражданскихъ. Законъ, конечно, и не можетъ предусмотрѣть и нормировать всѣ случаи, могущіе встрѣтиться въ жизни, что замѣчается и въ законодательствахъ иностранныхъ; тѣмъ болѣе недостаточными въ этомъ отношеніи представляются наши гражданскіе законы, какъ продуктъ иного времени и иныхъ условій жизни. Для примѣра безъимяннаго договора, я укажу, во-первыхъ, на весьма распространенный у насъ договоръ отдачи земли для посѣва исполу; затѣмъ, какъ на примѣры такихъ договоровъ, можно указать еще на весьма разнообразные договоры, предусмотрѣнные французскимъ и итальянскимъ кодексами, которые въ этихъ кодексахъ, хотя и имѣютъ опредѣленныя названія, но у насъ будутъ договорами безъимянными, какъ договоры, закономъ не предусмотрѣнные; это—договоры объ отдачѣ скота для прокорма на различныхъ условіяхъ, которыя разнообразятся, смотря по условіямъ договора. Потомъ весьма распространеннымъ договоромъ, въ особенности среди крестьянъ, является договоръ, въ силу котораго одна сторона отдаетъ другой часть или все имущество съ тѣмъ, что другая сторона, принявшая имущество, обязывается давать пожизненное содержаніе. Затѣмъ можно указать еще на различнаго рода коммиссіонные договоры, распространенные преимущественно въ торговомъ быту и проч. Если при спорахъ по такимъ договорамъ судъ и можетъ, при обсужденіи существа и юридическихъ послѣдствій этихъ договоровъ, руководствоваться общими правилами о договорахъ, имѣющимися въ законахъ гражданскихъ, но въ отношеніи способовъ доказыванія договоровъ, судъ, тѣмъ не менѣе, въ этихъ правилахъ не найдетъ никакихъ данныхъ въ законѣ. Я съ своей стороны полагаю, что заключеніе безъимянныхъ договоровъ можетъ быть доказываемо показаніями свидѣтелей во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда

посредствомъ договора не совершается переходъ какихъ-либо вещныхъ правъ на недвижимое имущество, для которыхъ письменная форма совершенія договора безусловно обязательна. Возможность принятія показаній свидѣтелей, какъ доказательства заключенія подобныхъ договоровъ, я допускаю на томъ основаніи, что на случаи, когда въ подтвержденіе тѣхъ или другихъ событій законъ требуетъ письменныя удостовѣренія, слѣдуетъ смотрѣть, какъ на исключеніе изъ общаго правила, въ силу котораго, какъ я уже имѣлъ случай замѣтить, всѣ способы доказательствъ должны считаться одинаково допустимыми въ подтвержденіе всевозможныхъ фактовъ; а какъ законъ, говоря о формѣ сдѣлокъ, о необходимости облекать въ письменную форму договоры безъимянные не упоминаетъ, то, вслѣдствіе этого, остается только признать, что такіе договоры могутъ быть заключаемы и словесно, а, слѣдовательно, и могутъ быть доказываемы показаніями свидѣтелей. Что безъимянные договоры могутъ быть доказываемы показаніями свидѣтелей, то это призналъ и сенатъ во многихъ рѣшеніяхъ, объяснивъ и вообще, что такія сдѣлки, о которыхъ законъ не упоминаетъ, могутъ быть доказываемы показаніями свидѣтелей (рѣш. 1876 года, № 104), и въ частности, что показаніями свидѣтелей могутъ быть доказываемы, напр. передача денегъ съ порученіемъ или отправить по принадлежности, или съ порученіемъ купить что-либо (рѣш. 1868 года, № 730 и рѣш. 1869 года, № 749); сдѣлки объ отдачѣ скота на прокормленіе (рѣш. 1876 года, № 80); сдѣлки о доставленіи продовольствія, квартиры и одежды (рѣш. 1877 года, № 23) и проч. Первый изъ только что указанныхъ договоровъ есть, очевидно, не что иное, какъ видъ коммиссіоннаго договора, за допустимость доказыванія какового вообще показаніями свидѣтелей высказался также и профессоръ Цитовичъ (Лекціи торг. пр., вып. 2, стр. 343).

Что касается, далѣе, смѣшанныхъ договоровъ, то мнѣ кажется, что при обсужденіи вопроса о допустимости, какъ доказательства, показаній свидѣтелей въ подтвержденіе такого рода договоровъ, слѣдуетъ принимать въ соображеніе признаки, отличающіе тотъ изъ договоровъ, который имѣетъ преобладающее значеніе и, судя по характеру главнаго договора, допускать или не допускать этотъ способъ доказательства. Напр., кто-либо занимаетъ деньги и обязывается вмѣстѣ съ тѣмъ, положимъ за проценты, производить извѣстныя работы въ пользу кредитора; здѣсь будетъ смѣшеніе договоровъ займа, который долженъ быть совершенъ письменно и личнаго найма, который можетъ быть совершенъ и словесно; но какъ главнымъ договоромъ является заемъ, то мнѣ кажется, что въ этомъ случаѣ показанія свидѣтелей не могутъ быть допущены, какъ доказательство существованія такого смѣшаннаго договора. Впрочемъ, самый интересный примѣръ въ отношеніи вопроса о способахъ доказыванія представляетъ договоръ купли-продажи движимости въ кредитъ, интересный, какъ по сущности относящихся сюда опредѣленій матеріальнаго права, такъ еще болѣе по разнообразію практики сената по этому вопросу, который, какъ мнѣ кажется, до сихъ поръ не успѣлъ выяснить, съ надлежащей точностью и согласно съ прямымъ смысломъ положительнаго закона, даже самую природу юридическаго отношенія, возникающаго изъ этого смѣшаннаго договора. Для того, чтобы уяснить вопросъ о томъ—могутъ ли быть допущены показанія свидѣтелей въ доказательство совершенія договора купли-продажи движимости въ кредитъ, я долженъ показать сперва, на основаніи постановленій нашего матеріальнаго права, тѣ признаки, которые отличаютъ этотъ видъ смѣшаннаго договора отъ договора купли-продажи на наличныя деньги, а, затѣмъ, указать еще тѣ модификаціи самаго договора купли-продажи въ кредитъ, которыя имѣютъ существенное вліяніе на допустимость того или другого способа доказательства. Совершеніе договора купли-продажи движимости на наличныя деньги, какъ это совершенно правильно призналъ и сенатъ во множествѣ рѣшеній, можетъ быть доказываемо показаніями свидѣтелей, но дѣло въ томъ,

что вопросъ о способѣ доказыванія этого договора безспорнымъ является только относительно тѣхъ случаевъ, когда договоръ совершается такимъ образомъ, что въ самый моментъ передачи, въ силу договора, проданнаго имущества, и деньги уплачиваются покупщикомъ продавцу. Хотя это случай, наичаще встрѣчающійся въ жизни, но нерѣдки также и такого рода случаи, когда, въ силу договора, проданное имущество передается немедленно покупщику, но уплата денегъ назначается на опредѣленный срокъ — это договоръ на срокъ. Есть ли это уже договоръ купли-продажи въ кредитъ, или договоръ купли-продажи на наличныя деньги? Обращаясь для разрѣшенія этого вопроса къ постановленіямъ нашего матеріальнаго права, я долженъ сказать, что въ силу 1521 ст., постановляющей, что „покупщикъ обязанъ заплатить продавцу цѣну проданнаго имущества въ надлежащемъ мѣстѣ наличными деньгами, или обязательствами по условію", характеръ договора въ этомъ случаѣ будетъ зависѣть отъ предварительнаго соглашенія сторонъ, такъ что если стороны условятся о платежѣ за проданное имущество только въ опредѣленный срокъ, но наличными деньгами, то и самый договоръ будетъ продажей на наличныя деньги; напротивъ, если стороны предварительно условятся о полученіи, за проданное имущество, вмѣсто денегъ обязательствами, то и договоръ получитъ характеръ договора смѣшаннаго или договора купли-продажи въ кредитъ. Изъ этого необходимо заключить, что въ первомъ случаѣ, несмотря на назначеніе срока для платежа денегъ за проданную движимость, договоръ все же остается договоромъ купли-продажи на наличныя деньги и какъ таковой—можетъ быть доказываемъ показаніями свидѣтелей. Поэтому, мнѣ кажется совершенно правильнымъ рѣшеніе сената по дѣлу Русакова, въ которомъ сенатъ объяснилъ, что продажа движимости на наличныя деньги и неполученіе денегъ съ покупщика могутъ быть доказываемы свидѣтельскими показаніями (рѣш. 1870 года, № 1900). Рѣшеніе это, впрочемъ, мотивировано весьма недостаточно и изъ него не видно—былъ ли назначенъ по договору опредѣленный срокъ на уплату денегъ, или же уплата должна была послѣдовать немедленно по передачѣ имущества. Кромѣ того, рѣшеніе это стоитъ въ рѣзкомъ противорѣчіи со множествомъ другихъ рѣшеній, въ которыхъ сенатъ отвергалъ всякую возможность доказывать неполученіе денегъ за проданную движимость показаніями свидѣтелей, даже при существованіи соглашенія о продажѣ на наличныя деньги (рѣш. 1869 года, № 1141 и мног. друг.). Когда же по предварительному соглашенію сторонъ движимость была продана прямо въ кредитъ, съ полученіемъ вмѣсто денегъ обязательствъ, которыя могутъ состоять, или въ векселяхъ, или въ заемныхъ письмахъ, или, наконецъ, просто въ подписанныхъ должникомъ счетахъ въ суммахъ, слѣдующихъ за забранныя издѣлія, или товары, которые, на основаніи 2045 ст. X т. 1 ч., относятся къ обязательствамъ, домашнимъ порядкомъ совершеннымъ, то въ силу того обстоятельства, что постановленіе 1521 ст. X т. 1 ч. требуетъ облеченія въ форму обязательства, т.-е. въ письменную форму совершеніе самой продажи движимости въ кредитъ, слѣдуетъ признать, что долгъ, вытекающій изъ договора купли-продажи въ кредитъ, не можетъ быть доказываемъ показаніями свидѣтелей. Поэтому, если и можно признать правильными тѣ рѣшенія сената, въ которыхъ онъ признаетъ, что долгъ, вытекающій изъ договора купли-продажи движимости въ кредитъ, не можетъ быть доказываемъ показаніями свидѣтелей, но, при этомъ, я не могу, однако же, не обратить вниманія на неправильную, какъ мнѣ кажется, мотивировку нѣкоторыхъ его рѣшеній и на неправильность тѣхъ соображеній, которыя приводятъ сенатъ къ такому выводу. Такъ, сенатъ во многихъ рѣшеніяхъ необходимость представленія въ этомъ случаѣ письменныхъ доказательствъ основываетъ, главнымъ образомъ, на постановленіи 2045 ст. X т. 1 ч. (рѣш. 1868 года, № 401 и друг.),

въ силу которой, по мнѣнію сената, къ договору займа также должны быть относимы долги, образующіеся отъ покупки и продажи товара и вообще движимаго имущества, между тѣмъ, какъ постановленіе этой статьи не даетъ никакого основанія къ подобному выводу: оно, относя къ обязательствамъ, домашнимъ порядкомъ совершеннымъ, счеты за товары и услуги, подписанные должникомъ, опредѣляетъ тѣмъ самымъ только значеніе этихъ счетовъ, какъ письменнаго доказательства, не болѣе. Главное же основаніе указаннаго мной положенія въ отношеніи необходимости представленія письменныхъ доказательствъ, въ подтвержденіе долга, возникающаго изъ договора купли-продажи въ кредитъ, слѣдуетъ, какъ мнѣ кажется, видѣть только въ постановленіи 1521 ст. X т. 1 ч., требующей, какъ я сказалъ, облеченія въ форму обязательства соглашенія о продажѣ въ кредитъ. Во множествѣ другихъ рѣшеній, изъ которыхъ многія мотивированы весьма слабо, сенатъ, въ разсмотрѣнномъ случаѣ, допускаетъ доказательство посредствомъ свидѣтелей (рѣш. 1868 года, № 249 и мног. друг.). Рѣшенія эти, какъ противорѣчащія прямому смыслу закона, и не должны быть принимаемы въ руководство судебной практикой. Кромѣ только что разсмотрѣнныхъ мной видовъ договора купли-продажи, могутъ быть еще и такіе случаи, когда самый договоръ былъ заключенъ съ условіемъ платежа наличными деньгами за проданную движимость, но когда соглашеніе, по какимъ-либо обстоятельствамъ, о продажѣ въ кредитъ послѣдовало уже послѣ передачи имущества продавцомъ покупщику. Въ такомъ случаѣ послѣдуетъ, конечно, не что иное, какъ погашеніе первоначальнаго договора посредствомъ новаціи или заключенія новаго договора о займѣ, вслѣдствіе чего, и самый долгъ можетъ быть доказанъ не иначе, какъ представленіемъ письменныхъ доказательствъ. Вообще же письменныя доказательства, въ подтвержденіе долга за проданную движимость, могутъ быть требуемы не прежде, какъ по констатированіи того факта, что продажа была совершена не на наличныя деньги, а въ кредитъ, обязанность доказать который должна падать однако же на отвѣтчика, въ силу того вполнѣ правильнаго предположенія, указаннаго сенатомъ въ одномъ изъ его рѣшеній (рѣш. 1871 года, № 366), въ силу котораго вообще слѣдуетъ признать, что купля-продажа движимости всегда совершается на наличныя деньги, доколѣ не доказано противное. Предположеніе это, если и не вытекаетъ изъ постановленій закона и потому не есть презумпція juris, а только презумпція hominis или facti, но, тѣмъ не менѣе, оно, какъ выведенное сенатомъ дѣйствительно ex eo quod plerumque fit, должно быть признано вполнѣ правильнымъ и должно быть принято къ руководству. По указаннымъ сейчасъ основаніямъ долженъ быть обсуждаемъ также и вопросъ о допустимости показаній свидѣтелей, какъ доказательства въ подтвержденіе долга, или, лучше сказать, въ подтвержденіе факта неполученія денегъ по смѣшаннымъ договорамъ личнаго найма въ кредитъ, найма имущества въ кредитъ и проч. въ тѣхъ случаяхъ, когда договоръ былъ совершенъ словесно.

До сихъ поръ мы говорили о способахъ доказыванія тѣхъ или другихъ фактовъ, относящихся къ констатированію самыхъ договорныхъ соглашеній; теперь я долженъ обратиться еще къ разсмотрѣнію вопроса о допустимости показаній свидѣтелей, какъ доказательства въ подтвержденіе фактовъ, относящихся до погашенія обязательствъ, причемъ, я обращу, главнымъ образомъ, вниманіе на способы доказыванія погашенія обязательствъ въ слѣдующихъ трехъ случаяхъ: а) погашенія посредствомъ исполненія обязательства или вообще посредствомъ solutio; б) посредствомъ новаціи, и в) посредствомъ отреченія отъ правъ по договору; потому что остальные способы погашенія обязательствъ, какъ, напр., compensatio, confusio и погашеніе посредствомъ истеченія давности уничтожаютъ обязательство не только ipso facto, но иногда даже ipso jure, въ силу самого закона, единственно вслѣдствіе на-

ступленія тѣхъ или другихъ событій, которыя никакого отношенія къ волѣ или соглашенію сторонъ объ исполненіи обязательства не имѣютъ, и потому не относятся къ такимъ событіямъ, которыя подлежатъ, въ силу закона, доказыванію только предустановленными способами доказательствъ.

Что касается, прежде всего, способовъ доказыванія погашенія обязательствъ посредствомъ solutio, то естественнѣе всего, конечно, было бы принять, въ этомъ отношеніи, за общее правило, что погашеніе обязательства посредствомъ исполненія должно быть доказываемо всегда тѣми же самыми способами, какъ и самое договорное соглашеніе, породившее обязательство. Ставя, такимъ образомъ, способы доказыванія исполненія обязательствъ въ зависимость отъ формы совершенія договора, породившаго обязательство, слѣдовало бы признать, что не только во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда законъ требуетъ совершенія договора письменно и исполненіе по договору также должно быть доказываемо не иначе, какъ письменными документами, но даже вообще и въ тѣхъ случаяхъ, когда законъ дозволяетъ словесное заключеніе договора, но когда, несмотря на это, договоръ, по волѣ сторонъ, былъ заключенъ письменно и допускать, затѣмъ, показанія свидѣтелей въ доказательство исполненія обязательствъ только въ тѣхъ случаяхъ, когда и законъ дозволяетъ заключать договоръ словесно, и когда, къ тому же, стороны, пользуясь дозволеніемъ закона, и въ дѣйствительности заключили договоръ словесно. Я сказалъ, что естественнѣе всего было бы принять подобное положеніе, въ разрѣшеніе вопроса о способахъ доказыванія погашенія обязательствъ посредствомъ исполненія, за общее правило, и къ этому я долженъ еще прибавить, что, по крайней мѣрѣ, теоретически, въ этомъ отношеніи не должны имѣть никакого значенія самые способы исполненія обязательства, т.-е. что вопросъ о допустимости того или другого способа доказательства въ подтвержденіе исполненія обязательства нисколько не долженъ ставиться въ зависимость отъ того, будетъ ли исполненіе обязательства заключаться въ платежѣ денегъ, или доставленіи какихъ-либо вещей, услугъ и проч. Но не таковъ на самомъ дѣлѣ нашъ законъ и не такова практика сената, обязанная слѣдовать болѣе всего, конечно, указаніямъ положительнаго закона, неполнота котораго въ настоящемъ случаѣ такъ велика, что сенату почти, можно сказать, и не предстояло никакой возможности восполнить путемъ толкованія столь ощутительный пробѣлъ въ законѣ; но помимо этого, нельзя, однако же, не замѣтить, что рѣшенія его и по вопросамъ о способахъ доказыванія исполненія обязательствъ столько же противорѣчивы, а иногда и теоретически невѣрны, какъ и по вопросамъ о способахъ доказыванія совершенія самыхъ договорныхъ соглашеній. Обращаясь сперва къ разсмотрѣнію постановленій, содержащихся въ положительномъ законѣ и относящихся до опредѣленія формы, въ которой должно быть выражено исполненіе обязательства, я долженъ сказать, что неполнота закона въ этомъ отношеніи выражается, главнымъ образомъ, въ томъ, что постановленія нашего гражданскаго права, говоря о способахъ исполненія сторонами тѣхъ или другихъ договоровъ, ничего въ то же время не говорятъ о самой формѣ, въ которую долженъ быть облеченъ фактъ исполненія для доказательства дѣйствительно послѣдовавшаго исполненія обязательства, за исключеніемъ только исполненія по договору займа, которое должно быть выражено, согласно предписанію 2052—2054 ст. X т. 1 ч., непремѣнно въ письменной формѣ, да и то, впрочемъ, не всегда, такъ какъ, и нахожденіе наддраннаго обязательства въ рукахъ должника также служитъ доказательствомъ исполненія обязательства по займу, или доказательствомъ уплаты. Если принять во вниманіе сдѣланное уже мной выше замѣчаніе о томъ, какое значеніе должно имѣть правило 409 ст., по вопросу о допустимости, какъ доказательства показаній свидѣтелей, какъ исключеніе, то, вслѣдствіе того, что наши гражданскіе законы

предписываютъ облекать въ письменную форму только фактъ исполненія обязательства, возникающаго изъ договора займа, пришлось бы признать, что исполненіе обязательствъ, возникающихъ изъ другихъ договоровъ, и, притомъ, въ чемъ бы самое исполненіе ни состояло, т.-е. заключалось ли бы оно въ платежѣ денегъ, или въ чемъ иномъ, всегда можетъ быть доказываемо показаніями свидѣтелей, даже во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда законъ предписываетъ совершать самый договоръ не иначе, какъ письменно. Такой абсолютный выводъ о допустимости свидѣтельскихъ показаній, какъ доказательства въ подтвержденіе исполненія по договору, когда договоръ былъ совершенъ письменно, хотя и представляется, какъ мнѣ кажется, вполнѣ правильнымъ и согласнымъ съ началами толкованія, преподанными наукой права, тѣмъ не менѣе, врядъ ли, однако же, допустимъ, и я полагаю, что сенатъ въ этомъ случаѣ поступилъ вполнѣ основательно, давъ нѣсколько распространительное толкованіе постановленіямъ X-го тома, относящимся до доказательства исполненія по заемнымъ обязательствамъ. Въ одномъ изъ дѣлъ, доходившихъ до разсмотрѣнія сената, ему предстояло обсудить вопросъ о допустимости, какъ доказательства, показаній свидѣтелей въ подтвержденіе исполненія обязательства, заключавшагося въ поставкѣ хлѣба, проданнаго по домашнему условію, и сенатъ, разрѣшая этотъ вопросъ, далъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, и общее руководящее начало въ отношеніи допустимости того или другого способа доказательства, въ подтвержденіе исполненія обязательствъ. Положеніе сената, высказанное имъ въ этомъ рѣшеніи, заключается въ слѣдующемъ: „законы гражданскаго права", говоритъ сенатъ, „требуютъ для удостовѣренія исполненія обязательства между частными лицами безусловнаго представленія должникомъ письменнаго акта (росписки кредитора) только въ случаѣ исполненія обязательства о платежѣ должныхъ денегъ (ст. 2052, 2054 св. зак. гражд. т. X ч. 1). Изъ сего можно заключить, что по силѣ 409 ст. уст. гражд. судопр. спорное событіе исполненія обязательствъ, имѣвшихъ предметомъ не платежъ денегъ, но другія дѣйствія должника, когда не имѣется росписки кредитора о полученіи предмета обязательства, не воспрещено закономъ доказывать на судѣ и свидѣтельскими показаніями" (рѣш. 1872 года, № 458). Очевидно, что сенатъ въ этомъ рѣшеніи распространяетъ по аналогіи правила о доказательствахъ, относящіяся собственно до доказательства исполненія заемныхъ обязательствъ, и на исполненіе обязательства о платежѣ денегъ и по другимъ договорамъ; такая аналогія еще возможна, а въ настоящемъ случаѣ даже необходима, вслѣдствіе чего, приведенное рѣшеніе сената и должно, какъ мнѣ кажется, служить руководствомъ для судебной практики, хотя распространительное толкованіе по аналогіи такихъ постановленій закона, которыя являются только исключеніями, и представляется несогласнымъ съ правилами толкованія, преподанными наукой права, но оправдывается, въ настоящемъ случаѣ, тѣмъ весьма существеннымъ пробѣломъ въ постановленіяхъ положительнаго закона, относящихся до опредѣленія способовъ доказыванія исполненія обязательствъ, о которыхъ мы замѣтили выше, и служитъ вмѣстѣ наилучшимъ доказательствомъ тому, что научные пріемы толкованія далеко не всегда примѣнимы къ объясненію постановленій нашего свода законовъ. Но, далѣе, указанныхъ въ приведенномъ рѣшеніи сената предѣловъ, какъ мнѣ кажется, аналогія идти не должна, такъ что въ доказательство исполненія обязательствъ, заключающихся не въ платежѣ денегъ, а въ другихъ дѣйствіяхъ должника, какъ, напр., заключающихся въ доставленіи вещей, или услугъ и проч., показанія свидѣтелей должны быть допускаемы, потому что распространять постановленія о доказательствахъ, относящихся до доказательства исполненія обязательства о платежѣ денегъ, и на эти дѣйствія не представляется уже никакого основанія, хотя, при этомъ, я и не могу не замѣтить, что дѣлать раз-

личіе, хотя бы только въ отношеніи способовъ доказыванія, между исполненіемъ обязательствъ, заключающихся въ платежѣ денегъ и въ другихъ дѣйствіяхъ, теоретически не представляется никакого основанія потому, что по теоріи права всѣ способы погашенія обязательствъ, относящихся къ solutio, имѣютъ совершенно одинаковое значеніе, а, затѣмъ, единственнымъ основаніемъ къ установленію между ними различія можетъ быть принято развѣ только то обстоятельство, что наши гражданскіе законы полагаютъ дѣйствительно весьма рѣзкое различіе, по крайней мѣрѣ въ отношеніи способовъ доказыванія, между solutio, заключающейся въ платежѣ денегъ, и исполненіемъ обязательствъ, заключающихся въ другихъ дѣйствіяхъ, такъ какъ, о необходимости предъявленія письменныхъ доказательствъ въ подтвержденіе платежа денегъ въ законахъ только и говорится, о способахъ же доказыванія исполненія другихъ обязательствъ ничего не упоминается. Въ силу этихъ соображеній, всѣ другія рѣшенія сената, относящіяся до вопроса о способахъ доказыванія исполненія обязательствъ, противорѣчащія приведенному рѣшенію, должны быть оставлены въ сторонѣ. Все сказанное относится, впрочемъ, только къ способамъ доказыванія исполненія обязательствъ въ тѣхъ случаяхъ, когда самыя обязательства были установлены договоромъ, заключеннымъ письменно; если же договоръ, когда то дозволено закономъ, былъ заключенъ словесно, то само собой разумѣется, что и исполненіе договора также можетъ быть доказываемо показаніями свидѣтелей, и, притомъ, безразлично—заключается ли исполненіе обязательства, договоромъ установленнаго, въ платежѣ денегъ или другихъ дѣйствіяхъ должника, какъ это объяснилъ и сенатъ (рѣш. 1877 года, № 274).

Что касается, далѣе, способовъ доказыванія прекращенія обязательствъ посредствомъ новаціи, или прекращенія обязательствъ посредствомъ установленія новаго, замѣняющаго прежнее обязательство, то въ правилахъ нашихъ гражданскихъ законовъ о прекращеніи и отмѣнѣ договоровъ (1545—1553 ст. X т. 1 ч.) нѣтъ по этому предмету никакихъ опредѣленій. Изъ рѣшеній сената мнѣ извѣстно только одно рѣшеніе, въ которомъ сенатъ далъ нѣкоторое, весьма, впрочемъ, неполное объясненіе по занимающему насъ вопросу, которое къ тому же, какъ мнѣ кажется, ни въ какомъ случаѣ не можетъ быть принято за общее руководящее правило. Сенатъ въ этомъ рѣшеніи высказываетъ ту мысль, что письменный договоръ можетъ быть отмѣненъ послѣдующимъ словеснымъ соглашеніемъ (рѣш. 1870 г., № 1809). Въ силу того обстоятельства, что законъ прямо не предписываетъ облекать въ письменную форму фактъ прекращенія обязательства, посредствомъ новаціи или установленія новаго договора, взглядъ сената, пожалуй, можно было бы признать правильнымъ, да и то не вполнѣ; если же принять во вниманіе, что научные способы толкованія не всегда примѣнимы при интерпретаціи постановленій X-го тома, а затѣмъ, если принять также во вниманіе, что могутъ встрѣтиться случаи, когда новое соглашеніе, состоявшееся взамѣнъ прежняго договора, можетъ быть само по себѣ такого свойства, что для доказательства совершенія его необходимо, чтобы оно было облечено въ письменную форму, то неправильность положенія сената станетъ очевидной. Мнѣ кажется, что согласнѣе съ закономъ будетъ признать, что во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда первоначальный договоръ былъ заключенъ письменно и когда, притомъ, самый законъ требуетъ облекать совершеніе такого договора въ письменную форму и когда также и новый договоръ, заключаемый въ отмѣну прежняго, по закону можетъ быть совершенъ не иначе, какъ письменно, требовать для доказательства новаціи представленія письменныхъ актовъ. Такой порядокъ будетъ вполнѣ, какъ мнѣ кажется, согласенъ, по крайней мѣрѣ, съ правилами закона о совершеніи договоровъ вообще, а, затѣмъ, положеніе сената можетъ имѣть примѣненіе развѣ только въ тѣхъ случаяхъ новаціи, когда

новый договоръ, заключаемый взамѣнъ прежняго, по закону можетъ быть совершаемъ словесно и когда, къ тому же, прежній договоръ если и былъ совершенъ письменно, но когда законъ не возбраняетъ совершеніе подобныхъ договоровъ и словесно. Въ этихъ послѣднихъ случаяхъ, согласно указанію сената, фактъ новаціи можетъ быть доказываемъ и свидѣтельскими показаніями.

Относительно способовъ доказыванія прекращенія обязательствъ посредствомъ отреченія отъ правъ по договору, сенатъ во множествѣ рѣшеній постоянно высказывалъ, что дѣйствительность отреченія одной стороны отъ правъ, установленныхъ въ письменномъ договорѣ, можетъ быть доказываема не иначе, какъ письменнымъ актомъ (рѣш. 1871 г., № 186 и друг.). Въ основаніе этого положенія сенатъ постоянно приводитъ 1547 ст. X т. 1 ч., которая, однако же, о необходимости облеченія въ письменную форму факта отказа отъ правъ по договору ничего не говоритъ, а постановляетъ только о томъ, что обязательство можетъ прекратиться, между прочимъ, и въ случаѣ отказа отъ правъ, установленныхъ договоромъ, вслѣдствіе чего, правило приведенной статьи и не могло, собственно говоря, дать какое-либо право сенату дѣлать указанный выводъ о необходимости представленія письменныхъ доказательствъ, въ подтвержденіе факта отреченія отъ правъ по договору, всякій разъ когда договоръ былъ совершенъ письменно. Мнѣ кажется, что безусловный выводъ сената дѣйствительно не можетъ быть признанъ вполнѣ правильнымъ и согласнымъ съ постановленіями нашихъ гражданскихъ законовъ о способахъ доказыванія прекращенія обязательствъ по договорамъ. Если мы примемъ во вниманіе сказанное выше о способахъ доказыванія прекращенія обязательства посредствомъ исполненія, и если мы примемъ во вниманіе, что по закону письменныя доказательства могутъ быть требуемы только въ случаяхъ доказыванія исполненія обязательствъ, заключающихся въ платежѣ денегъ, а не другихъ дѣйствіяхъ должника, то, по аналогіи, скорѣе всего слѣдовало бы признать, что и для доказательства прекращенія обязательства посредствомъ отреченія отъ правъ по договору письменные акты должны быть требуемы только въ тѣхъ случаяхъ, когда не только договоръ былъ совершенъ письменно, но когда, притомъ, сторона домогается, кромѣ того, доказать отреченіе стороны противной отъ полученія денегъ по договору; во всѣхъ же остальныхъ случаяхъ, когда сторона домогается доказать фактъ прекращенія обязательства, вслѣдствіе отреченія противной стороны отъ правъ по договору, или когда договоръ былъ совершенъ словесно, или хотя и письменно, но когда отреченіе было отъ права не на полученіе денегъ, а на какія-либо другія дѣйствія должника, слѣдовало бы допускать, какъ доказательство, показанія свидѣтелей въ подтвержденіе факта отреченія. Я никакъ, впрочемъ, не смѣю утверждать, чтобы положеніе это было вполнѣ правильно, такъ какъ, оно основано только на аналогіи, а не на прямыхъ постановленіяхъ закона, но дѣло въ томъ, что всякое другое предположеніе, мнѣ кажется, будетъ еще болѣе произвольно, что, конечно, отчасти и неизбѣжно, при существованіи полнѣйшаго пробѣла въ опредѣленіяхъ закона, которыя представили бы какія-либо данныя комментатору для разрѣшенія вопроса о способахъ доказыванія факта отреченія отъ правъ по договору.

Кромѣ указанныхъ уже мной случаевъ, когда по закону требуются письменныя доказательства въ подтвержденіе тѣхъ или другихъ фактовъ, относящихся до установленія и прекращенія договорныхъ соглашеній, въ законахъ гражданскихъ указываются еще нѣкоторые факты, относящіеся также къ договорнымъ соглашеніямъ, въ подтвержденіе которыхъ необходимы письменныя доказательства.

Такъ, законы гражданскіе предписываютъ облекать въ письменную

форму фактъ передачи или переуступки заемныхъ обязательствъ (2059 ст. X т. 1 ч.) и векселей (559 ст. XI т. 2 ч.); слѣдовательно, въ подтвержденіе этихъ событій показанія свидѣтелей также не должны быть принимаемы, какъ доказательство. О формѣ передачи правъ по другимъ договорамъ нашъ законъ ничего не говоритъ, вслѣдствіе чего, и возникаетъ вопросъ о томъ: въ какихъ случаяхъ въ доказательство передачи правъ по договорамъ допустимы показанія свидѣтелей? Здѣсь, мнѣ кажется, также необходимо нѣсколько распространительное толкованіе правилъ закона о передачѣ заемныхъ обязательствъ, такъ что, кажется, и здѣсь необходимо признать, что фактъ передачи долженъ быть облеченъ въ письменную форму во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда передаются права по такому договору, который долженъ быть совершенъ не иначе, какъ письменно, а, слѣдовательно, признать, что показанія свидѣтелей не могутъ быть допущены въ подтвержденіе факта передачи правъ въ этихъ случаяхъ. Поэтому, не можетъ быть доказываемъ показаніями свидѣтелей, напр., фактъ передачи права по сохранной росписке. Если же договоръ былъ заключенъ словесно, и, притомъ, когда законъ не воспрещаетъ такой договоръ совершить словесно, то, конечно, показанія свидѣтелей могутъ быть приняты въ доказательство факта передачи правъ по договору; но могутъ ли показанія свидѣтелей быть приняты за доказательство передачи, когда такой договоръ былъ совершенъ письменно? Мнѣ кажется, что на этотъ вопросъ слѣдуетъ отвѣчать скорѣе отрицательно и, притомъ, безразлично, какъ на случай передачи правъ по договору односторонему, такъ и двустороннему, несмотря на то, что передача правъ по договорамъ одностороннимъ, когда самая передача не воспрещена закономъ, можетъ быть дѣлаема свободно, безъ согласія должника, а передача правъ по договорамъ двустороннимъ не можетъ быть, кажется, допущена безъ согласія противной стороны, которое для дѣйствительности передачи также должно быть констатировано, вслѣдствіе чего, въ послѣднемъ случаѣ, въ доказательство передачи правъ, тѣмъ болѣе показанія свидѣтелей не должны быть допускаемы. Это на томъ основаніи, что передачей устанавливается такое существенное измѣненіе въ содержаніи договора, хотя только и въ отношеніи означенія участвовавшихъ въ договорѣ лицъ, что въ силу правила 410 ст. врядъ ли возможно допустить показанія свидѣтелей въ доказательство такого измѣненія въ содержаніи письменнаго договора, потому что на основаніи постановленія этой статьи, какъ мы имѣли случай замѣтить выше, всякое измѣненіе содержанія письменнаго договора, когда договоръ остается въ силѣ, должно быть выражено также непремѣнно письменно. По указанію сената, показанія свидѣтелей также не могутъ быть допускаемы въ доказательство передачи правъ по договору найма имущества нанимателемъ третьему лицу, съ согласія собственника имущества, въ тѣхъ случаяхъ, когда договоръ найма былъ заключенъ письменно (рѣш. 1876 года, № 403) и, наоборотъ, могутъ быть допускаемы въ доказательство передачи правъ по договору, когда таковой былъ заключенъ словесно (рѣш. 1876 года, № 261).

Далѣе, на основаніи постановленій гражданскихъ законовъ о займѣ, отсрочка въ платежѣ денегъ по заемному обязательству должна быть выражена письменно (2040 ст. X т. 1 ч.), слѣдовательно въ доказательство отсрочки также не могутъ быть допущены показанія свидѣтелей. На основаніи вообще нѣсколько распространительнаго толкованія постановленій о займѣ въ отношеніи способовъ доказыванія тѣхъ или другихъ фактовъ, относящихся къ договорнымъ соглашеніямъ, слѣдуетъ заключить, что отсрочка въ исполненіи обязательства и по другимъ договорамъ, совершеннымъ письменно, когда обязательство заключается въ платежѣ денегъ, также можетъ быть доказываема не иначе, какъ представленіемъ письменныхъ документовъ;

а отсрочка исполненія обязательствъ, заключающихся въ другихъ дѣйствіяхъ должника, можетъ быть доказываема и свидѣтельскими показаніями.

Кромѣ этого, законы гражданскіе требуютъ въ случаѣ обращенія отвѣтственности по долговымъ обязательствамъ, выданнымъ неотдѣленными дѣтьми на родителей, чтобы согласіе родителей на выдачу обязательствъ было выражено въ письменной формѣ. Вслѣдствіе такого требованія закона, фактъ согласія родителей на выдачу долговыхъ обязательствъ неотдѣленными дѣтьми не можетъ быть доказываемъ свидѣтельскими показаніями. Мнѣ кажется, что это правило должно быть распространяемо и на другіе договоры, заключенные письменно неотдѣленными дѣтьми, на основаніи которыхъ денежная отвѣтственность могла бы быть обращена на родителей, въ силу факта согласія ихъ на заключеніе договора, такъ что и въ этихъ случаяхъ согласіе должно быть также выражено письменно, и, потому, свидѣтельскія показанія не должны быть допускаемы, какъ доказательство въ подтвержденіе факта согласія родителей на заключеніе договора. Конечно, если договоръ былъ заключенъ дѣтьми словесно, то и согласіе родителей на заключеніе договора также можетъ быть выражено словесно и можетъ быть доказываемо показаніями свидѣтелей. Также точно на основаніи 220 ст. X т. 1 ч., согласіе попечителя на совершеніе договора несовершеннолѣтнимъ должно быть выражено не иначе, какъ въ письменной формѣ, посредствомъ подписи попечителя на договорѣ. Постановленіе этой статьи выражено довольно обще, такъ какъ, въ немъ говорится о необходимости согласія попечителя на совершеніе несовершеннолѣтнимъ актовъ и сдѣлокъ какого-либо рода, а не однихъ только заемныхъ обязательствъ, вслѣдствіе чего, слѣдуетъ признать, что согласіе попечителя не можетъ быть доказываемо показаніями свидѣтелей во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда договоръ несовершеннолѣтнимъ былъ заключенъ письменно. Но въ тѣхъ случаяхъ, когда договоръ былъ заключенъ несовершеннолѣтнимъ словесно и когда, притомъ, законъ не воспрещаетъ совершать такой договоръ словесно, показанія свидѣтелей могутъ быть допущены въ доказательство согласія попечителя на заключеніе несовершеннолѣтнимъ такого договора, какъ это объяснилъ и сенатъ (рѣш. 1885 года, № 64). Постановленія гражданскихъ законовъ, предписывающія облекать въ письменную форму нѣкоторые отдѣльные факты, относящіеся къ договорнымъ соглашеніямъ, не должны быть толкуемы распространительно, поэтому, какъ мнѣ кажется, сенатъ совершенно правильно призналъ, что свидѣтельскія показанія могутъ быть допущены, какъ доказательство, въ подтвержденіе, напр., того обстоятельства, что приказчикомъ былъ заключенъ договоръ съ вѣдома и согласія его хозяина (рѣш. 1870 года, № 321). Рѣшеніе это представляется совершенно правильнымъ на томъ основаніи, что въ 705 ст. XI т. 2 ч., которая возлагаетъ на хозяина отвѣтственность за дѣйствія приказчиковъ во всемъ томъ, что въ силу его порученія, приказанія или съ его вѣдома и воли учинено будетъ, ничего, вмѣстѣ съ тѣмъ, не говоритъ о томъ, чтобы для привлеченія хозяина къ отвѣтственности по договорамъ, заключеннымъ его приказчикомъ, согласіе хозяина на заключеніе договора было выражено непремѣнно письменно.

Я никакъ, конечно, не смѣю утверждать, чтобы мной были перечислены, всѣ случаи, когда законъ требуетъ облекать въ письменную форму тѣ или другіе факты, относящіеся къ договорнымъ соглашеніямъ, потому что многія постановленія, которыя, по характеру заключающихся въ нихъ правовыхъ нормъ, должны быть отнесены къ праву гражданскому, разсѣяны однако же безъ всякой системы по другимъ томамъ свода законовъ, сгруппировать которыя представляетъ большія трудности. Такъ, напр., въ XII т. 2 ч. устава о колон. заключаются постановленія о выдачѣ обязательствъ колонистами, потомъ постановленія о договорѣ половничества въ Вологодской губерніи

изложены въ IX т. въ законахъ о состояніяхъ и проч. Всѣ эти постановленія не представляются, по моему мнѣнію, настолько существенными, какъ постановленія, имѣющія преимущественно мѣстное значеніе, чтобы на нихъ стоило останавливаться здѣсь, вслѣдствіе чего я и считаю достаточнымъ, для уясненія значенія правила 409 ст., указать только на болѣе существенные случаи, когда тѣ или другіе факты, относящіеся къ договорнымъ соглашеніямъ, должны быть облечены въ письменную форму,—случаи, указанные въ X-мъ и XI-мъ томахъ.

По разсмотрѣніи всѣхъ этихъ случаевъ, нельзя не придти къ тому заключенію, что наши гражданскіе законы, въ отношеніи опредѣленія формы сдѣлокъ, сравнительно съ аналогическими постановленіями законодательствъ иностранныхъ, отличаются весьма существенными недостатками, которые, по моему мнѣнію, заключаются въ слѣдующемъ.

Во-первыхъ, въ отношеніи нѣкоторыхъ договоровъ законъ безусловно предписываетъ письменную форму для совершенія ихъ, не принимая при этомъ нисколько во вниманіе большую или меньшую важность договора въ имущественномъ отношеніи, такъ что и договоры на весьма значительную сумму, и договоры на самую ничтожную сумму одинаково должны быть совершаемы письменно и, потому, одинаково не могутъ быть доказываемы показаніями свидѣтелей. При маломъ развитіи грамотности въ нашемъ народѣ, этотъ недостатокъ закона особенно ощутителенъ, потому что за устраненіемъ показаній свидѣтелей какъ доказательства и физической невозможности, при отсутствіи грамотности, совершать сдѣлку на письмѣ, самыя права, установленныя договоромъ, лишаются всякой судебной защиты. Законодательства иностранныя, напротивъ, устанавливая ту или другую форму совершенія договоровъ, всегда, при этомъ, принимаютъ во вниманіе размѣръ имущественнаго интереса, представляемаго договоромъ, и, потому, для совершенія договоровъ, представляющихъ незначительный имущественный интересъ, устанавливаютъ и болѣе простую, словесную форму совершенія; такъ, законодательство французское дозволяетъ совершать словесно всякіе договоры на сумму до 150-ти франковъ, итальянское до 500 лиръ, прусское до 50-ти талеровъ и проч.

Второй, также весьма существенный недостатокъ нашихъ законовъ, относящихся до формы сдѣлокъ, заключается въ томъ, что законъ, дозволяя совершеніе нѣкоторыхъ договоровъ словесно, допускаетъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, словесное совершеніе этихъ договоровъ на всякую сумму, вслѣдствіе чего, въ доказательство правъ, возникающихъ изъ словесныхъ договоровъ, еслибы даже права эти представляли значительную цѣнность, должно быть допускаемо, однако же, иногда столь шаткое доказательство, какъ доказательство посредствомъ показаній свидѣтелей, что̀ указанныя выше законодательства иностранныя также не допускаютъ, потому что эти законодательства, допуская словесную форму для договоровъ, представляющихъ незначительный имущественный интересъ, требуютъ, затѣмъ, облекать въ письменную форму непремѣнно всѣ договоры на болѣе значительную сумму.

Третій недостатокъ, о которомъ мы имѣли уже случай замѣтить нѣсколько выше, заключается почти въ полномъ отсутствіи какихъ-либо опредѣленій о способахъ доказыванія фактовъ, относящихся до прекращенія договорныхъ обязательствъ, что̀ можетъ вести къ тому, что погашеніе такихъ правъ по обязательствамъ, которыя представляютъ значительную цѣнность, можетъ быть доказываемо довольно шаткимъ доказательствомъ—показаніями свидѣтелей.

Всѣ эти недостатки нашихъ законовъ являются, конечно, продуктомъ исторіи, или, лучше сказать, продуктомъ того ненормальнаго развитія нашего законодательства, преимущественно подъ вліяніемъ идеи казеннаго

интереса, всегда являвшагося однимъ изъ главныхъ двигателей къ установленію тѣхъ или другихъ мѣропріятій, служившихъ къ регулированію частныхъ отношеній гражданъ, на которое указалъ Оршанскій, въ его превосходной статьѣ: „Роль казеннаго интереса въ русскомъ правѣ", въ которой онъ и приводитъ весьма любопытные примѣры, какъ нельзя лучше подтверждающіе указанный имъ ходъ развитія нашего законодательства вообще (Судеб. Журн. 1875 года, кн. 1). Въ частности нетрудно также доказать, что и правила нашихъ гражданскихъ законовъ о порядкѣ удостовѣренія юридическихъ фактовъ, относящихся къ области договорныхъ соглашеній, также развились преимущественно подъ вліяніемъ фискальныхъ интересовъ государства, какъ и многіе другіе отдѣлы права. Въ древности у насъ, какъ и у другихъ народовъ, всѣ договоры, даже такіе, которыми устанавливается переходъ права собственности на недвижимыя имущества, совершались словесно, но съ теченіемъ времени вошло въ обычай, который, по мнѣнію Неволина, образовался подъ вліяніемъ духовенства, утверждать пріобрѣтеніе и отчужденіе важнѣйшихъ правъ, каковы права на земли и холоповъ, написаніемъ грамотъ, а, затѣмъ, обычай этотъ былъ освященъ и закономъ—судебниками Ивана III и Ивана IV. Что же касается другихъ договоровъ, то впервые, какъ утверждаетъ Неволинъ (Собр. соч., т. 4, стр. 48 и 49), письменное совершеніе нѣкоторыхъ изъ нихъ было предписано въ XVI столѣтіи законодательствомъ царя Михаила Ѳеодоровича. Петръ же Великій, имѣя въ виду финансовые интересы, именно взиманіе пошлинъ при совершеніи актовъ, предписалъ совершать почти всѣ договоры не иначе, какъ крѣпостнымъ порядкомъ. Хотя позднѣйшимъ законодательствомъ такая строгость совершенія договоровъ и была отчасти ослаблена, но постановленія законовъ, даже вошедшія въ X томъ, сохранили на себѣ тотъ же отпечатокъ правилъ, долженствующихъ служить охраненіемъ фискальныхъ интересовъ казны, а не гражданскихъ правъ частныхъ лицъ, что достаточно подтверждается, какъ мнѣ кажется, уже тѣмъ обстоятельствомъ, что о формѣ совершенія сдѣлокъ законъ предлагаетъ иногда довольно подробныя правила на томъ основаніи, что отъ взиманія пошлинъ, взыскиваемыхъ при совершеніи договоровъ, казна имѣетъ прямой интересъ, между тѣмъ какъ о формахъ погашенія обязательствъ законъ почти ничего не говоритъ, очевидно потому, что интересъ казны въ этомъ случаѣ нисколько не замѣшанъ; вслѣдствіе чего, какъ мнѣ кажется, въ законахъ и замѣчается такой существенный пробѣлъ въ опредѣленіяхъ, относящихся до способовъ доказыванія погашенія обязательствъ. Въ законодательствахъ же иностранныхъ, развивавшихся преимущественно подъ вліяніемъ разумныхъ началъ римскаго права, этого недостатка также не замѣчается: такъ, по законамъ Франціи и Италіи, погашеніе обязательствъ вообще должно быть доказываемо тѣми же самыми способами, какъ и совершеніе договоровъ.

Всѣ указанные въ законѣ случаи, когда тѣ или другіе юридическіе факты для доказательства ихъ должны быть облечены въ письменную форму и когда, слѣдовательно, показанія свидѣтелей не могутъ быть допускаемы, какъ доказательство, относятся, какъ мы видѣли, или къ установленію, или къ прекращенію договорныхъ обязательствъ. Кромѣ того, мы также замѣтили выше, что случаи эти составляютъ не болѣе какъ исключеніе изъ общаго правила, въ силу котораго слѣдуетъ признавать, что во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда законъ не предписываетъ руководствоваться только предустановленными доказательствами, всѣ доказательства должны считаться допустимыми. Изъ этихъ положеній самъ собой вытекаетъ тотъ выводъ, что, по нашимъ законамъ, для доказательства фактовъ возникновенія и прекращенія обязательствъ, возникающихъ не изъ договора, а изъ другихъ источниковъ, именно—изъ quasi-контракта, деликта, quasi-деликта, и закона, свидѣтель-

скія показанія должны быть допускаемы. Кромѣ того, свидѣтельскія показанія должны быть вообще допускаемы въ доказательство тѣхъ юридическихъ фактовъ, которые, или по самой природѣ ихъ, или вслѣдствіе отсутствія предписанія въ законѣ, не могутъ или не должны быть облекаемы въ письменную форму, какъ, напр., фактъ принятія или отреченія отъ наслѣдства, дѣйствія, влекущія за собой гражданскую отвѣтственность однихъ лицъ за другихъ и проч.

Въ заключеніе обзора фактовъ первой категоріи я считаю необходимымъ остановиться еще на одномъ не безъинтересномъ вопросѣ,—вопросѣ, заключающемся въ томъ: могутъ ли быть допущены показанія свидѣтелей въ доказательство такихъ событій, для доказательства которыхъ по закону требуются непремѣнно письменныя удостовѣренія, по взаимному соглашенію на то сторонъ? Современные французскіе юристы, какъ, напр., Бонье (Traité des preuves, изд. 4, т. 1, стр. 217) и Дельсоль (Explication du C. N., изд. 2, т. 2, стр. 598), основываясь на томъ соображеніи, что постановленія французскаго законодательства, аналогическія по содержанію правилу 409 ст. нашего устава, установлены исключительно въ интересѣ частномъ, считаютъ возможнымъ допускать показанія свидѣтелей, по взаимному соглашенію сторонъ, въ доказательство такихъ фактовъ, относящихся къ установленію или прекращенію договорныхъ обязательствъ, которые по закону должны быть удостовѣряемы не иначе, какъ письменными доказательствами. Что касается возможности допущенія въ этихъ случаяхъ показаній свидѣтелей, какъ доказательства, по взаимному соглашенію сторонъ у насъ, то поставленный выше вопросъ, согласно постановленіямъ нашего законодательства о формѣ договоровъ, ни въ какомъ случаѣ, какъ мнѣ кажется, не можетъ быть разрѣшенъ такъ абсолютно въ смыслѣ утвердительномъ, по отношенію доказательствъ всѣхъ договорныхъ соглашеній, какъ это дѣлаютъ французскіе юристы. Не можетъ быть, конечно, сомнѣнія въ томъ, что и у насъ правило 409 ст. устава также установлено въ интересѣ частномъ, вслѣдствіе чего, и у насъ возможно допустить, что дѣйствіе этого правила можетъ быть устранено соглашеніемъ сторонъ, т. е. что показанія свидѣтелей, по соглашенію сторонъ, могутъ быть приняты и за доказательство такихъ договорныхъ соглашеній или фактовъ прекращенія ихъ, которые по закону должны быть удостовѣрены письменными доказательствами, но дѣло только въ томъ, что по тому значенію, какое законъ придаетъ формѣ совершенія тѣхъ или другихъ договоровъ, какъ это мы сейчасъ увидимъ, такая отмѣна дѣйствія правила 409 ст. волей сторонъ не можетъ быть допущена во всѣхъ случаяхъ.

Относительно значенія постановленій нашихъ законовъ о формѣ актовъ были сдѣланы вполнѣ основательныя замѣчанія г-мъ Думашевскимъ, который указалъ, что форма актовъ по нашимъ законамъ имѣетъ двоякое значеніе: во-первыхъ, какъ доказательство даннаго юридическаго дѣянія, и, во-вторыхъ, какъ условіе дѣйствительности, силы самаго дѣянія. Къ послѣдней категоріи актовъ г-нъ Думашевскій относитъ всѣ тѣ акты, которыми удостовѣряется переходъ права собственности на недвижимыя имущества, какъ, напр., купчія, дарственныя записи, духовныя завѣщанія и проч. Всѣ эти акты имѣютъ такое значеніе, что ими обусловливается самая дѣйствительность перехода права собственности, такъ что при отсутствіи акта, несмотря ни на какія другія доказательства, даже на безусловное признаніе противной стороны, право собственности не можетъ считаться укрѣпленнымъ за пріобрѣтателемъ имущества. Къ первой же категоріи г-нъ Думашевскій относитъ всѣ акты, служащіе удостовѣреніемъ такихъ договорныхъ соглашеній, которыми не устанавливается ни переходъ, ни ограниченіе права собственности на недвижимое имущество (Сводъ, изд. 1т. 2, стр. 304). Къ этому я долженъ еще прибавить, что взглядъ г-на Думашевскаго на значеніе договорныхъ актовъ,

относимыхъ имъ къ первой категоріи, какъ актовъ, установленныхъ для доказательства извѣстныхъ юридическихъ дѣяній и, потому, имѣющихъ значеніе предустановленнаго доказательства по отношенію этихъ дѣяній, если и вѣренъ, то вовсе не потому, чтобы постановленія свода законовъ о формѣ сдѣлокъ имѣли сами по себѣ такое значеніе, а вѣренъ лишь потому, что въ уставѣ имѣется правило 409 ст., съ появленіемъ котораго въ нашихъ законахъ впервые явилась и санкція постановленій X-го тома о формѣ договоровъ. Въ самомъ дѣлѣ, правила гражданскихъ законовъ только предписывали тотъ или другой порядокъ совершенія сдѣлокъ, устанавливали ту или другую форму, но не указывали въ то же время никакихъ послѣдствій несоблюденія предписаннаго закономъ порядка и затѣмъ, судя только по нѣкоторымъ исключеніямъ въ немногихъ случаяхъ, и то косвеннымъ образомъ, возможно сдѣлать нѣкоторыя предположенія о томъ, что въ отношеніи нѣкоторыхъ договоровъ законъ, по крайней мѣрѣ, имѣлъ въ виду письменную форму договора сдѣлать доказательствомъ предустановленнымъ. Для примѣра я укажу слѣдующіе случаи. Дозволяя сибирскимъ обывателямъ и мезенскимъ самоѣдамъ заключать договоръ займа словесно и безъ явки, законъ постановляетъ, однако же, что такія условія, какъ основанныя на личномъ довѣріи, не подлежатъ никакому разбирательству, ни въ судебныхъ мѣстахъ, ни въ волостныхъ правленіяхъ (2097 ст. X т. 1 ч.); изъ чего можно заключить, что если договоръ займа, совершенный словесно, когда то дозволено самимъ закономъ, не пользуется, однако, никакой судебной защитой, то тѣмъ болѣе такой договоръ не можетъ пользоваться защитой въ тѣхъ случаяхъ, когда законъ предписываетъ облекать заемъ въ письменную форму. Во-вторыхъ, дозволяя совершать договоръ личнаго найма словесно, законъ въ то же время говоритъ, что если это будетъ сдѣлано въ тѣхъ мѣстахъ, гдѣ есть маклеръ, то стороны, въ случаѣ спора по договору, не могутъ ожидать никакого пособія, ни отъ полиціи, ни отъ словеснаго суда, что́ также указываетъ, что законъ имѣлъ въ виду сдѣлать письменную форму совершенія договоровъ личнаго найма какъ бы обязательной. Законы гражданскіе не постановляютъ также ничего о томъ, чтобы въ тѣхъ случаяхъ, когда договоръ долженъ быть совершаемъ письменно, не допускались никакія другія доказательства, въ подтвержденіе существованія договора, кромѣ письменныхъ актовъ; да и вообще законы о формѣ сдѣлокъ цивилистическую сторону предмета, какъ справедливо замѣтилъ Оршанскій въ вышеуказанной статьѣ его, оставляли безъ всякаго опредѣленія. Въ виду этихъ объясненій, и нельзя не согласиться съ замѣчаніемъ Гольмстена о томъ, что будто бы правило 409 ст. не внесло никакого новаго начала въ наше право по отношенію установленія санкціи соблюденія правилъ гражданскихъ законовъ о формѣ сдѣлокъ (Журн. гражд. и угол. пр. 1880 г., кн. 3, стр. 143). Указаніе Гольмстена въ подкрѣпленіе этого замѣчанія на правила 683 и 684 ст. X т. 2 ч., которыми предписывалось споры о вотчинныхъ правахъ на недвижимое имущество разрѣшать непремѣнно на основаніи крѣпостныхъ актовъ, а не на основаніи показаній свидѣтелей, не можетъ имѣть значенія, такъ какъ, очевидно, что этими статьями санкціонировалось соблюденіе правилъ гражданскихъ законовъ о формѣ сдѣлокъ только въ тѣхъ случаяхъ, когда соблюденіемъ формы обусловливалась дѣйствительность самой сдѣлки, а не въ тѣхъ, когда форма сдѣлки должна имѣть значеніе только доказательства.

Собственно, относительно вопроса о возможности отмѣны дѣйствія правила 409 ст. путемъ соглашенія сторонъ, замѣчаніе Думашевскаго имѣетъ очень важное значеніе; именно въ тѣхъ случаяхъ, когда по законамъ актъ долженъ служить не только для доказательства юридическаго факта, но и для дѣйствительности его, очевидно, что вслѣдствіе соглашенія сторонъ никакія другія доказательства, кромѣ письменныхъ и, притомъ, установленнымъ

порядкомъ совершенныхъ, не могутъ быть допущены; напротивъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда письменная форма сдѣлокъ установлена закономъ для доказательства совершенія или прекращенія договора, на томъ основаніи, что правило 409 ст. установлено, какъ мы сказали, въ интересѣ частномъ, ничто, кажется, не мѣшаетъ допускать, какъ доказательство, въ подтвержденіе такихъ фактовъ, по соглашенію сторонъ, и показанія свидѣтелей. Но въ какой, наконецъ, формѣ должно выразиться соглашеніе сторонъ на допущеніе этого послѣдняго способа доказательства? Мнѣ кажется, что нѣтъ необходимости, въ этомъ случаѣ, требовать, чтобы соглашеніе сторонъ было выражено непремѣнно положительно,—достаточно, если противная сторона не будетъ представлять никакихъ возраженій противъ допущенія судомъ допроса свидѣтелей и, мнѣ кажется даже, что если, вслѣдствіе такого молчанія стороны, судъ допуститъ допросъ свидѣтелей, въ подтвержденіе такихъ событій, которыя по закону могутъ быть удостовѣрены не иначе, какъ письменными доказательствами, то сторона не въ правѣ, затѣмъ, жаловаться на неправильный допросъ свидѣтелей. Въ смыслѣ этихъ положеній высказался вполнѣ категорически и сенатъ, по объясненію котораго, во-первыхъ, по согласію сторонъ вообще могутъ быть допускаемы показанія свидѣтелей въ тѣхъ случаяхъ, когда законъ требуетъ письменныхъ доказательствъ (рѣш. 1881 года, № 180); во-вторыхъ, показанія свидѣтелей въ этихъ случаяхъ могутъ быть допускаемы даже и тогда, когда противная сторона только не возражала противъ допроса свидѣтелей (рѣш. 1883 года, № 95) и, въ-третьихъ, показанія свидѣтелей при только что указанныхъ обстоятельствахъ могутъ быть допускаемы и въ тѣхъ случаяхъ, когда допущеніе этого доказательства воспрещено правиломъ 410 ст. (рѣш. 1873 года, № 1288). Гольмстенъ также высказался за допустимость показаній свидѣтелей въ тѣхъ случаяхъ, когда письменная форма сдѣлки установлена только для ея доказательствъ (Учеб. гражд. судопр., стр. 164).

Ко второй категоріи событій, для удостовѣренія которыхъ по закону требуются письменныя доказательства, мной отнесены тѣ событія, которыя удостовѣряются актами состоянія, каковы, напр., факты рожденія, брака, смерти, усыновленія, принадлежности лица къ извѣстному сословію и проч. Что касается доказательства фактовъ рожденія, или вообще возраста и брака, то главнымъ доказательствомъ этихъ событій по закону служатъ приходскія метрическія книги и свидѣтельства, выданныя на основаніи этихъ книгъ (34, 122 и 214 ст. X т. 1 ч.). Веденіе этихъ книгъ предоставлено у насъ духовенству каждаго вѣроисповѣданія по принадлежности; что же собственно касается метрическихъ книгъ для лицъ православнаго вѣроисповѣданія, то, по свидѣтельству Неволина, первое предписаніе у насъ духовенству о веденіи этихъ книгъ послѣдовало въ 1666 году отъ Московскаго собора, но что болѣе правильное веденіе метрическихъ книгъ началось только съ конца прошлаго столѣтія (Собраніе соч., т. III, стр. 299). Хотя въ X-мъ томѣ и не говорится о томъ, что тѣмъ же самымъ докательствомъ долженъ быть удостовѣренъ и фактъ смерти, но въ силу того, что въ метрическихъ книгахъ отмѣчается и этотъ фактъ и что книги эти имѣютъ одинаковое значеніе доказательства по отношенію факта смерти, какъ и событій рожденія и брака, не можетъ быть, кажется, сомнѣнія въ томъ, что и фактъ смерти долженъ быть удостовѣряемъ тѣми же самыми доказательствами, т.-е. метрическими книгами или выписками изъ нихъ, какъ и событія рожденія и брака. Впрочемъ, по закону метрическія книги не составляютъ единственное доказательство указанныхъ событій, которыя могутъ быть удостовѣряемы и другими письменными доказательствами, какъ, напр., исповѣдными росписями, родословными и городовыми обывательскими книгами, а также ревизскими сказками, формулярными списками и проч. (35, 123, 215 ст. X т. 1 ч.). Въ нѣкоторыхъ случаяхъ законъ

допускаетъ въ доказательство этихъ событій даже и свидѣтельскія показанія, о чемъ мной будетъ указано подробнѣе ниже, при разсмотрѣніи исключеній изъ правила 409 ст. Принадлежность къ извѣстному сословію, а также и родство должны тоже быть доказываемы вышеуказанными документами. Усыновленіе дворянъ можетъ быть удостовѣрено только Высочайшимъ указомъ, такъ какъ оно и возможно не иначе, какъ съ Высочайшаго соизволенія; усыновленіе купцовъ—указомъ сената, а мѣщанъ и крестьянъ—ревизскими сказками (146, 154 и 155 ст. X т. 1 ч.). Въ нашихъ гражданскихъ законахъ только и указаны перечисленные сейчасъ факты, относящіеся ко второй категоріи событій, въ подтвержденіе которыхъ по закону требуются письменныя доказательства; но, кромѣ этихъ фактовъ, иногда и извѣстное званіе лица должно быть удостовѣряемо письменными доказательствами. Въ этомъ случаѣ я вполнѣ согласенъ съ мнѣніемъ Побѣдоносцева, который говоритъ, что званіе лица, присвояющее ему особливыя права власти и полномочія по особенному назначенію отъ правительства, какъ, напр., званіе опекуна, попечителя и проч., не можетъ быть доказываемо свидѣтельскими показаніями (Суд. руков., тезисъ 854). Это, конечно, на томъ основаніи, что такое званіе удостовѣряется въ приведенномъ примѣрѣ не иначе, какъ указами о назначеніи опекунскихъ мѣстъ.

Къ третьей категоріи событій, которыя, по закону, должны быть удостовѣряемы письменными доказательствами, мы отнесли тѣ факты, которые удостовѣряются актами присутственныхъ мѣстъ, къ которымъ должны быть относимы какъ судопроизводственные факты, такъ равно и тѣ дѣйствія различныхъ правительственныхъ учрежденій и должностныхъ лицъ, которыя должны быть констатируемы протоколами, журналами, постановленіями, или вообще какими-либо актами, и которыя всегда могутъ быть доказаны передъ судомъ надлежащими справками отъ тѣхъ учрежденій и должностныхъ лицъ, на дѣйствія которыхъ дѣлается ссылка. Въ подтвержденіе такихъ фактовъ показанія свидѣтелей не могутъ быть допущены именно на томъ основаніи, что законъ предписываетъ какъ факты судопроизводственные, такъ и дѣйствія другихъ правительственныхъ учрежденій и должностныхъ лицъ облекать непремѣнно въ письменную форму, безъ чего и самыя дѣйствія считаются какъ бы вовсе непослѣдовавшими. Что такого рода факты не могутъ быть доказываемы показаніями свидѣтелей, призналъ и сенатъ, который объяснилъ, что заявленіе о томъ, что предъявленный искъ, производимый въ одномъ изъ прежнихъ судебныхъ установленій, можетъ быть удостовѣрено только письменнымъ свидѣтельствомъ этого мѣста, а не свидѣтельскими показаніями (рѣш. 1868 года, № 97); что несклоненіе тяжущихся къ примиренію предсѣдателемъ съѣзда, какъ фактъ, который долженъ быть удостовѣренъ протоколомъ, не можетъ быть доказываемъ показаніями свидѣтелей (рѣш. 1869 года, № 366); что свидѣтельское показаніе судебнаго пристава не можетъ быть допущено въ доказательство тѣхъ фактовъ, случившихся при исполненіи рѣшенія, которые должны быть удостовѣрены письменнымъ журналомъ судебнаго пристава (рѣш. 1873 г., № 1685). Еще болѣе категорически о невозможности допущенія свидѣтельскихъ показаній въ доказательство судопроизводственныхъ фактовъ выражается Побѣдоносцевъ, который говоритъ: „когда дѣйствіе должностного лица по обыкновенному законному порядку удостовѣряется составленіемъ протокола или оффиціальнаго акта, то удостовѣреніемъ сего дѣйствія долженъ служить исключительно такой актъ, полною замѣною коего не можетъ служить послѣдующее свидѣтельство, ни сего должностного лица, ни посторонняго, при семъ присутствовавшаго“ (Суд. руков., тезисъ 855). Перечислить въ подробности всѣ факты этой категоріи, которые должны быть доказываемы не иначе, какъ письменными актами, конечно, невозможно; но, какъ руководящее начало при сужденіи о допусти-

мости того или другого доказательства въ подтвержденіе этихъ фактовъ, всегда слѣдуетъ имѣть въ виду то соображеніе, что коль скоро законъ предписываетъ тотъ или другой фактъ, или то или другое дѣйствіе облекать въ письменную форму, то вслѣдствіе этого и показанія свидѣтелей не должны быть принимаемы въ доказательство подобныхъ фактовъ или дѣйствій.

Что касается, далѣе, того, возможна ли отмѣна дѣйствія правила 409 ст., вслѣдствіе соглашенія сторонъ, по отношенію удостовѣренія письменными актами фактовъ двухъ послѣднихъ категорій, то слѣдуетъ, кажется, признать, что въ этихъ случаяхъ соглашеніе сторонъ не можетъ имѣть никакого вліянія на примѣненіе правила 409 ст., на томъ основаніи, что правила закона о доказательствахъ фактовъ состоянія и фактовъ судопроизводственныхъ установлены преимущественно въ интересѣ публичномъ, а не частномъ, вслѣдствіе чего, правила эти безусловно обязательны. Кромѣ того, по отношенію доказательной силы актовъ двухъ послѣднихъ категорій, мнѣ остается еще разсмотрѣть одинъ общій вопросъ о томъ—допустимы ли показанія свидѣтелей въ опроверженіе содержанія актовъ состоянія и актовъ присутственныхъ мѣстъ? Тѣ и другіе акты имѣютъ въ отношеніи этого вопроса совершенно одинаковое значеніе, такъ какъ, тѣ и другіе исходятъ отъ присутственныхъ мѣстъ или должностныхъ лицъ. При разсмотрѣніи правила 410 ст. я сказалъ, что, судя по редакціи этого правила, слѣдуетъ скорѣе признать, что заключающееся въ немъ воспрещеніе допускать показанія свидѣтелей въ опроверженіе актовъ, установленнымъ порядкомъ совершенныхъ или засвидѣтельствованныхъ, должно относиться къ актамъ, представляемымъ частными лицами къ совершенію или засвидѣтельствованію. Если и признавать за правиломъ 410 ст. такое значеніе, то въ виду того обстоятельства, что въ уставѣ нѣтъ другого постановленія, которое воспрещало бы принимать показанія свидѣтелей, какъ доказательство въ опроверженіе содержанія другихъ актовъ, мнѣ кажется, все же нельзя вообще заключать, чтобы содержаніе актовъ состоянія и актовъ присутственныхъ мѣстъ возможно было опровергать показаніями свидѣтелей. Изъ правила 410 ст. по противоположенію можно дѣлать только тотъ выводъ, что содержаніе актовъ домашнихъ можетъ быть опровергаемо показаніями свидѣтелей—не болѣе; акты же состоянія и акты присутственныхъ мѣстъ никакъ, безъ сомнѣнія, нельзя относить къ актамъ домашнимъ и если, затѣмъ, показанія свидѣтелей не могутъ быть устранены, какъ доказательство въ опроверженіе содержанія этихъ послѣднихъ актовъ въ силу правила 410 ст., то, тѣмъ не менѣе, нельзя также допустить, чтобы законъ менѣе охранялъ твердость этихъ актовъ, чѣмъ твердость актовъ, представляемыхъ частными лицами къ совершенію или засвидѣтельствованію, вслѣдствіе чего, скорѣе слѣдуетъ, по моему мнѣнію, признать, что показаніями свидѣтелей не можетъ быть опровергаемо и содержаніе актовъ состоянія и актовъ присутственныхъ мѣстъ. Еслибы допустить противное, то пришлось бы, напр., допустить возможность опроверженія показаніями свидѣтелей содержанія судебнаго рѣшенія, судебнаго протокола и проч., что представляется почти-что абсурдомъ. Если же въ актѣ состоянія или актѣ присутственнаго мѣста была бы допущена какая-либо матеріальная ошибка въ содержаніи, то такой недостатокъ всегда можетъ быть легко исправленъ, по просьбѣ заинтересованной стороны, тѣмъ самымъ присутственнымъ мѣстомъ, отъ котораго актъ исходитъ. Высказанному мной взгляду на допущеніе показаній свидѣтелей, какъ доказательства въ опроверженіе содержанія актовъ состоянія и актовъ присутственныхъ мѣстъ, нисколько не противорѣчитъ и рѣшеніе сената по дѣлу Булгакова, въ которомъ сенатъ призналъ актомъ домашнимъ копію прошенія, поданнаго въ присутственное мѣсто, и засвидѣтельствованную тѣмъ же присутственнымъ мѣстомъ, и, потому, допустилъ показанія свидѣтелей въ опроверженіе содержанія копіи прошенія, потому что въ этомъ случаѣ была

представлена хотя и засвидѣтельствованная присутственнымъ мѣстомъ копія, но копія домашняго акта, въ опроверженіе содержанія котораго, какъ акта домашняго, сенатъ вполнѣ правильно допустилъ показанія свидѣтелей (рѣш. 1869 года, № 764); между тѣмъ, это рѣшеніе сената представляется пока единственнымъ по разсматриваемому вопросу.

Перехожу къ разсмотрѣнію исключеній, указанныхъ въ 409 ст., исключеній, которыми, въ противоположность самому правилу, указываются случаи, когда показанія свидѣтелей допускаются, какъ доказательство. Въ силу 1-го пункта, показанія свидѣтелей могутъ быть допущены въ доказательство договора поклажи, когда актъ объ отдачѣ имущества на сохраненіе не могъ быть составленъ по случаю пожара, наводненія и другихъ бѣдствій, изъ чего можно заключить, что настоящимъ правиломъ допускаются свидѣтельскія показанія только въ одномъ случаѣ необходимой поклажи—это поклажи вообще по случаю какихъ-либо физическихъ бѣдствій. Въ текстѣ статьи указываются для примѣра пожаръ и наводненіе, а, затѣмъ, прибавлено „и другихъ бѣдствій", чѣмъ, конечно, и предоставляется свободному усмотрѣнію суда опредѣленіе, смотря по обстоятельствамъ, въ каждомъ данномъ случаѣ того—можетъ ли указываемое стороной физическое бѣдствіе, въ оправданіе домогательства о допросѣ свидѣтелей въ доказательство договора поклажи, служить уважительной причиной несоставленія договора на письмѣ, или нѣтъ? Безъ сомнѣнія, сторона, домогающаяся допроса свидѣтелей въ доказательство договора поклажи, должна предварительно удостовѣрить, что физическое бѣдствіе, заставившее прибѣгнуть къ необходимой поклажѣ, дѣйствительно послѣдовало. Правило, изложенное въ 1-мъ пунктѣ 409 ст., само по себѣ и не требовало бы, собственно говоря, никакихъ дальнѣйшихъ объясненій, но дѣло въ томъ, что мы имѣемъ однородное этому правилу постановленіе 2112 ст. X т. 1 ч., въ которомъ, однако же, кромѣ случая необходимой поклажи по причинѣ физическихъ бѣдствій, указываются еще два случая необходимой поклажи, когда законъ также освобождаетъ стороны отъ обязанности заключать договоръ поклажи непремѣнно письменно и когда, слѣдовательно, показанія свидѣтелей также должны быть допущены въ доказательство существованія необходимой поклажи. Случаи эти слѣдующіе: а) когда при отдачѣ воинскими чинами вещей своихъ, по случаю внезапнаго скораго отправленія въ походъ или откомандировку, на сохраніе хозяевамъ, у коихъ они стояли на квартирахъ, и б) въ поклажахъ, производимыхъ по торговлѣ и вообще по купеческому обычаю лицами торговаго сословія, лицамъ какъ принадлежащимъ, такъ и непринадлежащимъ къ сему сословію. Въ примѣръ того, что наше гражданское право вообще признаетъ не одинъ только случай необходимой поклажи по причинѣ физическихъ бѣдствій, но и другіе, я могу указать еще на случай, предусмотрѣнный въ приложеніи къ 31 ст. XII т. уст. о город. и сельск. хоз., когда законъ возлагаетъ отвѣтственность за сохранность вещей жильцовъ на содержателей трактирныхъ и тому подобныхъ заведеній, причемъ, вовсе не требуетъ составленія письменнаго договора о поклажѣ. Законоположенія эти не отмѣнены и до сихъ поръ, вслѣдствіе чего, и возникаетъ вопросъ о томъ: обязанъ ли судъ допускать показанія свидѣтелей и въ другихъ случаяхъ необходимой поклажи, указанныхъ въ законѣ, при существованіи правила 409 ст., допускающаго показанія свидѣтелей только въ одномъ случаѣ необходимой поклажи по причинѣ физическихъ бѣдствій? Мнѣ кажется, что на этотъ вопросъ слѣдуетъ отвѣчать утвердительно и признать, что судъ обязанъ допускать показанія свидѣтелей въ доказательство необходимой поклажи во всѣхъ случаяхъ, указанныхъ въ законѣ, если только въ основаніе разрѣшенія вопроса въ такомъ смыслѣ принять во вниманіе, что исключенія, указанныя въ 409 ст., имѣютъ только видъ исключеній, а на самомъ дѣлѣ представляютъ собой скорѣе всего возвратъ къ общему пра-

вилу, изъ котораго выраженное въ этой статьѣ постановленіе за общее правило есть не болѣе какъ исключеніе, и, потому, самымъ исключеніямъ никакъ нельзя придавать лимитативное значеніе, тѣмъ болѣе, что, какъ мы увидимъ нѣсколько ниже, ими и дѣйствительно не исчерпываются всѣ случаи, когда показанія свидѣтелей, въ силу постановленій матеріальнаго гражданскаго права, должны быть допускаемы, какъ доказательство. Обращаясь же собственно къ тѣмъ случаямъ необходимой поклажи, которые указаны въ законѣ, нельзя не признать, что самый законъ, по крайней мѣрѣ, относительно нѣкоторыхъ случаевъ, признающій по тѣмъ или другимъ соображеніямъ поклажу необходимой и, потому, допускающій болѣе легкіе способы доказательства поклажи посредствомъ свидѣтельскихъ показаній, имѣетъ чрезвычайно важное бытовое значеніе. Въ самомъ дѣлѣ, возможно ли требовать всякій разъ представленія сохранныхъ росписокъ въ доказательство поклажи въ торговомъ быту, въ которомъ на всякомъ шагу являются такого рода поклажи; напр., покупатель оставляетъ въ лавкѣ купленныя вещи и проситъ прислать ихъ послѣ; купецъ ввѣряетъ извощику перевезти извѣстное количество товаровъ своимъ покупателямъ. Также часты случаи необходимой поклажи въ настоящее время и между лицами торговаго и неторговаго званія, напр.: порученіе вещей артельщику на желѣзной дорогѣ для отправки или переноски; порученіе лицамъ, занимающимся извѣстнымъ промысломъ по ремеслу, перевозки вещей, положимъ, съ вокзала желѣзной дороги въ гостинницу и проч. Во всѣхъ этихъ случаяхъ судъ нисколько не отступитъ отъ буквы закона, если допуститъ показанія свидѣтелей въ доказательство поклажи.

Кромѣ того, относительно 1-го пункта 409 ст., я не могу не замѣтить, что выраженное въ немъ постановленіе отличается большей ригористичностью сравнительно съ аналогическими постановленіями законодательствъ иностранныхъ, такъ какъ, оно допускаетъ показанія свидѣтелей только въ доказательство одного договора поклажи, когда этотъ договоръ не могъ быть совершенъ письменно по причинѣ физическихъ бѣдствій. Изъ мотивовъ, на которыхъ основано правило, выраженное въ 1-мъ пунктѣ, нельзя не вывести того заключенія, что у насъ никоимъ образомъ показанія свидѣтелей не должны быть допускаемы взамѣнъ актовъ, какъ доказательство другихъ договоровъ, а равно вообще фактовъ, относящихся какъ къ договорнымъ соглашеніямъ, такъ и къ укрѣпленію правъ на имущество, какъ напр. завѣщательныхъ распоряженій, которыя, по закону, должны быть облечены въ письменную форму, въ случаяхъ невозможности составленія акта. Изъ мотивовъ видно, что составители уставовъ опасались обобщить правило, выраженное въ 1-мъ пунктѣ, и на другіе договоры въ виду того, что общее въ этомъ случаѣ дозволеніе принимать показанія свидѣтелей взамѣнъ письменныхъ доказательствъ, по ихъ мнѣнію „давало бы слишкомъ большой просторъ замѣнять письменные акты свидѣтельскими показаніями во всѣхъ случаяхъ, когда письменные акты не подтверждаютъ отыскиваемыхъ правъ“. Но такое опасеніе составителей уставовъ врядъ ли основательно, потому что всякій разъ, когда бы только сторона домогалась допроса свидѣтелей въ доказательство тѣхъ событій, для доказательства которыхъ требуются по закону письменныя удостовѣренія, ей надлежало бы прежде съ точностью выяснить и доказать существованіе тѣхъ причинъ, въ силу которыхъ письменный актъ дѣйствительно не могъ быть составленъ; по крайней мѣрѣ, законодательство французское (art. 1348 code civil) и итальянское (ст. 1348) допускаютъ принятіе показаній свидѣтелей въ доказательство такихъ фактовъ, которые обыкновенно должны быть удостовѣряемы письменными доказательствами, въ случаѣ физической или моральной невозможности составить актъ. Но, съ другой стороны, на основаніи тѣхъ же приведенныхъ выше

мотивовъ, слѣдуетъ также признать, что ограниченіе, въ отношеніи допустимости показаній свидѣтелей взамѣнъ актовъ, относится только до первой категоріи актовъ, т.-е. актовъ укрѣпленія, а не актовъ состоянія, или актовъ присутственныхъ мѣстъ. Что касается собственно доказательства фактовъ состоянія, какъ, напр., брака и рожденія, то, при извѣстныхъ условіяхъ, самъ законъ допускаетъ этотъ способъ доказательства, по отношенію брака безусловно, взамѣнъ письменныхъ доказательствъ, когда бракъ былъ не записанъ въ метрическихъ книгахъ, а по отношенію рожденія, какъ вспомогательное доказательство,—тоже, когда рожденіе въ книгахъ записано не было (36 и 124 ст. X т. 1 ч.). Этотъ случай служитъ, по моему мнѣнію, еще однимъ доказательствомъ тому, что исключеніямъ, узазаннымъ въ 409 ст., если только эти исключенія разсматривать въ связи съ постановленіями нашего матеріальнаго права, никакъ нельзя придавать значеніе лимитативное. Кромѣ того, изъ постановленія 35 ст. X т. 1 ч. нельзя не вывести еще то заключеніе, что и у насъ возможно доказательство брака посредствомъ самаго пользованія правами, изъ брака возникающими, или посредствомъ владѣнія состояніемъ—possession d'état, какъ говорятъ французскіе юристы. О возможности же замѣны показаніями свидѣтелей актовъ присутственныхъ мѣстъ, когда эти акты, вслѣдствіе какихъ-либо препятствій, не могли быть составлены, кажется, и рѣчи не можетъ быть, потому что вообще трудно себѣ представить такіе случаи, когда бы требуемые закономъ акты присутственными мѣстами не могли быть составлены по причинѣ невозможности, а также и потому, что, какъ я замѣтилъ выше, дѣйствія правительственныхъ учрежденій и должностныхъ лицъ, не констатированныя письменными актами, когда законъ требуетъ того, должны считаться какъ бы непослѣдовавшими, вслѣдствіе чего, такія дѣйствія не могутъ, собственно говоря, служить доказательствомъ чего-либо.

На основаніи 2-го пункта 409 ст., показанія свидѣтелей должны быть допускаемы въ доказательство такихъ событій, для которыхъ по закону требуются письменныя удостовѣренія, когда актъ, долженствующій служить доказательствомъ извѣстнаго факта, утраченъ вслѣдствіе какого-либо внезапнаго бѣдствія, напр. пожара, наводненія и проч. Изъ этого видно, что уставъ и здѣсь такъ же точно, какъ и въ случаѣ, указанномъ въ 1-мъ пунктѣ, допускаетъ показанія свидѣтелей, какъ доказательство, взамѣнъ письменнаго акта только въ одномъ случаѣ—когда актъ былъ утраченъ вслѣдствіе какого-либо физическаго бѣдствія. Но что́ долженъ дѣлать, напр., кредиторъ, когда актъ утратился не вслѣдствіе какого-либо физическаго бѣдствія, а утраченъ вообще вслѣдствіе какой-либо случайности? Этотъ вопросъ ведетъ къ другому, болѣе общему вопросу: допустимы ли показанія свидѣтелей взамѣнъ акта только въ случаѣ, указанномъ прямо въ 409 ст., или же что этотъ способъ доказательства допустимъ вообще въ случаѣ утраты акта по какой бы то ни было причинѣ? Въ мотивахъ подъ разбираемымъ пунктомъ сдѣлана только ссылка на 1648 ст. XI т. 2 ч., которая, однако же, допускаетъ принятіе показаній свидѣтелей вообще въ тѣхъ случаяхъ, когда письменное обязательство случайно потеряно. Далѣе, на основаніи постановленій 827 и 831 ст. X т. 1 ч. можно заключить, что наши законы вообще допускаютъ взысканіе и по копіи актовъ, въ случаѣ утраты подлинныхъ. Принявъ во вниманіе указанныя постановленія, мнѣ кажется, слѣдуетъ скорѣе придти къ тому заключенію, что поставленный вопросъ долженъ быть разрѣшенъ въ смыслѣ утвердительномъ, т.-е., что показанія свидѣтелей должны быть допускаемы вообще во всѣхъ случаяхъ утраты акта, какъ, напр., въ случаяхъ покражи акта, какъ объяснилъ сенатъ (рѣш. 1885 года, № 99) и проч. Безъ сомнѣнія, что, прежде чѣмъ, допустить показанія свидѣтелей въ подтвержденіе спорнаго факта, судъ обязанъ удостовѣриться въ томъ, дѣйствительно ли утрата акта послѣдовала, а доказательства въ подтвержденіе

этого обстоятельства обязана, конечно, представить сторона, домогающаяся допроса свидѣтелей, вслѣдствіе утраты акта. Впрочемъ, правило разбираемаго пункта допускаетъ, въ случаѣ утраты акта, показанія свидѣтелей не безусловно, а только лишь тогда, когда существованіе и содержаніе акта можетъ быть доказано, кромѣ показаній свидѣтелей, и другими доказательствами. Какого же рода доказательствами могутъ быть удостовѣрены эти послѣднія обстоятельства? Нельзя, кажется, не согласиться съ тѣмъ, что въ большинствѣ случаевъ такого рода доказательствами будутъ также только письменныя доказательства, потому что въ немногихъ развѣ случаяхъ вспомогательными доказательствами могутъ явиться здѣсь доказательства посредствомъ признанія и присяги; остальные же способы доказательства, какъ осмотръ и заключеніе свѣдущихъ лицъ, по самой природѣ ихъ, врядъ ли могутъ въ этихъ случаяхъ оказаться пригодными. Если же, затѣмъ, вспомогательными доказательствами будутъ здѣсь только письменные акты, то понятно, что въ случаяхъ, указанныхъ въ разбираемомъ пунктѣ, могутъ быть требуемы лишь менѣе совершенныя письменныя доказательства, чѣмъ подлинный актъ, напр. копія акта, справка о засвидѣтельствованіи акта, письма противной стороны и тому подобное; необходимо только, чтобы этими послѣдними актами доказывалось существованіе и содержаніе подлиннаго утраченнаго акта. Для доказательства содержанія, впрочемъ, кажется будетъ достаточно, если содержаніе будетъ удостовѣрено другими доказательствами не дословно, а въ общихъ чертахъ настолько, насколько это необходимо для уразумѣнія существа того юридическаго отношенія, которое было выражено въ актѣ и которое служитъ основаніемъ требованію. По смыслу разбираемаго пункта слѣдуетъ, кажется, также заключить, что допросъ свидѣтелей, въ случаѣ, въ этомъ пунктѣ указанномъ, можетъ быть допущенъ судомъ лишь тогда, когда вспомогательныя доказательства имѣются уже судомъ въ виду, т.-е. когда эти доказательства стороной уже представлены. Наконецъ, по поводу правила, выраженнаго въ настоящемъ пунктѣ 409 ст., возникаетъ еще вопросъ о томъ,—въ случаѣ утраты какихъ именно актовъ могутъ быть допущены показанія свидѣтелей, какъ доказательство взамѣнъ акта? Не можетъ быть, конечно, никакого сомнѣнія въ томъ, что здѣсь рѣчь идетъ обо всѣхъ безъ исключенія актахъ, долженствующихъ служить удостовѣреніемъ юридическихъ фактовъ, отнесенныхъ мной къ первой категоріи, т.-е. какъ объ актахъ, долженствующихъ служить удостовѣреніемъ самыхъ договорныхъ соглашеній, такъ и объ актахъ, могущихъ служить доказательствомъ способовъ прекращенія обязательствъ и проч. Слѣдуетъ также, кажется, допустить, въ случаѣ утраты акта, показанія свидѣтелей и въ доказательство фактовъ состоянія, на томъ основаніи, что если этотъ способъ доказательства допускается закономъ взамѣнъ акта въ томъ случаѣ, когда актъ не былъ составленъ, то послѣдовательность требуетъ допустить, при однородности причинъ, препятствующихъ представленію подлиннаго акта, показанія свидѣтелей и въ случаѣ утраты акта. Что же касается до возможности допущенія показаній свидѣтелей въ доказательство фактовъ третьей категоріи, въ случаѣ утраты актовъ присутственныхъ мѣстъ, то, по отношенію собственно этихъ фактовъ, отвѣтъ въ смыслѣ утвердительномъ врядъ ли возможенъ. Побѣдоносцевъ, впрочемъ, считаетъ повидимому возможнымъ допускать показанія свидѣтелей взамѣнъ справки или удостовѣренія присутственнаго мѣста, когда бы оказалась безусловная невозможность получить справку обыкновеннымъ путемъ, за уничтоженіемъ учрежденія и всѣхъ дѣлъ его (Судебн. руков., тезисъ 836). Я не могу въ настоящемъ случаѣ согласиться съ мнѣніемъ Побѣдоносцева,—во-первыхъ, потому, что врядъ ли возможно предполагать, чтобы составители устава, при включеніи въ него правила, выраженнаго во 2-мъ пунктѣ 409 ст., имѣли въ виду акты судопроиз-

водственные, что доказывается ссылкой ихъ на 1648 ст. уст. торг., въ которой говорится только объ актахъ, относящихся къ договорнымъ соглашеніямъ; во-вторыхъ, также и потому, что въ законахъ нигдѣ нѣтъ опредѣленія о томъ, какимъ образомъ могутъ быть возстановляемы вообще утраченные акты, относящіеся къ производствамъ присутственныхъ мѣстъ, вслѣдствіе чего, и нельзя указать, на основаніи закона, никакихъ данныхъ къ тому, чтобы возможно было допустить возстановленіе такихъ актовъ показаніями свидѣтелей. Но еслибы даже и признать, что въ силу правила 409 ст. слѣдуетъ допускать показанія свидѣтелей взамѣнъ утраченныхъ актовъ присутственныхъ мѣстъ въ случаѣ, указанномъ Побѣдоносцевымъ, т.-е. когда совершенно уничтожено какъ самое учрежденіе, такъ и всѣ дѣла, производившіяся въ этомъ учрежденіи, то къ чему послужилъ бы допросъ свидѣтелей, показанія которыхъ допустимы, какъ доказательство, въ силу правила этой же статьи, только при существованіи другихъ доказательствъ, могущихъ служить удостовѣреніемъ существованія и содержанія акта, каковыми доказательствами, какъ я сказалъ, въ большинствѣ случаевъ могутъ быть также только письменныя доказательства, которыя, въ настоящемъ случаѣ, и взяты могутъ быть, конечно, не иначе, какъ изъ дѣлъ того же учрежденія, актъ котораго утраченъ, и которыя, однако же, за упраздненіемъ учрежденія и утраты всѣхъ дѣлъ его, никоимъ образомъ и не могутъ быть получены. На основаніи этихъ соображеній я и полагаю, что скорѣе слѣдуетъ признать, что свидѣтельскія показанія не должны быть допускаемы, какъ доказательство, взамѣнъ актовъ присутственныхъ мѣстъ, въ случаѣ утраты ихъ.

Наконецъ, на основаніи 3-го пункта 409 ст. показанія свидѣтелей могутъ быть допущены въ доказательство права собственности на недвижимое имѣніе, когда право на недвижимое имѣніе основывается на спокойномъ, безспорномъ и непрерывномъ владѣніи или пользованіи въ теченіе установленнаго закономъ срока давности. Нельзя не замѣтить по поводу этого правила, что въ настоящемъ случаѣ показанія свидѣтелей допускаются не собственно въ доказательство права собственности, а лишь въ доказательство существованія фактическихъ признаковъ давностнаго владѣнія. А какъ по нашимъ законамъ давностью владѣнія имущество можетъ быть пріобрѣтено только въ томъ случаѣ, когда владѣлецъ пользовался имуществомъ на себя, animo domini, и съ цѣлью пріобрѣсть право собственности, то и показанія свидѣтелей могутъ быть допускаемы только, какъ доказательство такого владѣнія, но никакъ не въ доказательство одного пользованія, которое не ведетъ, по нашимъ законамъ, къ пріобрѣтенію права собственности; поэтому, и употребленное въ статьѣ выраженіе „или пользованіи“ никакъ не должно вести къ предположенію, что показанія свидѣтелей могутъ быть допускаемы и въ доказательство только пользованія, не соединеннаго съ владѣніемъ animo domini; напротивъ, скорѣе слѣдуетъ предполагать, что слово „пользованіи“ употреблено въ статьѣ, какъ синонимъ слова владѣнія, что доказывается тѣмъ, что между словами: „владѣніи“ и „пользованіи“ помѣщенъ союзъ „или“, а не „и“. Далѣе, по поводу правила разбираемаго пункта я долженъ замѣтить еще, что правило это, въ томъ видѣ, какъ оно редактировано, можетъ подать поводъ предполагать, что показанія свидѣтелей могутъ быть допущены въ доказательство давности владѣнія, когда право собственности на недвижимое имущество этимъ путемъ уже пріобрѣтено; или что показанія свидѣтелей могутъ быть допущены, какъ доказательство только въ искахъ о правѣ собственности—въ доказательство ли требованія истца, или возраженій отвѣтчика, ссылающагося на давность пріобрѣтенія. Но поводъ къ такому предположенію, какъ мнѣ кажется, можетъ подать только неправильная редакція правила, такъ какъ, изъ ближайшаго разсмотрѣнія

его нетрудно убѣдиться, что основная мысль выраженнаго въ немъ закона въ томъ и заключается, что показанія свидѣтелей должны быть допускаемы не въ доказательство права собственности, а именно въ доказательство фактическаго владѣнія, animo domini; а изъ этого само собой вытекаетъ то послѣдствіе, что свидѣтельскія показанія должны быть допускаемы и въ искахъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія, въ доказательство фактическаго владѣнія имуществомъ. Допустимость этого способа доказательства въ искахъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія признали и сенатъ во множествѣ рѣшеній (рѣш. 1869 года, № 1214 и друг.). Наконецъ, по аргументу a contrario нельзя не извлечь изъ правила разбираемаго пункта то положеніе, что показанія свидѣтелей могутъ быть допускаемы только въ доказательство давности пріобрѣтательной, но никакъ не давности исковой.

Изъ всѣхъ замѣчаній, которыя сдѣланы мной при комментированіи правилъ 409 и 410 ст., такимъ образомъ оказывается, что условіями допустимости показаній свидѣтелей, какъ доказательства, должны быть признаны собственно два обстоятельства: а) чтобы закономъ не была установлена письменная форма для тѣхъ юридическихъ фактовъ, которые сторона стремится доказать показаніями свидѣтелей, и б) чтобы показанія свидѣтелей не были направлены въ опроверженіе содержанія письменныхъ актовъ. Коль скоро этихъ условій не существуетъ, показанія свидѣтелей всегда и свободно могутъ быть допускаемы въ доказательство всевозможныхъ событій. Но, кромѣ того, мы видѣли, что иногда и при существованіи этихъ условій показанія свидѣтелей могутъ быть допускаемы, какъ доказательство, по взаимному на то соглашенію сторонъ, вслѣдствіе чего, становится очевиднымъ, что этотъ способъ доказательства долженъ имѣть едва ли не самый обширный кругъ примѣненія въ нашемъ процессѣ, предъ всѣми прочими способами доказательствъ.

Въ заключеніе обзора правилъ 409 и 410 ст., я, согласно вообще принятому мной порядку изложенія, долженъ еще сказать нѣсколько словъ о послѣдствіяхъ нарушеній этихъ правилъ. При разсмотрѣніи этихъ правилъ мы не разъ имѣли случай замѣтить, что они установлены преимущественно въ интересѣ частномъ, вслѣдствіе чего, и единственнымъ послѣдствіемъ нарушенія ихъ,—если, напр., судъ допуститъ показанія свидѣтелей въ доказательство такихъ событій, которыя могутъ быть удостовѣрены только письменными актами, или наоборотъ — откажетъ въ допросѣ свидѣтелей, когда этотъ способъ доказательства по закону допустимъ и, если такого рода упущенія были допущены при разсмотрѣніи дѣла въ первой инстанціи, — можетъ быть исправленіе этихъ упущеній, по жалобѣ заинтересованной стороны, второй инстанціей суда; если же нарушенія этихъ правилъ были допущены при разсмотрѣніи дѣла во второй инстанціи, то, смотря по важности допущенныхъ нарушеній, самыя нарушенія могутъ служить кассаціоннымъ поводомъ къ отмѣнѣ рѣшенія, также по жалобѣ заинтересованной стороны.

Изъ всего сказаннаго мной по поводу правилъ нашихъ законовъ о доказательствѣ посредствомъ свидѣтелей, нельзя не придти къ тому окончательному заключенію, что свидѣтельскія показанія, какъ доказательство, вслѣдствіе недостаточности постановленій нашего матеріальнаго гражданскаго права о формѣ актовъ, не можетъ еще, въ настоящее время, имѣть надлежащее, свойственное самой природѣ этого способа доказательства, примѣненіе въ нашемъ гражданскомъ процессѣ.

§ 3. Дознаніе черезъ окольныхъ людей.

Наиболѣе близкое сходство съ только-что разсмотрѣннымъ способомъ доказательства посредствомъ показаній свидѣтелей представляетъ другой способъ доказательства — дознаніе черезъ окольныхъ людей. Мы видѣли уже,

что подъ показаніями свидѣтелей разумѣются показанія третьихъ, не заинтересованныхъ въ данномъ спорѣ, происходящемъ между истцомъ и отвѣтчикомъ, лицъ, призываемыхъ къ дачѣ на судѣ объясненій объ извѣстныхъ имъ фактахъ, имѣющихъ отношеніе къ требованіямъ истца или къ возраженіямъ отвѣтчика. Также точно и дознаніе черезъ окольныхъ людей, какъ это нетрудно усмотрѣть изъ совокупности всѣхъ правилъ устава, относящихся до производства дознанія, есть такой способъ доказательства, который состоитъ въ отобраніи объ извѣстныхъ фактахъ показаній отъ третьихъ, не участвующихъ въ данномъ спорѣ, лицъ, въ качествѣ истца или отвѣтчика. Если, такимъ образомъ, изъ сказаннаго оказывается, что какъ показанія свидѣтелей, такъ и дознаніе черезъ окольныхъ людей представляются, повидимому, почти тождественными способами доказательства, то отсюда самъ собою возникаетъ вопросъ — для чего же составители уставовъ сочли необходимымъ нормировать оба эти способа доказательства отдѣльно и выдѣлить правила, относящіяся до производства дознанія черезъ окольныхъ людей, въ особое отдѣленіе? Сдѣлано ли это составителями уставовъ вслѣдствіе различія въ самомъ существѣ того и другого способа доказательства, или только вслѣдствіе чисто-внѣшняго, формальнаго различія въ отношеніи процессуальныхъ правилъ, опредѣляющихъ способы принятія судами того и другого доказательства, однимъ словомъ — вслѣдствіе различія только въ томъ, что французскіе юристы называютъ administration des preuves?

Чтобы такъ или иначе отвѣчать на этотъ вопросъ, необходимо нѣсколько подробнѣе указать тѣ признаки, которыми опредѣляются черты сходства и различія между показаніями свидѣтелей и дознаніемъ черезъ окольныхъ людей. Французскій code de procédure civile не знаетъ вовсе того способа доказательства, который извѣстенъ у насъ подъ названіемъ „дознаніе черезъ окольныхъ людей“, между тѣмъ какъ code civil въ двухъ случаяхъ (art. 1415 и 1442), о которыхъ я, впрочемъ, говорить не буду, потому что случаи эти не имѣютъ для насъ никакого интереса, какъ въ дѣйствительности невозможные при настоящемъ положеніи нашего матеріальнаго гражданскаго права, упоминаетъ объ одномъ способѣ доказательства, который представляетъ нѣкоторое сходство съ дознаніемъ черезъ окольныхъ людей у насъ,—это способъ доказательства посредствомъ commune renommée. Вслѣдствіе указанія на этотъ способъ доказательства французскимъ матеріальнымъ правомъ, практика французскихъ судовъ, несмотря на полное отсутствіе правилъ въ code de procédure civile, которыми бы опредѣлялся порядокъ принятія этого способа доказательства, допускаетъ, однако же, примѣненіе его въ случаяхъ, именно въ code civil указанныхъ, причемъ, французскіе суды, при примѣненіи этого способа доказательства, руководствуются, на основаніи рѣшенія французскаго кассаціоннаго суда 17 января 1838 года (рѣшеніе это приведено у Бонье), тѣми же самыми правилами, которыя установлены французскимъ уставомъ въ отношеніи производства допроса свидѣтелей. Говоря о значеніи способа доказательства посредствомъ commune renommée по французскому праву, Бонье, однако же, дѣлаетъ и теоретическое различіе между этимъ способомъ доказательства и показаніями свидѣтелей, которое, по его мнѣнію, состоитъ въ томъ, что, прибѣгая къ доказательству посредствомъ commune renommée, судъ, хотя и допрашиваетъ извѣстныя лица, но обращается при этомъ только какъ бы къ общественному мнѣнію, чтобы изъ показаній этихъ лицъ узнать, каковъ взглядъ общества на извѣстныя событія; между тѣмъ, какъ свидѣтели бо́льшей частью призываются дать показанія о такихъ фактахъ, которые имъ непосредственно извѣстны, или которыхъ они были даже очевидцами. Поэтому, Бонье и относитъ показанія лицъ, допрашиваемыхъ не о фактахъ, непосредственно имъ извѣстныхъ, а допрашиваемыхъ лишь только относительно мнѣнія ихъ объ извѣстныхъ фактахъ, къ

свидѣтельскимъ показаніямъ по степени достовѣрности ихъ ко второй нисшей категоріи, и признаетъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, этотъ способъ доказательства въ нѣкоторыхъ случаяхъ весьма опаснымъ (Traité des preuves, изд. 4, т. I, стр. 307 и 311). Изъ сказаннаго, такимъ образомъ, слѣдуетъ заключить, что, теоретически, различіе между показаніями свидѣтелей и дознаніемъ черезъ окольныхъ людей должно бы быть принципіальное въ самомъ существѣ того и другого способа доказательства, а не только процессуально-формальное въ отношеніи правилъ о порядкѣ принятія того и другого способа доказательства, потому что доказательство посредствомъ свидѣтелей въ томъ только и состоитъ, что свидѣтели допрашиваются о фактахъ имъ извѣстныхъ, а при доказательствѣ посредствомъ commune renommée лица, призываемыя къ допросу, даютъ показанія не о фактахъ имъ извѣстныхъ, а излагаютъ мнѣніе свое объ извѣстныхъ фактахъ, разумѣется на основаніи тѣхъ или другихъ данныхъ, относящихся къ этимъ фактамъ и имъ извѣстныхъ.

Въ чемъ же собственно заключается различіе между показаніями свидѣтелей и дознаніемъ черезъ окольныхъ людей по нашему уставу? Изъ мотивовъ, помѣщенныхъ въ изданіи государственной канцеляріи въ началѣ отдѣленія о дознаніи черезъ окольныхъ людей, видно, что составители уставовъ имѣли въ виду замѣнить этимъ способомъ доказательства существовавшій при прежнемъ порядкѣ судопроизводства способъ доказательства посредствомъ повальнаго обыска; но, изъ мотивовъ также видно, что составители уставовъ признавали повальный обыскъ, въ томъ видѣ, какъ этотъ способъ доказательства опредѣляется нашими прежними законами о судопроизводствѣ гражданскомъ, невозможнымъ относить къ числу доказательствъ, какъ способъ доказательства несовмѣстный съ началами состязательнаго процесса. Слѣдствіемъ такого взгляда составителей уставовъ на значеніе повальнаго обыска, какъ доказательства, было то, что дознаніе черезъ окольныхъ людей, въ томъ видѣ, какъ этотъ способъ доказательства опредѣленъ правилами устава, дѣйствительно не представляетъ собой ничего похожаго на способъ доказательства посредствомъ commune renommée, какъ его опредѣляетъ Бонье. Напротивъ, повальный обыскъ, существо котораго опредѣляется правиломъ 407 ст. X т. 2 ч., представляетъ гораздо бо́льшее сходство съ этимъ послѣднимъ способомъ доказательства. Повальный обыскъ, въ силу правила этой статьи, допускался въ тѣхъ случаяхъ, когда вообще въ дѣлѣ необходимо было удостовѣриться о такомъ обстоятельствѣ, которое можетъ быть извѣстно всѣмъ или многимъ жителямъ какого-либо мѣста, вслѣдствіе чего, этотъ способъ доказательства являлся вполнѣ самостоятельнымъ способомъ, совершенно отличнымъ отъ доказательства посредствомъ свидѣтелей по самому существу его, самостоятельнымъ до такой степени, что ссылка тяжущихся на свидѣтелей исключала даже возможность примѣненія, какъ доказательства, повальнаго обыска, и наоборотъ. По настоящему же уставу дознаніе черезъ окольныхъ людей, какъ это нетрудно убѣдиться, какъ изъ мотивовъ, помѣщенныхъ въ изданіи государственной канцеляріи, такъ и изъ самаго текста нѣкоторыхъ статей, есть не что иное, какъ нѣсколько видоизмѣненный только въ отношеніи порядка производства способъ доказательства посредствомъ свидѣтелей. Такъ, напр., 416 ст., опредѣляющая порядокъ составленія списка окольныхъ людей, между прочимъ, говоритъ, что въ этотъ списокъ вносятся всѣ могущіе быть свидѣтелями о владѣніи въ спорномъ участкѣ, а 433 ст. говоритъ, что въ протоколъ вносятся имена окончательно избранныхъ свидѣтелей, наконецъ, 412 ст. постановляетъ, что дознаніе назначается при ссылкѣ на свидѣтельство мѣстныхъ жителей и проч. Эти примѣры, мнѣ кажется, могутъ служить достаточнымъ подтвержденіемъ того, что окольные люди, настоящимъ уставомъ, уравниваются въ отношеніи показаній ихъ со свидѣтелями, или, лучше сказать, что окольные люди призы-

ваются, точно такъ же, какъ и свидѣтели, къ дачѣ показаній, только о фактахъ имъ непосредственно извѣстныхъ, но не къ представленію ихъ мнѣнія объ извѣстныхъ обстоятельствахъ, такъ что по нашему уставу дознаніе черезъ окольныхъ людей и показанія свидѣтелей, какъ способы доказательства, не представляютъ, какъ мнѣ кажется, никакого различія въ самомъ существѣ ихъ, а, затѣмъ, остается только чисто формальное внѣшнее различіе въ самомъ порядкѣ принятія того и другого способа доказательства. Напротивъ, по уставу уголовнаго судопроизводства дознаніе черезъ окольныхъ людей и въ настоящее время, какъ мнѣ кажется, по характеру доказательства, близко подходитъ къ повальному обыску и представляетъ болѣе сходства съ доказательствомъ посредствомъ commune renommée. По уставу уголовнаго судопроизводства и теперь судебная власть, прибѣгая къ дознанію черезъ окольныхъ людей объ образѣ жизни, занятіяхъ и поведеніи обвиняемаго, обращается скорѣе къ мнѣнію мѣстныхъ жителей объ обвиняемомъ, чѣмъ какъ къ свидѣтелямъ только извѣстныхъ опредѣленныхъ фактовъ, такъ что въ процессѣ уголовномъ дознаніе черезъ окольныхъ людей и въ настоящее время является какъ бы самостоятельнымъ способомъ доказательства. Что же касается значенія дознанія черезъ окольныхъ людей, какъ доказательства, въ процессѣ гражданскомъ, то по существу его, какъ я уже сказалъ, оно имѣетъ совершенно одинаковое значеніе съ показаніями свидѣтелей и допускается, какъ мы увидимъ ниже, въ подтвержденіе тѣхъ же самыхъ фактовъ, которые могутъ быть доказываемы и показаніями свидѣтелей. Такое значеніе за этимъ способомъ доказательства признаетъ, повидимому, и сенатъ; я говорю — повидимому, на томъ основаніи, что сенату до сихъ поръ не представлялось, кажется, случая высказаться по этому вопросу категорически; а въ тѣхъ рѣшеніяхъ, которыя относятся до способа доказательства посредствомъ дознанія черезъ окольныхъ людей и которыхъ пока вообще очень немного, можно найти только косвенныя указанія на значеніе этого способа доказательства. Такъ, въ одномъ рѣшеніи сенатъ отвергъ возможность доказывать право собственности на недвижимое имѣніе, на основаніи наслѣдственныхъ правъ, одинаково — какъ посредствомъ свидѣтелей, такъ и посредствомъ дознанія черезъ окольныхъ людей (рѣш. 1870 года, № 379); напротивъ, въ другомъ рѣшеніи сенатъ признаетъ одинаково возможнымъ доказывать давность владѣнія какъ показаніями свидѣтелей, такъ и посредствомъ дознанія черезъ окольныхъ людей (рѣш. 1872 года, № 792, по дѣлу Молошниковой. Такое же значеніе за этимъ способомъ доказательства признаютъ и наши процессуалисты: Гольмстенъ (Учеб. гражд. суд., стр. 180) и Волжинъ (Журн. гражд. и угол. пр. 1886 г., кн. 5, стр. 26, замѣтки).

Я остановился, прежде всего, на вопросѣ о значеніи и существѣ доказательства посредствомъ дознанія черезъ окольныхъ людей, на томъ основаніи, что вопросъ этотъ имѣетъ, по моему мнѣнію, довольно важное практическое значеніе въ томъ отношеніи, что въ соображеніяхъ, относящихся собственно до разрѣшенія этого вопроса, судебная практика можетъ почерпать тѣ или другія данныя, необходимыя для разрѣшенія другихъ вопросовъ, какъ относительно допущенія этого способа доказательства, такъ равно и въ отношеніи самаго производства дознанія черезъ окольныхъ людей. Такъ, напр., членъ суда, которому будетъ поручено производство дознанія, имѣя въ виду, что этотъ способъ доказательства почти тождественъ по существу съ доказательствомъ посредствомъ показаній свидѣтелей, направитъ и самое производство дознанія, т.-е. производство допроса окольныхъ людей, приблизительно такъ же, какъ еслибы ему поручено было произвести допросъ свидѣтелей, будетъ, напр., обращаясь къ окольнымъ людямъ, предлагать имъ вопросы въ томъ же смыслѣ, какъ еслибы обращался къ свидѣтелямъ и проч. Если, такимъ образомъ, и нельзя смотрѣть на дознаніе черезъ окольныхъ людей,

въ томъ видѣ, какъ этотъ способъ доказательства опредѣляется правилами нашего устава, какъ на совершенно самостоятельный способъ, отличный по самому существу отъ показаній свидѣтелей, то, тѣмъ не менѣе, какъ я уже замѣтилъ выше, между этими способами доказательства есть внѣшнія формальныя различія въ процессуальныхъ правилахъ, опредѣляющихъ порядокъ принятія того или другого способа доказательства. Отличія эти выражаются главнымъ образомъ, во-первыхъ, въ томъ, что дознаніе черезъ окольныхъ людей является по нашему уставу какъ бы предустановленнымъ способомъ доказательства, предустановленнымъ, конечно, не въ томъ отношеніи, чтобы тѣ факты, въ подтвержденіе которыхъ по закону допускается этотъ способъ доказательства, воспрещалось, вмѣстѣ съ тѣмъ, удостовѣрять другими способами доказательства, а только въ томъ отношеніи, что самый способъ доказательства посредствомъ дознанія черезъ окольныхъ людей допустимъ по уставу въ подтвержденіе только извѣстныхъ, опредѣленныхъ фактовъ, вслѣдствіе чего, я и сказалъ, что этотъ способъ доказательства является какъ бы предустановленнымъ доказательствомъ, черезъ что примѣненіе его, во всякомъ случаѣ, представляется гораздо болѣе ограниченнымъ, чѣмъ примѣненіе, какъ доказательства, показаній свидѣтелей; во-вторыхъ, указаніе свидѣтелей должно быть дѣлаемо всегда опредѣлительно и поименно, ссылка же на окольныхъ людей можетъ быть и непоименная, и въ-третьихъ, дознаніе черезъ окольныхъ людей должно быть производимо всегда на мѣстѣ. Это, какъ мнѣ кажется, главныя отличительныя черты, присущія тому и другому доказательству, черты, которыми обусловливается, вмѣстѣ съ тѣмъ, и различіе процессуальныхъ правилъ, въ отношеніи самаго порядка принятія того и другого доказательства. Указавши, такимъ образомъ, въ чемъ заключается собственно сходство и различіе между показаніями свидѣтелей и дознаніемъ черезъ окольныхъ людей, я долженъ, наконецъ, дать отвѣтъ на вышепоставленный вопросъ о томъ—по какимъ основаніямъ составители уставовъ сочли необходимымъ выдѣлить правила о производствѣ дознанія въ особое отдѣленіе? Послѣ всего сказаннаго нельзя, кажется, сомнѣваться въ томъ, что мотивомъ къ этому послужило, главнымъ образомъ, различіе процессуальныхъ правилъ, опредѣляющихъ порядокъ принятія того и другого доказательства, хотя, при этомъ, я не могу не замѣтить, что одно это обстоятельство еще никакъ нельзя признать достаточнымъ поводомъ къ выдѣленію правилъ, нормирующихъ производство дознанія, въ особую главу, на томъ основаніи, что подобное выдѣленіе можетъ вести къ ложнымъ предположеніямъ,—именно можетъ подать поводъ предполагать, что дознанію черезъ окольныхъ людей уставъ придаетъ значеніе самостоятельнаго способа доказательства, отличнаго по самому существу его отъ всѣхъ другихъ способовъ, чего, однако же, на самомъ дѣлѣ, какъ мы видѣли, нѣтъ.

Правила, которыми опредѣляется собственно производство дознанія черезъ окольныхъ людей, по содержанію ихъ можно раздѣлить на три категоріи: къ 1-й категоріи слѣдуетъ отнести правила, опредѣляющія порядокъ принятія судомъ этого способа доказательства; ко 2-й—правила, опредѣляющія порядокъ самаго производства дознанія, и наконецъ, къ 3-й — правила объ оцѣнкѣ показаній окольныхъ людей. Къ первой категоріи правилъ относятся слѣдующія двѣ статьи:

Ст. 412. При спорѣ о пространствѣ, мѣстности или продолжительности поземельнаго владѣнія, судъ, по ссылкѣ той или другой стороны на свидѣтельство мѣстныхъ жителей, хотя бы эта ссылка была и непоименная, можетъ назначить особое дознаніе черезъ окольныхъ людей.

Ст. 413. Для дознанія судъ отряжаетъ одного изъ своихъ Членовъ и назначаетъ самое время дознанія.

Что касается правила первой изъ этихъ статей, то нельзя не замѣтить, что оно по содержанію представляется далеко не вполнѣ яснымъ во многихъ отношеніяхъ. Во-первыхъ, мнѣ кажется, необходимо нѣсколько точнѣе опредѣлить, въ какихъ искахъ и въ подтвержденіе какихъ именно фактовъ можетъ быть допущено, какъ доказательство, дознаніе черезъ окольныхъ людей. Изъ мотивовъ, помѣщенныхъ въ изданіи государственной канцеляріи, нельзя, между прочимъ, не усмотрѣть, что составители уставовъ считали необходимымъ, въ виду неопредѣлительности у насъ поземельнаго владѣнія, вслѣдствіе черезполосности и разнопомѣстности его, допустить этотъ способъ доказательства по дѣламъ вотчиннымъ, или, лучше сказать, въ искахъ вещныхъ о правѣ собственности на недвижимое имущество, когда приходится разрѣшить вопросъ о владѣніи, о мѣстности его, о продолжительности владѣнія и проч. Но, затѣмъ, въ текстѣ статьи указывается уже вообще, что судъ можетъ допустить дознаніе черезъ окольныхъ людей, какъ доказательство, „при спорѣ о пространствѣ, мѣстности или продолжительности поземельнаго владѣнія“ и проч. Изъ этого видно, что въ текстѣ статьи не указывается уже, въ какихъ именно искахъ допустимъ этотъ способъ доказательства, а опредѣляются только тѣ факты, которые могутъ быть доказываемы посредствомъ дознанія черезъ окольныхъ людей, въ случаѣ спора сторонъ объ этихъ фактахъ. По буквальному смыслу выраженія статьи, мнѣ кажется, нельзя не признать, что слово „споръ“ здѣсь употреблено не въ смыслѣ слова „искъ“ и что слово это, скорѣе всего, слѣдуетъ понимать буквально въ смыслѣ спора сторонъ о частномъ вопросѣ — о значеніи фактовъ, служащихъ основаніемъ иску или возраженіямъ, такъ какъ, изъ всего содержанія статьи нельзя не усмотрѣть, что слово это включено въ текстъ статьи съ той цѣлью, чтобы указать, что дознаніе черезъ окольныхъ людей только и можетъ быть назначено именно въ случаѣ спора сторонъ объ извѣстныхъ фактахъ, и чтобы показать, что при отсутствіи спора нѣтъ и никакой необходимости прибѣгать къ этому способу доказательства. Слѣдовательно, самый законъ оставляетъ безъ опредѣленія вопросъ о томъ, — въ какихъ именно искахъ можетъ быть допущено, какъ доказательство, дознаніе черезъ окольныхъ людей, а изъ этого, какъ мнѣ кажется, съ полнымъ основаніемъ можно заключить, что этотъ способъ доказательства допустимъ во всякаго рода искахъ, какъ только возникаетъ между сторонами споръ объ указанныхъ въ разбираемой статьѣ фактахъ, несмотря на то, что составители уставовъ, какъ это видно изъ приведенныхъ выше мотивовъ, и имѣли въ виду ограничить примѣненіе этого способа доказательства дѣлами вотчинными. То обстоятельство, что составители уставовъ не включили, однако же, это ограниченіе въ текстъ статьи и даетъ, по моему мнѣнію, право заключить, что дознаніе черезъ окольныхъ людей можетъ быть допускаемо, какъ доказательство, во всякаго рода искахъ, коль скоро между тяжущимися возникаетъ споръ о пространствѣ, мѣстности, или продолжительности земельнаго владѣнія, что́ и вполнѣ основательно, потому что споръ о такого рода фактахъ можетъ возникать не въ однихъ только искахъ о правѣ собственности, но также и въ искахъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія и даже въ искахъ личныхъ объ убыткахъ, въ недвижимомъ имуществѣ причиненныхъ.

Далѣе, въ разрѣшеніе перваго вопроса я долженъ сказать еще нѣсколько словъ о тѣхъ фактахъ, которые могутъ быть доказываемы посредствомъ дознанія черезъ окольныхъ людей. Выше, при разсмотрѣніи правила 409 ст., мы видѣли, что свидѣтельскія показанія допускаются, какъ доказательство, въ подтвержденіе только фактическихъ признаковъ владѣнія на себя animo domini, но не владѣнія, или, лучше сказать, пользованія на какомъ-либо другомъ основаніи и, если мы примемъ, при этомъ, во вниманіе, что дознаніе черезъ окольныхъ людей есть по существу почти одинаковый способъ

доказательства съ показаніями свидѣтелей, то, мнѣ кажется, на этомъ основаніи мы въ правѣ будемъ признать, что и дознаніе черезъ окольныхъ людей можетъ быть допускаемо, какъ доказательство, только въ подтвержденіе тѣхъ же самыхъ фактовъ, какъ и показанія свидѣтелей; дѣло только въ томъ, что на основаніи правила 412 ст. необходимо признать, что дознаніе черезъ окольныхъ людей можетъ быть допускаемо, какъ доказательство, въ трехъ различныхъ случаяхъ: а) при спорѣ о пространствѣ владѣнія; б) при спорѣ о мѣстности владѣнія и, наконецъ, в) при спорѣ о продолжительности владѣнія. Не можетъ быть, конечно, никакого сомнѣнія въ томъ, что во всѣхъ этихъ случаяхъ споръ разнообразится только въ отношеніи отдѣльныхъ моментовъ владѣнія, но что въ существѣ споръ касается все же фактическаго владѣнія на себя animo domini, такъ что во всѣхъ этихъ случаяхъ дознаніе черезъ окольныхъ людей будетъ служить доказательствомъ фактическихъ признаковъ владѣнія. Вся разница будетъ заключаться только въ томъ, что этимъ способомъ стороны будутъ домогаться доказать или владѣніе въ отношеніи извѣстной мѣстности, или въ отношеніи времени продолжительности владѣнія, когда споръ касается этого признака владѣнія, а не мѣста владѣнія. Самое же указаніе отдѣльныхъ случаевъ спора о владѣніи имѣетъ только то значеніе, что правило разбираемой статьи, въ томъ видѣ, какъ оно редактировано, даетъ право заключить, что для допустимости доказательства—дознанія черезъ окольныхъ людей не требуется непремѣнно, чтобы споръ между сторонами шелъ одновременно о всѣхъ отдѣльныхъ моментахъ владѣнія, т.-е. чтобы споръ шелъ какъ въ отношеніи объекта владѣнія, такъ и въ отношеніи времени владѣнія, а что, напротивъ, если споръ касается даже одного изъ этихъ моментовъ, стороны въ правѣ ссылаться на этотъ способъ доказательства. Впрочемъ, говоря о тѣхъ фактахъ, которые по закону могутъ быть доказываемы дознаніемъ черезъ окольныхъ людей, я долженъ указать еще на одно ограниченіе въ этомъ отношеніи, заключающееся въ правилѣ разбираемой статьи. Именно, на основаніи этой статьи слѣдуетъ заключить, что этотъ способъ доказательства допустимъ только въ спорахъ о земельномъ владѣніи, но не владѣніи другимъ какимъ-либо недвижимымъ имуществомъ; собственно же относительно допустимости этого способа доказательства въ спорахъ о земельномъ владѣніи должно быть уже безразлично то обстоятельство — будетъ ли споръ касаться земельнаго участка, находящагося внѣ города, или участка городского, на что̀ указываетъ правило 415 ст., въ которой говорится, что извѣщеніе о дознаніи отсылается въ управленіе той волости или города, гдѣ находится спорное имѣніе. Въ ограниченіи примѣненія способа доказательства посредствомъ дознанія черезъ окольныхъ людей только спорами о земельномъ владѣніи и заключается еще одно отличіе этого способа доказательства отъ свидѣтельскихъ показаній, по крайней мѣрѣ, въ отношеніи круга примѣненія того и другого способа доказательства, такъ какъ, въ отношеніи допустимости показаній свидѣтелей, какъ доказательства фактическаго владѣнія, въ правилѣ 409 ст. подобнаго ограниченія не содержится, и показанія свидѣтелей допускаются, какъ доказательство владѣнія всякимъ недвижимымъ имуществомъ.

Второй вопросъ, возбуждаемый правиломъ разбираемой статьи, заключается въ томъ: когда и при какихъ обстоятельствахъ судъ въ правѣ назначить дознаніе черезъ окольныхъ людей? Для разрѣшенія этого вопроса должно обратиться къ разсмотрѣнію слѣдующаго мѣста изъ текста правила 412 ст.: „судъ, по ссылкѣ той или другой стороны на свидѣтельство мѣстныхъ жителей, хотя бы эта ссылка была и непоименная, можетъ назначить“ и проч. Выраженіе это, во-первыхъ, указываетъ, что судъ можетъ назначить производство дознанія черезъ окольныхъ людей не иначе, какъ

по ссылкѣ на этотъ способъ доказательства одной изъ сторонъ процесса, или, все равно, не иначе, какъ по просьбѣ той или другой стороны о назначеніи дознанія, но никакъ не ex officio, по своему усмотрѣнію, какъ это совершенно справедливо замѣтилъ Гольмстенъ въ его рецензіи на книгу Гоняева—„Гражданскій процессъ въ мировомъ судѣ“ (Журн. гражд. и угол. пр. 1883 года, кн. 9, стр. 167). Во-вторыхъ, на основаніи этого выраженія слѣдуетъ, кажется, придти къ тому заключенію, что дознаніе черезъ окольныхъ людей можетъ быть назначено по просьбѣ одной изъ сторонъ процесса не только тогда, когда сторона будетъ просить о назначеніи дознанія въ доказательство ея собственнаго владѣнія извѣстнымъ участкомъ земли, т.-е. когда этотъ участокъ состоитъ въ ея фактическомъ владѣніи, но и въ томъ случаѣ, когда сторона этимъ способомъ доказательства будетъ стремиться уяснить недостатки фактическаго владѣнія участкомъ, состоящимъ въ моментъ спора во владѣніи противной стороны. Но какъ понимать выраженіе статьи: „хотя бы эта ссылка была и не поименная“? Нельзя не замѣтить, что выраженіе это, въ томъ видѣ, какъ оно редактировано, можетъ, пожалуй, подать поводъ предполагать, что законъ, прежде всего, требуетъ поименной ссылки на мѣстныхъ жителей, могущихъ свидѣтельствовать о спорныхъ фактахъ, а что ссылка непоименная только какъ бы въ видѣ уступки дозволяется, терпится закономъ. Выше мы замѣтили, что непоименная ссылка на окольныхъ людей служитъ однимъ изъ внѣшнихъ отличительныхъ признаковъ этого способа доказательства отъ доказательства посредствомъ свидѣтелей, имена которыхъ всегда съ точностью должны быть указаны тяжущимися, что̀ и понятно; но какая, спрашивается, цѣль въ поименной ссылкѣ на окольныхъ людей? При разсмотрѣніи слѣдующихъ статей, опредѣляющихъ порядокъ производства дознанія и преимущественно правилъ, опредѣляющихъ порядокъ составленія списка окольныхъ людей, подлежащихъ допросу, нетрудно усмотрѣть, что поименная ссылка на окольныхъ жителей, при самомъ заявленіи просьбы о назначеніи дознанія, совершенно безполезна и никакого значенія имѣть не можетъ, потому что тѣ окольные люди, которые были бы указаны тяжущимися поименно, несмотря на это, не могутъ быть допрошены, и даже указаніе это, при составленіи членомъ суда списка окольныхъ людей, подлежащихъ допросу, какъ мы увидимъ ниже, во вниманіе вовсе не можетъ быть принято. Изъ этого нельзя не заключить, что требованіе закона, въ отношеніи поименной ссылки на окольныхъ людей, представляется совершенно безцѣльнымъ и, потому, излишнимъ, и что достаточно всегда ссылки непоименной для того, чтобы дознаніе черезъ окольныхъ людей было назначено, или все равно признать, что слова—„хотя бы“ включены въ текстъ статьи совершенно напрасно.

Кромѣ того, выраженіе статьи: „судъ можетъ назначить особое дознаніе черезъ окольныхъ людей“, даетъ поводъ къ возбужденію третьяго вопроса о томъ: обязательно ли для суда, въ случаяхъ, указанныхъ въ 412 ст., назначеніе дознанія черезъ окольныхъ людей по просьбѣ тяжущихся, или же что производство дознанія зависитъ вполнѣ отъ усмотрѣнія суда? Сенатъ въ своихъ рѣшеніяхъ сперва признавалъ за правиломъ 412 ст. въ этомъ отношеніи значеніе постановленія безусловно характера факультативнаго, объяснивъ, что производство дознанія черезъ окольныхъ людей, по точной силѣ 412 ст., вполнѣ зависитъ отъ усмотрѣнія суда, рѣшающаго дѣло по существу (рѣш. 1871 года, № 250), но, затѣмъ, сенатъ пришелъ къ тому заключенію, что суду не можетъ принадлежать право отказывать въ назначеніи дознанія черезъ окольныхъ людей въ тѣхъ случаяхъ, когда этотъ способъ доказательства представляется единственнымъ доказательствомъ, которымъ сторона можетъ удостовѣрить спорные факты (рѣш. 1876 года, № 279). Выраженіе статьи: „судъ можетъ назначить“, если и можетъ подать поводъ

предполагать, что за постановленіемъ 412 ст. слѣдуетъ признавать характеръ факультативный, но показаться это можетъ только на первый взглядъ; при болѣе же внимательномъ разсмотрѣніи содержанія заключающагося въ ней правила, мнѣ кажется, нельзя не признать, что выраженіе: „судъ можетъ назначить", включено въ текстъ статьи съ той только цѣлью, чтобы указать и на противоположное право суда, т.-е. чтобы указать, что судъ можетъ и отказать тяжущимся въ назначеніи дознанія, но отказать, однако же, лишь въ томъ случаѣ, еслибы онъ находилъ производство дознанія или излишнимъ, въ виду другихъ доказательствъ, представленныхъ тяжущимися, или по закону невозможнымъ, вслѣдствіе домогательства тяжущихся доказать этимъ способомъ такіе факты, которые по закону не могутъ быть доказываемы дознаніемъ черезъ окольныхъ людей. Если же дознаніе черезъ окольныхъ людей представляется въ какомъ-либо дѣлѣ доказательствомъ вполнѣ по закону возможнымъ и если, притомъ, этотъ способъ представляется для тяжущихся единственнымъ средствомъ доказать спорные факты, то слѣдуетъ признать, что судъ, какъ это объяснилъ и сенатъ въ послѣднемъ его рѣшеніи, не въ правѣ отказать въ назначеніи дознанія черезъ окольныхъ людей въ подобныхъ случаяхъ. Поэтому, въ правилѣ 412 ст. слѣдуетъ видѣть постановленіе характера факультативнаго лишь настолько, насколько вообще правилами устава о доказательствахъ предоставляется усмотрѣнію суда принять или не принять то или другое доказательство, представляемое тяжущимися, и нисколько не болѣе, чѣмъ, напр., по отношенію принятія свидѣтельскихъ показаній. Предоставить суду безконтрольное право назначать или не назначать дознаніе черезъ окольныхъ людей оказывается тѣмъ болѣе невозможнымъ, что ни изъ чего не видно, чтобы правилами нашего устава о доказательствахъ предоставлялись суду какія-либо исключительныя права, въ отношеніи принятія или непринятія именно этого способа доказательства.

Кромѣ сказаннаго, мнѣ остается сдѣлать еще нѣкоторыя замѣчанія о самомъ порядкѣ принятія доказательства посредствомъ дознанія черезъ окольныхъ людей. Хотя въ разбираемой статьѣ и ничего не говорится о томъ, какимъ порядкомъ этотъ способъ доказательства можетъ быть принимаемъ судомъ, но на основаніи общаго постановленія 369 ст., о порядкѣ принятія того или другого доказательства, слѣдуетъ признать, что и дознаніе черезъ окольныхъ людей можетъ быть назначено не иначе, какъ по опредѣленію суда, постановленному въ публичномъ судебномъ засѣданіи. Что же касается способовъ заявленія просьбы о назначеніи дознанія, а равно до того момента процесса, когда судомъ можетъ быть постановлено опредѣленіе о назначеніи дознанія, то по аналогіи слѣдуетъ заключить, что означенныя дѣйствія должны быть совершаемы тѣмъ же порядкомъ, который установленъ закономъ по отношенію порядка заявленія просьбъ о допросѣ свидѣтелей и порядка разрѣшенія ихъ судомъ. Самое же опредѣленіе суда о назначеніи дознанія должно заключать въ себѣ: во-первыхъ, означеніе тѣхъ спорныхъ фактовъ, которые имѣютъ быть доказаны дознаніемъ черезъ окольныхъ людей; во-вторыхъ, на основаніи правила 413 ст. назначеніе времени производства дознанія и назначеніе члена, отражаемаго для производства дознанія. Кромѣ того, въ опредѣленіи суда излагается обыкновенно какъ срокъ, къ которому тяжущійся, просящій о назначеніи дознанія, обязанъ представить въ кассу суда деньги на покрытіе расходовъ, необходимыхъ для выѣзда члена суда въ мѣсто производства дознанія, такъ и размѣръ необходимой для этого суммы. Время производства дознанія можетъ быть означено только въ отношеніи dies a quo, или дня, съ котораго производстводознанія членомъ должно быть начато, потому что время, въ которое дознаніе должно быть произведено, и день, къ которому оно должно быть окончено, никоимъ образомъ напередъ не могутъ быть опредѣлены, такъ какъ, продолжительность производства до-

знанія можетъ во многомъ зависѣть, какъ мы увидимъ ниже, отъ различныхъ случайныхъ обстоятельствъ, могущихъ отдалить окончаніе производства. Относительно самаго правила 413 ст. я долженъ замѣтить, что оно предписываетъ только суду отражать для производства дознанія своего члена, между тѣмъ, какъ на самомъ дѣлѣ такой порядокъ можетъ оказаться иногда невыполнимымъ,—это именно въ томъ случаѣ, когда окажется необходимымъ произвести дознаніе въ округѣ другого суда, что возможно именно въ тѣхъ случаяхъ, когда искъ предъявляется о недвижимыхъ имуществахъ, находящихся въ различныхъ судебныхъ округахъ. Въ подобномъ случаѣ, на основаніи соображеній, высказанныхъ при разборѣ правилъ о допросѣ свидѣтелей, судъ долженъ будетъ послать копію опредѣленія о производствѣ дознанія въ тотъ окружный судъ, въ округѣ котораго дознаніе должно быть произведено, и просить этотъ послѣдній судъ поручить производство дознанія одному изъ членовъ его. Назначеніе времени дознанія въ этомъ случаѣ также должно быть предоставлено этому послѣднему суду. Если же случится, что по какимъ-либо обстоятельствамъ членъ, назначенный судомъ для производства дознанія, не въ состояніи будетъ, въ назначенное судомъ время, приступить къ производству дознанія, напр., по болѣзни, или вслѣдствіе увольненія въ отставку и проч., то судъ обязанъ будетъ, кажется, доложить дѣло вновь въ засѣданіи и постановить новое опредѣленіе по вопросу о назначеніи другого члена для производства дознанія. Въ заключеніе я не могу не остановиться еще на одномъ вопросѣ, возбуждаемомъ правиломъ 413 ст., вопросѣ о томъ: обязанъ ли судъ всегда и во всѣхъ случаяхъ производить дознаніе не иначе, какъ только черезъ члена суда, или же судъ въ правѣ, если найдетъ необходимымъ, произвести дознаніе цѣлымъ присутствіемъ суда? Дать отрицательный отвѣтъ на этотъ вопросъ, единственно на томъ основаніи, что правило 413 ст. предписываетъ отряжать для производства дознанія члена суда, мнѣ кажется, врядъ ли возможно, потому что ни въ правилѣ этой статьи, ни въ другихъ правилахъ устава о доказательствахъ нельзя найти никакого воспрещенія суду совершать тѣ дѣйствія цѣлымъ присутствіемъ, которыя законъ дозволяетъ совершать черезъ членовъ суда единолично; вслѣдствіе чего, мнѣ кажется, скорѣе слѣдуетъ признать, что судъ, если признаетъ безусловно необходимымъ произвести дознаніе цѣлымъ присутствіемъ суда, въ правѣ поступить такимъ образомъ, не поручая производства дознанія одному изъ членовъ. Слѣдующія статьи опредѣляютъ самый порядокъ производства дознанія членомъ суда.

Ст. 414. Тяжущіеся вызываются на мѣсто дознанія къ назначенному сроку.

Ст. 415. Извѣщенія о назначеніи дознанія отсылаются въ волостное или городское управленіе той волости или города, гдѣ находится спорное имѣніе.

Ст. 418. Неявка въ назначенный срокъ тяжущихся не останавливаетъ дознанія.

Время или день, съ котораго производство дознанія должно быть начато, тяжущимся и безъ особаго вызова должно быть извѣстно изъ опредѣленія суда о производствѣ дознанія, но, несмотря на это, правило 414 ст. требуетъ, чтобы тяжущимся былъ посланъ особый вызовъ съ увѣдомленіемъ о срокѣ, когда дознаніе на мѣстѣ имѣетъ быть начато. Не можетъ быть никакого сомнѣнія въ томъ, что вызовъ тяжущимся долженъ быть посылаемъ въ мѣсто, избранное ими для пребыванія въ томъ городѣ, въ которомъ находится судъ, куда повѣстки о вызовѣ должны быть посылаемы имъ одинаково, какъ въ тѣхъ случаяхъ, когда дознаніе должно подлежать производству въ округѣ этого же суда, такъ и другого, и посылаемы, притомъ, должны быть заблаговременно до выѣзда члена суда въ мѣсто производства дознанія. Явка тяжущихся на мѣсто къ дознанію предоставляется вполнѣ ихъ усмотрѣнію, что ясно видно изъ мотивовъ, помѣщенныхъ подъ 414 ст., а на осно-

ваніи правила 418 ст., неявка ихъ къ дознанію не останавливаетъ производства его, но, разумѣется, въ тѣхъ случаяхъ, когда онѣ были вызваны къ дознанію; по отношенію же тѣхъ случаевъ, когда бы онѣ не были вызваны къ дознанію, или же, когда бы членъ суда не имѣлъ увѣдомленія о врученіи имъ вызова, напротивъ, слѣдуетъ признать, что производство дознанія должно быть откладываемо и назначаемо опять на новый срокъ. Кромѣ вызова тяжущихся къ дознанію, правило второй изъ разбираемыхъ статей предписываетъ посылать извѣщеніе о производствѣ дознанія въ городское, каже тся, полицейское или волостное правленіе, по мѣсту нахожденія спорнаго имущества, о владѣніи которымъ имѣетъ быть произведено дознаніе. Извѣщеніе это должно быть посылаемо въ городское полицейское или волостное правленіе, по справедливому замѣчанію Волжина, заблаговременно до выѣзда члена суда въ мѣсто производства дознанія съ тою цѣлью, чтобы полицейское или волостное правленіе успѣли подготовить къ пріѣзду члена необходимыя свѣдѣнія о тѣхъ домохозяевахъ и старожилахъ, которые, затѣмъ, должны быть внесены въ списокъ окольныхъ людей (Журн. гражд. и угол. пр. 1886 г., кн. 5, стр. 31, замѣтки). Если это замѣчаніе правильно, то слѣдуетъ также признать, что въ извѣщеніи, посылаемомъ въ полицейское или волостное правленіе, прямо должно быть выражено предложеніе о подготовкѣ указанныхъ свѣдѣній къ пріѣзду члена суда. Въ слѣдующихъ статьяхъ указываются дальнѣйшія подготовительныя дѣйствія къ производству дознанія.

Ст. 416. Прибывъ на мѣсто до срока, Членъ суда составляетъ по свѣдѣніямъ, полученнымъ отъ мѣстнаго управленія, списокъ всѣхъ домохозяевъ и другихъ старожиловъ той мѣстности, могущихъ быть свидѣтелями о владѣніи въ спорномъ участкѣ.

Ст. 417. Въ сосокъ сей не помѣщаются:

1) тяжущіеся и люди, находящіеся у нихъ въ услуженіи;

2) родственники тяжущихся, въ прямой линіи безъ ограниченія степеней, а въ боковой—родственники первыхъ трехъ и свойственники первыхъ двухъ степеней;

3) находящіеся въ отлучкѣ и тѣ, коихъ по тяжкой болѣзни или по другимъ непреодолимымъ препятствіямъ невозможно призвать къ свидѣтельству.

Въ силу предписанія правила первой изъ этихъ статей, членъ суда, назначенный для производства дознанія, обязанъ до дня, назначеннаго судомъ для начатія дознанія, прибыть въ то мѣсто, гдѣ дознаніе имѣетъ быть произведено, и приступить къ составленію списка тѣхъ окольныхъ людей, которые должны быть допрошены при дознаніи. Матеріаломъ для составленія списка должны послужить тѣ свѣдѣнія, которыя членъ суда, по прибытіи на мѣсто дознанія, обязанъ истребовать отъ мѣстнаго управленія волостного или городского полицейскаго, смотря по тому, гдѣ дознаніе имѣетъ быть произведено—въ городѣ или деревнѣ. Что же собственно членъ суда, производящій дознаніе, обязанъ принимать во вниманіе при составленіи списка, или, другими словами, какихъ именно свидѣтелей онъ долженъ внести въ списокъ и какихъ исключить? Въ статьѣ 416 по этому поводу сказано только, что членъ суда составляетъ списокъ домохозяевъ и другихъ старожиловъ той мѣстности, могущихъ быть свидѣтелями о владѣніи въ спорномъ участкѣ. Первый вопросъ, возбуждаемый этимъ правиломъ, заключается въ томъ: домохозяева и старожилы какой именно мѣстности должны быть внесены въ списокъ? Правило 416 ст. въ этомъ отношеніи точныхъ указаній не содержитъ, но требуетъ, чтобы въ списокъ были вносимы только такія лица, которыя могутъ быть свидѣтелями о владѣніи въ спорномъ участкѣ, т. е. что въ списокъ должны быть вносимы только такія лица, относительно которыхъ возможно допустить предположеніе о томъ, что они могутъ имѣть свѣдѣнія о фактѣ владѣнія въ спорномъ участкѣ. Понятно, что знать о томъ, кто владѣлъ

или владѣетъ спорнымъ участкомъ, могутъ только тѣ лица, которыя или сами владѣютъ извѣстнымъ участкомъ, или, по крайней мѣрѣ, живутъ въ той самой мѣстности, въ которой находится спорный участокъ, или лучше сказать, только ближайшіе сосѣдя тяжущихся, какъ, напр., жители той же самой деревни, въ дачѣ которой состоитъ спорный участокъ. Поэтому, слѣдуетъ признать, что въ списокъ никакъ не должны быть вносимы всѣ домохозяева и старожилы всей волости, а тѣмъ болѣе всего города, но что, напротивъ, если дознаніе производится въ городѣ, то въ списокъ должны быть внесены, напр., жители того квартала, въ которомъ находится спорный участокъ, а если дознаніе производится въ деревнѣ, то жители только этой деревни, и то не всѣ, если деревня слишкомъ многолюдна, но ближайшіе сосѣди тяжущихся. Вносить въ списокъ только этихъ послѣднихъ лицъ тѣмъ болѣе необходимо еще и потому, чтобы списокъ не выходилъ слишкомъ длиннымъ, такъ какъ, внесеніе въ списокъ большого числа свидѣтелей можетъ повести къ тому, что по жребію будутъ вынуты имена такихъ лицъ, которыя о владѣніи въ спорномъ участкѣ ничего не знаютъ, вслѣдствіе чего, и самое дознаніе не достигнетъ никакой цѣли. Далѣе, при составленіи списка членъ суда обязанъ принимать возрастъ свидѣтелей, такъ какъ правило 416 ст. требуетъ, кромѣ внесенія въ списокъ домохозяевъ, включенія въ него также старожиловъ мѣстности. Внесеніе въ списокъ этихъ послѣднихъ лицъ въ особенности необходимо въ тѣхъ случаяхъ, когда дознаніе производится именно вслѣдствіе спора о продолжительности владѣнія, когда можетъ представиться необходимость выяснить возникновеніе владѣнія, начавшагося за долго до предъявленія иска, о чемъ могутъ имѣть свѣдѣнія только люди болѣе или менѣе пожилые. Для того, чтобы составить списокъ по возможности надлежащимъ образомъ, т.-е. такимъ образомъ, чтобы въ него попали дѣйствительно такія лица, которыя могутъ имѣть свѣдѣнія о владѣніи спорнымъ участкомъ, членъ суда долженъ требовать довольно разнообразныя свѣдѣнія отъ мѣстныхъ управленій, для чего, конечно, онъ можетъ не ограничиваться одними письменными сообщеніями этихъ послѣднихъ, но можетъ входить въ личныя объясненія съ лицами, завѣдывающими мѣстнымъ управленіемъ. Воспрещенія въ этомъ отношеніи въ законѣ, по крайней мѣрѣ, никакого не содержится, вслѣдствіе чего, и нельзя признать вполнѣ правильнымъ замѣчаніе Волжина о томъ, что членомъ суда списокъ долженъ быть составляемъ вполнѣ самостоятельно, по свѣдѣніямъ, сообщаемымъ имъ самимъ, а не только по списку, представленному волостнымъ, или полицейскимъ управленіемъ, который есть не болѣе, какъ только первоначальный матеріалъ для составленія списка членомъ,—матеріалъ, который членъ суда во многомъ можетъ и игнорировать (Журн. гражд. и угол. пр. 1886 г., кн. 5, стр. 35, замѣтки). Такъ, напр., въ виду правила 417 ст. членъ суда обязанъ потребовать свѣдѣнія о родственныхъ отношеніяхъ тяжущихся къ мѣстнымъ жителямъ, свѣдѣнія о лицахъ, состоящихъ въ услуженіи у тяжущихся, о лицахъ, находящихся въ отлучкѣ и проч.,—для того, чтобы не внести въ списокъ такихъ лицъ, которыя по закону не должны быть вносимы въ списокъ. Свѣдѣнія же эти члену суда заимствовать болѣе не отъ кого, какъ отъ мѣстныхъ управленій, такъ какъ списокъ этотъ составляется имъ первоначально безъ всякаго участія тяжущихся, и законъ даже ничего не говоритъ о томъ, чтобы при составленіи списка членъ суда обязанъ былъ принимать во вниманіе указанія тяжущагося, сдѣлавшаго поименную ссылку на окольныхъ людей. Хотя списокъ, составленный членомъ суда, и можетъ быть исправленъ впослѣдствіи по заявленію сторонъ, еслибы въ немъ оказались какія-либо неправильности, т.-е. еслибы оказалось, что въ него или не внесены нѣкоторыя лица, подлежавшія внесенію, или, напротивъ, внесены такія лица, которыя по закону не подлежатъ внесенію въ него; но, несмотря

на это, по возможности правильное составленіе списка членомъ суда вначалѣ представляется необходимымъ, въ виду того, что тяжущіеся могутъ иногда и не явиться къ дознанію и не указать на неправильности, вслѣдствіе чего, можетъ случиться, что въ качествѣ свидѣтелей будутъ допрошены такія лица, которыхъ самъ законъ желалъ устранить отъ свидѣтельства.

Въ 417 ст. указываются собственно тѣ лица, которыя, или вслѣдствіе тѣхъ или другихъ отношеній къ тяжущимся, или по другимъ причинамъ, не помѣщаются въ списокъ. Понятно, что исключеніемъ изъ списка или непомѣщеніемъ въ него лица эти устраняются отъ свидѣтельства, и, притомъ, устраняются самимъ судомъ, независимо отъ заявленія тяжущихся, потому что списокъ составляется членомъ суда безъ всякаго участія сторонъ. Изъ разсмотрѣнія же причинъ устраненія отъ свидѣтельства окольныхъ людей, нетрудно убѣдиться, что поводы къ устраненію, указанные въ 417 ст., болѣе многочисленны и основанія къ устраненію разнообразнѣе, чѣмъ основанія къ устраненію свидѣтелей, что даетъ поводъ заключить, что законъ, указаніемъ бо́льшаго числа поводовъ къ устраненію окольныхъ людей отъ свидѣтельства имѣлъ въ виду установить бо́льшія гарантіи безпристрастія этихъ послѣднихъ, что вполнѣ необходимо, такъ какъ, противная сторона очень легко можетъ и не знать тѣхъ отношеній, которыя существуютъ между тяжущимся и окольными людьми при непоименной ссылкѣ на нихъ. Въ виду этого обстоятельства необходимо было допустить большее вмѣшательство со стороны самаго суда, въ отношеніи уясненія поводовъ къ устраненію отъ свидѣтельства окольныхъ людей, чтобы исключеніемъ изъ списка такихъ лицъ, на полное безпристрастіе которыхъ нельзя положиться, достигнуть производства болѣе правильнаго дознанія. Установить болѣе многочисленные поводы къ устраненію отъ свидѣтельства окольныхъ людей представляется тѣмъ болѣе возможнымъ потому, что окольныхъ людей призывается къ свидѣтельству всегда довольно значительное число, между тѣмъ какъ свидѣтелей, очевидцевъ извѣстныхъ фактовъ, бываетъ нерѣдко одинъ или два, съ устраненіемъ которыхъ, напр., на томъ основаніи, что эти свидѣтели состоятъ въ услуженіи у тяжущагося, пришлось бы лишить тяжущагося вовсе возможности доказать спорные факты; устраненіемъ же этихъ самыхъ лицъ отъ свидѣтельства при дознаніи черезъ окольныхъ людей, очевидно, что тяжущіеся нисколько не будутъ лишены возможности доказать факты владѣнія спорнымъ участкомъ.

Что касается отдѣльныхъ поводовъ къ устраненію окольныхъ людей, то на основаніи 1-го пункта 417 ст. въ списокъ не должны быть помѣщаемы сами тяжущіеся и лица, находящіяся у нихъ въ услуженіи. Когда тяжущимися являются лица физическія полноправныя, то въ отношеніи опредѣленія того, какія именно лица, какъ тяжущіеся, не должны быть вносимы въ списокъ, не можетъ возникнуть никакихъ недоумѣній. Всѣ лица, являющіяся стороной въ процессѣ, должны быть устранены отъ свидѣтельства. Когда же тяжущимися являются лица неполноправныя, и въ особенности объявленныя несостоятельными, то можетъ легко возбудиться вопросъ о томъ: кто долженъ быть устраняемъ отъ свидѣтельства, какъ тяжущіеся? Нѣтъ сомнѣнія, что въ томъ случаѣ, когда стороной въ процессѣ являются малолѣтніе, то отъ допроса должны быть устранены какъ они сами, такъ и ихъ опекуны, которые въ процессуальномъ отношеніи тоже являются стороной въ процессѣ, какъ представители малолѣтнихъ. Когда же одной изъ сторонъ въ процессѣ является конкурсъ, дѣйствующій за несостоятельнаго, то въ списокъ не должны быть, кажется, вносимы не только самъ несостоятельный и члены конкурса, но и кредиторы несостоятельнаго, потому что конкурсъ есть представитель какъ несостоятельнаго, такъ и кредиторовъ его, въ завѣдываніе которыхъ при посредствѣ конкурса собственно и переходитъ все имущество

несостоятельнаго, такъ что кредиторы при посредствѣ конкурса также являются какъ бы стороной въ искахъ конкурса противъ посторонних лицъ. Когда же стороной въ процессѣ является лицо юридическое, положимъ—крестьянское общество, то въ списокъ окольныхъ людей, подлежащихъ допросу, не должны быть, кажется, вносимы всѣ члены этого общества, которые являются лицами, прямо заинтересованными въ тяжбѣ, хотя ихъ и нельзя признать, собственно говоря, лицами тяжущимися; но, конечно, странно было бы производить дознаніе черезъ такихъ окольныхъ людей, выгоды коихъ непосредственно зависятъ отъ рѣшенія дѣла въ пользу той или другой стороны. Въ такомъ случаѣ, за устраненіемъ отъ свидѣтельства членовъ крестьянскаго общества, въ списокъ окольныхъ людей, подлежащихъ допросу, должны быть внесены жители того ближайшаго села, которымъ можетъ быть извѣстно владѣніе спорнымъ участкомъ, если общество, ведущее тяжбу, составляетъ отдѣльное село. Къ лицамъ, состоящимъ въ услуженіи у тяжущихся, должны быть относимы всѣ тѣ, которые состоятъ на службѣ у тяжущихся по найму, и, притомъ, не должны быть вносимы въ списокъ лица, состоящія въ услуженіи у всѣхъ тяжущихся, какъ у истцовъ, такъ и у отвѣтчиковъ, независимо отъ того, по чьей просьбѣ производится дознаніе. Но съ другой стороны, мнѣ кажется, что къ категоріи этихъ лицъ не должны быть относимы, напр., временно-обязанные крестьяне, которыхъ нельзя признать лицами, состоящими на службѣ у тяжущихся по найму, и которые, слѣдовательно, могутъ быть внесены въ списокъ окольныхъ людей, подлежащихъ допросу.

На основаніи 2-го пункта 417 ст. не должны быть вносимы въ списокъ лица, состоящія въ извѣстныхъ родственныхъ отношеніяхъ съ тяжущимися, т.-е. съ обѣими сторонами процесса. Правило это не требуетъ особыхъ разъясненій въ виду уже сказаннаго мной по поводу этого основанія устраненія отъ свидѣтельства при разборѣ аналогическихъ постановленій, относящихся до показаній свидѣтелей. Соображенія, приведенныя мной тогда, должны имѣть примѣненіе и при обсужденіи вопроса объ устраненіи отъ свидѣтельства окольныхъ людей по этому основанію. Также точно не требуетъ особыхъ разъясненій и правило 3-го пункта этой статьи, въ силу котораго не вносятся въ списокъ такія лица, которыя по какимъ-либо препятствіямъ не могутъ явиться къ допросу, какъ, напр., лица, находящіяся во время производства дознанія въ отлучкѣ изъ той мѣстности, гдѣ производится дознаніе, или лица, которыхъ по болѣзни или по другимъ препятствіямъ нельзя призвать къ допросу. Оцѣнка обстоятельствъ, препятствующихъ призыву окольныхъ людей къ свидѣтельству, должна быть, конечно, предоставлена усмотрѣнію члена суда, производящаго дознаніе. Кромѣ того, говоря объ основаніяхъ устраненія окольныхъ людей отъ свидѣтельства, я не могу не замѣтить, что по смыслу правила 416 ст. необходимо заключить, что въ списокъ окольныхъ людей, подлежащихъ допросу, не должны быть вносимы, во-первыхъ, не только дѣти, но и вообще лица несовершеннолѣтія, такъ какъ, постановленіе этой статьи предписываетъ вносить въ списокъ только домохозяевъ и старожиловъ, къ числу которыхъ могутъ быть относимы, конечно, только люди зрѣлаго возврата; а во-вторыхъ, въ силу этого же предписанія необходимо признать, что въ списокъ не должны быть вносимы лица женскаго пола. По мнѣнію Гольмстена (Журн. гражд. и угол. пр. 1880 г., кн. 3, стр. 146) и Волжина (Журн. гражд. и угол. пр. 1886 г., кн. 5, стр. 42, замѣтки), лица женскаго пола, напротивъ, могутъ быть вносимы въ списокъ окольныхъ людей наравнѣ съ мущинами, съ каковымъ мнѣніемъ нельзя согласиться потому, что дознаніе черезъ окольныхъ людей есть видоизмѣненное доказательство повальнаго обыска, которому предшествовалъ послуживший ему образцомъ и источникомъ еще болѣе древній способъ доказательства черезъ сторожильцевъ, сосѣдей и знахарей, въ качествѣ каковыхъ къ до-

просу, какъ то видно изъ многихъ актовъ, указанныхъ Дювернуа, допускались только лица мужского пола (Источники права и судъ въ древней Россіи, стр. 399).

Изъ всего сказаннаго, такимъ образомъ, оказывается, что 416 ст., указывая, какія лица изъ мѣстныхъ жителей подлежатъ внесенію въ списокъ, опредѣляетъ со стороны положительной способность къ свидѣтельству лицъ, подлежащихъ допросу въ качествѣ окольныхъ людей, а правило 417 ст., указаніемъ случаевъ устраненія отъ свидѣтельства, хотя и съ отрицательной стороны, но одинаково служитъ къ болѣе точному опредѣленію той же способности—являться свидѣтелемъ при дознаніи черезъ окольныхъ людей, такъ что правила обѣихъ этихъ статей одинаково заключаютъ въ себѣ тѣ гарантіи, установленіемъ которыхъ законъ имѣлъ въ виду достигнуть, по возможности, полнаго и безпристрастнаго дознанія, какъ способа доказательства.

Слѣдующія статьи опредѣляютъ порядокъ предъявленія списка, составленнаго членомъ, тяжущимся и порядокъ окончательнаго утвержденія его, причемъ, какъ мы сейчасъ увидимъ, законъ предлагаетъ въ этомъ отношеніи не одинъ, а два способа.

Первый способъ, къ разсмотрѣнію котораго я сперва и обращусь, состоитъ въ томъ, что законъ предлагаетъ не только выборъ лицъ для допроса изъ списка, составленнаго членомъ, взаимному соглашенію сторонъ, но и предоставляетъ имъ даже право на указаніе лицъ, въ списокъ не включенныхъ.

Ст. 419. Въ назначенный день, Членъ суда въ присутствіи понятыхъ, отъ двухъ до пяти человѣкъ, и явившихся тяжущихся приступаетъ къ утвержденію списка слѣдующимъ порядкомъ.

Ст. 420. Членъ суда предлагаетъ явившимся сторонамъ, не пожелаютъ ли онѣ, избравъ изъ означеннаго списка старожиловъ, положиться на ихъ показанія.

Ст. 421. Общая ссылка можетъ быть сдѣлана и на другихъ мѣстныхъ жителей, кромѣ помѣщенныхъ въ спискѣ.

Ст. 422. При избраніи окольныхъ людей по общей ссылкѣ, тяжущіеся могутъ постановить, чтобы возникшій споръ о владѣніи былъ разрѣшенъ исключительно на основаніи показаній избранныхъ ими людей.

Ст. 423. Избраннымъ по общей ссылкѣ лицамъ составляется списокъ, который подписываютъ тяжущіеся.

Предлагаемый настоящими статьями порядокъ составленія и утвержденія того окончательнаго списка окольныхъ людей, въ который должны быть внесены только лица, подлежащія, затѣмъ, допросу, состоитъ въ томъ, что членъ суда, въ назначенный опредѣленіемъ суда день для начала производства дознанія, въ присутствіи понятыхъ, т.-е. постороннихъ, приглашенныхъ имъ людей, предъявляетъ составленный имъ первоначально списокъ на разсмотрѣніе явившимся къ дознанію тяжущимся, или, конечно, все равно ихъ повѣреннымъ. Послѣднее возможно, конечно, только въ случаѣ явки тяжущихся; въ случаѣ же неприбытія ихъ къ производству дознанія, членъ суда обязанъ просто прочитать составленный имъ списокъ въ присутствіи сторонніхъ людей и, затѣмъ, утвердить его. Въ 419 ст. ничего не говорится о томъ, чтобы неявка понятыхъ служила препятствіемъ къ утвержденію списка членомъ суда, который поэтому, какъ мнѣ кажется, можетъ быть утвержденъ и безъ нихъ, тѣмъ болѣе, что и самая цѣль приглашенія ихъ къ составленію списка, по замѣчанію Волжина (Журн. гражд. и угол. пр. 1886 г., кн. 5, стр. 33, замѣтки), представляется совершенно непонятной; только фактъ приглашенія ихъ для присутствія при утвержденіи списка долженъ быть надлежащимъ образомъ констатированъ. Если же всѣ тяжущіеся явились къ производству дознанія, то членъ суда предлагаетъ имъ, прежде всего, избрать по взаимному согласію изъ составленнаго имъ списка тѣхъ

людей, которые должны быть допрошены, причемъ, законъ предоставляетъ имъ право по взаимному соглашенію не только сдѣлать ссылку на такихъ лицъ изъ мѣстныхъ жителей, которыя въ первоначальный списокъ членомъ суда не внесены, но которыя по ссылкѣ ихъ должны быть допрошены, но предоставляетъ имъ право условиться о томъ, чтобы самый споръ о владѣніи былъ разрѣшенъ на основаніи показаній именно указанныхъ ими лицъ, которымъ и составляется особый списокъ, подписываемый сторонами. Соблюденіе сказаннаго, впрочемъ, кажется, возможно только въ томъ случаѣ, когда къ производству дознанія явятся всѣ участвующія въ дѣлѣ лица въ качествѣ стороны, и, притомъ, когда всѣ онѣ изъявятъ согласіе на составленіе списка указаннымъ порядкомъ; если же не явится хотя бы одинъ изъ тяжущихся, или одинъ изъ нихъ не изъявитъ на то своего согласія, то и составленіе списка указаннымъ порядкомъ состояться не можетъ, вслѣдствіе невозможности получить на то полное согласіе всѣхъ участвующихъ въ дѣлѣ лицъ и тогда членъ суда, производящій дознаніе, обязанъ обратиться къ другому порядку утвержденія списка, указанному въ слѣдующихъ статьяхъ.

Ст. 424. Въ случаѣ несогласія тяжущихся на общую ссылку, окольные люди избираются на основаніи нижеслѣдующихъ правилъ.

Ст. 425. Составленный и подписанный Членомъ суда списокъ старожиловъ предлагается къ разсмотрѣнію и подписи наличнымъ тяжущимся.

Ст. 426. Тяжущимся дозволяется указывать при подписи списка на неправильности, допущенныя по ихъ мнѣнію въ его составленіи, и просить объ исправленіи и дополненіи списка.

Ст. 427. Членъ суда, разрѣшая замѣчанія и просьбы тяжущихся, отмѣчаетъ о томъ на самомъ спискѣ и объявляетъ сторонамъ.

Ст. 428. Возраженія тяжущихся противъ сего постановленія не останавливаютъ дознанія.

Изъ правила 424 ст. съ очевидной ясностью вытекаетъ то послѣдствіе, что послѣдній порядокъ утвержденія списка установленъ только на случай невозможности составить списокъ по соглашенію сторонъ, изъ чего далѣе слѣдуетъ заключить, что членъ суда, въ случаѣ прибытія къ дознанію всѣхъ тяжущихся, обязанъ непремѣнно обратиться къ первому порядку и затѣмъ, при невозможности достигнуть соглашенія сторонъ, приступить къ утвержденію списка порядкомъ, въ разбираемыхъ статьяхъ указаннымъ, о соблюденіи чего и должно быть отмѣчено членомъ суда въ протоколѣ дознанія. Впрочемъ, и соблюденіе правилъ, указанныхъ въ разбираемыхъ статьяхъ, возможно также только при бытности при дознаніи хотя кого-либо изъ тяжущихся, которымъ, на основаніи 425 ст., списокъ и долженъ быть предъявленъ, также въ присутствіи понятыхъ, на основаніи 419 ст., и, затѣмъ, списокъ, по разсмотрѣніи его наличными тяжущимися, долженъ быть подписанъ. Правило 426 ст. предоставляетъ сторонамъ право, при разсмотрѣніи списка, указывать на неправильности составленія его, т.-е. предоставляетъ право просить или объ исключеніи изъ списка нѣкоторыхъ лицъ, или о внесеніи въ него другихъ лицъ. Замѣчанія тяжущихся въ этомъ отношеніи разрѣшаются, на основаніи 427 ст., членомъ суда, который, при обсужденіи просьбъ сторонъ объ исключеніи или о внесеніи въ списокъ кого-либо, долженъ принимать во вниманіе правила 416 и 417 ст., указывающія условія какъ внесенія, такъ и исключенія изъ списка тѣхъ или другихъ лицъ, и, по соображеніи этихъ правилъ, удовлетворять просьбы объ исправленіи списка, или оставлять безъ уваженія. Постановленіе свое членъ по этому предмету обязанъ отмѣтить на самомъ спискѣ и тутъ же объявить тяжущимся, которые, на основаніи 428 ст., въ правѣ противъ постановленія члена сдѣлать возраженія и просить, конечно, о внесеніи ихъ возраженій въ протоколъ дознанія, но возраженія не

останавливаютъ самое производство дознанія. Затѣмъ исправленный списокъ утверждается членомъ суда; порядокъ же составленія окончательнаго списка лицъ, подлежащихъ допросу, опредѣляется слѣдующими статьями.

Ст. 429. Изъ утвержденнаго на означенныхъ основаніяхъ списка избираются по жребію *двѣнадцать* человѣкъ, если же въ спискѣ состоитъ всего не болѣе *двѣнадцати*, то избирается изъ него по жребію *шесть* человѣкъ.

Ст. 430. Стороны имѣютъ право отводить избранныхъ по жребію людей по причинамъ, указаннымъ въ статьяхъ 371—373.

Ст. 431. Кромѣ того, каждой изъ сторонъ предоставляется отвести не болѣе двухъ окольныхъ людей безъ объясненія причинъ подозрѣнія.

Ст. 432. Отведенныя лица замѣняются другими, порядкомъ, указаннымъ въ статьѣ 429; причемъ въ окончательномъ спискѣ не должно оставаться менѣе *шести* лицъ.

Ст. 433. Послѣ избранія по жребію и послѣ отводовъ, если таковые были, имена окончательно избранныхъ свидѣтелей записываются въ протоколъ, съ означеніемъ въ немъ о всемъ происходившемъ.

Правила приведенныхъ статей по содержанію ихъ не могутъ, кажется, при примѣненіи ихъ на практикѣ возбудить какихъ-либо особенныхъ затрудненій. Замѣчу только, что членъ суда, имѣя въ виду правило 429 ст., опредѣляющее число окольныхъ людей, подлежащихъ допросу, и имѣя въ виду возможность предъявленія отводовъ, долженъ, при составленіи первоначальнаго списка, вносить въ него такое число лицъ, чтобы порядокъ, указанный закономъ въ отношеніи составленія окончательнаго списка, дѣйствительно могъ быть всегда соблюдаемъ, а для этого вносить въ первоначальный списокъ, по возможности, не менѣе двѣнадцати человѣкъ, какъ это справедливо замѣтилъ и Волжинъ (Журн. гражд. и угол. пр., 1886 г., кн. 5, стр. 34, замѣтки), хотя и, при этомъ, могутъ встрѣтиться случаи, при томъ довольно широкомъ правѣ отводовъ, которое законъ предоставляетъ тяжущимся, когда число неотведенныхъ окольныхъ людей можетъ оказаться менѣе шести. Правила приведенныхъ статей не указываютъ никакихъ средствъ къ выходу изъ подобнаго затрудненія, поэтому то для устраненія возможности такихъ случаевъ, членъ суда и обязанъ съ особенной тщательностью составлять списокъ первоначальный, отнюдь не включая въ него лицъ, указанныхъ въ 417 ст., опредѣляющей бо́льшей частью всѣ тѣ основанія къ исключенію изъ списка окольныхъ людей, которыя могутъ служить также и поводами къ отводамъ. Въ виду, съ одной стороны, того обстоятельства, что уставъ не указываетъ тѣхъ случаевъ, когда было бы обязательно допрашивать окольныхъ людей въ количествѣ двѣнадцати человѣкъ и когда въ количествѣ шести, а съ другой стороны, вслѣдствіе того, что составленіе того первоначальнаго списка, на основаніи котораго должны быть впослѣдствіи избираемы по жребію окольные люди въ отношеніи числа вносимыхъ въ него лицъ, предоставлено усмотрѣнію члена суда,—и нельзя не согласиться съ замѣчаніемъ Волжина о томъ, что и самое опредѣленіе числа тѣхъ лицъ, которыя впослѣдствіи должны быть допрошены въ качествѣ окольныхъ людей, также должно зависѣть и, притомъ, безъ всякаго отношенія къ важности дѣла, отъ усмотрѣнія члена суда, которымъ обязательно долженъ быть составляемъ списокъ окольныхъ людей только такимъ образомъ, чтобы впослѣдствіи возможно было избрать и допросить шесть человѣкъ (Журн. гражд. и угол. пр., 1886 г., кн. 5, стр. 34, замѣтки). Впрочемъ, по поводу допустимости допроса окольныхъ людей въ томъ или другомъ числѣ нельзя еще не замѣтить, что въ виду того обстоятельства, что правило 429 ст. установлено исключительно въ частномъ интересѣ сторонъ процесса, долженъ считаться допустимымъ допросъ окольныхъ людей по просьбѣ обѣихъ сторонъ процесса, какъ въ числѣ большемъ двѣнадцати человѣкъ, такъ и въ числѣ большемъ, или даже и

меньшемъ шести человѣкъ, напр., въ числѣ восьми, или четырехъ человѣкъ и въ виду чего, нельзя согласиться съ утвержденіемъ Волжина о томъ, что окольные люди обязательно должны быть допрашиваемы только или въ числѣ двѣнадцати, или въ числѣ шести человѣкъ (Журн. гражд. и угол. пр., 1886 г., кн. 5, стр. 42, замѣтки).

Что же касается основаній отводовъ окольныхъ людей, то законъ предоставляетъ сторонамъ въ этомъ отношеніи гораздо болѣе широкое право, чѣмъ по отношенію отводовъ свидѣтелей, такъ какъ уставъ даетъ сторонамъ право отводить окольныхъ людей не только по всѣмъ тѣмъ основаніямъ, которыя служатъ поводами къ устраненію и отводамъ свидѣтелей,но и предоставляетъ имъ право отводить по два человѣка безъ объясненія причинъ отвода. Право это, впрочемъ, какъ это можно заключить на основаніи буквальнаго смысла правила 431 ст., предоставляется не каждому тяжущемуся, а каждой сторонѣ, такъ что по два окольныхъ свидѣтеля могутъ отводить всѣ истцы или всѣ отвѣтчики вмѣстѣ. Отведенныя тяжущимися лица замѣняются также по жребію другими, и, затѣмъ, имена лицъ, окончательно подлежащихъ допросу, вносятся въ протоколъ дознанія, въ которомъ правило 433 ст. предписываетъ означать все происходившее при составленіи и утвержденіи списка. Слѣдовательно, въ протоколъ должны быть занесены и заявленія тяжущихся въ отношеніи отводовъ окольныхъ людей, которыя, безъ сомнѣнія, должны быть разрѣшаемы самимъ членомъ суда, производящимъ дознаніе, и резолюціи его о признаніи отводовъ правильными или объ отвергнутіи отводовъ, также должны быть отмѣчаемы въ протоколѣ. Всѣ дѣйствія по составленію и утвержденію списка окольныхъ людей, подлежащихъ допросу, должны быть совершены членомъ суда, кажется, за разъ въ день, назначенный опредѣленіемъ суда для начала производства дознанія, а окончательнымъ утвержденіемъ списка оканчиваются всѣ приготовительныя къ самому производству дознанія дѣйствія члена суда; поэтому, слѣдующія, затѣмъ, статьи опредѣляютъ порядокъ вызова и порядокъ допроса окольныхъ людей.

Ст. 434. Окольные люди вызываются, чрезъ мѣстное полицейское, волостное, или сельское начальство, ко времени, назначенному Членомъ суда.

Ст. 435. Въ случаѣ неявки кого-либо изъ окольныхъ людей или неотысканія его въ указанномъ мѣстѣ, допрашиваются явившіеся, до явки остальныхъ.

Ст. 436. Окольные люди допрашиваются подъ присягою, съ соблюденіемъ правилъ, установленныхъ для допроса свидѣтелей.

Назначеніе времени допроса окольныхъ людей правило 434 ст. предоставляетъ члену суда; что же касается мѣста допроса, то, конечно, таковой долженъ быть произведенъ не въ какомъ иномъ мѣстѣ, какъ только тамъ, гдѣ находится спорный земельный участокъ, куда, слѣдовательно, и должны быть вызваны къ допросу окольные люди, если, впрочемъ, при дознаніи представляется необходимымъ и самый осмотръ спорнаго участка съ цѣлью, напр., опредѣленія его границъ; по отношенію же тѣхъ случаевъ, когда осмотръ на мѣстѣ необходимымъ не представляется, возможно допустить, какъ это полагаетъ и Волжинъ (Журн. гражд. и угол. пр. 1886 г., кн. 5, стр. 47, замѣтки), производство допроса окольныхъ людей или въ зданіи окружнаго суда, если дознаніе должно быть произведено въ томъ городѣ, въ которомъ находится судъ, или въ полицейскомъ, или волостномъ правленіяхъ, или даже въ квартирѣ члена суда въ мѣстѣ производства дознанія. Самый вызовъ окольныхъ людей къ допросу долженъ быть производимъ членомъ суда черезъ полицію, или мѣстное волостное или сельское начальство, но, безъ сомнѣнія, не иначе, какъ обыкновеннымъ порядкомъ—посылкой имъ повѣстокъ о вызовѣ.

По смыслу правила 435 ст. можно заключить, что законъ не требуетъ,

чтобы допросъ окольныхъ людей былъ непремѣнно оконченъ въ одинъ разъ; такъ, правило этой статьи предписываетъ, въ случаѣ неявки къ допросу нѣкоторыхъ изъ окольныхъ людей, допрашивать остальныхъ явившихся свидѣтелей. Но какъ понимать выраженіе статьи — „до явки остальныхъ“ — обязанъ ли членъ суда, производящій дознаніе, ожидать, пока неявившіеся по вызову въ назначенный день окольные люди сами заблагоразсудятъ явиться къ допросу? Мнѣ кажется, что такой порядокъ врядъ ли возможенъ, и я думаю, что членъ суда не нарушитъ никакого закона, если распорядится вторичнымъ вызовомъ неявившихся свидѣтелей и пошлетъ имъ вновь повѣстки съ назначеніемъ дня на явку къ допросу, хотя и при такомъ порядкѣ неявка окольныхъ людей къ допросу вполнѣ возможна. Вообще по поводу вызова окольныхъ людей къ допросу я долженъ замѣтить, что нашъ уставъ не указываетъ никакихъ мѣръ, могущихъ служить гарантіей явки и не устанавливаетъ никакихъ взысканій за неявку. Нѣтъ сомнѣнія, что членъ суда не можетъ распорядиться о приводѣ къ допросу окольныхъ людей по тѣмъ же основаніямъ, по которымъ мѣра эта недопустима въ отношеніи уклоняющихся отъ явки свидѣтелей; не можетъ также подвергать уклоняющихся отъ допроса окольныхъ людей и какому-либо денежному взысканію, какъ это справедливо замѣтилъ и Гольмстенъ (Учеб. гражд. суд., стр. 180), потому что и этого права законъ ему не даетъ. Хотя въ 436 ст., и сказано, что допросъ окольныхъ людей производится по правиламъ, установленнымъ для допроса свидѣтелей, но изъ этого можно заключить только, что самый порядокъ допроса тѣхъ и другихъ долженъ быть одинаковъ; правила же, гарантирующія явку свидѣтелей на судъ, вовсе къ порядку допроса не относятся, изъ чего слѣдуетъ заключить, что мѣры взысканія, установленныя въ отношеніи свидѣтелей, не могутъ быть распространяемы, безъ особо выраженнаго въ законѣ предписанія, и примѣняемы относительно неявившихся по вызову окольныхъ людей. При отсутствіи, такимъ образомъ, въ уставѣ указанія на какія-либо мѣры, могущія служить гарантіей явки къ допросу окольныхъ людей, на практикѣ могутъ встрѣтиться такіе случаи, когда вызываемые къ допросу окольные люди, упорнымъ уклоненіемъ отъ явки къ допросу, что можетъ случиться иногда вслѣдствіе вліянія на нихъ противной стороны, могутъ поставить члена суда въ невозможность произвести дознаніе, а сторону, заинтересованную дознаніемъ, лишить, быть можетъ, единственнаго способа доказательства къ утвержденію ея правъ. Нельзя не признать, слѣдовательно, что нашъ уставъ въ этомъ отношеніи представляетъ довольно серьезный пробѣлъ, который въ настоящемъ случаѣ не можетъ быть восполненъ толкованіемъ, вслѣдствіе невозможности примѣнить по аналогіи такія правила закона, которыя устанавливаютъ карательныя мѣры; но, въ видахъ предупрежденія указанныхъ мной послѣдствій, желательно, чтобы допущенный въ настоящемъ случаѣ пробѣлъ былъ восполненъ установленнымъ порядкомъ дополненіемъ закона. При настоящемъ же порядкѣ вызова окольныхъ людей, мнѣ кажется, возможно только слѣдующее: явившихся по первому вызову членъ суда обязанъ допросить въ назначенный имъ день, неявившимся послать вновь повѣстки о вызовѣ съ назначеніемъ другого срока для допроса, и затѣмъ, въ случаѣ вторичной неявки кого-либо изъ окольныхъ людей къ допросу, замѣнить ихъ, если возможно, посредствомъ жребія, порядкомъ, указаннымъ въ 429 ст., другими, которыхъ и вызвать къ допросу; если же и эта мѣра не достигнетъ цѣли, т.-е. если и вновь назначенные къ допросу окольные люди не явятся, члену суда останется только, объяснивъ все происшедшее въ протоколѣ, прекратить свои дѣйствія и закончить, такимъ образомъ, производство дознанія, потому что, вслѣдствіе уклоненія окольныхъ людей отъ допроса, производство дознанія не можетъ продолжаться до безконечности, между тѣмъ, какъ никакихъ понудительныхъ мѣръ, чтобы

довести дознаніе до конца, членъ суда, при существованіи указаннаго пробѣла въ уставѣ, употребить не въ правѣ.

Относительно самаго порядка допроса окольныхъ людей членомъ суда, правило 436 ст. постановляетъ только, что окольные люди допрашиваются подъ присягой съ соблюденіемъ въ дальнѣйшемъ правилъ, установленныхъ для допроса свидѣтелей. Эти послѣднія правила были уже мной подробно разсмотрѣны выше, вслѣдствіе чего, я и ограничусь здѣсь краткимъ указаніемъ на наиболѣе существенныя черты порядка допроса и то собственно въ виду того, что правила, опредѣляющія порядокъ допроса свидѣтелей, при примѣненіи ихъ къ допросу окольныхъ людей, вслѣдствіе нѣкоторыхъ процессуальныхъ особенностей, относящихся собственно до этого послѣдняго способа доказательства, даютъ поводъ къ возбужденію нѣкоторыхъ вопросовъ, спеціально относящихся къ порядку допроса окольныхъ людей. Допросъ окольныхъ людей, согласно порядку, указанному относительно допроса свидѣтелей, долженъ начинаться съ того, что прежде привода ихъ къ присягѣ членъ суда долженъ имъ предложить вопросы, относящіеся къ опредѣленію ихъ личности и отношеній къ участвующимъ въ дѣлѣ лицамъ. При предложеніи этихъ вопросовъ можетъ выясниться, что нѣкоторые изъ окольныхъ людей, или по ихъ личнымъ качествамъ, или по ихъ отношеніямъ къ тяжущимся, должны быть устранены отъ допроса, или по основаніямъ, указаннымъ въ 417 ст., или по основаніямъ, указаннымъ въ 371 ст., относительно устраненія свидѣтелей, по которымъ, какъ мнѣ кажется, должны быть устраняемы отъ допроса и окольные люди, несмотря на то, что правила, относящіяся собственно до порядка производства дознанія, даютъ сторонамъ по этимъ основаніямъ только право отвода, потому что нельзя въ самомъ дѣлѣ предположить, чтобы возможно было допрашивать такихъ лицъ въ качествѣ окольныхъ людей, которые суть тѣ же свидѣтели извѣстныхъ фактовъ, которыхъ самъ законъ признаетъ неспособными къ свидѣтельству, такъ что, коль скоро одна изъ причинъ, указанныхъ въ приведенныхъ статьяхъ, къ устраненію отъ допроса обнаружится, членъ суда обязанъ будетъ тѣхъ окольныхъ людей, которые должны быть признаны неспособными къ свидѣтельству, отъ допроса устранить. Но что́ же членъ суда долженъ дѣлать далѣе? Мы видѣли, что къ допросу вызываются окольные люди по списку, окончательно утвержденному, который, за устраненіемъ отъ свидѣтельства нѣкоторыхъ изъ нихъ, окажется неполнымъ, между тѣмъ, какъ законъ требуетъ, чтобы въ качествѣ окольныхъ людей было спрошено извѣстное число лицъ, изъ чего необходимо заключить, что устраненныя отъ допроса лица должны быть замѣнены другими; но какимъ образомъ замѣнъ долженъ быть произведенъ—уставъ не опредѣляетъ. Мнѣ кажется, что замѣнъ можетъ быть сдѣланъ не иначе, какъ вынутіемъ вновь жребія, порядкомъ, указаннымъ въ 429 ст., и внесеніемъ въ окончательный списокъ указанныхъ жребіемъ лицъ, потому что другого средства замѣна въ этомъ случаѣ, болѣе согласнаго съ закономъ, и быть не можетъ. Подобные же случаи, конечно, на практикѣ возможны, въ особенности когда стороны не присутствуютъ при дознаніи и когда, слѣдовательно, членъ суда, безъ ихъ указаній, не въ состояніи будетъ узнать нѣкоторыя изъ основаній, могущихъ служить поводомъ къ устраненію отъ допроса. Далѣе, по приводѣ окольныхъ людей къ присягѣ, если стороны не освободятъ ихъ отъ принятія присяги, они должны быть удалены въ особую комнату и допрашиваемы порознь. Членъ суда, конечно, въ правѣ, если найдетъ необходимымъ, передопрашивать окольныхъ людей, а въ случаѣ разнорѣчія въ показаніяхъ—назначать имъ очныя ставки и проч. Затѣмъ, показанія ихъ должны быть записаны членомъ суда въ протоколъ, по окончаніи допроса имъ прочитаны и ими подписаны и проч. Протоколъ, или, лучше сказать, показанія окольныхъ людей, записанныя въ протоколѣ,

должны быть, конечно, прочитаны при докладѣ дѣла въ судебномъ засѣданіи. Но могутъ ли, какъ стороны, такъ и окольные люди, приносить суду жалобы на дѣйствія члена, производившаго дознаніе, на основаніи правила 389 ст.? Мнѣ кажется, что вопросъ этотъ долженъ быть разрѣшенъ, какъ это полагаетъ и сенатъ (рѣш. 1876 года, № 211), утвердительно, на томъ основаніи, что правило этой статьи, представляющее право сторонамъ и свидѣтелямъ приносить жалобы на дѣйствія члена суда, назначеннаго для допроса свидѣтелей, помѣщено въ ряду правилъ устава, относящихся непосредственно до порядка допроса свидѣтелей, которыя, въ силу постановленія 436 ст., должны быть соблюдаемы и при производствѣ допроса окольныхъ людей. Жалобы, конечно, должны быть подаваемы и разсматриваемы порядкомъ, въ 389 ст. указаннымъ. О правѣ окольныхъ людей на полученіе вознагражденія уставъ ничего не говоритъ, изъ чего слѣдуетъ, кажется, вывести скорѣе то заключеніе, что имъ на самомъ дѣлѣ право это принадлежать не можетъ, вслѣдствіе того, что въ качествѣ окольныхъ людей вызываются всегда люди мѣстные и на короткое время, въ виду чего, быть можетъ, при составленіи устава и не было признано необходимымъ предоставить имъ право на вознагражденіе, и въ виду чего, нельзя согласиться съ противоположнымъ этому положенію заключеніемъ Волжина о томъ, что и окольнымъ людямъ, примѣнительно къ правиламъ устава о вознагражденіи свидѣтелей, также должно быть назначаемо вознагражденіе (Журн. гражд. и угол. пр., 1886 г., кн. 5, стр. 35, замѣтки).

Перехожу къ разсмотрѣнію правила послѣдней статьи объ оцѣнкѣ показаній окольныхъ людей.

Ст. 437. Опредѣленіе достовѣрности и силы показаній окольныхъ людей предоставляется усмотрѣнію суда, за исключеніемъ случая, указаннаго въ статьѣ 422.

Правило настоящей статьи, также точно, какъ и правило 411 ст., относящееся до оцѣнки показаній свидѣтелей, предоставляетъ усмотрѣнію суда опредѣленіе достовѣрности и силы показаній окольныхъ людей. Дѣло только въ томъ, что уставъ предоставляетъ суду въ этомъ случаѣ еще болѣе широкое право, чѣмъ правило 411 ст., такъ какъ, онъ не указываетъ и на то единственное ограниченіе произволу суда въ отношеніи оцѣнки показаній окольныхъ людей, которое содержится въ постановленіи 411 ст. и которое заключается въ предписаніи суду приводить въ его рѣшеніи основанія, по которымъ показаніямъ однихъ свидѣтелей дано судомъ предпочтеніе передъ показаніями другихъ. Но, если судъ и не обязанъ, въ силу правила разбираемой статьи, приводить въ рѣшеніи подобныя основанія, но собственно для бо́льшей ясности и убѣдительности рѣшенія судъ поступитъ практичнѣе, если и безъ предписанія закона укажетъ основанія, по которымъ онъ, въ случаѣ разнорѣчія въ показаніяхъ окольныхъ людей, далъ предпочтеніе показаніямъ однихъ изъ нихъ противъ показаній другихъ. Впрочемъ, правило разбираемой статьи предоставляетъ свободному усмотрѣнію суда опредѣлять значеніе и силу показаній окольныхъ людей, за исключеніемъ случая, указаннаго въ 422 ст., т.-е. за исключеніемъ того случая, когда бы стороны по взаимному соглашенію постановили, что споръ о владѣніи долженъ быть разрѣшенъ исключительно на основаніи показаній избранныхъ ими людей. Исключеніе это иначе нельзя понимать, какъ въ томъ смыслѣ, что судъ въ настоящемъ случаѣ долженъ принять во вниманіе буквальное содержаніе показаній окольныхъ людей и на основаніи этихъ показаній признать фактъ владѣнія спорнымъ участкомъ доказаннымъ въ пользу той или другой стороны. Но, понятно, что судъ въ состояніи будетъ поступить такимъ образомъ только тогда, когда показанія окольныхъ людей, избранныхъ тяжущимися, во-первыхъ, вполнѣ ясны и опредѣлительны, такъ что споръ о владѣніи можетъ

быть разрѣшенъ безъ затрудненія, а во-вторыхъ, когда между ихъ показаніями нѣтъ никакого разнорѣчія, т.-е. когда показанія ихъ болѣе или менѣе тождественны между собою. Только при этихъ условіяхъ судъ можетъ разрѣшить споръ, не вдаваясь въ оцѣнку показаній окольныхъ людей. Напротивъ, при отсутствіи этихъ условій нельзя и представить себѣ, какимъ образомъ судъ въ состояніи выполнить буквально требованіе 437 ст. Очевидно, что при такихъ обстоятельствахъ, по самому положенію вещей, исключеніе, указанное въ разбираемой статьѣ, не можетъ имѣть примѣненія, и мнѣ кажется, что, если исключеніе и выражено въ видѣ безусловнаго предписанія, то только потому, что при составленіи устава случай, указанный выше, предусмотрѣнъ не былъ, и что составители уставовъ имѣли въ виду только тотъ случай, когда бы показанія окольныхъ людей, избранныхъ тяжущимися, дѣйствительно были не только вполнѣ ясны и опредѣлительны, но и не были бы противорѣчивы между собою. По мнѣнію Гольмстена, выраженному имъ въ его рецензіи на настоящій „Опытъ комментарія“, судъ въ подобныхъ случаяхъ обязанъ руководствоваться показаніями большинства окольныхъ людей, все равно абсолютнымъ, или относительнымъ, смотря по степени разнорѣчія между ихъ показаніями, и, затѣмъ, на основаніи показаній большинства разрѣшать и вопросъ о владѣніи (Журн. гражд. и угол. пр., 1880 г., кн. 3, стр. 147). Другого выхода изъ затрудненія, порождаемаго недостаточностью правила разбираемой статьи, кажется, и придумать нельзя. Предполагать же, какъ это дѣлаетъ Волжинъ, что показаніямъ окольныхъ людей и вообще во всѣхъ случаяхъ возможно присваивать доказательное значеніе только при условіи единогласія въ ихъ показаніяхъ (Журн. гражд. и угол. пр., 1886 г., кн. 5, стр. 42, замѣтки), представляется рѣшительно невозможнымъ, по неимѣнію для этого какихъ-либо основаній въ законѣ.

Разсмотрѣвши правила устава, опредѣляющія порядокъ производства дознанія черезъ окольныхъ людей по ихъ содержанію, я долженъ въ заключеніе указать, въ чемъ заключается санкція точнаго соблюденія ихъ, или указать послѣдствія нарушенія тѣхъ или другихъ правилъ. Уставъ и въ настоящемъ случаѣ, предлагая извѣстныя правила производства дознанія, по обыкновенію ни слова не говоритъ о послѣдствіяхъ нарушенія установленныхъ имъ правилъ. Трудъ указанія этихъ послѣдствій облегчается, впрочемъ, для меня въ значительной степени тѣмъ сходствомъ дознанія черезъ окольныхъ людей, какъ способа доказательства, какъ по самому существу его, такъ въ отношеніи процессуальномъ, съ показаніями свидѣтелей, что даетъ поводъ предполагать, что и послѣдствія нарушеній какъ правилъ устава, относящихся до этого послѣдняго способа доказательства, такъ и правилъ, относящихся до дознанія черезъ окольныхъ людей, также должны быть приблизительно одинаковы. Впрочемъ, я долженъ сказать, что возможность допущенія тѣхъ же послѣдствій нарушенія правилъ, относящихся до этого послѣдняго способа доказательства, которыя влекутъ за собой отступленія отъ правилъ, относящихся до показаній свидѣтелей, какъ мнѣ кажется, зависитъ отъ разрѣшенія въ томъ или другомъ смыслѣ одного вопроса, именно: допустимо ли вообще по самому существу правилъ, опредѣляющихъ порядокъ производства дознанія, какое-либо исправленіе упущеній, какъ конечная цѣль жалобы на допущенныя отступленія? При разсмотрѣніи правилъ устава о показаніяхъ свидѣтелей, мы видѣли уже, что конечной цѣлью жалобы на нарушенія тѣхъ или другихъ правилъ можетъ быть исправленіе упущеній, посредствомъ передопроса свидѣтелей, который вполнѣ допустимъ, на основаніи правила 403 ст. Статья эта помѣщена въ ряду правилъ, относящихся до порядка допроса свидѣтелей, который, въ силу правила 436 ст., долженъ быть соблюдаемъ и при производствѣ допроса окольныхъ людей,

изъ чего, мнѣ кажется, возможно заключить, что и передопросъ окольныхъ людей въ одинаковой мѣрѣ допустимъ, какъ и передопросъ свидѣтелей, а слѣдовательно, допустимо и исправленіе упущеній посредствомъ передопроса окольныхъ людей. При утвердительномъ разрѣшеніи поставленнаго вопроса, такимъ образомъ, оказывается, что какъ цѣль жалобы на нарушенія въ обоихъ случаяхъ одинакова—это исправленіе упущеній, такъ и средства исправленія упущеній одинаковы—это передопросъ свидѣтелей или окольныхъ людей; изъ чего, какъ мнѣ кажется, уже самъ собой слѣдуетъ дальнѣйшій выводъ, что и вообще послѣдствія, какъ нарушеній правилъ о допросѣ свидѣтелей, такъ и правилъ о производствѣ дознанія черезъ окольныхъ людей, также должны быть одинаковы, и, притомъ, что послѣдствія нарушеній тѣхъ и другихъ правилъ должны наступать при одинаковыхъ условіяхъ, которыя указаны мной при комментированіи правилъ о допросѣ свидѣтелей. Условія эти заключаются, во-первыхъ, въ томъ, чтобы допущенныя нарушенія оказывали существенное вліяніе на интересы жалующейся стороны, и, во-вторыхъ, чтобы нарушенія были своевременно и надлежащимъ образомъ констатированы протоколомъ. Мной указаны были также и тѣ послѣдствія, которыя имѣютъ наступить вслѣдствіе нарушеній тѣхъ или другихъ правилъ о порядкѣ допроса свидѣтелей, при соблюденіи указанныхъ условій. Такъ какъ, тѣ же самыя правила примѣняются и къ допросу окольныхъ людей, то и послѣдствія нарушенія въ этомъ случаѣ должны быть тѣ же самыя, и, потому, входить здѣсь въ дальнѣйшія подробности по этому предмету было бы излишне. Замѣчу только, что вслѣдствіе различія въ самомъ существѣ процессуальныхъ дѣйствій, относящихся до производства дознанія черезъ окольныхъ людей, которыя распадаются, собственно говоря, на два момента: а) составленіе и утвержденіе списка окольныхъ людей, подлежащихъ допросу, и б) самый допросъ, и дѣйствій, относящихся до допроса свидѣтелей, которыя всѣ относятся къ одному моменту—къ производству допроса, и способы исправленія упущеній, смотря по тому, къ какому моменту производства дознанія они относятся, также должны быть нѣсколько различны. Такъ, если нарушенія тѣхъ или другихъ правилъ были допущены при самомъ допросѣ окольныхъ людей, и, если вслѣдствіе жалобы на эти нарушенія, будетъ, потомъ, признано необходимымъ назначить новый допросъ окольныхъ людей, то для производства вторичнаго допроса не будетъ никакой необходимости совершать вновь всѣ дѣйствія, относящіяся къ первому моменту дознанія, которыя были совершены правильно, и мнѣ кажется, что въ такомъ случаѣ вновь допрошены должны быть тѣ же самые окольные люди и по тому же списку, который былъ составленъ прежде, такъ что въ этомъ случаѣ можно будетъ обойтись и безъ повторенія всѣхъ дѣйствій, относящихся къ порядку составленія и утвержденія списка окольныхъ людей, подлежащихъ допросу. Если же, напротивъ, тѣ упущенія, по жалобѣ на которыя будетъ признано необходимымъ произвести новое дознаніе черезъ окольныхъ людей, были допущены въ первомъ моментѣ производства, когда, слѣдовательно, самый порядокъ составленія и утвержденія списка окольныхъ людей, подлежащихъ допросу, былъ нарушенъ, тогда само собой разумѣется, что вторичное дознаніе должно быть произведено отъ начала, такъ что и дѣйствія, относящіяся ко второму моменту, по необходимости должны быть повторены.

Что же касается того, нарушенія какихъ именно правилъ, относящихся къ первому моменту дознанія черезъ окольныхъ людей, по жалобѣ стороны, должны влечь за собой признаніе разъ сдѣланнаго дознанія какъ бы недѣйствительнымъ и назначеніе, вслѣдствіе того, вторичнаго производства дознанія, то это должно зависѣть каждый разъ собственно отъ того обстоятельства, насколько допущенныя отступленія нарушаютъ интересы жалующейся сто-

роны. Такъ, напримѣръ, еслибы случилось, что членъ суда, производящій дознаніе, при повѣркѣ составленнаго имъ первоначально списка окольныхъ людей, несмотря на указанія, сдѣланныя стороной, по праву, предоставленному ей правиломъ 426 ст., на неправильности, допущенныя при составленіи списка, т.-е. еслибы, несмотря на просьбу ея о внесеніи въ списокъ такихъ старожиловъ изъ мѣстныхъ жителей, которые дѣйствительно могли бы быть свидѣтелями факта владѣнія спорнымъ участкомъ, или несмотря на просьбу ея объ исключеніи изъ списка такихъ лицъ изъ окольныхъ людей, которыя должны быть по закону устранены отъ допроса, и еслибы, затѣмъ, эти лица дѣйствительно были спрошены,—не исправилъ указанныя стороной неисправности и не исключилъ изъ списка послѣднихъ и не внесъ въ него первыхъ, и еслибы, притомъ, обстоятельство это имѣло существенное вліяніе на интересы жалующейся стороны, то мнѣ кажется, что дознаніе, произведенное съ такими нарушеніями, должно подлежать исправленію посредствомъ назначенія новаго дознанія. Конечно, есть и среди правилъ, опредѣляющихъ порядокъ составленія и утвержденія списка окольныхъ людей, подлежащихъ допросу, такія правила, которыя имѣютъ чисто внѣшнее обрядовое значеніе, несоблюденіе которыхъ, развѣ только въ очень рѣдкихъ случаяхъ, можетъ оказать хотя сколько-нибудь существенное вліяніе на интересы сторонъ, вслѣдствіе чего, и нарушенія этихъ правилъ, въ огромномъ большинствѣ случаевъ, и не могутъ влечь за собой никакихъ послѣдствій, какъ, напр., нарушенія правила о приглашеніи понятыхъ къ повѣркѣ списка, требованія о предложеніи сторонамъ сдѣлать общую ссылку на окольныхъ людей и проч. Вообще же судъ, при обсужденіи жалобы стороны на тѣ или другія нарушенія правилъ о порядкѣ производства дознанія, долженъ всегда принимать въ соображеніе, во-первыхъ, оказываютъ ли допущенныя нарушенія существенное вліяніе на интересы жалующейся стороны, и, во-вторыхъ, достаточно ли констатированы самыя условія, при которыхъ жалоба на нарушенія возможна.

Наконецъ, говоря о послѣдствіяхъ нарушеній правилъ устава о порядкѣ производства дознанія, я долженъ отмѣтить еще одну особенность въ отношеніи момента заявленія жалобы на нарушенія,—особенность, являющуюся послѣдствіемъ самаго процессуальнаго различія производства дознанія черезъ окольныхъ людей отъ порядка допроса свидѣтелей. Мы видѣли уже, что дознаніе черезъ окольныхъ людей всегда производится членомъ суда, на дѣйствія котораго могутъ быть, на основаніи 389 ст., приносимы жалобы суду, вслѣдствіе чего, я и полагаю, что и жалобы на нарушенія для того, чтобы и самыя послѣдствія нарушеній могли наступить, или для того, чтобы могло быть назначено вновь или все производство дознанія отъ начала, или передопросъ окольныхъ людей, должны быть принесены суду, въ округѣ котораго имѣло мѣсто производство дознанія, въ срокъ, въ 389 ст. указанный. Я полагаю, кромѣ того, что непринесеніе стороной жалобы, въ этотъ именно моментъ, должно считаться обстоятельствомъ, могущимъ дать поводъ предполагать, что сторона не считаетъ свои интересы нарушенными допущенными нарушеніями и, потому, отказывается отъ жалобы. Въ силу такого предположенія, совершенно естественно будетъ далѣе заключить, что коль скоро сторона въ указанный моментъ никакой жалобы на нарушенія не заявила, то въ дальнѣйшемъ производствѣ она не въ правѣ уже домогаться исправленія упущеній посредствомъ повторенія дознанія. Конечно, сторона не можетъ быть лишена этого права въ томъ случаѣ, еслибы жалоба на нарушенія, принесенная въ срокъ, была не уважена окружнымъ судомъ; также точно сторона не можетъ быть лишена права на принесеніе жалобы въ дальнѣйшемъ производствѣ на нарушенія судомъ правила 412 ст., еслибы самое производство дознанія было назначено неправильно, напр., если-

бы дознаніе было назначено въ доказательство не тѣхъ фактовъ, которые указаны въ этой статьѣ, или назначено безъ просьбы о томъ сторонъ и проч.

Въ заключеніе я считаю нелишнимъ сказать нѣсколько словъ о томъ, какое можетъ имѣть значеніе дознаніе черезъ окольныхъ людей, какъ способъ доказательства въ нашемъ гражданскомъ процессѣ. Изъ мотивовъ, помѣщенныхъ въ изданіи государственной канцеляріи, между прочимъ, видно, что составители уставовъ, видоизмѣняя существовавшій прежде повальный обыскъ въ дознаніе черезъ окольныхъ людей, считали необходимымъ сохранить у насъ этотъ способъ доказательства преимущественно въ виду крайней чрезполосности и разнопомѣстности поземельнаго владѣнія, въ виду или совершеннаго отсутствія во множествѣ случаевъ письменныхъ документовъ на владѣніе, или неполноты ихъ, отрывочности и неясности. Слѣдовательно, составители уставовъ имѣли такимъ образомъ въ виду допустить этотъ способъ доказательства какъ бы взамѣнъ и дополненіе письменныхъ актовъ на владѣніе при хаотическомъ состояніи у насъ еще и въ настоящее время поземельной собственности въ отношеніи укрѣпленія правъ. Но, понятно, что по мѣрѣ приведенія у насъ этой части въ бо́льшій порядокъ, и самое дознаніе черезъ окольныхъ людей, какъ способъ доказательства, долженъ терять свое значеніе и примѣняться все рѣже и рѣже, такъ что вообще за этимъ способомъ доказательства должно быть признано значеніе только временное, вслѣдствіе чего, и примѣненіе его въ нашемъ гражданскомъ процессѣ силой самыхъ вещей, хотя быть можетъ и не скоро, но должно быть вытѣснено. Впрочемъ, и въ настоящее время, насколько мнѣ извѣстно, въ дѣлахъ исковыхъ этотъ способъ доказательства примѣняется на практикѣ довольно рѣдко, а еще рѣже въ случаяхъ примѣненія его достигаетъ предполагаемой тяжущимися цѣли, т.-е. уясненія, насколько возможно, спорныхъ фактовъ владѣнія. Правда, нѣсколько чаще въ настоящее время стали прибѣгать къ дознанію черезъ окольныхъ людей въ дѣлахъ охранительныхъ со времени распубликованія указа сената по дѣлу Молошниковой, въ которомъ указанъ порядокъ ввода во владѣніе по давности, для доказательства пріобрѣтенія права собственности. Подтвержденіемъ тому, что этотъ способъ доказательства въ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ онъ допускается у насъ, долженъ имѣть значеніе временное, можетъ служить примѣръ законодательствъ иностранныхъ, изъ которыхъ если нѣкоторыя и допускаютъ его, то никакъ не въ доказательство владѣнія, которое при достаточной опредѣлительности поземельной собственности и не нуждается, собственно говоря, для охраненія его въ этомъ способѣ доказательства. Но есть одинъ случай, въ которомъ, какъ мнѣ кажется, справедливо замѣчаетъ Бонье, дознаніе черезъ окольныхъ людей и именно въ смыслѣ доказательства посредствомъ commune renommée, можетъ имѣть и постоянное значеніе и можетъ даже служить весьма полезнымъ средствомъ къ открытію истины—это въ искахъ о состояніи, какъ доказательство владѣнія состояніемъ (Traité des preuves, изд. 4, т. I, стр. 316). Но, на основаніи правилъ нашего устава, этотъ способъ доказательства не можетъ быть допущенъ въ нашемъ гражданскомъ процессѣ въ указанномъ случаѣ, изъ чего оказывается, что именно въ томъ случаѣ, когда этотъ способъ доказательства былъ бы наиболѣе полезенъ, онъ, однако же, долженъ остаться у насъ безъ всякаго примѣненія.

§ 4. Письменныя доказательства.

Правила, относящіяся до настоящаго способа доказательства, сами составители уставовъ сочли необходимымъ раздѣлить на двѣ категоріи. Къ первой категоріи они отнесли правила о порядкѣ представленія и истребованія письменныхъ доказательствъ и справокъ, а ко второй—постановленія,

опредѣляющія значеніе и силу различнаго рода актовъ, какъ письменныхъ доказательствъ. Такое раздѣленіе правилъ устава о письменныхъ доказательствахъ нельзя не признать вполнѣ разумнымъ, какъ основанное на дѣйствительномъ различіи въ самомъ существѣ тѣхъ и другихъ правилъ и различіи цѣли, съ которой установлены правила той и другой категоріи. Но, затѣмъ, хотя составители уставовъ, какъ видно изъ мотивовъ, помѣщенныхъ въ изданіи государственной канцеляріи (изд. 2, т. 1, стр. 233), и утверждаютъ, что въ уставъ судопроизводства внесены только правила, исключительно относящіяся къ процессу, но не къ праву, но, по разсмотрѣніи правилъ устава о письменныхъ доказательствахъ, нетрудно убѣдиться, что исключительное судопроизводственное значеніе имѣютъ только правила первой категоріи о порядкѣ представленія и истребованія письменныхъ доказательствъ и справокъ. Что же касается правилъ второй категоріи, то, какъ мы увидимъ нѣсколько ниже, правила эти имѣютъ не только весьма тѣсную связь съ постановленіями права матеріальнаго о формѣ актовъ, но и не могутъ быть даже надлежащимъ образомъ поняты, какъ только будучи интерпретированы именно въ связи съ постановленіями права матеріальнаго. Правила этой послѣдней категоріи, безъ сомнѣнія, имѣютъ гораздо большее какъ правовое, такъ и процессуальное значеніе, но въ видахъ практическихъ удобствъ я, слѣдуя порядку изложенія, принятому уставомъ, разсмотрю сперва правила первой категоріи, изъ которой должна быть перемѣщена во вторую категорію только первая 438 ст., какъ не имѣющая по содержанію ея никакого отношенія собственно къ порядку представленія и истребованія письменныхъ доказательствъ, и начну съ разсмотрѣнія слѣдующихъ затѣмъ статей.

Ст. 439. Каждый изъ тяжущихся имѣетъ право требовать отъ противной стороны представленія въ канцелярію суда, для личнаго обозрѣнія, тѣхъ документовъ, на коихъ она основываетъ свои права.

Ст. 440. Тяжущійся можетъ требовать представленія противною стороною документа, на который есть ссылка въ документѣ, ею представленномъ, и который относится къ спорнымъ обстоятельствамъ дѣла.

Ст. 441. Тяжущійся можетъ требовать представленія документа въ подлинникѣ, развѣ бы доказано было, что подлинный актъ истребленъ, или что полученіе его рѣшительно невозможно.

Выше, при разсмотрѣніи правилъ 263 и 264 ст., опредѣляющихъ порядокъ представленія приложеній, слѣдуемыхъ при исковомъ прошеніи, мы видѣли уже, что истецъ не обязанъ непремѣнно при самой подачѣ искового прошенія представлять въ подлинникѣ тѣ документы, которые должны служить доказательствомъ его исковыхъ требованій. Мы видѣли также, говоря о порядкѣ представленія состязательныхъ бумагъ, что и противная сторона—отвѣтчикъ, въ силу правилъ этихъ же статей, не обязанъ непремѣнно при самой подачѣ отвѣта представлять въ подлинникѣ тѣ документы, которые должны служить доказательствомъ его возраженій, но что какъ та, такъ и другая сторона могутъ ограничиться или представленіемъ копій документовъ и, притомъ, копій даже не засвидѣтельствованныхъ, или ограничиться только изложеніемъ сущности содержанія документовъ въ исковомъ прошеніи или отвѣтѣ. Въ такомъ дозволеніи закона представлять вмѣсто подлинныхъ документовъ копіи ихъ, или указывать даже только на ихъ содержаніе, слѣдуетъ видѣть не болѣе, какъ извѣстную льготу, даваемую тяжущимся, — льготу, которая оправдывается собственно тѣмъ, что въ представленіи подлинныхъ документовъ, или въ самомъ началѣ процесса in limine litis, или въ моментъ предварительной подготовки его, дѣйствительно еще никакой необходимости и не представляется. Въ дальнѣйшемъ движеніи процесса представленіе подлинныхъ документовъ, какъ доказательства, въ большинствѣ

случаевъ, безъ сомнѣнія, должно быть признано необходимымъ, и, поэтому, на случай, еслибы сторона сама не озаботилась своевременнымъ представленіемъ относящихся къ дѣлу подлинныхъ документовъ, правило 439 ст. и предоставляетъ противной сторонѣ право потребовать отъ другой стороны представленія въ канцелярію суда необходимыхъ документовъ, для личнаго обозрѣнія ихъ. По буквальному смыслу текста 439 ст. необходимо заключить, что статьей этой предоставляется каждой изъ сторонъ процесса право требовать отъ стороны противной представленія въ канцелярію суда только тѣхъ документовъ, на которыхъ она основываетъ свои права, т.-е. на которыхъ основываетъ или свои исковыя требованія, или свои возраженія, именно та сторона, къ которой обращено требованіе о представленіи документовъ. Текстъ статьи: „каждый изъ тяжущихся имѣетъ право требовать отъ противной стороны представленія тѣхъ документовъ, на коихъ она основываетъ свои права", не оставляетъ, кажется, въ отношеніи правильности высказаннаго мной положенія, никакого сомнѣнія. Стоитъ только обратить вниманіе на согласованіе словъ—„противной стороны" и „основываетъ свои права", чтобы убѣдиться въ этомъ.

Содержаніе правила слѣдующей 440 ст. представляетъ, какъ мнѣ кажется, не болѣе какъ только развитіе постановленія статьи предъидущей, такъ что если только комментировать правило этой статьи именно въ связи съ постановленіемъ 439 ст., то, мнѣ кажется, нельзя не придти къ тому заключенію, что оно никакихъ новыхъ правъ тяжущимся, въ отношеніи другъ къ другу по предмету требованій ихъ о представленіи документовъ, не представляетъ. Оно только предусматриваетъ одинъ частный случай, когда бы оказалось, что въ документѣ, тяжущимся уже въ судъ представленномъ, сдѣлана ссылка на другой документъ, и предоставляетъ въ этомъ случаѣ право сторонѣ противной требовать представленія въ судъ и этого послѣдняго документа, на который сдѣлана ссылка въ другомъ документѣ, находящемся уже при дѣлѣ. Но я полагаю, что и въ этомъ случаѣ правило разбираемой статьи предоставляетъ сторонѣ право требовать отъ стороны противной представленія только тѣхъ документовъ, на которыхъ именно эта послѣдняя сторона основываетъ свои права, но не документовъ, могущихъ служить къ утвержденію правъ самой требующей стороны, о каковомъ правѣ рѣчь идетъ въ одной изъ слѣдующихъ статей. Выраженіе статьи: „и который (т.-е. документъ) относится къ спорнымъ обстоятельствамъ дѣла", нисколько, по моему мнѣнію, не противорѣчитъ высказанному сейчасъ положенію, хотя на первый взглядъ и можетъ показаться, что въ разбираемой статьѣ рѣчь идетъ, какъ это полагаетъ Гольмстенъ въ его рецензіи на настоящій „Опытъ комментарія" (Журн. гражд. и угол. пр. 1880 г., кн. 3, стр. 149), вообще о представленіи документовъ безъ различія того, къ утвержденію правъ которой изъ сторонъ процесса документъ относится — стороны ли, требующей представленія документа, или стороны противной, къ которой обращено требованіе, если только требуемый документъ относится къ спорнымъ обстоятельствамъ дѣла. Если обратить далѣе вниманіе на послѣднее выраженіе 439 ст.: „на коихъ она основываетъ свои права", и сопоставить это выраженіе съ послѣдними словами 440 ст.: „и который (т.-е. документъ) относится къ спорнымъ обстоятельствамъ дѣла", то такой выводъ можетъ показаться тѣмъ болѣе возможнымъ. Но, несмотря на это, я не могу однако же допустить, чтобы правило 440 ст. предоставляло сторонамъ какое-либо новое право относительно требованія документовъ, во-первыхъ, потому, что о правѣ требовать представленія отъ противной стороны документовъ, могущихъ служить къ утвержденію правъ самой требующей стороны, говорится, какъ я уже сказалъ, въ одной изъ слѣдующихъ статей; а во-вторыхъ, еще и потому, что самое выраженіе 440 ст.: „и который относится къ спорнымъ обстоятель-

ствамъ, дѣла", никакъ не слѣдуетъ понимать въ томъ смыслѣ, что статьей этой сторонѣ предоставляется право требовать отъ противной стороны представленія въ судъ всякаго документа, даже еслибы требуемый документъ относился къ утвержденію правъ самой требующей стороны; напротивъ, выраженіе это, мнѣ кажется, включено въ текстъ статьи только съ тою цѣлью, чтобы указать, что сторона имѣетъ право требовать отъ стороны противной представленія документа, на который сдѣлана ссылка въ документѣ, уже этой стороною представленномъ, лишь только въ томъ случаѣ, когда требуемый документъ имѣетъ отношеніе къ спорнымъ обстоятельствамъ дѣла, или чтобы указать, что сторона не въ правѣ обращаться съ требованіемъ о представленіи такого документа, на который хотя и есть ссылка въ документѣ представленномъ, но который, однако же, никакого отношенія къ данному дѣлу не имѣетъ.

Наконецъ, правило 441 ст. предоставляетъ тяжущимся право требовать, разумѣется отъ стороны противной, хотя объ этомъ и не упоминается въ текстѣ статьи, предъявленія документа въ подлинникѣ. Ничего также не говорится въ статьѣ о томъ, предъявленія какихъ именно документовъ въ подлинникѣ одна сторона въ правѣ требовать отъ другой, не говорится — въ правѣ ли сторона требовать только предъявленія тѣхъ документовъ, о которыхъ упоминается въ статьяхъ предъидущихъ, или же она въ правѣ требовать отъ противной стороны предъявленія документовъ, могущихъ служить доказательствомъ ея собственныхъ правъ въ процессѣ. Но, если правило разбираемой статьи толковать въ связи съ постановленіями статей предъидущихъ, а иного толкованія, по мѣсту, занимаемому ею и по незаконченности содержанія самаго текста ея, и допустить нельзя, то недоразумѣніе это легко устраняется само собой установленіемъ того положенія, что и въ ней рѣчь идетъ о правѣ стороны требовать предъявленія въ подлинникѣ только такихъ документовъ, которые должны служить доказательствомъ правъ стороны, къ которой обращено требованіе о предъявленіи документа. Далѣе, изъ сопоставленія требованія правила этой статьи о томъ, что тяжущіеся имѣютъ право требовать представленія документовъ въ подлинникѣ съ сдѣланнымъ въ немъ указаніемъ тѣхъ случаевъ исключеній, когда, при наличности извѣстныхъ извиняющихъ обстоятельствъ, подлинные акты представлены быть не могутъ, нельзя не вывести то заключеніе, что стороны, при отсутствіи извиняющихъ обстоятельствъ, должны быть признаны вообще обязанными предъявлять документы по требованію противной стороны въ подлинникѣ. Что касается самихъ извиняющихъ обстоятельствъ, освобождающихъ сторону отъ представленія подлинныхъ документовъ, то въ 441 ст. указывается собственно два такихъ обстоятельства: а) когда подлинный актъ истребленъ и б) когда полученіе его рѣшительно невозможно. Но для того, чтобы эти обстоятельства могли служить извиненіемъ непредставленія требуемыхъ документовъ, правило 441 ст. требуетъ, чтобы существованіе ихъ было доказано. Неясность правила статьи въ этомъ отношеніи заключается только въ томъ, что въ ней не говорится, кто изъ сторонъ обязанъ доказать существованіе извиняющихъ обстоятельствъ; но, если принять во вниманіе общее правило о распредѣленіи между сторонами обязанности доказывать тѣ или другіе факты спора, въ силу котораго каждая изъ сторонъ обязана доказать фактическія данныя, составляющія основаніе ея заявленій, то и въ настоящемъ случаѣ необходимо признать, что существованіе извиняющихъ обстоятельствъ обязана доказать та сторона, которая въ оправданіе невозможности представить требуемые документы ссылается на извиняющее обстоятельство, или та сторона, къ которой обращено требованіе о представленіи документа. Законъ, выраженный въ разбираемой статьѣ, не требуетъ, впрочемъ, для освобожденія стороны отъ обязанности предъявить требуемый

документъ, совмѣстнаго существованія и доказанности обоихъ извиняющихъ обстоятельствъ; достаточно доказать существованіе одного изъ нихъ, чтобы освободиться отъ обязанности предъявленія подлиннаго документа. Но, съ другой стороны, нельзя также не признать, что никакія другія обстоятельства, въ 441 ст. не указанныя, не могутъ служить оправданіемъ непредъявленія требуемаго документа, такъ какъ случаи, приведенные въ этой статьѣ, указаны въ видѣ исключенія, вслѣдствіе чего, и постановленію 441 ст. въ этомъ отношеніи не можетъ быть даваемо распространительное толкованіе. Обстоятельство это, впрочемъ, не можетъ особенно стѣснять судъ при сужденіи о степени уважительности приводимыхъ стороной въ оправданіе свое извиняющихъ обстоятельствъ, такъ какъ, опредѣленіе существа этихъ обстоятельствъ, въ томъ видѣ, какъ оно выражено въ текстѣ статьи, настолько широко очерчиваетъ признаки извиняющихъ обстоятельствъ, что множество весьма разнородныхъ случаевъ можетъ быть подведено подъ опредѣленіе статьи. Въ особенности многообъемляющимъ въ этомъ отношеніи представляется второй случай, когда сторона освобождается отъ обязанности предъявленія документа, если докажетъ, что полученіе его рѣшительно невозможно. Въ слѣдующихъ статьяхъ указываются какъ обязанности сторонъ по предмету представленія документовъ, такъ равно порядокъ истребованія документовъ и послѣдствія отказа отъ ихъ представленія.

Ст. 442. Каждая сторона обязана, по требованію своего противника, представлять находящіеся у нея документы, служащіе къ подтвержденію спорныхъ обстоятельствъ дѣла.

Ст. 443. Сторона, требующая отъ своего противника представленія документа, должна:

1) обстоятельно означить требуемый документъ, и

2) указать основанія, по коимъ она предполагаетъ, что документъ находится у ея противника.

Ст. 444. Въ случаѣ отказа стороны отъ представленія требуемаго документа, когда она не отрицаетъ того, что онъ у нея находится, судъ можетъ признать доказанными тѣ обстоятельства, въ подтвержденіе коихъ была сдѣлана ссылка на документъ.

На первый взглядъ можетъ показаться, что правило первой изъ цитированныхъ статей, въ силу котораго каждая сторона обязана, по требованію своего противника, представлять находящіеся у нея документы, взятое отдѣльно въ только-что приведенномъ выраженіи, безъ связи съ послѣдующимъ содержаніемъ его, ничего болѣе не заключаетъ въ себѣ, какъ только указаніе на обязанность тяжущихся, соотвѣтствующую праву, предоставленному имъ статьями предъидущими. Но показаться это можетъ только на первый взглядъ; напротивъ, при болѣе внимательномъ разсмотрѣніи его во всей цѣлости содержанія, и въ особенности, если обратить вниманіе на заключительное выраженіе статьи: „служащіе (документы) къ подтвержденію спорныхъ обстоятельствъ дѣла“, то нетрудно будетъ убѣдиться въ томъ, что если въ ней и указывается обязанность тяжущихся, соотвѣтствующая праву ихъ требовать другъ отъ друга представленія тѣхъ или другихъ документовъ, но что обязанность эта во всякомъ случаѣ шире тѣхъ правъ, которыя предоставлены тяжущимся статьями предъидущими. Именно, при разсмотрѣніи статей предъидущихъ мы видѣли, что ими предоставляется сторонамъ право требовать другъ отъ друга только представленія документовъ, относящихся къ утвержденію правъ той изъ сторонъ, къ которой обращено требованіе; въ разбираемой же статьѣ уже говорится вообще объ обязанности тяжущихся представлять находящіеся у нихъ документы, безъ различія того, къ утвержденію правъ которой изъ сторонъ требуемые документы имѣютъ отношеніе, лишь бы только требуемые документы могли служить подтвержденіемъ спорныхъ обстоятельствъ дѣла. Выраженіе это, какъ мнѣ кажется, съ достаточной ясностью указываетъ на то, что каждая сторона обязана, по

требованію противника, представлять находящіеся у нея документы, даже и въ томъ случаѣ, когда документы эти должны служить доказательствомъ правъ стороны противной, а эта-то именно обязанность и не соотвѣтствуетъ правамъ, предоставленнымъ тяжущимся статьями предъидущими. Изъ сказаннаго, такимъ образомъ, оказывается, что 442 статьею установлена совершенно новая обязанность тяжущихся по предмету представленія документовъ. Само собой, конечно, разумѣется, что обязанность эта должна служить и указаніемъ на соотвѣтствующее право тяжущихся, право требовать представленія отъ противной стороны документовъ, могущихъ служить доказательствомъ спорныхъ правъ самой требующей стороны, хотя объ этомъ правѣ тяжущихся прямо и не говорится ни въ одной статьѣ устава. Но, что право это дѣйствительно нашимъ уставомъ предоставлено тяжущимся, то вполнѣ убѣдиться въ этомъ можно изъ разсмотрѣнія правила 444 ст.

Постановленіе этой послѣдней статьи, по мысли составителей уставовъ, должно служить санкціей точнаго исполненія тяжущимися возложенной на нихъ закономъ обязанности по предмету предъявленія въ судъ находящихся у нихъ документовъ, по взаимнымъ ихъ требованіямъ, потому что въ статьѣ этой указываются послѣдствія отказа кого-либо изъ нихъ исполнить эту обязанность. Въ чемъ заключаются самыя послѣдствія отказа? Разбираемая статья даетъ намъ на этотъ вопросъ такой отвѣтъ: „въ случаѣ отказа стороны отъ представленія требуемаго документа, судъ можетъ признать доказанными тѣ обстоятельства, въ подтвержденіе коихъ была сдѣлана ссылка на документъ“. Отказъ отъ исполненія какой же именно обязанности можетъ влечь за собой подобное послѣдствіе,—отказъ ли только отъ исполненія обязанности, указанной въ 442 ст., или же и отказъ отъ исполненія обязанности, возлагаемой на тяжущихся статьями предъидущими? Странно было бы предполагать, что послѣдствіе, указанное въ 444 ст., можетъ наступить какъ бы въ возмездіе за отказъ тяжущагося отъ представленія документа, могущаго служить къ утвержденію его собственныхъ правъ. Какимъ образомъ, въ самомъ дѣлѣ, возможно предположить, чтобы законъ могъ допустить, чтобы были признаваемы доказанными такія обстоятельства, отъ доказательства которыхъ, непредставленіемъ необходимыхъ документовъ, уклоняется самъ тяжущійся. Еслибы признать, что постановленіе 444 ст. должно служить санкціей не только правилу 442 ст., но и правиламъ статей предъидущихъ, то, вмѣстѣ съ тѣмъ, пришлось бы допустить, что для тяжущагося будетъ именно самое выгодное положеніе въ томъ случаѣ, когда онъ не исполняетъ своей обязанности, не предъявляетъ требуемыхъ отъ него документовъ, долженствующихъ служить доказательствомъ его требованій, потому что при такихъ обстоятельствахъ онъ, въ силу 444 ст., скорѣе всего могъ бы разсчитывать на выигрышъ дѣла. Остается, слѣдовательно, признать, что статья эта должна служить санкціей только правилу 442 ст. Самое послѣдствіе отказа стороны представить требуемый противной стороной документъ, указанное въ разбираемой статьѣ, настолько серьезно само по себѣ, что, будучи строго примѣняемо, могло бы служить достаточной гарантіей точнаго исполненія тяжущимися обязанности, возложенной на нихъ правиломъ 442 ст. Въ самомъ дѣлѣ, для огражденія правъ тяжущихся на документы, находящіеся у противной стороны и могущіе вмѣстѣ съ тѣмъ служить доказательствомъ того правоотношенія, изъ котораго спорное право возникло, было бы совершенно достаточно, еслибы судъ, въ случаѣ отказа представить требуемый документъ, признавалъ доказанными тѣ обстоятельства, которыя могутъ быть констатированы тѣмъ документомъ. Но, въ дѣйствительности, та прибавка въ текстѣ 444 ст., о которой я до сихъ поръ еще не упоминалъ и которая состоитъ въ словахъ: „когда она (т.-е. противная сторона) *не отрицаетъ* того, что онъ (т.-е. требуемый документъ) у нея находится“, обра-

щаетъ санкцію, установленную этой статьей, почти въ ничто и дѣлаетъ почти невозможнымъ наступленіе только-что указанныхъ послѣдствій отказа отъ представленія требуемаго противной стороной документа. Цитированная прибавка указываетъ, что судъ можетъ признать доказанными обстоятельства, къ утвержденію которыхъ долженъ служить требуемый документъ, лишь только въ томъ случаѣ, когда сторона, къ которой обращено требованіе о представленіи документа, *не отрицаетъ* того, что онъ у нея находится. Эта прибавка заключаетъ въ себѣ, такимъ оразомъ, условіе, при существованіи котораго только и можетъ наступить послѣдствіе, указанное въ разбираемой статьѣ, и, притомъ, прибавка эта сама наступленіе или ненаступленіе этого условія ставитъ вполнѣ въ зависимость отъ воли стороны, долженствующей исполнить обязанность. Буквальный смыслъ 444 ст., мнѣ кажется, съ достаточной ясностью указываетъ на то, что судъ можетъ признать доказанными обстоятельства, въ случаѣ непредставленія противной стороной требуемыхъ документовъ, служащихъ къ утвержденію этихъ обстоятельствъ, лишь только тогда, когда эта сторона не отрицаетъ нахожденія у нея документовъ, или другими словами, только тогда, когда сторона, къ которой обращено требованіе, прямо говоритъ: да, документы находятся у меня, но я ихъ не представлю. Если же тяжущійся будетъ говорить, что требуемый документъ былъ у него, но что онъ его не можетъ представить, напр., вслѣдствіе того, что онъ или уничтоженъ, или утраченъ, т.-е. если будетъ утверждать, что требуемаго документа нѣтъ болѣе у него въ моментъ требованія, то на основаніи буквальнаго смысла 444 ст. судъ не въ правѣ будетъ обвинить тяжущагося въ непредставленіи документовъ и не въ правѣ будетъ, слѣдовательно, признавать доказанными тѣ обстоятельства, подтвержденіемъ которыхъ могъ бы служить непредставленный документъ. По мнѣнію Гольмстена, такое значеніе правило этой статьи должно имѣть и на самомъ дѣлѣ (Учеб. гражд. суд., стр. 270).

Придерживаясь такого строго буквальнаго толкованія правила разбираемой статьи, сенатъ въ своей первоначальной практикѣ постоянно признавалъ, что судъ не въ правѣ примѣнять постановленіе 444 ст. и не въ правѣ признавать доказанными тѣ обстоятельства, подтвержденіемъ которыхъ могъ бы служить затребованный, но не представленный документъ, коль скоро сторона, къ которой предъявляется требованіе, отрицаетъ нахожденіе у нея документа въ моментъ требованія и утверждаетъ, напр., что требуемый документъ у нея былъ, но украденъ или утерянъ и проч. (рѣш. 1868 года, № 719, 1869 года, №№ 220, 541 и друг.). Затѣмъ, въ своей дальнѣйшей практикѣ сенатъ не только отступилъ отъ такого суроваго толкованія, но и вдался въ противоположную крайность, объяснивъ, что судъ въ правѣ признать доказанными, въ случаѣ непредставленія документа, тѣ обстоятельства, подтвержденіемъ которыхъ могъ бы служить требуемый документъ, даже и въ томъ случаѣ, когда сторона, къ которой было обращено требованіе, отрицаетъ нахожденіе у нея документа и когда, вмѣстѣ съ тѣмъ, стороной, требующей представленія документа, не представлено никакихъ доказательствъ о нахожденіи документа въ рукахъ противной стороны (рѣш. 1870 года, № 34). Послѣ такихъ колебаній сенатъ выступилъ на средній путь, и изъ относящихся сюда рѣшеній я не могу не обратить вниманіе на рѣшеніе по дѣлу Исупова (рѣш. 1873 года, № 1642), въ которомъ сенатъ объяснилъ, что „по смыслу 444 ст. судъ можетъ признать доказанными тѣ обстоятельства, въ подтвержденіе коихъ была сдѣлана ссылка на документъ, находящійся въ рукахъ противной стороны, не только въ томъ случаѣ, когда эта сторона не отрицаетъ того, что онъ у нея находится, но и тогда, когда судъ признаетъ утвержденія о ненахожденіи у нея этого документа незаслуживающими уваженія, въ виду представленныхъ къ дѣлу доказательствъ о неправильности

этихъ утвержденій". Кромѣ этого главнаго положенія, изъ этого рѣшенія сената могутъ быть извлечены еще два вывода, не менѣе существенные. Во-первыхъ, что для обвиненія стороны, уклоняющейся отъ представленія документа, достаточно, если противная сторона, требующая представленія документа, докажетъ, что требуемый документъ былъ въ рукахъ другой стороны, или докажетъ, что документъ ею былъ однажды полученъ и что, затѣмъ, нѣтъ надобности представлять доказательства еще въ подтвержденіе того, что требуемый документъ находится въ ея рукахъ въ моментъ предъявленія требованія. Во-вторыхъ, что фактъ полученія стороной требуемаго документа можетъ быть доказываемъ показаніями свидѣтелей, что также чрезвычайно важно въ томъ отношеніи, что даетъ сторонѣ, требующей представленія документа, довольно широкій просторъ въ выборѣ способовъ доказыванія этого факта, и тѣмъ самымъ облегчаетъ путь къ доказательству его, или облегчаетъ путь къ огражденію ея правъ.

Такова практика сената по занимающему насъ вопросу. Нельзя, мнѣ кажется, не отдать предпочтенія положенію, высказанному сенатомъ въ послѣднемъ изъ приведенныхъ рѣшеній и нельзя, мнѣ кажется, также не признать правильными тѣхъ выводовъ, которые непосредственно вытекаютъ изъ этого рѣшенія. Дѣло только въ томъ, что высказанное сенатомъ положеніе кажется отвлеченнымъ, потому что имъ не приведено въ рѣшеніи въ подкрѣпленіе положенія никакихъ соображеній и доводовъ, которые бы непосредственно имѣли свое основаніе въ положительномъ законѣ. Сенатъ говоритъ только, что „по смыслу 444 ст. судъ можетъ признать" и проч., но мы видѣли уже, что буквальный смыслъ этой статьи, взятой изолированно, безъ всякой связи ея съ другими постановленіями устава, совершенно не тотъ, и, потому, нисколько не можетъ служить оправданіемъ высказанному сенатомъ положенію. Тѣмъ не менѣе, нельзя, какъ мнѣ кажется, не признать положеніе сената вполнѣ правильнымъ и основанія правильности его, мнѣ кажется, возможно указать въ самомъ законѣ, если только разсматривать правило 444 ст. въ связи съ постановленіями статей предъидущихъ, и если, притомъ, принять во вниманіе вообще духъ и цѣль, съ которой установлены правила о порядкѣ представленія и истребованія письменныхъ доказательствъ. Правда, что и самъ сенатъ, въ одномъ изъ предшествующихъ его рѣшеній, которое, однако же, мотивировано очень кратко (рѣш. 1868 г., № 802), дѣлаетъ попытку, при помощи логическаго пріема толкованія, объяснить значеніе 444 ст. именно въ томъ смыслѣ, что на основаніи этой статьи должно быть предоставлено суду право, въ случаѣ уклоненія стороны отъ представленія требуемаго документа, признавать доказанными тѣ обстоятельства, подтвержденіемъ которыхъ долженъ служить требуемый документъ, даже и тогда, когда сторона отрицаетъ нахожденіе у нея документа, но когда другой стороной представлены доказательства противнаго. Сенатъ въ этомъ рѣшеніи пришелъ къ такому заключенію, толкуя правило разбираемой статьи въ связи съ постановленіемъ 443 ст., причемъ сенатъ основался именно на томъ соображеніи, что правило этой послѣдней статьи требуетъ отъ стороны, предъявляющей требованіе о представленіи документа, только выполненія двухъ условій: а) означенія требуемаго документа и б) указанія основаній, по которымъ она предполагаетъ, что необходимый къ дѣлу документъ находится у ея противника и что, по выполненіи стороной означенныхъ условій, и самое требованіе ея о представленіи документа стороной противной должно подлежать удовлетворенію, несмотря на отрицаніе этой послѣдней нахожденія у нея требуемаго документа. Эти соображенія сената нельзя впрочемъ, какъ мнѣ кажется, признать правильными, на томъ, во-первыхъ, основаніи, что при такомъ толкованіи оказалось бы непримиримое противорѣчіе между правилами статей 444 и 443, и правило одной изъ нихъ исключало бы дѣйствіе

другого, такъ какъ, выполненіе стороной, требующей представленія документа, условій, указанныхъ въ 443 ст., по толкованію сената, неминуемо должно бы повлечь за собой, въ случаѣ непредставленія документа, послѣдствія, указанныя въ 444 ст., во всѣхъ случаяхъ—признаетъ ли сторона, къ которой обращено требованіе, нахожденіе у нея требуемаго документа или отрицаетъ, что равносильно уничтоженію правила этой послѣдней статьи. Во-вторыхъ, соображенія сената оказываются неправильными еще и потому, что между правилами 443 и 444 ст. никакой, собственно говоря, связи и нѣтъ, въ чемъ, по внимательномъ разсмотрѣніи постановленій этихъ статей, нетрудно убѣдиться, вслѣдствіе чего, объясненіе 444 ст. только въ связи съ правиломъ статьи предъидущей во всякомъ случаѣ должно привести къ ложному выводу. Въ правилѣ 444 ст. заключается, какъ мы видѣли, санкція выполненія правила 442 ст., но не 443 ст., въ которой указанъ только порядокъ заявленія требованій о представленіи документовъ и указаны собственно тѣ условія, которыя обязанъ выполнить тяжущійся, заявляющій требованіе, чтобы достигнуть постановленія судебнаго опредѣленія объ обязаніи противной стороны представить требуемый документъ, вслѣдствіе чего, правило 444 ст. должно быть толкуемо, главнымъ образомъ, въ связи съ постановленіемъ 442 ст., причемъ, также окажется, что между правилами 444 и 443 ст. никакого противорѣчія на самомъ дѣлѣ нѣтъ.

Посмотримъ же, какими собственно соображеніями можетъ быть оправдано указанное выше положеніе сената. Цѣль включенія въ уставъ правила 442 ст. заключается именно въ томъ, чтобы установленіемъ обязанности представлять по требованію противной стороны документы, долженствующіе служить доказательствомъ матеріальныхъ требованій или возраженій стороны, требующей представленія документа отъ своего противника, оградить по возможности самыя права стороны отъ злонамѣренныхъ дѣйствій ея противника, могущаго скрывать тѣ доказательства, при наличности которыхъ сторона только и можетъ надѣяться на судебную защиту, надѣяться на возстановленіе, при посредствѣ суда, ея нарушенныхъ правъ. Чтобы, однако же, правило 442 ст. достигало въ этомъ отношеніи предположенной цѣли, законъ правиломъ 444 ст. установилъ и гарантіи выполненія указанной обязанности; но, для того, чтобы на самомъ дѣлѣ обязанность, возложенная на тяжущихся, была ими исполняема, необходимо, чтобы и гарантіи были настолько же серьезны, насколько серьезна самая обязанность, или чтобы послѣдствія неисполненія обязанности были настолько неотразимы и дѣйствительны, чтобы понуждали тяжущихся къ исполненію ея. На первый взглядъ, какъ я замѣтилъ выше, можетъ показаться, что правило 444 ст. заключаетъ въ себѣ только призрачныя гарантіи, при существованіи которыхъ цѣль, предположенная законодаталемъ, никогда не можетъ быть достигнута. Но, нельзя же въ самомъ дѣлѣ думать, чтобы законодатель, давая извѣстныя права, въ то же время какъ бы отмѣнялъ ихъ; напротивъ, скорѣе слѣдуетъ предполагать, что законодатель въ своихъ постановленіяхъ послѣдователенъ, и мнѣ кажется, что недостатокъ правила 444 ст. можетъ быть объясненъ слѣдующимъ образомъ. Хотя, какъ я уже сказалъ, постановленіе 443 ст. по содержанію его не имѣетъ никакой связи съ правиломъ разбираемой статьи, но что на самомъ дѣлѣ составители уставовъ при редактированіи правила 444 ст. имѣли въ виду и постановленіе 443 ст. и, отчасти соотвѣтственно содержанію этой послѣдней статьи, внесли въ текстъ 444 ст. слова: „когда она не отрицаетъ того, что онъ у нея находится“. Это предположеніе мое я основываю на томъ соображеніи, что составители уставовъ правиломъ 443 ст. вмѣнили въ обязанность сторонѣ, требующей представленія документа, выполненіе только двухъ условій: а) означенія документа и б) указанія основаній, по которымъ предполагается, что документъ находится у противника, но не вмѣнили ей,

при этомъ, нисколько въ обязанность представить доказательства нахожденія документа у противника; и затѣмъ, хотя составители уставовъ въ текстѣ 444 ст. и не выразили прямо того, чтобы заключающееся въ ней постановленіе было редактировано въ настоящемъ его видѣ именно по соображенію тѣхъ условій, выполнить которыя обязана сторона, требующая представленія документа, но признать это необходимо потому, что только при такомъ сопоставленіи станетъ понятнымъ точный смыслъ правила этой послѣдней статьи. Въ самомъ дѣлѣ, постановленіе 443 ст. не требуетъ представленія какихъ-либо доказательствъ отъ стороны, требующей представленія документа, для того, чтобы это требованіе ея было удовлетворено; понятно, что при такихъ обстоятельствахъ нельзя требовать и отъ противной стороны, возражающей, что требуемаго документа у нея нѣтъ, представленія какихъ-либо доказательствъ въ подкрѣпленіе этого ея возраженія, а слѣдуетъ признать достаточнымъ одно ея простое отрицаніе для оправданія ея въ непредставленіи документа, потому въ текстъ 444 ст. и включены слова: „когда она не отрицаетъ того, что онъ (т.-е. требуемый документъ) у нея находится“. Однимъ словомъ, голословному утвержденію одной стороны о нахожденіи документа у ея противника (правило 443 ст.) противопоставляется также голое отрицаніе другой стороны о ненахожденіи у нея требуемаго документа (правило 444 ст.). Изъ этого сопоставленія слѣдуетъ, далѣе, тотъ выводъ, что правило этой послѣдней статьи во всей его цѣлости можетъ имѣть примѣненіе только въ томъ случаѣ, когда сторона, требующая представленія документа, не представляетъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, никакихъ доказательствъ о нахожденіи документа у ея противника, который въ этомъ случаѣ, конечно, и можетъ, на основаніи цитированныхъ словъ статьи, ограничиться простымъ отрицаніемъ нахожденія у него требуемаго документа, для того, чтобы отклонить отъ себя наступленіе послѣдствій непредставленія документа, указанныхъ въ разбираемой статьѣ. Остается слѣдовательно признать, что судъ, на основаніи правила 444 ст., не въ правѣ признать доказанными тѣ обстоятельства, подтвержденіемъ которыхъ долженъ служить требуемый документъ, когда сторона, къ которой обращено требованіе, отрицаетъ обстоятельство нахожденія у нея документа, лишь только въ томъ случаѣ, когда стороной, требующей представленія документа, не представлено никакихъ доказательствъ о нахожденіи необходимаго документа у ея противника. Если такъ, то очевидно, что дѣло должно принять совершенно другой оборотъ въ томъ случаѣ, когда сторона, требующая представленія документа отъ своего противника, выполняетъ не только условія, указанныя въ 443 ст., но и представляетъ доказательства нахожденія требуемаго документа у ея противника. Въ такомъ случаѣ, мнѣ кажется, необходимо признать, что сторона, къ которой обращено требованіе, не можетъ въ оправданіе непредставленія документа ограничиться однимъ отрицаніемъ о нахожденіи у нея требуемаго документа, и мнѣ кажется, что въ такомъ случаѣ, на основаніи общихъ правилъ о распредѣленіи между сторонами обязанности доказывать спорныя обстоятельства дѣла, этой послѣдней стороной также должны быть представлены доказательства ея возраженія; однимъ словомъ — доказательствамъ одной стороны должны быть противопоставлены доказательства другой, для того, чтобы не могли наступить послѣдствія, указанныя въ 444 ст. въ отношеніи стороны, уклоняющейся отъ представленія документа. При такихъ обстоятельствахъ, т.-е. при представленіи стороной, требующей документа, доказательствъ нахожденія документа у ея противника, въ виду общихъ правилъ о доказательствахъ и для устраненія вышеуказаннаго противорѣчія между постановленіями 443 и 444 ст. необходимо признать, что слова послѣдней статьи: „когда она не отрицаетъ того, что онъ у нея находится“ — должны утратить всякое значеніе, тѣмъ болѣе, что выраженіе это, какъ установленное соотвѣтственно требо-

ваніямъ статьи предъидущей только на одинъ частный случай, не должно имѣть примѣненія общаго въ другихъ случаяхъ. Въ силу этихъ соображеній, нельзя не признать, какъ это высказалъ и Малининъ (Коммент. къ 336 ст. уст., стр. 90), что въ этихъ послѣднихъ случаяхъ судъ въ правѣ признать доказанными тѣ обстоятельства, подтвержденіемъ которыхъ долженъ служить требуемый документъ, даже и тогда, когда бы такового не было представлено стороной, къ которой обращено требованіе, и несмотря на отрицаніе ея о нахожденіи у нея требуемаго документа.

Допустить такое толкованіе правила 444 ст. тѣмъ болѣе необходимо, что только при такомъ толкованіи получаютъ надлежащее значеніе какъ постановленіе этой статьи, такъ и статьи 442, въ виду той цѣли, съ которой правила этихъ статей установлены, или въ виду огражденія правъ тяжущихся отъ злонамѣренныхъ дѣйствій противной стороны, могущей, сокрытіемъ документовъ, необходимыхъ для констатированія правъ другой стороны, лишить ее возможности, при посредствѣ суда, возстановить нарушенное право. Требовать отъ тяжущихся строгаго исполненія обязанности, возложенной на нихъ правиломъ 442 ст., необходимо у насъ болѣе, чѣмъ гдѣ-либо, при отсутствіи у насъ закона, существующаго, напр., во Франціи и обязывающаго стороны, вступающія въ какую-либо сдѣлку, совершать актъ непремѣнно въ такомъ количествѣ экземпляровъ, сколько является лицъ, участвующихъ въ заключеніи сдѣлки. Само собой, конечно, разумѣется, что въ томъ случаѣ, когда сторона, къ которой обращено требованіе о представленіи документа, докажетъ, что документъ у нея не находится болѣе въ моментъ требованія, докажетъ напр., что таковой истребленъ какимъ-либо бѣдствіемъ, утраченъ или украденъ, то безъ сомнѣнія сторона эта не можетъ быть обвинена въ непредставленіи документа и судъ не въ правѣ будетъ признать доказанными тѣ обстоятельства, подтвержденіемъ которыхъ могъ бы служить непредставленный документъ; но зато при такихъ обстоятельствахъ, мнѣ кажется, и сторонѣ противной, т.-е. сторонѣ, требовавшей представленія документа, должно быть кажется предоставлено, на основаніи 409 ст. пункта 2-го, право приводить въ доказательство тѣхъ событій, за утратой акта, и другія доказательства, менѣе совершенныя. По мнѣнію сената (рѣш. 1875 года, № 668), судъ въ этихъ случаяхъ даже въ правѣ признать доказанными тѣ обстоятельства, въ подтвержденіе которыхъ было предъявлено требованіе о представленіи документа, еслибы убѣдился, что этотъ документъ несомнѣнно находился у того изъ тяжущихся, къ которому было обращено требованіе о его представленіи, каковое заключеніе, въ виду всего сказаннаго въ объясненіе значенія правила 444 ст., врядъ ли, однако же, возможно признать правильнымъ. Собственно же сторона, заявляющая требованіе о представленіи документа ея противникомъ, должна доказать, какъ на это намекаетъ и сенатъ въ вышеприведенномъ рѣшеніи по дѣлу Исупова, только то обстоятельство, что требуемый документъ былъ однажды полученъ ея противникомъ, но не обязана далѣе доказывать, что документъ находится у него въ рукахъ въ моментъ предъявленія требованія, на томъ основаніи, что коль скоро представлены доказательства полученія документа, противъ стороны, получившей документъ, возникаетъ предположеніе о томъ, что онъ у нея и остался, пока этой послѣдней стороной не будутъ представлены доказательства противнаго, доказательства, разрушающія существующее противъ нея предположеніе. Доказательства полученія документа могутъ быть весьма разнообразны; такъ, полученіе документа можетъ быть доказано, напр., книгами нотаріуса, въ которыхъ должны быть росписки въ полученіи документа, предъявленнаго къ засвидѣтельствованію, или же показаніями свидѣтелей, если актъ былъ совершенъ на дому, при которыхъ послѣдовало врученіе его одной изъ сторонъ и проч.

Разсмотрѣвши правила, опредѣляющія права и обязанности сторонъ по предмету истребованія и представленія документовъ, а равно и послѣдствія неисполненія возложенной на нихъ въ этомъ отношеніи закономъ обязанности, я долженъ указать еще, какимъ порядкомъ должны быть заявляемы просьбы объ истребованіи документовъ, и какія при этомъ должны быть соблюдаемы условія. Относящееся сюда правило 443 ст. указываетъ только тѣ условія, которыя должны быть выполнены тяжущимся, заявляющимъ требованіе о представленіи документа его противникомъ, но ничего не говоритъ о самомъ порядкѣ предъявленія просьбы. Замѣчу прежде всего, что вопросъ объ истребованіи документа отъ одной стороны по просьбѣ другой можетъ быть разрѣшенъ не иначе, какъ судебнымъ опредѣленіемъ, постановленнымъ въ публичномъ засѣданіи, которымъ судъ, если признаетъ просьбу объ истребованіи документа заслуживающей уваженія, долженъ обязать противную сторону представить требуемый документъ, причемъ, долженъ назначить ей и срокъ на представленіе его. Такъ какъ, это опредѣленіе суда будетъ во всякомъ случаѣ по вопросу частному, то оно и постановлено должно быть въ порядкѣ частномъ, т.-е. немедленно по сообщеніи копіи прошенія объ истребованіи документа сторонѣ противной, а еслибы подобная просьба была заявлена въ исковомъ прошеніи, то немедленно по сообщеніи копіи прошенія отвѣтчику. Просьба объ истребованіи документа можетъ быть допущена, конечно, во всякомъ положеніи дѣла, потому что правило 443 ст. не ставитъ, въ этомъ отношеніи, никакихъ ограниченій. Разрѣшеніе судебнымъ опредѣленіемъ просьбы этой также можетъ послѣдовать во всякомъ положеніи дѣла, т.-е. какъ во время предварительной письменной подготовки дѣла, такъ и тогда, когда оно уже готово къ слушанію. Въ отношеніи формы просьбы правило 443 ст. не содержитъ никакихъ опредѣленій, вслѣдствіе чего возможно признать, что просьба можетъ быть какъ письменная, такъ и словесная въ томъ случаѣ, если сторона заявляетъ просьбу въ самомъ засѣданіи по дѣлу. Правило разбираемой статьи требуетъ только, чтобы сторона, заявляющая просьбу объ истребованіи документа, исполнила два условія: а) обстоятельно означила требуемый документъ и б) указала основанія, по которымъ она предполагаетъ, что документъ находится у ея противника. Для удовлетворенія ходатайства стороны объ истребованіи документа, точное соблюденіе обоихъ этихъ условій дѣйствительно представляется существенно необходимымъ. Первое условіе будетъ достаточно соблюдено, т.-е. документъ будетъ означенъ обстоятельно, если сторона, какъ говоритъ Побѣдоносцевъ, объяснитъ: „какого рода сей документъ, кѣмъ выданъ, какое отношеніе имѣетъ къ дѣлу, и что̀ именно въ семъ документѣ означенное служитъ, по ея мнѣнію, доказательствомъ спорнаго обстоятельства“ (Суд. руков., тезисъ 917). Что касается второго условія, то содержаніе его не требуетъ, кажется, дальнѣйшихъ разъясненій. При неисполненіи стороной хотя бы одного изъ этихъ условій, судъ будетъ, конечно, поставленъ въ невозможность обсудить, насколько просьба стороны объ истребованіи документа представляется заслуживающею уваженія, не въ состояніи будетъ обсудить, напр., насколько требуемый документъ имѣетъ отношеніе къ данному дѣлу, или есть ли достаточные поводы предполагать, что документъ находится у стороны, къ которой обращено требованіе. Поэтому, прямымъ послѣдствіемъ несоблюденія стороной условій, указанныхъ въ разбираемой статьѣ, долженъ быть отказъ со стороны суда въ удовлетвореніи просьбы.

Кромѣ сказаннаго по поводу разсмотрѣнныхъ статей, я не могу не обратить еще вниманія на нѣкоторые вопросы, возбуждаемые практикой сената и относящіеся до объясненія значенія заключающихся въ нихъ постановленій. Во-первыхъ, сенатъ во множествѣ рѣшеній, совершенно правильно и согласно съ буквой закона, признаетъ за постановленіемъ 444 ст., въ отно-

шеніи права суда признавать или не признавать, въ случаѣ непредставленія документа одной стороной по требованію другой, доказанными тѣ обстоятельства, подтвержденіемъ которыхъ могъ бы служить непредставленный документъ, — характеръ факультативный, на томъ основаніи, что въ 444 ст. прямо сказано, что „судъ можетъ признать доказанными“ и проч., что указываетъ, конечно, на то, что судъ не обязанъ непремѣнно и во всѣхъ случаяхъ признавать доказанными обстоятельства, подтвержденіемъ которыхъ могъ бы служить непредставленный документъ (рѣш. 1870 года, №№ 800, 1148 и др.). Суду, конечно, и долженъ быть предоставленъ просторъ въ этомъ отношеніи; но, несмотря на это, судъ, какъ мнѣ кажется, при опредѣленіи послѣдствій непредставленія документа въ каждомъ данномъ случаѣ долженъ сообразоваться съ обстоятельствами дѣла, но не опредѣлять эти послѣдствія исключительно по своему произволу, ни на чемъ не основанному. Во-вторыхъ, сенатъ также во множествѣ рѣшеній объяснилъ, что законъ даетъ суду только право по просьбѣ одной изъ сторонъ требовать отъ другой стороны представленія документа, но не вмѣняетъ это ему въ непремѣнную обязанность (рѣш. 1869 года, №№ 1234, 1256 и др.). Въ оправданіе такого положенія сенатъ дѣлаетъ ссылку на 444 ст., но содержаніе этой статьи къ этому положенію никакого отношенія не имѣетъ, основаній же въ подрѣпленіе его въ другихъ, относящихся сюда постановленіяхъ устава также найти нельзя, вслѣдствіе чего, и самое положеніе сената, какъ мнѣ кажется, нельзя признать правильнымъ. Скорѣе слѣдуетъ отдать въ этомъ случаѣ предпочтеніе тѣмъ немногимъ рѣшеніямъ сената, въ которыхъ имъ высказанъ прямо противоположный взглядъ и въ которыхъ онъ объяснилъ, что произвольный отказъ суда въ требованіи по просьбѣ стороны документа отъ ея противника составляетъ прямое нарушеніе закона (рѣш. 1870 года, № 1767). Да, и въ самомъ дѣлѣ, разсмотрѣнныя статьи устава, предписывая соблюденіе извѣстныхъ условій для того, чтобы судъ постановилъ опредѣленіе объ истребованіи документа, не предоставляютъ ему, вмѣстѣ съ тѣмъ, права, несмотря на соблюденіе этихъ условій просителемъ, отказывать въ истребованіи документовъ. Въ-третьихъ, сенатъ во многихъ рѣшеніяхъ разрѣшилъ совершенно правильно вопросъ о томъ — обязаны ли стороны, въ силу правила 442 ст., непремѣнно представлять всѣ имѣющіеся у нихъ документы, въ томъ смыслѣ, что эта обязанность не можетъ быть распространяема на представленіе документовъ, подлежащихъ, по закону, тайнѣ, вслѣдствіе чего, отъ сторонъ не можетъ быть требуемо представленіе, въ силу 529 ст. XI т. 2 ч., ихъ торговыхъ книгъ, за исключеніемъ только случаевъ спора по торговому товариществу, или о наслѣдствѣ, въ виду чего, въ случаяхъ требованія отъ сторонъ этихъ документовъ, отказъ съ ихъ стороны отъ ихъ представленія не можетъ сопровождаться послѣдствіями, указанными въ 444 ст. (рѣш. 1876 года, № 78 и друг.). Положеніе это должно быть примѣняемо по указанію сената, однако же, въ томъ смыслѣ, что документы, подлежащіе тайнѣ, какъ напр., торговыя книги, не должны быть требуемы отъ сторонъ только противъ ихъ воли, вслѣдствіе чего, во-первыхъ, суду не можетъ принадлежать право ex officio отказывать въ удовлетвореніи требованія о представленіи такого рода документовъ, при отсутствіи заявленія объ отказѣ въ ихъ представленіи со стороны тяжущагося, ихъ имѣющаго, и, во-вторыхъ, въ случаяхъ заявленія тяжущимся согласія на ихъ представленіе и, затѣмъ, невыполненія этого обѣщанія, отказъ отъ ихъ представленія можетъ сопровождаться послѣдствіями, указанными въ 444 ст. (рѣш. 1869 года, № 20).

Наконецъ, я не могу не обратить вниманія еще на одинъ вопросъ. Разсмотрѣнныя статьи предоставляютъ каждой сторонѣ только право обращаться съ требованіемъ о представленіи необходимаго документа къ про-

тивнику, но въ дѣйствительности могутъ встрѣтиться и такіе случаи, когда необходимый для разрѣшенія дѣла документъ будетъ находиться не у противника того тяжущагося, который проситъ объ истребованіи документа, а, напротивъ, будетъ находиться у его, если можно такъ выразиться, товарища. Это можетъ послѣдовать въ томъ случаѣ, когда въ дѣлѣ участвуютъ въ качествѣ сторонъ нѣсколько истцовъ или нѣсколько отвѣтчиковъ и когда необходимый для дѣла документъ, могущій служить къ утвержденію правъ, напр., всѣхъ истцовъ, будетъ находиться у одного изъ нихъ. Для примѣра представимъ себѣ такой случай. Два подрядчика по постройкѣ дома предъявляютъ искъ къ хозяину дома о неразсчетѣ за подрядъ, не представляя, однако же, при самой подачѣ прошенія подлиннаго контракта подряда, долженствующаго служить главнымъ доказательствомъ ихъ иска. Контрактъ находится у одного изъ истцовъ, съ которымъ, послѣ уже предъявленія иска, хозяинъ дома разсчитывается сполна, но, предположимъ, съ тѣмъ, чтобы этотъ истецъ не представлялъ въ судъ подлинный документъ и чтобы тѣмъ лишилъ, конечно, другого истца возможности доказать искъ. Подобные случаи, безъ сомнѣнія, представляютъ рѣдкое явленіе, но, тѣмъ не менѣе, случаи эти не невозможны. Что же, однако, долженъ дѣлать обиженный истецъ, чтобы вытребовать контрактъ отъ своего товарища и даетъ ли ему законъ вообще даже право требовать этотъ документъ? Еслибы даже предположить, что обиженный истецъ заявилъ просьбу объ истребованіи контракта отъ другого истца въ порядкѣ, въ разсмотрѣнныхъ статьяхъ указанномъ, и еслибы даже судъ, примѣняя по аналогіи правила этихъ статей, уважилъ просьбу истца и постановилъ истребовать документъ отъ другого истца, то и это нисколько бы не помогло истцу-просителю на томъ основаніи, что судъ не въ правѣ былъ бы примѣнить далѣе, въ случаѣ уклоненія другого истца отъ представленія документа, правило 444 ст., потому что въ статьѣ этой указываются только послѣдствія уклоненія противной стороны отъ представленія документа, вслѣдствіе чего истецъ, къ которому было бы обращено требованіе о представленіи документа, всегда имѣлъ бы полную возможность совершенно безнаказанно не исполнять постановленіе суда и уклониться отъ представленія контракта. Изъ этого необходимо заключить, что указанный мной случай нашимъ уставомъ не предусмотрѣнъ, и что, слѣдовательно, законъ не устанавливаетъ никакихъ гарантій, могущихъ оградить права истцовъ или отвѣтчиковъ отъ злонамѣренныхъ дѣйствій соистцовъ и соотвѣтчиковъ. Доказать злонамѣренныя дѣйствія ихъ, напр. доказать существованіе стачки съ противной стороной, въ большинствѣ случаевъ, будетъ очень затруднительно, а затѣмъ, мнѣ кажется, въ такихъ случаяхъ истцу или отвѣтчику, чтобы доказать свой искъ или возраженіе, останется одно—просить судъ признать подлинный документъ утраченнымъ, что и дѣйствительно будетъ, по отношенію ихъ, совершенно вѣрно, такъ какъ, сокрытіе документа другимъ истцомъ или отвѣтчикомъ будетъ равнозначуще истребленію или утратѣ документа, и допустить потомъ, на основаніи 409 ст. 2 пунк., другія, менѣе совершенныя, доказательства. По мнѣнію Гольмстена, высказанному имъ въ его рецензіи на настоящій „Опытъ комментарія“, прибѣгать къ такой фикціи въ огражденіе правъ истца никакой надобности не представляется, вслѣдствіе того, что, по мнѣнію Гольмстена, права истца могутъ быть ограждены гораздо проще другимъ способомъ—посредствомъ выхода истца изъ процесса и, затѣмъ, по рѣшеніи дѣла съ другимъ истцомъ путемъ предъявленія новаго особаго иска и требованія во время производства по немъ нужнаго документа отъ бывшаго своего товарища, какъ отъ третьяго, не участвующаго въ дѣлѣ, лица (Журн. гражд. и угол. пр. 1880 г., кн. 3, стр. 150). Невозможность и непрактичность этого пути настолько очевидны для всякаго, что противъ мнѣнія Гольмстена и возражать нечего.

Таковы по нашему уставу права и обязанности сторонъ въ отношеніи ихъ другъ къ другу по предмету истребованія и представленія находящихся у нихъ документовъ, необходимыхъ для разъясненія спорныхъ обстоятельствъ дѣла. Но могутъ быть случаи, когда необходимые для доказательства тѣхъ или другихъ обстоятельствъ спора документы будутъ находиться не у самихъ сторонъ процесса, но или у третьихъ, не участвующихъ въ данномъ спорѣ, лицъ физическихъ или юридическихъ, или будутъ находиться въ какомъ-либо правительственномъ или судебномъ учрежденіи; и вотъ законъ, чтобы не лишить возможности тяжущихся воспользоваться этими документами, могущими служить доказательствомъ ихъ правъ, указываетъ въ слѣдующихъ статьяхъ сперва порядокъ истребованія документовъ отъ третьихъ лицъ, затѣмъ, отъ правительственныхъ установленій. Я обращусь сперва къ разсмотрѣнію статей, указывающихъ порядокъ истребованія документовъ отъ третьихъ, не участвующихъ въ дѣлѣ, лицъ.

Ст. 445. По требованію кого-либо изъ тяжущихся, неучаствующія въ дѣлѣ лица обязаны представлять въ судъ находящіеся у нихъ документы, непосредственно къ дѣлу относящіеся, въ подлинникѣ или въ копіи, за исключеніемъ ихъ частной переписки и торговыхъ книгъ въ тѣхъ случаяхъ, когда требованіе сихъ книгъ не разрѣшено закономъ. Переписка съ постороннимъ лицомъ можетъ быть истребована отъ него въ томъ только случаѣ, когда оно участвовало въ дѣлѣ въ качествѣ прикащика, коммиссіонера, маклера или посредника при заключеніи договора.

Правиломъ настоящей статьи устанавливается прежде всего общая обязанность для всѣхъ, не участвующихъ въ дѣлѣ въ качествѣ, стороны лицъ, представлять въ судъ, по требованію кого-либо изъ тяжущихся, находящіеся у нихъ документы, могущіе служить разъясненіемъ, или, лучше сказать, доказательствомъ тѣхъ или другихъ спорныхъ обстоятельствъ дѣла. Изъ дальнѣйшаго содержанія статьи нельзя, кажется, не усмотрѣть, что правиломъ въ ней заключающимся обязанность представлять по требованію тяжущихся документы установлена только по отношенію лицъ частныхъ физическихъ, но не юридическихъ, доказательствомъ чему могутъ служить, во-первыхъ, тѣ выраженія статьи, въ которыхъ указываются случаи, когда можетъ быть потребована частная переписка третьяго лица, выраженія редактированныя, какъ мы увидимъ нѣсколько ниже, такимъ образомъ, что не оставляютъ никакого сомнѣнія въ томъ, что требованіе о представленіи переписки можетъ быть обращено только къ лицамъ физическимъ; а во-вторыхъ, и то обстоятельство, что объ обязанности юридическихъ лицъ, существующихъ, по крайней мѣрѣ, на основаніи договора, представлять въ судъ, по требованію тяжущихся, находящіеся у нихъ акты и книги говорится особо въ 449 ст. Что же касается лицъ юридическихъ, существующихъ въ силу закона, то таковыя имѣютъ обыкновенно особые органы, которые и служатъ представителями этихъ лицъ и относятся, вмѣстѣ съ тѣмъ, въ большинствѣ случаевъ къ государственнымъ установленіямъ, и, потому, порядокъ истребованія необходимыхъ къ дѣлу документовъ отъ этихъ послѣднихъ долженъ опредѣляться, если не всегда, то въ большинствѣ случаевъ, какъ это мы увидимъ подробнѣе нѣсколько ниже, по правилу 452 и слѣдующихъ статей. Документы отъ третьихъ лицъ могутъ быть потребованы всякіе. Положеніе это должно быть признано за общее правило, потому что исключенія въ этомъ отношеніи указаны въ самой разбираемой статьѣ, опредѣляющей и тѣ виды документовъ, которые не могутъ быть потребованы отъ третьихъ лицъ. Такъ въ видѣ исключенія не могутъ быть потребованы: а) частная ихъ переписка и б) торговыя книги, но исключенія эти не безусловны, потому что въ разбираемой статьѣ указываются еще случаи, когда и частная переписка и торговыя книги могутъ быть потребованы отъ третьяго лица; случаи эти

представляютъ собой, такимъ образомъ, не что иное, какъ возвратъ къ общему правилу.

Скажу сперва о торговыхъ книгахъ. Для того, чтобы уяснить вопросъ о томъ, какія книги по требованію тяжущихся обязаны представлять третьи лица, необходимо сперва указать, требованіе какихъ книгъ не разрѣшено закономъ. Въ разбираемой статьѣ нѣтъ никакой ссылки на тотъ законъ, которымъ бы опредѣлялись случаи, когда требованіе тѣхъ или другихъ книгъ отъ третьихъ лицъ дѣйствительно воспрещено, но мнѣ кажется, что сенатъ въ этомъ случаѣ совершенно правильно указываетъ на 529 ст. XI т. 2 ч. уст. торг., какъ на законъ, опредѣляющій, какія книги третьи лица, принадлежащія къ торговому сословію, не обязаны представлять въ судъ по требованію тяжущихся. Мнѣ кажется, что сенатъ совершенно правильно признаетъ, что указанная статья устава торговаго не потеряла значенія и не должна считаться отмѣненной и въ настоящее время, по введеніи судебныхъ уставовъ (рѣш. 1868 года, № 827). Толкованіе сената оказывается въ настоящемъ случаѣ тѣмъ болѣе правильнымъ, что никакого другого постановленія, которымъ бы опредѣлялось, какія книги составляютъ коммерческую тайну и, потому, не подлежатъ представленію въ судъ, ни въ уставѣ, ни въ нашемъ сводѣ законовъ, и отыскать нельзя; мнѣ кажется только, что указаніе сената на одну 529 ст. неполно: въ статьѣ этой говорится только—„вышеозначенныя книги“ и проч. и затѣмъ—„никто, ни подъ какимъ предлогомъ не въ правѣ требовать, чтобы открыты были купеческія книги, составляющія ненарушимую коммерческую тайну“,—но не указывается, какія именно книги не должны быть открываемы. Поэтому, для уясненія того, какія именно купеческія книги подлежатъ тайнѣ, слѣдуетъ обратиться къ предшествующимъ статьямъ торговаго устава, изъ которыхъ въ статьяхъ 518—521 и указывается подробно, какія книги лица, принадлежащія къ торговому сословію, обязаны вести по роду ихъ торговли и перечислять которыя здѣсь я считаю излишнимъ, потому что для ознакомленія съ этимъ достаточно обратиться къ тексту приведенныхъ статей. Мнѣ кажется, что объ этихъ только книгахъ, какъ подлежащихъ коммерческой тайнѣ, и говорится въ 529 ст. и что, слѣдовательно, представленіе только этихъ книгъ въ судъ отъ лицъ, принадлежащихъ къ купеческому сословію тяжущіеся и не въ правѣ требовать. Нѣкоторыя исключенія изъ этого правила мной будутъ указаны впослѣдствіи. Лица, не принадлежащія къ торговому сословію, но ведущія и имѣющія у себя, напр., книги экономическія по имѣнію или по какому-либо хозяйственному заведенію, даже заводу, фабрикѣ и проч., обязаны, конечно, по требованію тяжущихся, представлять ихъ въ судъ, потому что привилегія, установленная въ этомъ отношеніи 529 ст. XI т. 2 ч., предоставлена только купцамъ.

Что же касается, далѣе, частной переписки, то исключеніе, указанное въ разбираемой статьѣ, въ силу котораго третьи, не участвующія въ дѣлѣ, лица освобождаются отъ представленія таковой въ судъ по просьбѣ тяжущихся, относится вообще до всѣхъ лицъ безразлично—принадлежатъ ли они къ торговому сословію или нѣтъ, потому что нѣтъ, кажется, никакого основанія предполагать, чтобы и въ настоящемъ случаѣ составители уставовъ имѣли въ виду даровать привилегію въ отношеніи тайны частной переписки только лицамъ торговаго званія. Такимъ образомъ, частная переписка третьихъ, не участвующихъ въ дѣлѣ, лицъ должна быть отнесена къ числу документовъ, подлежащихъ тайнѣ, представленіе которыхъ въ судъ, по требованію тяжущихся, поэтому, и не обязательно для третьихъ лицъ; но и изъ этого исключенія въ разбираемой статьѣ сдѣлано въ свою очередь исключеніе, указывающее случаи, когда и частная переписка можетъ быть потребована отъ третьихъ лицъ. Это послѣднее исключеніе выражено въ статьѣ слѣ-

дующими словами: „переписка съ постороннимъ лицомъ можетъ быть потребована отъ него въ томъ только случаѣ, когда оно участвовало въ дѣлѣ въ качествѣ прикащика, коммиссіонера, маклера или посредника при заключеніи договора". Нельзя не замѣтить, что это мѣсто 445 ст. изложено довольно темновато и даже по внѣшней формѣ выраженій редактировано настолько неудачно, что внутренній смыслъ правила остается неясенъ до такой степени, что, основываясь исключительно на буквѣ текста, нельзя даже съ точностью указать, въ какихъ случаяхъ переписка и съ какими именно лицами можетъ быть потребована къ дѣлу отъ третьяго лица. Впрочемъ, вопросъ этотъ можетъ быть разъясненъ, какъ мнѣ кажется, болѣе или менѣе удовлетворительно, если обратить, во-первыхъ, вниманіе на источники происхожденія указаннаго мѣста 445 ст., а во-вторыхъ, если обратить также вниманіе на ту цѣль, съ которой внесены въ уставъ вообще правила о порядкѣ истребованія письменныхъ доказательствъ, какъ отъ самихъ тяжущихся, такъ и отъ третьихъ лицъ. Что касается прежде историческаго происхожденія правила 445 ст., или лучше сказать того источника въ нашихъ законахъ, изъ котораго правило это получило свое начало, то въ этомъ отношеніи для насъ важно указаніе, имѣющееся въ изданіи государственной канцеляріи, въ которомъ сказано, что правило этой статьи есть видоизмѣненіе статей 1599—1601 XI т. 2 ч. уст. торг. Слѣдовательно, статьи эти и составляютъ тотъ источникъ, изъ котораго заимствовано правило разбираемой статьи. Изъ сопоставленія этихъ статей съ правиломъ 445 ст. оказывается, что цитированное мѣсто этой послѣдней статьи, указывающее случаи, когда отъ третьяго лица можетъ быть потребована его частная переписка, есть не что иное, какъ почти буквальная перепечатка постановленія 1600 ст. уст. торг., содержаніе которой, однако же, можетъ быть понято не иначе, какъ только взятое въ связи съ постановленіями статьи предъидущей и послѣдующей. Понятно, что вслѣдствіе этого, черезъ включеніе въ текстъ 445 ст. только постановленія указанной статьи устава торговаго, взятаго отдѣльно, и вышло то, что содержаніе самой 445 ст. сдѣлалось неяснымъ и непонятнымъ, также точно, какъ непонятно и содержаніе 1600 ст., взятой отдѣльно. Но, такъ какъ, источникомъ правилу 445 ст. послужила не одна 1600 ст. уст. торг., но всѣ три вышеприведенныя статьи, то, мнѣ кажется, я въ правѣ и постановленіе устава объяснить въ связи съ постановленіями всѣхъ трехъ статей устава торговаго. Повторяю опять, что́ было мной уже замѣчено выше, что такимъ сопоставленіемъ я имѣю въ виду выяснить, главнымъ образомъ, вопросъ о томъ—въ какихъ случаяхъ переписка и съ какими именно лицами можетъ быть потребована отъ третьяго лица; но не могу, однако же, при этомъ, не замѣтить еще, что немалымъ затрудненіемъ для комментатора на пути къ разрѣшенію вопроса служитъ въ настоящемъ случаѣ то обстоятельство, что статьи устава торговаго, которыя послужили матеріаломъ при составленіи разсматриваемаго правила устава, также редактированы весьма небрежно и неясно. Самый текстъ статей я приводить не буду, но укажу кратко содержаніе ихъ настолько, насколько это необходимо для разрѣшенія занимающаго насъ вопроса. Такъ, на основаніи этихъ статей переписка между тяжущимися, могущая служить доказательствомъ тѣхъ или другихъ обстоятельствъ дѣла, самими тяжущимися должна быть представляема по требованію суда безпрекословно; переписка же тяжущихся съ третьимъ постороннимъ лицомъ можетъ быть потребована отъ него, т.-е. отъ этого посторонняго лица, лишь въ томъ случаѣ, когда оно, т.-е. третье лицо, участвовало въ дѣлѣ въ качествѣ прикащика, коммиссіонера, маклера или посредника при заключеніи обязательства; если же третье лицо не участвовало вовсе въ заключеніи обязательства, служащаго основаніемъ иску или возраженію, то и частная переписка его съ тяжущимися, даже еслибы переписка эта могла служить суще-

ственнымъ въ дѣлѣ доказательствомъ, не можетъ быть потребована отъ третьяго лица, но, какъ бы взамѣнъ такого лишенія доказательства, правило 1601 ст. предлагаетъ тяжущимся выставить третье лицо, съ которымъ вела переписку сторона противная, въ качествѣ свидѣтеля. Таковъ, по моему мнѣнію, смыслъ тѣхъ статей устава торговаго, которыя послужили матеріаломъ при составленіи правила 445 ст. устава и изъ содержанія которыхъ оказывается, что въ нихъ идетъ рѣчь главнымъ образомъ о правѣ требовать отъ третьихъ лицъ представленія переписки ихъ съ самими тяжущимися и указываются, вмѣстѣ съ тѣмъ, условія, ограничивающія это право, или, лучше сказать, условія, при существованіи которыхъ самое право только и можетъ быть осуществляемо. Если въ такомъ же смыслѣ понимать и правило 445 ст., то необходимо придти къ тому заключенію, что въ немъ идетъ рѣчь о слѣдующемъ: а) что отъ третьяго, не участвующаго въ дѣлѣ, лица можетъ быть потребована частная переписка его съ самими тяжущимися или ихъ представителями, или лицами, хотя въ дѣлѣ не участвующими, т.-е. посторонними, но по отношенію которыхъ тяжущіеся являются однако же или, напр., ихъ правопреемниками, или поручителями и проч., и б) что переписка съ этими лицами можетъ быть потребована отъ третьяго лица только въ томъ случаѣ, когда оно само, т.-е. третье лицо принимало участіе въ заключеніи договора, о которомъ, безъ сомнѣнія, идетъ споръ, въ качествѣ прикащика, коммиссіонера, маклера или посредника. Очевидно, что при такомъ толкованіи правила 445 ст. неточность редакціи его восполняется въ значительной степени, а равно выясняется, что и выраженіе статьи—„переписка съ постороннимъ лицомъ можетъ быть истребована отъ него“ (т.-е. отъ третьяго, не участвующаго въ дѣлѣ, лица) и проч., никакъ не должно быть понимаемо буквально, и что, напротивъ, слѣдуетъ признать, что здѣсь идетъ рѣчь о перепискѣ не только съ лицомъ, тяжбѣ постороннимъ, но говорится даже преимущественно о перепискѣ третьяго лица съ самимъ тяжущимся, такъ что выраженіе: „съ постороннимъ лицомъ“—слѣдуетъ понимать только въ томъ смыслѣ, что здѣсь рѣчь идетъ о перепискѣ третьяго лица съ лицомъ ему постороннимъ, что̀ конечно вовсе не исключаетъ того, чтобы таковымъ лицомъ не могъ быть признанъ и одинъ изъ тяжущихся. Но для того, чтобы переписка отъ третьяго лица—съ самими ли тяжущимися, или лицами ему посторонними—могла быть потребована отъ него, правило разбираемой статьи ставитъ то же самое условіе, какъ и постановленіе 1600 ст. уст. торг. или, лучше сказать, вмѣняетъ въ обязанность третьему лицу представлять его переписку только въ томъ случаѣ, когда оно само участвовало въ качествѣ прикащика, коммиссіонера, маклера или посредника при заключеніи договора. Само собой разумѣется, что здѣсь рѣчь идетъ объ участіи третьяго лица въ заключеніи того договора, который служитъ основаніемъ иску или возраженіямъ; а какъ подобный договоръ можетъ быть заключенъ не только между тяжущимися, но и другими лицами, правопередатчиками тяжущихся, то вслѣдствіе этого и дѣлается очевиднымъ, что для тяжущагося, во многихъ случаяхъ, можетъ служить доказательствомъ не только переписка третьяго лица съ его противникомъ, но и переписка съ лицомъ, постороннимъ тяжбѣ, которое однако же было или первоначальнымъ контрагентомъ договора, или поручителемъ по договору и проч., поэтому-то въ текстѣ статьи и не прибавлены послѣ словъ: „при заключеніи договора“, слова „между тяжущимися“, чтобы тѣмъ самымъ не лишить тяжущихся возможности пользоваться необходимыми для нихъ, во многихъ случаяхъ, доказательствами. Но, съ другой стороны, я не могу также не замѣтить, что то обстоятельство, что переписка отъ третьяго лица можетъ быть потребована только въ томъ случаѣ, когда оно само принимало участіе въ заключеніи договора въ качествѣ посредника, служитъ указаніемъ на то, что переписка его съ другими посторонними лицами, помимо тяжущихся и ихъ правопере-

датчиковъ, и потребована отъ него не можетъ быть, потому что въ качествѣ коммиссіонера или посредника оно и могло вести относящуюся къ дѣлу переписку только съ этими послѣдними лицами, а не съ другими, посторонними, не принимавшими никакого участія въ заключеніи договора. Однимъ словомъ, правило 445 ст., какъ это ясно показываетъ внутренній смыслъ его, вмѣняетъ третьимъ лицамъ въ обязанность представлять по требованію тяжущихся только ту ихъ частную переписку, которую они вели именно въ качествѣ коммиссіонеровъ, прикащиковъ или посредниковъ, но понятно, что въ качествѣ такихъ лицъ они могутъ явиться только по отношенію тяжущихся и ихъ правопередатчиковъ.

Такимъ образомъ, вышепоставленный вопросъ о томъ, въ какихъ случаяхъ переписка и съ какими именно лицами можетъ быть потребована отъ третьяго, не участвующаго въ дѣлѣ, лица, разрѣшается въ томъ смыслѣ, что переписка отъ третьяго лица можетъ быть потребована только въ томъ случаѣ, когда оно само принимало участіе въ качествѣ прикащика, коммиссіонера, маклера или посредника въ заключеніи того договора, о которомъ происходитъ споръ между тяжущимися, и, притомъ, можетъ быть потребована переписка его только или съ самими тяжущимися, или съ тѣми лицами, которыя принимали участіе въ заключеніи договора въ качествѣ ли контрагентовъ, поручителей и проч. Къ такому же разрѣшенію этого вопроса мы придемъ и при другомъ способѣ толкованія правила 445 ст., когда примемъ во вниманіе ту цѣль, съ которой оно установлено. Вообще правила устава о порядкѣ истребованія письменныхъ доказательствъ включены въ уставъ съ тою цѣлью, чтобы дать тяжущимся возможность, въ огражденіе ихъ правъ, воспользоваться тѣми доказательствами, которыхъ они не имѣютъ у себя въ рукахъ, но которыя имѣютъ для нихъ существенное значеніе. Такого рода доказательства могутъ иногда находиться у третьихъ, не участвующихъ въ дѣлѣ, лицъ, и между этими доказательствами могутъ оказаться документы, хотя и относящіеся къ частной перепискѣ третьяго лица, но могущіе, однако же, имѣть, какъ доказательства, весьма существенное значеніе. Понятно, что изъ частной переписки третьяго лица для тяжущагося должны имѣть самое существенное значеніе письма, адресованныя третьему лицу или самимъ противникомъ тяжущагося, или, по крайней мѣрѣ, его правопередатчикомъ; письма другихъ лицъ, совершенно постороннихъ, конечно, не могутъ имѣть для него никакого значенія; поэтому-то, если имѣть въ виду цѣль, съ которой внесено въ уставъ правило 445 ст., то необходимо придти къ тому заключенію, что правиломъ этой статьи тяжущимся именно предоставляется право требовать отъ третьихъ лицъ представленія, прежде всего, писемъ противной стороны, хотя это не только и не выражено съ точностью въ текстѣ статьи, но выраженіе ея: „переписка съ постороннимъ лицомъ можетъ“—ведетъ даже къ совершенно противоположному заключенію, что̀ допустить, однако же, нельзя, именно въ виду того, что при противоположномъ толкованіи правило 445 ст. потеряло бы всякій смыслъ и значеніе.

Кромѣ сказаннаго по поводу правъ тяжущихся на частную переписку третьихъ, не участвующихъ въ дѣлѣ, лицъ, я долженъ еще замѣтить, что хотя прямого воспрещенія, выраженнаго въ 1601 ст. уст. торг., о томъ, что тяжущіеся не въ правѣ требовать отъ третьихъ лицъ представленія въ судъ ихъ частной переписки въ томъ случаѣ, когда третье лицо не принимало участія въ заключеніи договора, о которомъ идетъ споръ, въ качествѣ, напр., прикащика, посредника и пр., и не внесено въ уставъ, но что, при толкованіи правила 445 ст. по аргументу a contrario, необходимо придти къ тому заключенію, что подобное воспрещеніе существуетъ и въ уставѣ. Въ самомъ дѣлѣ, если въ уставѣ прямо указанъ случай, когда тяжущійся въ правѣ требовать отъ третьихъ лицъ представленія ихъ переписки и если, затѣмъ, при-

бавлено еще, что частная переписка ихъ вообще не подлежитъ представленію, то понятно, что ни въ какихъ другихъ случаяхъ, помимо указаннаго, тяжущіеся и не въ правѣ требовать отъ третьихъ лицъ представленія ихъ переписки, даже еслибы имъ было положительно извѣстно, что у третьяго лица имѣются письма противника, могущія имѣть, какъ доказательство, весьма существенное въ дѣлѣ значеніе. Но для того, конечно, чтобы предоставить тяжущимся возможность, въ бо́льшемъ числѣ случаевъ, пользоваться доказательствами, находящимися у третьихъ лицъ, мнѣ кажется, необходимо словамъ 445 ст.: „въ качествѣ прикащика, коммиссіонера, маклера или посредника“, придавать возможно широкое значеніе и предоставлять право тяжущимся требовать отъ третьихъ лицъ ихъ переписку не только тогда, когда они по профессіи принадлежатъ къ категоріи указанныхъ лицъ, но и вообще тогда, когда третье лицо принимало какое-либо участіе, напр., въ качествѣ посредника въ заключеніи договора, о которомъ идетъ споръ, хотя бы участіе это выразилось въ единичномъ случаѣ. Допустить такое толкованіе, мнѣ кажется, необходимо тѣмъ болѣе еще и потому, что правило 445 ст., хотя и почерпнутое изъ устава торговаго, установлено однако же вовсе не на случаи тяжбъ только между лицами торговаго сословія, а установлено на случаи вообще гражданскихъ исковъ между всѣми; между же лицами, не принадлежащими къ торговому званію, трудно встрѣтить лицъ, которыя бы въ видѣ постоянной профессіи занимались, напр., маклерствомъ, коммиссіонерствомъ, такъ что еслибы предоставить тяжущимся право требовать представленія переписки только отъ этихъ лицъ, то право это равнялось бы почти нулю, вслѣдствіе чего, и самое правило 445 ст. въ общемъ гражданскомъ, не-торговомъ процессѣ утратило бы всякое значеніе, что̀ допустить, однако же, невозможно; устраненъ же подобный результатъ можетъ быть только болѣе широкимъ толкованіемъ послѣднихъ словъ статьи.

Разсмотрѣвши, такимъ образомъ, въ чемъ заключаются исключенія, выраженныя въ 445 ст. въ отношеніи правъ тяжущихся на документы, находящіеся у третьихъ, не участвующихъ въ дѣлѣ, лицъ, я долженъ еще сказать нѣсколько словъ о томъ значеніи этихъ исключеній, какое они имѣютъ по отношенію правъ тяжущихся, какъ ограниченія. Исключенія эти освобождаютъ третьи лица отъ обязанности представлять, по требованію тяжущихся, находящіеся у нихъ документы въ извѣстныхъ случаяхъ, и, такимъ образомъ, хотя косвенно, но создаютъ тѣмъ самымъ для нихъ право уклоняться отъ представленія требуемыхъ документовъ; а какъ каждому, конечно, предоставляется полная свобода пользоваться или не пользоваться своимъ правомъ, то могутъ встрѣтиться случаи, когда третьи лица не пожелаютъ уклоняться отъ представленія, по требованію тяжущихся, и такихъ документовъ, которые законъ объявляетъ подлежащими тайнѣ и, вслѣдствіе того, освобождаетъ отъ обязанности представленія ихъ, поэтому-то, въ виду возможности заявленія со стороны третьяго лица отказа отъ пользованія правомъ его, тяжущимся и можетъ быть предоставлено первоначально право обратиться къ третьему лицу съ требованіемъ о представленіи всякаго документа, даже подлежащаго тайнѣ. Въ такомъ случаѣ исполненіе требованія тяжущагося будетъ, конечно, зависѣть отъ воли третьяго лица, но только отъ его воли, вслѣдствіе чего, судъ, мнѣ кажется, всегда обязанъ, по просьбѣ тяжущагося, потребовать документъ отъ третьяго лица, даже при полной очевидности того, что требуемый документъ не подлежитъ представленію, ибо судъ не въ правѣ отказать въ требованіи документа по своей иниціативѣ и тѣмъ какъ бы принуждать третье лицо пользоваться его правомъ. Вообще и самое правило разбираемой статьи не предоставляетъ суду никакой иниціативы ни въ отношеніи права по его усмотрѣнію требовать представленія тѣхъ или другихъ документовъ отъ третьихъ лицъ, ни въ отно-

шеніи права освобождать ихъ отъ представленія имѣющихся у нихъ письменныхъ доказательствъ, когда тяжущіеся заявляютъ по этому предмету требованіе свое къ третьимъ лицамъ, до тѣхъ поръ, пока сіи послѣднія не заявятъ положительно свое нежеланіе представить, по требованію тяжущихся, документы, подлежащіе тайнѣ. Суду, при разрѣшеніи просьбы тяжущихся объ истребованіи документовъ отъ третьихъ лицъ, должно быть предоставлено только право обсудить — имѣетъ ли требуемый документъ непосредственное къ дѣлу отношеніе и насколько существенно значеніе его по дѣлу, какъ доказательства, такъ что мнѣ кажется, что судъ въ правѣ отказать тяжущемуся въ истребованіи документа отъ третьяго лица только въ томъ случаѣ, когда вопросъ о значеніи документовъ будетъ разрѣшенъ имъ отрицательно; во всѣхъ же остальныхъ случаяхъ судъ обязанъ потребовать отъ третьяго лица представленія указаннаго тяжущимся документа, если, конечно, тяжущемся, при этомъ, будутъ въ точности выполнены требованія слѣдующей статьи устава въ отношеніи порядка заявленія просьбы.

Такое же приблизительно значеніе правилу разбираемой статьи, въ отношеніи занимающаго насъ вопроса, о правѣ тяжущихся требовать представленія къ дѣлу документовъ, подлежащихъ тайнѣ, придаетъ и сенатъ, хотя относящееся къ этому вопросу рѣшеніе его и относится собственно къ нѣсколько иному случаю. Именно въ дѣлѣ, подлежавшемъ разсмотрѣнію сената, вопросъ шелъ о правѣ тяжущагося требовать представленія къ дѣлу торговыхъ книгъ не отъ третьяго лица, а отъ противной стороны. Разрѣшая этотъ вопросъ, сенатъ призналъ, что хотя торговыя книги и признаны 529 ст. уст. торг. документами, подлежащими тайнѣ, но что, несмотря на это, въ томъ случаѣ, когда тяжущійся, по требованію своего противника, согласился на представленіе своихъ торговыхъ книгъ, то, затѣмъ, уже не въ правѣ отказываться отъ представленія ихъ, и что въ противномъ случаѣ судъ можетъ признать, на основаніи 444 ст., доказанными тѣ обстоятельства, подтвержденіемъ которыхъ должны были бы служить непредставленныя книги (рѣш. 1869 года, № 20). Это положеніе сената, если и не можетъ имѣть полнаго примѣненія при обсужденіи требованій тяжущихся о представленіи документовъ, подлежащихъ тайнѣ, третьими лицами, по самому различію положенія самихъ тяжущихся и третьихъ, постороннихъ тяжбѣ, лицъ, но не можетъ имѣть примѣненія только въ отношеніи опредѣленія послѣдствій непредставленія документовъ, но не въ отношеніи опредѣленія самаго существа правъ тяжущихся, по предмету истребованія документовъ, которыя въ процессуальномъ отношеніи совершенно одинаковы — какъ по отношенію участвующихъ въ дѣлѣ лицъ въ качествѣ стороны, такъ и третьихъ, не участвующихъ въ дѣлѣ, лицъ.

Третьи лица обязаны представлять, по требованію тяжущихся, находящіеся у нихъ документы не непремѣнно въ подлинникѣ; правило разбираемой статьи дозволяетъ имъ представлять, вмѣсто подлинниковъ, и копіи, только копіи, какъ это можно заключить на основаніи постановленія 447 ст., должны быть при представленіи засвидѣтельствованы третьими лицами въ вѣрности ихъ установленнымъ порядкомъ. Право представлять вмѣсто подлинниковъ копіи третьимъ лицамъ даетъ уставъ собственно въ ихъ интересѣ, для отвращенія потери важныхъ для нихъ документовъ, какъ сказано въ мотивахъ.

Прежде чѣмъ окончить разсмотрѣніе правила 445 ст., не могу не сдѣлать еще одно замѣчаніе. Въ статьѣ этой сказано, что третьи лица обязаны, по требованію тяжущихся, представлять въ судъ находящіеся у нихъ документы. Выраженіе — „находящіеся у нихъ документы“, не совсѣмъ точно, оно можетъ подать поводъ предполагать, что третьи лица обязаны представлять не только документы, находящіеся у нихъ и имъ принадлежащіе, но

и документы, принадлежащіе лицамъ постороннимъ, но случайно у нихъ находящіеся, когда чужіе документы были отданы имъ, напр., на сохраненіе или для передачи и проч. Обязывать, однако же, третье лицо представлять не только свои, но и чужіе документы, врядъ ли возможно и мнѣ кажется, что допустить этого нельзя и по точному смыслу правила 445 ст., взятаго не въ отдѣльныхъ выраженіяхъ его, а во всей цѣлости содержанія. Если сопоставить цитированное выраженіе съ указанными, затѣмъ, исключеніями, выраженными словами: „за исключеніемъ ихъ частной переписки и торговыхъ книгъ", которыми третьи лица освобождаются отъ обязанности представленія принадлежащихъ имъ документовъ, и если принять во вниманіе, что характеръ исключенія указываетъ и на характеръ общаго правила, то необходимо будетъ придти къ заключенію, что и общимъ правиломъ 445 ст. возлагается на третьихъ лицъ обязанность представлять въ судъ, по требованію тяжущихся, только документы, имъ принадлежащіе. Поэтому, скорѣе слѣдуетъ предполагать, что въ текстъ статьи выраженіе: „находящіеся у нихъ документы"—включено редакторами уставовъ по недосмотру, вмѣсто: „принадлежащіе имъ документы". Собственно же обстоятельство нахожденія или ненахожденія у третьяго лица принадлежащихъ ему документовъ въ моментъ требованія никакого значенія, въ отношеніи обязанности его представить требуемые документы, имѣть не можетъ, потому что документы, принадлежащіе третьему лицу, могутъ въ моментъ требованія, по волѣ самого третьяго лица, находиться не у него, бывъ имъ самимъ отданы, положимъ, или на сохраненіе въ какое-либо кредитное учрежденіе, или даже частному лицу, но очевидно, что обстоятельство это нисколько не можетъ освободить третье лицо отъ обязанности представить, по требованію тяжущихся, необходимые документы, если не въ подлинникѣ, то, по крайней мѣрѣ, въ засвидѣтельствованной копіи. Мнѣ кажется даже, что еслибы какой-либо документъ, принадлежащій третьему лицу, даже противъ воли его, не находился у него въ моментъ требованія, еслибы находился, положимъ, при дѣлѣ въ судѣ, то и въ такомъ случаѣ третье лицо обязано представить, по требованію тяжущихся, хотя копію документа. Впрочемъ, я долженъ сказать, что если и принять за общее правило то положеніе, что отъ третьихъ лицъ могутъ быть требуемы документы, только имъ принадлежащіе, то нельзя въ то же время не признать, что могутъ встрѣтиться и такіе исключительные случаи, когда съ требованіемъ о представленіи документа необходимо будетъ обратиться къ лицу, которому находящіеся у него документы не принадлежатъ, но которое состоитъ къ лицамъ, имѣющимъ право собственности на требуемые документы, въ положеніи ихъ представителя. Такъ напр., еслибы встрѣтилась необходимость потребовать документы, принадлежащіе малолѣтнимъ, то съ такимъ требованіемъ слѣдуетъ, скорѣе всего, обратиться не къ самимъ малолѣтнимъ, а къ ихъ опекуну. Я полагаю также, что въ нѣкоторыхъ случаяхъ возможно допустить обращеніе требованія о представленіи чужихъ документовъ къ представителю по довѣренности, когда повѣренный самостоятельно завѣдуетъ, напр., торговыми дѣлами довѣрителя, или его имѣніемъ въ качествѣ управляющаго и проч.

Разсмотрѣвши правило 445 ст. по его содержанію, я долженъ остановиться еще на вопросѣ о послѣдствіяхъ неисполненія третьими лицами возложенной на нихъ обязанности, въ отношеніи представленія требуемыхъ отъ нихъ тяжущимися документовъ. Правило настоящей статьи говоритъ только объ обязанности третьихъ лицъ представлять документы, но ни въ этой, ни въ другихъ статьяхъ устава ничего не говорится о томъ, чему могутъ подвергнуться третьи лица, не исполнившія возложенной на нихъ закономъ обязанности. Послѣдствія же, для того, чтобы правило 445 ст. имѣло надлежащую санкцію и для того, чтобы для третьихъ лицъ было какое-либо побу-

жденіе къ дѣйствительному выполненію возложенной на нихъ обязанности, конечно, должны быть невыгодныя для третьихъ лицъ. Что же мы видимъ на самомъ дѣлѣ и гдѣ мы должны искать тотъ законъ, который бы санкціонировалъ въ настоящемъ случаѣ соблюденіе третьими лицами правила 445 ст.? Изъ мотивовъ, помѣщенныхъ въ изданіи государственной канцеляріи, между прочимъ, видно, что при первоначальномъ составленіи проекта устава имѣлось въ виду включить въ уставъ, какъ бы въ огражденіе точнаго соблюденія третьими лицами постановленія 445 ст., особое правило, которымъ дозволялось бы тяжущимся предъявлять къ третьимъ лицамъ искъ объ убыткахъ, въ случаѣ отказа ихъ отъ представленія требуемыхъ документовъ, но что затѣмъ, въ виду трудности подобнаго иска и для предупрежденія размноженія тяжбъ, подобное правило въ уставъ не внесено. Еслибы такое разсужденіе составителей уставовъ имѣло силу закона, то дѣйствительно правило 445 ст. оказалось бы лишеннымъ всякой санкціи исполненія его, а, слѣдовательно, и лишеннымъ всякаго значеніи. Страннымъ мнѣ кажется и то обстоятельство, что составители уставовъ, безъ особаго въ уставѣ дозволенія на искъ объ убыткахъ къ третьимъ лицамъ, считали какъ бы невозможнымъ и недопустимымъ такой искъ. Разсуждая такимъ образомъ, составители уставовъ, повидимому, забыли о существованіи общаго правила нашего матеріальнаго права, выраженнаго въ 684 ст. X т. 1 ч., въ силу котораго всякій обязанъ отвѣчать за вредъ и убытки, происшедшіе отъ его дѣянія или упущенія. Такъ и въ настоящемъ случаѣ, третье лицо, не исполнившее своей обязанности, указанной въ 445 ст., т.-е. не представившее, по требованію тяжущагося, необходимый къ дѣлу документъ, совершаетъ тѣмъ самымъ такое гражданскі-преступное упущеніе, за которое оно, въ силу 684 ст. X т. 1 ч., и должно отвѣчать передъ тяжущимися за тѣ убытки, которые могутъ произойти вслѣдствіе непредставленія документа. Такимъ образомъ, по моему мнѣнію, правило 684 ст. X т. 1 ч. и есть тотъ законъ, который долженъ служить санкціей выполненія третьими лицами постановленія 445 ст. Понятно, что при существованіи такого закона и не предстояло никакой необходимости вносить въ уставъ особое дозволеніе, на основаніи котораго тяжущіеся могли бы вчинать искъ объ убыткахъ противъ третьихъ лицъ, не представившихъ, по ихъ просьбѣ, находящихся у нихъ документовъ, потому что и отсутствіе такого дозволенія, какъ я сказалъ, нисколько не лишаетъ ихъ въ настоящемъ случаѣ права на искъ объ убыткахъ, въ виду общаго правила 684 ст. X т. 1 ч. Нельзя, конечно, не согласиться съ составителями уставовъ въ томъ, что искъ объ убыткахъ представляетъ въ настоящемъ случаѣ дѣйствительно значительныя трудности для выигрыша, потому что тяжущійся, возбудившій такой искъ, обязанъ былъ бы доказать, во-первыхъ, что затребованный имъ документъ дѣйствительно находится у третьяго лица, и, во-вторыхъ, обязанъ былъ бы доказать, что непредставленный третьимъ лицомъ документъ дѣйствительно послужилъ бы доказательствомъ того обстоятельства, въ подтвержденіе котораго требовался, вслѣдствіе чего, непредставленіе документа имѣло существенное вліяніе на рѣшеніе дѣла въ смыслѣ неблагопріятномъ для его интересовъ, что доказать въ огромномъ большинствѣ случаевъ представляется дѣйствительно почти невозможнымъ. Если при этомъ принять еще во вниманіе, насколько вообще затруднителенъ искъ объ убыткахъ въ нашихъ судахъ, то, пожалуй, что придется въ концѣ-концовъ придти къ тому заключенію, что правило 684 ст. X т. 1 ч., если и должно служить санкціей исполненія третьими лицами обязанности, возложенной на нихъ правиломъ 445 ст., то санкціей, во всякомъ случаѣ, весьма слабой. Но хорошо уже и то, что есть хотя какая-нибудь санкція и что составители уставовъ не уничтожили и эту послѣднюю гарантію, не внесши

въ уставъ положительнаго воспрещенія вчинать искъ объ убыткахъ противъ третьихъ лицъ.

Слѣдующія статьи опредѣляютъ самый порядокъ заявленія тяжущимися просьбы объ истребованіи документовъ отъ третьихъ лицъ.

Ст. 446. Тяжущійся, при ссылкѣ на находящійся у третьяго лица документъ, долженъ исполнить условія, предписанныя въ статьѣ 443.

Ст. 447. Копія прошенія объ истребованіи документа посылается третьему лицу при повѣсткѣ, въ коей назначается срокъ для представленія въ судъ подлиннаго документа или засвидѣтельствованной его копіи.

Ст. 448. Издержки производства по требованію документа отъ третьяго лица не причисляются къ общимъ судебнымъ издержкамъ, но обращаются на требователя.

На основаніи правила первой изъ этихъ статей необходимо заключить, что порядокъ заявленія просьбъ, какъ объ истребованіи документовъ отъ самихъ тяжущихся, такъ и объ истребованіи документовъ отъ третьихъ лицъ, одинаковъ, т. е. что просьба объ истребованіи документа отъ третьяго лица можетъ быть заявлена тяжущимся во всякомъ положеніи дѣла, какъ во время предварительной письменной подготовки его, такъ и тогда, когда оно готово къ слушанію и даже въ одномъ изъ засѣданій при слушаніи дѣла; въ просьбѣ долженъ быть обстоятельно указанъ требуемый документъ и также указаны и тѣ основанія, по которымъ проситель полагаетъ, что требуемый документъ находится у третьяго лица; просьба объ истребованіи документа отъ третьяго лица должна быть заявлена непремѣнно письменно, потому что копія просьбы, въ силу правила 447 ст., должна быть сообщена третьему лицу; кромѣ того, при прошеніи должны быть приложены, по общему правилу, и копіи для сообщенія противной сторонѣ и деньги, необходимыя на расходы по вручению копіи третьему лицу. Затѣмъ, просьба объ истребованіи документа должна быть разрѣшена судомъ въ частномъ порядкѣ по сообщеніи копіи прошенія противной сторонѣ, но не иначе, какъ въ публичномъ судебномъ засѣданіи. Въ опредѣленіи суда, если просьба объ истребованіи документа будетъ признана заслуживающею уваженія, долженъ быть назначенъ и срокъ, къ которому третье лицо обязано представить требуемый документъ. Послѣ этого, т.-е. по разсмотрѣніи просьбы тяжущагося объ истребованіи документа судомъ и по постановленіи опредѣленія, копія прошенія при повѣсткѣ, съ указаніемъ въ ней срока на представленіе документа, должна быть сообщена третьему лицу. Сообщать же копію прошенія третьему лицу ранѣе этого момента было бы не только совершенно безцѣльно въ виду неизвѣстности долженствующаго послѣдовать опредѣленія суда, которымъ въ ходатайствѣ тяжущемуся объ истребованіи документа можетъ быть и отказано, но даже и противозаконно, такъ какъ документъ отъ третьяго лица можетъ быть потребованъ не иначе, какъ по судебному опредѣленію, а не по единоличному распоряженію предсѣдателя суда. Если, затѣмъ, къ означенному судомъ сроку третье лицо не представитъ требуемый документъ, и не подастъ никакого отзыва о томъ, когда документъ можетъ быть представленъ, или если копія прошенія объ истребованіи документа вовсе не будетъ вручена третьему лицу, напр., вслѣдствіе неправильнаго указанія тяжущимся мѣста жительства его, то процессъ долженъ получить дальнѣйшее движеніе въ установленномъ порядкѣ. Впрочемъ, нельзя, кажется, не признать, что могутъ иногда встрѣтиться и такія обстоятельства, при которыхъ причины непредставленія третьимъ лицомъ въ срокъ требуемаго документа могутъ оказаться настолько уважительными, когда, напр., третье лицо не въ состояніи будетъ представить въ срокъ документъ за позднимъ полученіемъ повѣстки, или за неполученіемъ повѣстки вслѣдствіе временной отлучки изъ мѣстожительства и пр., то судъ въ правѣ будетъ, по просьбѣ тяжущихся, дать отсрочку и назна-

чить третьему лицу новый срокъ на представленіе документа. Въ такомъ случаѣ третьему лицу должна быть послана вновь повѣстка, въ которой и долженъ быть указанъ другой срокъ на представленіе документа. Судъ въ настоящемъ случаѣ въ правѣ будетъ поступить такимъ образомъ, примѣняясь, какъ мнѣ кажется, хотя бы къ правилу 445 ст., которая предоставляетъ ему право давать отсрочку на представленіе документа или справки въ томъ случаѣ, когда правительственное установленіе не въ состояніи будетъ удовлетворить просьбу тяжущагося о выдачѣ таковыхъ къ первоначально-назначенному судомъ сроку. Руководствоваться правиломъ этой статьи судъ, кажется, тѣмъ болѣе въ правѣ, что обстоятельства, могущія вызвать отсрочку въ томъ и другомъ случаѣ, представляются во многомъ аналогичными.

Правило 448 ст., опредѣляющее, что издержки производства по истребованію документа отъ третьяго лица не должны быть причисляемы къ общимъ судебнымъ издержкамъ, а должны быть обращаемы всегда на требователя,—по несложности его не требуетъ никакихъ дальнѣйшихъ разъясненій и, потому, я прямо перехожу къ толкованію слѣдующихъ статей.

Ст. 449. Въ спорахъ по торговому или промышленному предпріятію, по ссылкѣ одной изъ сторонъ на книги и акты, принадлежащіе къ дѣламъ товарищества или общества, акты и книги сіи должны быть представлены въ судъ.

Ст. 450. Въ случаѣ невозможности представить акты и книги, судъ отряжаетъ одного изъ своихъ Членовъ для обозрѣнія оныхъ и для выписки изъ нихъ, по указаніямъ и въ присутствіи обѣихъ сторонъ, того, что къ дѣлу относится.

Ст. 451. Документы, оглашеніе всего содержанія коихъ признается стороною или третьимъ лицомъ неудобнымъ, по причинамъ, лично до нихъ касающимся, обозрѣваются, по назначенію суда, однимъ изъ его Членовъ въ присутствіи одной или обѣихъ сторонъ, и тѣ мѣста этихъ документовъ, которыя относятся къ дѣлу, выписываются Членомъ суда.

Изъ настоящихъ статей особо важное значеніе, въ отношеніи процессуальныхъ правъ тяжущихся, имѣетъ, конечно, только правило 449 ст., которое, однако же, изложено далеко не съ надлежащей ясностью и опредѣлительностью, и представляетъ для комментатора, поэтому, довольно значительныя трудности на пути къ разрѣшенію тѣхъ вопросовъ, которые возникаютъ сами собой, вслѣдствіе недостаточности правила. Несомнѣннымъ въ постановленіи 449 ст. кажется только одно, это именно то, что въ немъ говорится объ обязанности лицъ юридическихъ, существующихъ на основаніи договора, представлять въ судъ, по ссылкѣ одной изъ сторонъ процесса, принадлежащіе къ ихъ дѣламъ акты и книги. Еслибы предположить, что составители уставовъ при нормированіи правилъ о порядкѣ истребованія и представленія въ судъ письменныхъ доказательствъ, держались такой системы, что сперва изложили бы правила о порядкѣ истребованія тяжущимися документовъ другъ отъ друга, затѣмъ, правила о порядкѣ истребованія ими документовъ отъ третьихъ лицъ физическихъ, потомъ отъ третьихъ лицъ юридическихъ и наконецъ отъ правительственныхъ установленій, то возможно было бы придти къ тому заключенію, что правило 449 ст., по мѣсту, занимаемому имъ среди постановленій устава о порядкѣ истребованія документовъ, должно заключать въ себѣ именно постановленіе о правѣ тяжущихся требовать представленія въ судъ документовъ отъ третьихъ, не участвующихъ въ дѣлѣ, лицъ юридическихъ, и, притомъ, только это постановленіе. Такъ ли однако же оно на самомъ дѣлѣ? Еслибы предположить, что въ правилѣ 449 ст. рѣчь идетъ о правѣ тяжущихся на документы третьихъ, не участвующихъ въ дѣлѣ, юридическихъ лицъ, то и при такомъ предположеніи становится непонятнымъ,—съ какою цѣлью въ началѣ статьи помѣщено выраженіе: „въ спорахъ по торговому или промышленному пред-

пріятію". Во-вторыхъ, въ самомъ текстѣ статьи ни слова не говорится о томъ, чтобы правиломъ, въ ней заключающимся, устанавливалась обязанность представленія документовъ, только по отношенію третьихъ, не участвующихъ въ дѣлѣ, лицъ; въ статьѣ не сказано, напр.,—третье лицо, товарищество или общество обязано представлять и проч., подобно тому, какъ это ясно выражено въ правилѣ 445 ст. въ отношеніи третьихъ лицъ физическихъ, что, конечно, ведетъ къ предположенію, что не объ этомъ предметѣ идетъ рѣчь въ правилѣ 449 ст. Выраженіе статьи: „въ спорахъ по торговому или промышленному предпріятію", мнѣ кажется, съ достаточной ясностью показываетъ, что при установленіи заключающагося въ ней правила имѣлось въ виду опредѣлить не столько обязанность по предмету представленія документовъ тѣхъ или другихъ юридическихъ лицъ, т.-е. не имѣлось въ виду указать именно на обязанность третьихъ, не участвующихъ въ дѣлѣ, лицъ, но имѣлось въ виду, главнымъ образомъ, опредѣлить тѣ иски, при веденіи которыхъ для юридическихъ лицъ—товариществъ и обществъ, обязанность представленія принадлежащихъ къ ихъ дѣламъ актовъ и книгъ только и возникаетъ. Если такъ, то первый вопросъ, подлежащій обсужденію, будетъ слѣдующій: при веденіи какихъ именно исковъ, товарищество и общество обязаны представлять принадлежащіе къ ихъ дѣламъ книги и акты? Только-что цитированное выраженіе статьи: „въ спорахъ по торговому или промышленному предпріятію" далеко не отличается достаточной опредѣлительностью; на основаніи этого выраженія нельзя съ точностью опредѣлить, при веденіи какихъ именно исковъ возникаетъ для юридическихъ лицъ обязанность представленія указанныхъ въ разбираемой статьѣ документовъ. Какія же данныя имѣетъ подъ рукой комментаторъ для уясненія поставленнаго вопроса? Нѣтъ сомнѣнія, что однимъ изъ надежнѣйшихъ источниковъ толкованія могли бы служить тѣ мотивы, которыми руководствовались составители уставовъ при редактированіи правила 449 ст., но, къ сожалѣнію, въ изданіи государственной канцеляріи мы никакихъ разсужденій, по поводу этой статьи, не находимъ. Но, уже одно то обстоятельство, что въ правилѣ 449 ст. говорится о спорахъ торговыхъ, даетъ, мнѣ кажется, нѣкоторое основаніе, хотя и косвенное, искать происхожденія заключающагося въ ней постановленія въ правилахъ устава торговаго. Поэтому, я и полагаю, что обратившись къ историческому способу толкованія, только и возможно въ настоящемъ случаѣ найти нѣкоторыя данныя для разъясненія возникающихъ при разсмотрѣніи правила этой статьи недоумѣній въ постановленіяхъ устава торговаго. Въ подтвержденіе того, что такой способъ толкованія, въ настоящемъ случаѣ, только и возможенъ, я могу сослаться еще на одно рѣшеніе сената, въ которомъ сенатъ указалъ на связь постановленія 449 ст. съ правилами устава торговаго и старался объяснить точный смыслъ заключающагося въ ней правила по соображенію 529 ст. XI т. 2 ч. (рѣш. 1868 года, № 827). Статья эта, какъ мы уже видѣли, говоритъ о значеніи торговыхъ книгъ, какъ доказательства, и о тайнѣ этихъ книгъ, а, затѣмъ, указываетъ далѣе, между прочимъ, какъ на исключеніе на случай, когда торговыя книги, подлежащія вообще тайнѣ, должны быть, однако же, представляемы въ судъ, по ссылкѣ на нихъ одной изъ сторонъ, и именно въ спорахъ по торговому товариществу, составленному на основаніи 750—775 ст. Хотя и это выраженіе представляется не вполнѣ яснымъ, вслѣдствіе чего, и на основаніи правила 529 ст. XI т. 2 ч., взятаго отдѣльно, и нельзя еще дать опредѣленный отвѣтъ на занимающій насъ вопросъ, но, если сопоставить выраженіе: „въ спорахъ по торговому товариществу"—съ правилами нѣкоторыхъ другихъ статей устава торговаго, то необходимо будетъ придти къ тому заключенію, что въ настоящемъ случаѣ уставъ торговый разумѣетъ не что иное, какъ споры, возникающіе въ средѣ самаго товарищества между членами онаго. Въ подтвержденіе такого вывода

я могу сослаться на выраженія, помѣщенныя въ слѣдующихъ статьяхъ: въ 752 ст. говорится: „когда въ товариществѣ возникаетъ споръ по дѣламъ, къ оному принадлежащимъ“; очевидно, что въ самомъ товариществѣ споръ и можетъ возникнуть только между членами самаго товарищества; еще точнѣе опредѣляетъ такого рода споръ выраженіе 1302 ст., относящейся къ правиламъ о подсудности: „дѣла по спорамъ и всякаго рода искамъ между товарищами торговаго дома“ и проч., а наконецъ правило 1572 ст. называетъ эти самые споры, также точно, какъ и правило 529 ст., уже просто „спорами по товариществу“. Если принять, далѣе, во вниманіе, что правило этой послѣдней статья сохраняетъ силу свою и въ настоящее время, при дѣйствіи новаго устава гражданскаго судопроизводства, въ отношеніи опредѣленія документовъ, подлежащихъ тайнѣ и не подлежащихъ, поэтому, представленію въ судъ, то неминуемо придется придти къ тому заключенію, что и правило 449 ст. допускаетъ возможность требовать представленія книгъ отъ лицъ юридическихъ и именно отъ торговыхъ товариществъ и обществъ только при спорахъ, возникающихъ въ средѣ самихъ товариществъ и, притомъ, между членами товарищества, какъ это правильно призналъ и сенатъ въ вышеприведенномъ рѣшеніи его. Если выводъ этотъ правиленъ, то необходимо будетъ также признать, что въ выраженіи разбираемой статьи: „въ спорахъ по торговому или промышленному предпріятію“, слово „предпріятію“ употреблено вмѣсто слова „товарищество“, и употреблено, притомъ, совершенно напрасно, какъ далеко не имѣющее такого опредѣленнаго значенія, какъ слово товарищество, а слова „или промышленному“ также включены въ текстъ статьи совершенно напрасно, какъ излишнія и означающія то же самое понятіе, что и слова „по торговому“; однимъ словомъ, цитированное выраженіе необходимо понимать такъ, какъ еслибы оно было редактировано слѣдующимъ образомъ: *„въ спорахъ по торговому или промышленному товариществу между членами онаго“*. Интерпретируя такимъ образомъ постановленіе 449 ст. въ связи съ правилами устава торговаго, мы должны придти къ слѣдующему результату: юридическія лица и именно торговыя товарищества и общества вообще не обязаны представлять въ судъ ихъ торговыя книги ни въ томъ случаѣ, когда бы представленіе книгъ требовалось отъ нихъ, какъ отъ третьихъ, не участвующихъ въ дѣлѣ, лицъ, ни въ томъ случаѣ, когда бы юридическое лицо само являлось стороной въ процессѣ, по требованію стороны противной, за исключеніемъ случая спора между самими членами товарищества и о дѣлахъ товарищества.

Такими выводами, впрочемъ, вышепоставленный вопросъ разрѣшается только на половину. Мы указали только тѣ случаи, когда юридическія лица, и, притомъ, лица извѣстной категоріи, именно — торговыя товарищества и общества, обязаны и когда не обязаны представлять ихъ торговыя книги, между тѣмъ, какъ въ статьѣ 449 идетъ рѣчь, кромѣ того, еще и объ обязанности этихъ лицъ представлять принадлежащіе къ ихъ дѣламъ и акты. Не можетъ быть, конечно, никакого сомнѣнія въ томъ, что въ силу правила этой статьи торговыя товарищества и общества, въ тѣхъ случаяхъ, когда они обязаны представлять ихъ торговыя книги, обязаны также представлять и акты, принадлежащіе къ ихъ дѣламъ; но вопросъ заключается въ томъ— обязаны ли эти юридическія лица и въ другихъ случаяхъ представлять принадлежащіе имъ документы, по требованію одной изъ сторонъ процесса. Правило 529 ст. уст. торговаго объявляетъ подлежащими тайнѣ только торговыя книги, но не какіе-либо другіе акты или документы, принадлежащіе какъ отдѣльнымъ принадлежащимъ къ торговому сословію лицамъ, такъ и торговымъ товариществамъ, вслѣдствіе чего, мнѣ кажется возможнымъ признать, что торговыя товарищества обязаны представлять принадлежащіе имъ акты и документы во всѣхъ случаяхъ споровъ безъ исключенія, и, притомъ,

безразлично — какъ по требованію противника, когда само товарищество является стороной въ процессѣ, такъ и по требованію кого-либо изъ тяжущихся, когда оно является третьимъ, не участвующимъ въ дѣлѣ, лицомъ, такъ какъ, въ оправданіе непредставленія требуемыхъ документовъ торговыя товарищества, въ настоящемъ случаѣ, не могутъ ссылаться на исключеніе, выраженное въ правилѣ 529 ст., и уклоняться на этомъ основаніи отъ представленія таковыхъ, въ силу общихъ правилъ устава по этому предмету. То обстоятельство, что въ 449 ст., говорится совмѣстно о книгахъ и актахъ, или что правиломъ этой статьи обязанность представленія тѣхъ и другихъ торговыми товариществами установлена по отношенію однихъ и тѣхъ же случаевъ, также не можетъ служить для торговыхъ товариществъ оправданіемъ непредставленія принадлежащихъ имъ актовъ, потому что включеніе въ правило, имѣющее не болѣе, какъ значеніе исключенія, или, лучше сказать, значеніе спеціальнаго постановленія, такъ сказать частички и изъ правила общаго, нисколько не можетъ поколебать дѣйствіе и силу этого послѣдняго правила. Такъ, мы только что видѣли, что ограниченіе опредѣленными случаями обязанности торговыхъ товариществъ, по предмету представленія документовъ, относится только до торговыхъ книгъ, но не до другихъ актовъ; если же законъ говоритъ, что акты должны быть представляемы и въ этихъ исключительныхъ случаяхъ, то понятно, что изъ этого никакъ нельзя выводить, чтобы законъ въ другихъ случаяхъ освобождалъ торговыя товарищества отъ обязанности представлять находящіеся у нихъ акты.

Изъ сказаннаго такимъ образомъ выясняется, что правило 449 ст. имѣетъ значеніе спеціальнаго постановленія, опредѣляющаго тѣ случаи, когда юридическія лица, и, притомъ, только торговыя товарищества и общества, обязаны представлять, по требованію сторонъ, принадлежащія имъ торговыя книги и другіе документы, вслѣдствіе чего, и возникаетъ второй, не менѣе существенный вопросъ о томъ—обязаны ли по нашему уставу другія юридическія лица, существующія на основаніи договора, представлять принадлежащіе имъ книги и документы, по требованію ли стороны противной, когда само юридическое лицо участвуетъ въ процессѣ въ качествѣ стороны, или по требованію тяжущихся, когда оно является третьимъ, не участвующимъ въ дѣлѣ, лицомъ? Правило 449 ст. относится, какъ я сказалъ, только до торговыхъ товариществъ, каковыми торговымъ уставомъ (ст. 750—775) признаются только товарищества полныя и на вѣрѣ, но и эти юридическія лица могутъ иногда и не быть обществами торговыми, а компаніи на акціяхъ къ торговымъ товариществамъ правилами XI т. 2 ч. даже прямо и не причисляются, къ каковымъ, какъ къ общегражданскимъ юридическимъ лицамъ, правило этой статьи и никакого примѣненія имѣть не можетъ, а должны, слѣдовательно, примѣняться общія правила устава гражданскаго судопроизводства, опредѣляющія порядокъ истребованія и представленія документовъ.

Что касается обязанности юридическихъ лицъ, существующихъ на основаніи договора, представлять принадлежащіе имъ книги и документы по требованію противной стороны, когда само юридическое лицо является стороной въ процессѣ, то не можетъ быть никакого сомнѣнія въ томъ, что на основаніи общаго правила, выраженнаго въ 442 ст., юридическія лица, являющіяся субъектами спора, положительно обязаны представлять по требованію противной стороны принадлежащіе имъ документы, могущіе служить къ подтвержденію спорныхъ обстоятельствъ дѣла, за исключеніемъ, конечно, документовъ, подлежащихъ тайнѣ, потому что въ 442 ст. говорится вообще объ обязанности тяжущихся представлять по требованію противной стороны находящіеся у нихъ документы, и въ пользу юридическихъ лицъ не сдѣлано правиломъ этой статьи никакого исключенія, когда лица эти участвуютъ въ

процессѣ въ качествѣ стороны, которое освобождало бы ихъ отъ обязанности представленія документовъ. Когда же общество или товарищество является третьимъ, не участвующимъ въ дѣлѣ, лицомъ, то хотя правило 445 ст., устанавливающее обязанность представленія документовъ, по требованію тяжущихся, со стороны третьихъ лицъ, и говоритъ, какъ мы видѣли, только объ обязанности частныхъ лицъ физическихъ, но мнѣ кажется, что въ настоящемъ случаѣ возможно допустить распространительное толкованіе правила этой статьи по аналогіи и признать, что въ силу заключающагося въ ней постановленія тяжущимся должно быть предоставлено право трѣбовать представленія необходимыхъ къ дѣлу документовъ и отъ третьихъ, не участвующихъ въ дѣлѣ, лицъ юридическихъ. Допустить такое распространительное толкованіе правила 445 ст. въ настоящемъ случаѣ мнѣ кажется тѣмъ болѣе возможнымъ, во-первыхъ, потому, что въ ней выражено правило общее, во-вторыхъ, потому, что уставъ не заключаетъ въ себѣ такихъ правилъ, которыя бы ставили лица юридическія въ привилегированное положеніе, въ отношеніи общей обязанности представленія документовъ, и, наконецъ, въ-третьихъ, если принять во вниманіе цѣль, съ которой вообще установлены правила о порядкѣ истребованія письменныхъ документовъ, то также нельзя предположить, чтобы законъ имѣлъ въ виду лишить тяжущихся необходимыхъ доказательствъ, единственно на томъ основаніи, что такія доказательства находятся не у частнаго физическаго, а у юридическаго лица.

Что касается, далѣе, послѣдствій несоблюденія юридическими лицами возложенной на нихъ закономъ обязанности, по предмету представленія находящихся у нихъ документовъ, то въ томъ случаѣ, когда требованіе къ нимъ будетъ обращено на основаніи 442 и 445 ст., послѣдствія эти, конечно, должны быть тѣ же самыя, которыя установлены закономъ въ отношеніи частныхъ лицъ физическихъ и которыя указаны мной выше, при разсмотрѣніи подлежащихъ статей. Нѣсколько труднѣе для разрѣшенія представляется вопросъ о послѣдствіяхъ несоблюденія тяжущимися обязанности, возложенной на нихъ правиломъ 449 ст., по предмету представленія, по требованію одной изъ сторонъ процесса, актовъ и книгъ, принадлежащихъ къ дѣламъ торговаго товарищества или общества. Разрѣшеніе этого вопроса затрудняется, во-первыхъ, тѣмъ, что ни въ этой, ни въ послѣдующихъ статьяхъ устава не указываются прямо послѣдствія непредставленія книгъ и актовъ торговаго товарищества. Въ правилѣ 450 ст., опредѣляющей случаи, когда акты и книги обозрѣваются членомъ суда на мѣстѣ, вслѣдствіе невозможности представить ихъ въ судъ, нельзя, конечно, видѣть указанія собственно на послѣдствія непредставленія актовъ и книгъ, потому что въ представленіи ихъ для обозрѣнія не суду, а члену суда, не будетъ еще никакого нарушенія обязанности; я же имѣю въ виду указать послѣдствія окончательнаго уклоненія отъ представленія книгъ и актовъ, какъ суду, такъ и члену суда для обозрѣнія; во-вторыхъ, разрѣшеніе поставленнаго вопроса затрудняется еще и тѣмъ, что въ 449 ст. не опредѣляется съ точностью, кто долженъ собственно представить акты и книги торговаго товарищества; въ статьѣ говорится только: „по ссылкѣ одной изъ сторонъ на книги и акты, принадлежащіе къ дѣламъ товарищества или общества, акты и книги сіи должны быть представлены въ судъ“. Мы видѣли выше, что обязанность представлять книги возникаетъ для торговаго товарищества только въ случаѣ спора между самими членами товарищества и по дѣламъ товарищества. Такого рода споры могутъ представляться въ различномъ видѣ: споръ можетъ происходить, напр., между двумя или тремя товарищами, такъ что остальные члены товарищества будутъ при этомъ оставаться въ сторонѣ; но споръ можетъ происходить и между всѣми членами товарищества, когда всѣ члены товарищества раздѣлятся, такъ сказать, на двѣ партіи, такъ что

часть ихъ будетъ стоять на сторонѣ истцовъ, а часть—на сторонѣ отвѣтчиковъ, что́ можетъ случаться, какъ мнѣ кажется, наичаще; во всякомъ случаѣ споръ будетъ уже происходить не между лицомъ юридическимъ—цѣлымъ товариществомъ, съ одной стороны, и лицомъ частнымъ физическимъ—съ другой, а будетъ происходить между частными лицами физическими—отдѣльными членами товарищества. Самый споръ между товарищами можетъ касаться, напр., взаимныхъ разсчетовъ ихъ по исполненію договора, который можетъ быть разрѣшенъ не иначе, какъ на основаніи торговыхъ книгъ товарищества; книги эти, смотря по тому—происходитъ ли споръ между всѣми товарищами, или только нѣкоторыми изъ нихъ,—могутъ находиться или у одной изъ сторонъ процесса, или въ рукахъ тѣхъ товарищей, которые никакого участія въ спорѣ не принимаютъ. Такимъ образомъ, на основаніи 449 ст. требованіе о представленіи книгъ одной изъ сторонъ процесса можетъ быть заявлено или къ сторонѣ противной, или къ третьимъ, не участвующимъ въ дѣлѣ, лицамъ; поэтому, мнѣ кажется, что и послѣдствія непредставленія книгъ должны быть различны, смотря по тому, къ кому изъ товарищей обращено требованіе, и послѣдствія эти, за умолчаніемъ о нихъ въ самомъ правилѣ 449 ст., должны быть опредѣлены не иначе, какъ по соображенію правилъ общихъ, опредѣляющихъ послѣдствія непредставленія документовъ какъ самими тяжущимися, такъ и третьими лицами. Изъ сказаннаго, такимъ образомъ, становится очевиднымъ, во-первыхъ, то, что обязанность представленія книгъ и актовъ торговаго товарищества должна быть возложена на тѣхъ изъ товарищей, въ рукахъ которыхъ документы эти находились бы и, во-вторыхъ, то, что послѣдствія непредставленія ихъ въ томъ случаѣ, когда тѣ изъ товарищей, которые имѣютъ у себя книги и акты товарищества, состоятъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, и стороной въ процессѣ, должны быть тѣ же самыя, которыя указаны въ 444 ст., т.-е., что судъ въ правѣ признать доказанными тѣ событія спора, подтвержденіемъ которыхъ могли бы служить непредставленные документы, и, наконецъ, въ-третьихъ, что послѣдствія непредставленія книгъ и актовъ тѣми изъ товарищей, которые не участвуютъ въ спорѣ, должны быть тѣ же самыя, которыя указаны мной при разборѣ 445 ст., т.-е. отвѣтственность ихъ за убытки передъ тѣми членами, по требованію которыхъ книги и акты не были представлены. При этомъ, я, однако же, не могу не замѣтить, что право стороны въ настоящемъ случаѣ на книги и акты товарищества, помимо указанныхъ послѣдствій, гарантируется нашими законами въ значительной степени и другими мѣрами. Мнѣ кажется даже, что санкцію постановленія 449 ст. слѣдуетъ видѣть главнымъ образомъ въ 1199 ст. улож. о наказ., которая полагаетъ весьма строгія наказанія членамъ товариществъ и торговыхъ обществъ за утайку или сокрытіе ввѣренныхъ имъ актовъ и имущества обществъ. Въ уклоненіи членовъ общества, имѣющихъ въ рукахъ книги и акты товарищества, отъ представленія таковыхъ, по требованію другихъ членовъ, нельзя, какъ мнѣ кажется, не видѣть прямого намѣренія скрыть или утаить документы, принадлежащіе всему обществу или товариществу, съ цѣлью лишить остальныхъ членовъ необходимаго доказательства ихъ правъ. Во всякомъ случаѣ въ такихъ дѣйствіяхъ членовъ общества нельзя видѣть простое нарушеніе гражданской обязанности, по предмету представленія документовъ, возлагаемой закономъ на тяжущихся и на третьихъ лицъ, потому что члены общества, утаивающіе принадлежащіе обществу акты и книги, гораздо въ бо́льшей степени нарушаютъ права остальныхъ членовъ, требующихъ представленія этихъ документовъ, такъ какъ, и эти послѣдніе имѣютъ на акты и книги общества одинаковыя права со всѣми прочими членами.

Порядокъ истребованія книгъ и актовъ отъ членовъ товарищества долженъ быть, конечно, тотъ же самый, который указанъ въ 443 и 446 ст. по

отношенію истребованія документовъ отъ самихъ сторонъ процесса, или отъ третьихъ, не участвующихъ въ дѣлѣ, лицъ, смотря по обстоятельствамъ спора. Дѣло только въ томъ, что законъ не обязываетъ членовъ товарищества къ непремѣнному представленію во всѣхъ случаяхъ принадлежащихъ обществу книгъ и актовъ, напротивъ, правило 450 ст. освобождаетъ ихъ отъ этой обязанности, въ случаѣ невозможности представить требуемые документы въ судъ, но вмѣсто этого обязываетъ ихъ только открывать книги и акты общества для обозрѣнія члену суда. Правило 450 ст. не опредѣляетъ собственно того, какіе случаи невозможности могутъ освобождать отъ представленія актовъ и книгъ, принадлежащихъ обществу, въ судъ, не постановляетъ также ничего о томъ, чтобы невозможность представленія была доказана; поэтому, мнѣ кажется, судъ не въ правѣ требовать представленія книгъ и актовъ общества непремѣнно въ судъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда члены общества, имѣющіе у себя требуемые документы, подадутъ въ судъ заявленіе о невозможности представить требуемые акты и книги въ судъ и когда указываемая ими невозможность будетъ представляться вѣроятною, когда, напр., они заявятъ, что черезъ представленіе книгъ въ судъ общество должно будетъ потерпѣть остановку въ дѣлахъ и проч. На случай невозможности представить требуемые акты и книги въ судъ, правило 450 ст. постановляетъ, что „судъ отряжаетъ одного изъ своихъ членовъ для обозрѣнія оныхъ и для выписки изъ нихъ, по указаніямъ и въ присутствіи обѣихъ сторонъ, того, что къ дѣлу относится“. Назначеніе члена суда для обозрѣнія актовъ и книгъ общества можетъ послѣдовать, конечно, не иначе, какъ по судебному опредѣленію, которое можетъ состояться не прежде, какъ послѣ того, какъ поступитъ въ судъ заявленіе о невозможности представить акты и книги въ судъ и по докладѣ этого заявленія въ судебномъ засѣданіи, конечно, въ порядкѣ частномъ. Первоначально же требованіе о представленіи книгъ и актовъ должно быть послано, безъ сомнѣнія, обыкновеннымъ порядкомъ, съ назначеніемъ срока, въ которому книги и акты должны быть представлены въ судъ. Во всякомъ случаѣ, мнѣ кажется, что въ случаѣ невозможности представить акты и книги въ судъ, судъ обязанъ непремѣнно назначить члена суда для обозрѣнія ихъ на мѣстѣ, т.-е. въ помѣщеніи товарищества или общества, потому что императивный характеръ правила 450 ст. въ этомъ отношеніи очевиденъ и ясно выражается въ словахъ: „судъ отряжаетъ одного изъ своихъ членовъ“ и проч. О невозможности представить акты и книги общества въ судъ можетъ заявить, кажется, и сторона, сдѣлавшая на нихъ ссылку, такъ что членъ суда для обозрѣнія документовъ долженъ быть назначенъ не только по заявленію стороны, къ которой обращено требованіе, но и по просьбѣ стороны, ссылающейся на акты и книги общества; по крайней мѣрѣ, правило разбираемой статьи не указываетъ, кто именно обязанъ заявить о невозможности представить въ судъ требуемые документы. Въ опредѣленіи суда о назначеніи члена для обозрѣнія документовъ общества можетъ быть назначенъ и срокъ, когда членъ суда обязанъ будетъ приступить къ обозрѣнію документовъ, хотя объ этомъ въ правилѣ разбираемой статьи также ничего не говорится. Если же срокъ для обозрѣнія документовъ въ опредѣленіи суда назначенъ не будетъ, и когда, слѣдовательно, опредѣленіе дня, когда членъ имѣетъ приступить къ обозрѣнію ихъ, будетъ предоставлено усмотрѣнію самого члена, то членъ суда обязанъ будетъ непремѣнно увѣдомить стороны особыми повѣстками о днѣ, въ который имъ приступлено будетъ къ обозрѣнію книгъ и актовъ общества, потому что правило разбираемой статьи предписываетъ производить обозрѣніе ихъ не иначе, какъ въ присутствіи обѣихъ сторонъ; для того же, чтобы онѣ могли явиться для присутствованія при обозрѣніи книгъ и актовъ общества, онѣ должны быть увѣдомлены о днѣ, назначенномъ членомъ суда для обозрѣнія. Членъ суда

долженъ обозрѣвать книги и дѣлать изъ нихъ необходимыя для дѣла выписки по указанію сторонъ; правило разбираемой статьи не постановляетъ при этомъ ничего о томъ, чтобы обозрѣніе книгъ было непремѣнно окончено за одинъ разъ, вслѣдствіе чего, мнѣ кажется возможнымъ допустить, что производство обозрѣнія книгъ и актовъ общества можетъ быть продолжаемо и нѣсколько дней, до тѣхъ поръ, пока членомъ суда будутъ сдѣланы, по указаніямъ сторонъ, всѣ необходимыя къ дѣлу выписки. Членъ суда не обязанъ, конечно, въ силу правила разбираемой статьи, выписывать изъ книгъ и актовъ все то, что бы стороны ни указали, но онъ, какъ мнѣ кажется, въ правѣ, основываясь на выраженіи статьи: „и для выписки изъ нихъ того, что къ дѣлу относится", будетъ выписывать изъ книгъ и актовъ въ свой протоколъ только тѣ мѣста, которыя, по его мнѣнію, дѣйствительно къ дѣлу относятся.

Кромѣ того, по поводу правила разбираемой статьи я долженъ замѣтить еще, что оно предписываетъ только производить обозрѣніе книгъ и актовъ общества въ присутствіи и по указанію обѣихъ сторонъ, но ничего вмѣстѣ съ тѣмъ не говоритъ ни о послѣдствіяхъ неявки сторонъ къ производству обозрѣнія, ни о томъ, что долженъ дѣлать членъ суда въ случаѣ неявки ихъ. Правило 450 ст. редактировано такимъ образомъ, что можетъ подать поводъ предполагать, что оно ставитъ присутствіе при обозрѣніи непремѣнно обѣихъ сторонъ процесса какъ-бы условіемъ sine qua non, т.-е. такимъ условіемъ, при неосуществимости котораго и самое производство обозрѣнія книгъ и актовъ, хотя бы въ отсутствіи только одной изъ сторонъ, должно быть признано невозможнымъ. Въ такомъ значеніи выраженнаго въ ней условія производства обозрѣнія книгъ и актовъ еще болѣе могутъ убѣдить тѣ мотивы, которые помѣщены въ изданіи государственной канцеляріи подъ 450 ст. Но возможно ли на самомъ дѣлѣ придавать такое значеніе предписанію этой статьи о производствѣ обозрѣнія въ присутствіи обѣихъ сторонъ? Еслибы допустить подобное толкованіе, то правило 450 ст. не достигало бы никакой цѣли, потому что самое производство обозрѣнія сдѣлалось бы положительно невозможнымъ, или зависѣло бы, по крайней мѣрѣ, вполнѣ отъ усмотрѣнія той стороны, въ интересахъ которой было бы сдѣлать обозрѣніе невозможнымъ. Стоило бы только этой сторонѣ не являться къ производству обозрѣнія, и оно должно было бы откладываться, а сторона, въ интересахъ которой обозрѣніе необходимо, лишилась бы, вмѣстѣ съ тѣмъ, всякихъ доказательствъ правъ ея—результатъ недопустимый. Поэтому, мнѣ кажется необходимо признать, что правило 450 ст. не требуетъ для возможности производства обозрѣнія явки къ производству непремѣнно обѣихъ сторонъ и что, слѣдовательно, членъ суда обязанъ приступить къ обозрѣнію, если къ производству его явится даже одна сторона, а когда въ дѣлѣ участвуютъ нѣсколько истцовъ, или нѣсколько отвѣтчиковъ, то когда явится кто-либо изъ нихъ. Но зато, съ другой стороны, слѣдуетъ, по-моему, также признать, что въ случаѣ неявки обѣихъ сторонъ къ производству обозрѣнія, самое обозрѣніе невозможно. Это на томъ основаніи, что правило 450 ст. требуетъ дѣлать обозрѣніе книгъ и актовъ, а равно дѣлать выписки изъ нихъ по указанію сторонъ. За неприбытіемъ сторонъ къ производству обозрѣнія, члену суда не отъ кого будетъ получить необходимыя указанія; а самъ членъ въ весьма многихъ случаяхъ, безъ указанія сторонъ на тѣ мѣста книгъ и актовъ, которыя имѣютъ отношеніе къ дѣлу, будетъ поставленъ, такъ сказать, въ физическую невозможность выполнить возложенную на него задачу, когда бы ему пришлось обозрѣвать весьма обширныя книги общества и, притомъ, быть можетъ, за нѣсколько лѣтъ. Понятно, что въ подобныхъ случаяхъ членъ суда, не будучи знакомъ съ порядкомъ веденія торговыхъ дѣлъ общества, будетъ не въ состояніи отыскать въ книгахъ необходимыя для дѣла

данныя. Поэтому, я и полагаю, что, въ случаѣ неявки къ производству обозрѣнія книгъ и актовъ общества обѣихъ сторонъ, самое обозрѣніе должно быть отложено, о чемъ членъ суда обязанъ будетъ составить протоколъ и представить таковой въ судъ. Если стороны не были установленнымъ порядкомъ извѣщены о днѣ обозрѣнія книгъ и актовъ и, потому, которая-либо изъ нихъ не явилась, то членъ суда, мнѣ кажется, въ правѣ будетъ самъ назначить для производства обозрѣнія другой день и вновь вызвать стороны; если же стороны были установленнымъ порядкомъ увѣдомлены о днѣ обозрѣнія и членъ суда имѣлъ это въ виду, то назначеніе новаго срока для обозрѣнія книгъ, по просьбѣ стороны, должно, мнѣ кажется, зависѣть отъ суда, который если найдетъ оправданія неявки, представленныя стороной, заслуживающими уваженія, въ правѣ дать отсрочку, а въ противномъ случаѣ процессъ, конечно, долженъ получить дальнѣйшее движеніе въ установленномъ порядкѣ.

Правило 450 ст. устанавливаетъ, такимъ образомъ, для торговыхъ товариществъ льготу, въ отношеніи обязанности ихъ по предмету представленія въ судъ книгъ и актовъ обществъ. Посмотримъ теперь, какую льготу правило слѣдующей 451 ст. представляетъ вообще всѣмъ тяжущимся безъ различія и всѣмъ третьимъ, не участвующимъ въ дѣлѣ, лицамъ? Припомнимъ сперва содержаніе этой статьи, которая постановляетъ: „документы, оглашеніе всего содержанія коихъ признается стороной или третьими лицами неудобнымъ, по причинамъ, лично до нихъ касающимся, обозрѣваются, по назначенію суда, однимъ изъ его членовъ“ и проч. Я остановлюсь пока на разсмотрѣніи этого мѣста статьи. На основаніи буквальнаго смысла настоящей статьи необходимо заключить, что заключающееся въ ней правило не освобождаетъ ни тяжущихся, ни третьихъ лицъ отъ представленія въ судъ такихъ документовъ, оглашеніе которыхъ они признаютъ для себя неудобнымъ. Правильность этого положенія становится еще очевиднѣе при сопоставленіи правила 451 ст. съ постановленіемъ статьи предъидущей, которая прямо освобождаетъ отъ представленія актовъ и книгъ товарищества въ судъ, въ случаѣ невозможности представленія ихъ, между тѣмъ, какъ правило разбираемой статьи такого постановленія въ себѣ не содержитъ. Кромѣ того, мотивы, помѣщенные въ изданіи государственной канцеляріи подъ 450 ст., прямо говорятъ о внѣсудебномъ обозрѣніи членомъ суда книгъ и актовъ обществъ; между тѣмъ, какъ мотивы, помѣщенные подъ разбираемой статьей, ничего не говорятъ о томъ, чтобы и въ случаѣ, указанномъ въ 451 ст., обозрѣніе документовъ должно было совершаться внѣ суда. Поэтому, мнѣ кажется, что правило этой статьи нисколько не освобождаетъ тяжущихся и третьихъ лицъ отъ обязанности представленія тѣхъ документовъ, оглашеніе которыхъ они признаютъ для себя неудобнымъ, а слѣдовательно, необходимо, далѣе, признать, что льгота, предоставляемая имъ правиломъ разбираемой статьи, состоитъ только въ томъ, что уставъ предоставляетъ имъ право заявить суду о нежеланіи ихъ оглашать содержаніе тѣхъ или другихъ документовъ, уже въ судъ представленныхъ; а, такъ какъ, оглашеніе содержанія документовъ можетъ произойти только путемъ доклада ихъ цѣликомъ въ публичномъ засѣданіи суда при разборѣ дѣла, то, во избѣжаніе этого, правило 451 ст. и вмѣняетъ суду въ этомъ случаѣ въ обязанность назначить члена суда для обозрѣнія тѣхъ документовъ, оглашеніе содержанія которыхъ тяжущіеся или третье лицо признаютъ для себя неудобнымъ, но самое обозрѣніе, однако же, должно быть произведено членомъ въ самомъ судѣ. Обозрѣніе должно быть производимо именно во избѣжаніе оглашенія, конечно, не публично, но въ присутствіи одной или обѣихъ сторонъ, какъ постановляетъ далѣе правило разбираемой статьи, изъ чего можно заключить, что неявка одной изъ сторонъ не останавливаетъ производства обозрѣнія. За неявкой же обѣихъ сторонъ производство обозрѣнія документовъ должно быть,

кажется, отложено, потому что правило статьи требуетъ, чтобы обозрѣніе производилось, по крайней мѣрѣ, въ присутствіи хотя бы одной стороны. Членъ суда, по обозрѣніи документовъ, также точно, какъ и въ случаѣ, указанномъ въ статьѣ предъидущей, обязанъ сдѣлать необходимыя изъ нихъ выписки, т.-е. обязанъ внести въ протоколъ тѣ мѣста документовъ, которыя относятся къ дѣлу. Выписки, сдѣланныя членомъ суда, должны замѣнить собою самый документъ и должны быть, слѣдовательно, при разборѣ дѣла въ засѣданіи доложены вмѣсто того документа. Порядокъ назначенія члена суда для обозрѣнія документовъ и порядокъ вызова тяжущихся къ производству обозрѣнія долженъ быть тотъ же самый, который указанъ мной при разсмотрѣніи статьи предъидущей. Вызова къ производству обозрѣнія третьяго лица, представившаго документъ, правило разбираемой статьи не требуетъ, поэтому, необходимо предположить, что третье лицо, не желающее оглашенія всего содержанія документа, обязано заранѣе, въ самомъ заявленіи объ этомъ, указать и тѣ мѣста документа, оглашенія которыхъ оно не желаетъ, потому что безъ такого указанія со стороны самого третьяго лица, сдѣланнаго въ заявленіи и при отсутствіи его при самомъ производствѣ обозрѣнія, некому будетъ дать члену суда необходимыя въ этомъ отношеніи разъясненія, некому будетъ указать, какія именно мѣста документа не должны быть оглашаемы. Очевидно, что въ такомъ случаѣ самое назначеніе предварительнаго обозрѣнія документа черезъ члена суда будетъ совершенно безцѣльно. Точно также будетъ безцѣльно назначеніе обозрѣнія и въ томъ случаѣ, когда обозрѣніе было бы назначено по просьбѣ одной изъ сторонъ процесса, когда эта сторона при самомъ заявленіи просьбы не указала бы съ точностью тѣ мѣста документа, оглашеніе которыхъ она признаетъ для себя неудобнымъ и когда, затѣмъ, она не явилась бы къ производству обозрѣнія. Изъ этихъ примѣровъ можно усмотрѣть, что обозрѣніе документовъ черезъ члена суда во многихъ случаяхъ должно оказаться дѣйствіемъ совершенно нецѣлесообразнымъ, или такимъ дѣйствіемъ, при посредствѣ котораго сохраненіе въ тайнѣ содержанія документовъ не можетъ быть достигнуто. Для чего же, спрашивается, назначеніе въ подобныхъ случаяхъ отдѣльнаго обозрѣнія документа черезъ члена суда? Отъ этого частнаго вопроса нетрудно, далѣе, перейти къ другому общему вопросу: обязанъ ли судъ всегда и во всѣхъ случаяхъ назначать члена для отдѣльнаго обозрѣнія документовъ, коль скоро одна изъ сторонъ или третье лицо, представившія документъ, заявятъ, что онѣ признаютъ оглашеніе всего содержанія документа для себя неудобнымъ, или же судъ въ правѣ оставить такое заявленіе безъ послѣдствій и доложить, затѣмъ, самый документъ? Мнѣ кажется, что этотъ вопросъ долженъ быть разрѣшенъ въ послѣднемъ смыслѣ, т.-е. что суду должно быть непремѣнно предоставлено право, прежде чѣмъ назначить члена для обозрѣнія, обсудить степень уважительности заявленія, а равно обсудить и то, возможно ли достигнуть черезъ это дѣйствіе сохраненія въ тайнѣ тѣхъ мѣстъ документа, которыя сторона или третье лицо признаютъ для нихъ неудобнымъ огласить. Въ правильности этого положенія меня убѣждаетъ, во-первыхъ, то, что правило 451 ст., въ отношеніи занимающаго насъ вопроса, вовсе не выражено въ строго императивной формѣ, оно не предписываетъ суду безусловно выполнять заявленія о назначеніи обозрѣнія, въ немъ сказано только: „обозрѣваются по назначенію суда однимъ изъ его членовъ“; а во-вторыхъ, безцѣльность обозрѣнія, какъ въ вышеуказанныхъ случаяхъ. Кромѣ того, могутъ встрѣтиться и такіе случаи, когда даже при обозрѣніи документовъ черезъ члена сохраненіе въ тайнѣ нѣкоторыхъ мѣстъ изъ нихъ окажется положительно невозможнымъ. Это можетъ послѣдовать въ томъ случаѣ, когда сторона просила бы сохранить въ тайнѣ именно тѣ мѣста документовъ, которыя относятся къ дѣлу, потому что правило 451 ст., предписывая члену

суда дѣлать выписки тѣхъ мѣстъ, которыя относятся къ дѣлу, не возбраняетъ, при этомъ, выписывать и тѣ мѣста документа, огласить которыя сторона признаетъ для себя неудобнымъ. На основаніи сказаннаго я прихожу къ тому заключенію, что разрѣшеніе вопроса въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ о томъ, заслуживаетъ ли заявленіе о неоглашеніи всего содержанія документа и о назначеніи отдѣльнаго обозрѣнія его черезъ члена суда, или нѣтъ, должно быть предоставлено усмотрѣнію суда; вслѣдствіе чего, мнѣ кажется, что и жалобы на несоблюденіе судомъ правила разбираемой статьи, въ этомъ отношеніи, невозможны.

Мнѣ остается теперь сказать еще нѣсколько словъ о послѣдствіяхъ неявки сторонъ къ производству обозрѣнія. Мы уже видѣли, что обозрѣніе документовъ членомъ суда не можетъ состояться, когда не явятся для присутствованія при обозрѣніи обѣ стороны, но долженъ ли быть, вслѣдствіе одного этого обстоятельства, документъ, подлежавшій обозрѣнію, исключенъ изъ числа доказательствъ? Мнѣ кажется, что вопросъ этотъ долженъ быть разрѣшенъ безусловно отрицательно, по слѣдующимъ соображеніямъ: во-первыхъ, само правило разбираемой статьи подобнаго послѣдствія, на случай неявки сторонъ къ обозрѣнію, не устанавливаетъ, во-вторыхъ, въ настоящемъ случаѣ дѣло идетъ объ обозрѣніи документа, уже въ судъ представленнаго, между тѣмъ въ силу правила 456 ст. ни одинъ изъ письменныхъ актовъ, представленныхъ въ судъ, не можетъ быть оставленъ судомъ безъ разсмотрѣнія; слѣдовательно, судъ, еслибы и исключилъ изъ числа доказательствъ актъ, который не былъ предварительно разсмотрѣнъ членомъ суда, то этимъ нарушилъ бы постановленіе 456 ст., и, наконецъ, въ-третьихъ, неявка стороны къ обозрѣнію, заявившей объ этомъ ходатайство, должна, мнѣ кажется, считаться просто за отказъ ея отъ желанія сохранить въ тайнѣ содержаніе документа, вслѣдствіе чего, документъ можетъ быть, затѣмъ, доложенъ въ засѣданіи цѣликомъ и безъ предварительнаго обозрѣнія его членомъ суда. Если же ходатайство о сохраненіи въ тайнѣ нѣкоторыхъ мѣстъ документа было заявлено третьимъ лицомъ и имъ были при этомъ указаны тѣ мѣста документа, которыя не должны быть оглашены и если, затѣмъ, за неявкой сторонъ документъ не былъ предварительно разсмотрѣнъ членомъ суда, то несмотря на это документъ, тѣмъ не менѣе, долженъ быть доложенъ въ засѣданіи, потому что цѣль правила 451 ст.—сохранить въ тайнѣ указанныя третьимъ лицомъ мѣста документа, совершенно одинаково можетъ быть достигнута и инымъ путемъ—просто непрочтеніемъ этихъ мѣстъ документа въ засѣданіи при докладѣ, если только эти мѣста не относятся къ дѣлу.

Слѣдующія статьи опредѣляютъ порядокъ истребованія разнаго рода письменныхъ доказательствъ отъ административныхъ и судебныхъ установленій, когда необходимыя къ дѣлу доказательства находятся въ актахъ или производствахъ этихъ установленій.

Ст. 452. Для истребованія подлиннаго документа или свѣдѣній, которыя находятся въ актахъ и дѣлахъ другаго судебнаго, либо правительственнаго мѣста или должностнаго лица, тяжущемуся, по просьбѣ его, выдается свидѣтельство въ томъ, что подлинный документъ или свѣдѣнія необходимы и къ какому именно сроку.

Въ силу правила настоящей статьи тяжущійся, желающій добыть необходимыя для него письменныя доказательства, находящіяся въ актахъ или дѣлахъ другого судебнаго или правительственнаго установленія, обязанъ предварительно обратиться въ тотъ судъ, въ которомъ производится дѣло, о выдачѣ ему свидѣтельства на полученіе необходимыхъ документовъ или свѣдѣній. Замѣчу прежде всего, что по смыслу настоящей статьи слѣдуетъ заключить, что въ ней говорится о порядкѣ истребованія тяжущимися документовъ отъ третьихъ, не участвующихъ въ дѣлѣ въ качествѣ стороны, админи-

стративныхъ установленій, потому что для истребованія необходимыхъ къ дѣлу документовъ отъ того административнаго установленія, которое являлось бы само стороной въ процессѣ, не предстояло бы никакой необходимости въ предварительномъ полученіи на то свидѣтельства отъ суда, а также и потому, что въ такомъ случаѣ необходимые для дѣла документы отъ административнаго учрежденія, какъ отъ стороны, должны быть требуемы въ порядкѣ, въ 442 ст. указанномъ. Въ уставѣ германскомъ такое положеніе даже прямо выражено (§ 397). Затѣмъ, нельзя также не остановиться на объясненіи вопроса о томъ—отъ какихъ собственно учрежденій, какъ учрежденій правительственныхъ, могутъ быть требуемы свѣдѣнія и документы въ порядкѣ, въ разбираемой статьѣ указанномъ? Съ вопросомъ этимъ мы будемъ имѣть еще случай встрѣтиться въ отдѣлѣ объ исполненіи рѣшеній, при объясненіи порядка обращенія взысканія на капиталы должника, находящіеся въ правительственныхъ, или судебныхъ установленіяхъ. Въ виду того обстоятельства, что, какъ правило разбираемой статьи, такъ и правило 1079 ст., указывающее порядокъ обращенія взысканія на капиталы должника, находящіеся въ правительственныхъ, или судебныхъ установленіяхъ, должны имѣть въ отношеніи опредѣленія круга тѣхъ установленій, которыя должны быть признаваемы за установленія собственно правительственныя, и нельзя, кажется, не признать, по тѣмъ основаніямъ, которыя будутъ указаны мной при разсмотрѣніи правила 1079 ст., что и въ порядкѣ, въ правилѣ разбираемой статьи указанномъ, возможно обращаться съ требованіями о доставленіи необходимыхъ свѣдѣній и документовъ только къ учрежденіямъ собственно правительственнымъ, или только къ тѣмъ установленіямъ, которыя по правилу 1282 ст. признаются казенными управленіями, а никакъ не къ различнымъ выборнымъ общественнымъ и сословнымъ учрежденіямъ, какъ напр., земскимъ и городскимъ управамъ, отъ которыхъ необходимыя свѣдѣнія и документы должны быть требуемы, напротивъ, въ порядкѣ, установленномъ для истребованія документовъ отъ третьихъ лицъ частныхъ. Кромѣ того, нельзя также не замѣтить, что настоящей статьею не опредѣляется порядокъ истребованія необходимыхъ для дѣла документовъ и свѣдѣній въ томъ случаѣ, когда бы эти документы находились въ дѣлахъ не другого судебнаго установленія, а того же самаго, въ которомъ производится дѣло, для котораго указываемыя тяжущимся свѣдѣнія необходимы. На практикѣ, сколько мнѣ извѣстно, и въ подобномъ случаѣ практикуется такой же порядокъ, который указанъ въ разбираемой статьѣ въ отношеніи истребованія документовъ отъ другихъ судебныхъ установленій. Просьба о выдачѣ свидѣтельства, подобно тому, какъ и просьба объ истребованіи документовъ отъ лицъ частныхъ физическихъ, должна заключать въ себѣ свѣдѣнія, указанныя въ 443 ст., т.-е. въ ней должны быть указаны: а) требуемый документъ и б) выяснены основанія, по которымъ тяжущійся предполагаетъ, что указываемый документъ или необходимыя свѣдѣнія находятся въ дѣлахъ извѣстнаго установленія. Просьба должна быть разрѣшена судомъ въ порядкѣ частномъ по сообщеніи копіи просьбы противной сторонѣ, въ судебномъ засѣданіи.

Самый существенный вопросъ, возбуждаемый правиломъ настоящей статьи, заключается въ томъ—обязанъ ли судъ по всякой просьбѣ выдавать требуемое свидѣтельство непремѣнно, или же суду предоставлено право удовлетворять въ этомъ случаѣ просьбы тяжущихся по усмотрѣнію? Сенатъ сперва во множествѣ рѣшеній постоянно объяснялъ правило 452 ст. въ томъ смыслѣ, что выдача свидѣтельства зависитъ въ каждомъ случаѣ отъ усмотрѣнія суда, но, затѣмъ, сенатъ, какъ мнѣ кажется, весьма разумно указалъ необходимые предѣлы такому безграничному произволу и объяснилъ, во-первыхъ, что судъ тогда только въ правѣ отказать въ выдачѣ свидѣтельства на полученіе тяжущимся указываемыхъ имъ документовъ или свѣдѣній, когда

обсудитъ предварительно значеніе этихъ свѣдѣній и документовъ для дѣла и, затѣмъ, признаетъ представленіе ихъ излишнимъ (рѣш. 1870 г., № 1085), по той, напр., причинѣ, что противная сторона не отрицаетъ тѣхъ обстоятельствъ, въ подтвержденіе которыхъ было сдѣлано указаніе на документъ (рѣш. 1875 года, № 541), или же потому, что обстоятельство, въ подтвержденіе котораго требуется представленіе документа, не имѣетъ для дѣла существеннаго значенія и проч., и, во-вторыхъ, что, напротивъ, отказъ со стороны суда въ выдачѣ свидѣтельства на полученіе документа въ тѣхъ случаяхъ, когда обстоятельство, въ подтвержденіе котораго сдѣлана ссылка на документъ, представляется для рѣшенія дѣла существеннымъ и когда, притомъ, оно не подтверждено другими доказательствами, долженъ быть принимаемъ за такое существенное нарушеніе правила разбираемой статьи, которое, въ случаѣ допущенія его второй инстанціей суда, должно служить достаточнымъ кассаціоннымъ поводомъ къ отмѣнѣ рѣшенія (рѣш. 1875 года, № 762). Хотя свидѣтельство на полученіе свѣдѣній и документовъ должно быть выдаваемо не иначе, какъ по опредѣленію суда, но, несмотря на это, нельзя, кажется, не согласиться съ сенатомъ въ томъ, что истребованіе документовъ или по свидѣтельству, выданному единолично предсѣдателемъ суда, или же даже по его непосредственному распоряженію, обращенному къ правительственному установленію, не должно считаться за существенное нарушеніе порядка, указаннаго для истребованія документовъ въ правилѣ разбираемой статьи, если только распоряженіе объ истребованіи документа предсѣдателемъ суда было сдѣлано не по его иниціативѣ, а по просьбѣ стороны (рѣш. 1875 года, № 764), на томъ основаніи, что такое отступленіе отъ предписаннаго закономъ порядка ни въ какомъ случаѣ не можетъ оказывать вліянія на правильность рѣшенія по дѣлу. Слѣдующія, затѣмъ, статьи указываютъ, во-первыхъ, на обязанность судебныхъ и административныхъ установленій выдавать тяжущимся требуемыя ими свѣдѣнія и справки, а во-вторыхъ, указываютъ и порядокъ удовлетворенія ими просьбъ тяжущихся въ этомъ отношеніи.

Ст. 453. Всѣ судебныя и правительственныя установленія и должностныя лица обязаны немедленно выдавать тяжущемуся, предъявляющему свидѣтельство, по словесной его просьбѣ, или высылать по письменной, требуемыя свѣдѣнія и копіи документовъ. Впрочемъ, по письменной просьбѣ, такія же справки и копіи должны быть выдаваемы и безъ свидѣтельства.

Ст. 454. Находящіеся въ судебныхъ или правительственныхъ установленіяхъ или у должностныхъ лицъ подлинные акты и документы не выдаются просителю, но высылаются, по предъявленіи свидѣтельства, непосредственно въ судъ, гдѣ дѣло производится. Книги и акты по текущимъ дѣламъ не высылаются въ подлинникѣ, но изъ нихъ выдаются выписи.

Ст. 455. Присутственное мѣсто или должностное лицо, къ которому тяжущійся обратится съ просьбой о выдачѣ документа или справки, въ случаѣ невозможности удовлетворить эту просьбу въ назначенный въ свидѣтельствѣ суда срокъ, обязано выдать тяжущемуся въ томъ удостовѣреніе и объяснить, къ какому времени справка или документъ могутъ быть выданы. На основаніи сего удостовѣренія судъ даетъ тяжущемуся соразмѣрную отсрочку.

Правила, заключающіяся въ настоящихъ статьяхъ, изложены настолько подробно, что при комментированіи ихъ я могу ограничиться весьма немногими замѣчаніями. Такъ, относительно способовъ выполненія обязанности, возлагаемой правиломъ 453 ст. на административныя и судебныя установленія, выдавать тяжущимся акты и справки, я долженъ сказать, что законъ обязываетъ эти установленія выдавать тяжущимся на руки только копіи актовъ, различнаго рода справки, выписи изъ текущихъ дѣлъ и книгъ, подлинные же документы обязываетъ ихъ высылать непосредственно въ тотъ судъ, въ которомъ производится дѣло. Кромѣ того, изъ сопоставленія правилъ 453 и 454 ст. можно вывести то заключеніе, что подлинные акты и

документы судебныя и административныя установленія обязаны отсылать по просьбѣ тяжущагося въ тотъ судъ, въ которомъ производится дѣло не иначе, какъ по предъявленіи тяжущимся свидѣтельства этого суда; между тѣмъ, какъ всѣ остальныя свѣдѣнія, какъ то: разнаго рода справки, копіи актовъ и выписи должны быть выдаваемы тяжущимся, или даже высылаемы имъ по почтѣ, въ указанное ими мѣсто, и безъ свидѣтельства суда, по одной только письменной просьбѣ ихъ о томъ; при представленіи же свидѣтельства достаточно и одного словеснаго заявленія тяжущагося о выдачѣ копіи или справки, которыя и должны быть выданы лично ему немедленно, но посылать ихъ, кромѣ того, по почтѣ, по одной словесной просьбѣ, законъ судебныя и административныя установленія не обязываетъ. Хотя правило 453 ст. и обязываетъ вообще судебныя и административныя установленія удовлетворять просьбы тяжущихся о выдачѣ справокъ и копій немедленно, но законъ въ правилѣ 455 ст., однако же, предвидѣлъ тотъ случай, когда немедленное удовлетвореніе просьбы тяжущагося по этому предмету въ срокъ, указанный въ свидѣтельствѣ суда, со стороны какого-либо установленія, окажется невозможнымъ, и, потому, предоставляетъ, въ такомъ случаѣ, самому установленію назначить тяжущемуся другой срокъ, въ который просимая имъ справка или копія можетъ быть выдана. Но дабы и тяжущагося не поставить, при этомъ, въ невыгодное положеніе, законъ обязываетъ административное или судебное установленіе выдать тяжущемуся въ такомъ случаѣ удостовѣреніе, съ указаніемъ срока, къ которому требуемая справка или копія будетъ выдана. Но, такъ какъ, одного указаннаго удостовѣренія въ огражденіе процессуальныхъ правъ тяжущихся еще недостаточно, то правило 455 ст. вмѣняетъ и суду въ обязанность, по предъявленіи тяжущимся удостовѣренія, дать соразмѣрную отсрочку на представленіе справки или копіи, и мнѣ кажется, что судъ въ этомъ случаѣ будетъ положительно обязанъ, по представленіи удостовѣренія, удовлетворить просьбу тяжущагося объ отсрочкѣ.

Вотъ всѣ тѣ замѣчанія, которыми я считалъ необходимымъ дополнить правила настоящихъ статей по ихъ содержанію; теперь я долженъ еще сказать нѣсколько словъ о послѣдствіяхъ несоблюденія адмичистративными и судебными установленіями возложенной на нихъ обязанности по предмету выдачи тяжущимся справокъ и документовъ. Собственно въ самомъ уставѣ не содержится такихъ правилъ, которыя бы служили санкціей выполненія предписаній цитированныхъ статей, и мнѣ кажется, что въ настоящемъ случаѣ найти такого рода постановленія, которыя санкціонировали бы предписанія этихъ статей, возможно только въ уложеніи о наказаніяхъ, 336 ст. котораго налагаетъ извѣстныя наказанія за недоставленіе должностными лицами въ свое время требуемыхъ, на законномъ основаніи, надлежащимъ порядкомъ справокъ или свѣдѣній. Самыя же жалобы на медленность или незаконный отказъ въ выдачѣ требуемой справки или документа должны быть приносимы, какъ это объяснилъ и Московскій окружный судъ въ опредѣленіи его по дѣлу Гринчака съ Милюковыми (Судебн. Вѣстн. 1876 г., № 59), не иначе, какъ начальству того административнаго установленія или должностного лица, отъ которыхъ справка требовалась, или высшей судебной инстанціи, если справка требовалась отъ судебнаго установленія.

Перехожу къ комментированію второй категоріи правилъ, подлежащихъ разсмотрѣнію въ настоящемъ параграфѣ,—правилъ о силѣ письменныхъ доказательствъ.

Ст. 438. Къ письменнымъ доказательствамъ относятся не только акты крѣпостные, нотаріальные, явленные къ засвидѣтельствованію и домашніе, о коихъ упоминается въ Законахъ Гражданскихъ, но и другія бумаги.

Ст. 478. Акты, представленные въ судъ одною стороною, могутъ служить доказательствомъ и въ пользу другой, хотя бы сторона, представившая актъ, впослѣдствіи отъ него отказалась или просила считать его недѣйствительнымъ, если только актъ сей въ подлинности своей не заподозрѣнъ.

Въ первой изъ этихъ статей мы находимъ только общее указаніе на то, что по настоящему уставу къ письменнымъ доказательствамъ слѣдуетъ относить не только акты, о которыхъ говорится въ законахъ гражданскихъ, но и другія бумаги; но изъ правила, въ ней заключающагося, нельзя, однако же, извлечь никакого общаго опредѣленія понятія письменнаго доказательства. Правило, заключающееся во второй статьѣ, я потому считаю у мѣста разсмотрѣть именно здѣсь, что въ ней заключается также общее постановленіе о правѣ сторонъ пользоваться доказательствами, представленными въ судъ противной стороной, между тѣмъ, какъ всѣ остальныя статьи, заключающія въ себѣ собственно постановленія о силѣ письменныхъ доказательствъ, имѣютъ скорѣе характеръ постановленій частныхъ, относящихся до опредѣленія силы и значенія того или другого вида письменныхъ доказательствъ въ отдѣльности.

Обращаясь сперва къ комментированію постановленія 438 ст., я не могу не замѣтить, что недостаточность его очевидна даже на первый взглядъ, между тѣмъ въ уставѣ не содержится и другого болѣе опредѣлительнаго общаго правила, которое могло бы служить точкой опоры какъ для комментатора, такъ равно и для судебной практики, при опредѣленіи того, какіе же именно акты и бумаги, при дѣйствіи настоящаго устава, могутъ имѣть значеніе письменныхъ доказательствъ въ гражданскомъ процессѣ. Такой недостатокъ нашего устава имѣетъ въ настоящемъ случаѣ весьма вредное вліяніе, что выражается, главнымъ образомъ, въ той нерѣшительности и тѣхъ колебаніяхъ нашей судебной практики, начиная отъ низшихъ судовъ и кончая практикой сената, какъ мы это увидимъ въ дальнѣйшемъ изложеніи, при разрѣшеніи вопросовъ о силѣ и значеніи тѣхъ или другихъ письменныхъ доказательствъ, представляемыхъ сторонами въ удостовѣреніе ихъ правъ. Въ самомъ дѣлѣ, правило 438 ст., взятое отдѣльно, можетъ дать или слишкомъ широкое, или, наоборотъ, слишкомъ узкое опредѣленіе понятія письменнаго доказательства. Все зависитъ отъ того, какое значеніе придавать выраженію статьи: „но и другія бумаги“. Что статья эта относитъ къ числу письменныхъ доказательствъ акты крѣпостные, нотаріальные, явочные и домашніе, о которыхъ говорится въ законахъ гражданскихъ, то это совершенно понятно, и актамъ этимъ сами гражданскіе законы приписываютъ извѣстное значеніе, какъ доказательству; выраженіе же: „но и другія бумаги“—вполнѣ неопредѣленно. Если на основаніи этого выраженія относить къ числу доказательствъ именно всякія бумаги, которыя бы только сторонамъ вздумалось представить къ дѣлу въ видѣ доказательства, то тогда пришлось бы считать за доказательство всякій клочокъ бумаги, кѣмъ бы то ни было написанный, и, притомъ, за доказательство какихъ угодно юридическихъ фактовъ. Основаніемъ подобному предположенію могутъ служить, напр., такого рода соображенія: послѣдующія статьи устава, помѣщенныя въ настоящемъ отдѣленіи и заключающія въ себѣ опредѣленіе силы и значенія тѣхъ или другихъ письменныхъ доказательствъ, говорятъ, однако же, о значеніи только опредѣленныхъ видовъ доказательствъ, или, лучше сказать, говорятъ только о значеніи, какъ доказательства, тѣхъ актовъ, о которыхъ упоминается въ законахъ гражданскихъ, а не о доказательной силѣ всевозможныхъ бумагъ, вслѣдствіе чего, и возможно предположить, что если законъ считалъ необходимымъ опредѣлить условія доказательной силы извѣстныхъ актовъ, то затѣмъ, коль скоро представленная къ дѣлу бумага не подходитъ ни подъ

одинъ изъ тѣхъ видовъ доказательствъ, значеніе которыхъ опредѣлено правилами устава, то такой бумагѣ должна быть сообщена сила доказательства безусловно уже въ силу того, что общее правило 438 ст. относитъ къ числу доказательствъ вообще всякія бумаги и притомъ, безъ различія фактовъ, подтвержденіемъ которыхъ представленная бумага должна служить. Очевидно, что при такомъ пониманіи правила 438 ст. тѣ бумаги, которыя не могли бы быть отнесены ни по формѣ ихъ, ни по содержанію къ тѣмъ категоріямъ актовъ, о которыхъ говорится въ законахъ гражданскихъ, получили бы, какъ письменное доказательство, огромное преимущество передъ актами, правильно составленными и могущими служить дѣйствительнымъ доказательствомъ тѣхъ или другихъ юридическихъ фактовъ—результатъ невозможный. Если, такимъ образомъ, нельзя придавать такое широкое значеніе выраженію статьи „но и другія бумаги", то, съ другой стороны, не слѣдуетъ вдаваться и въ другую крайность и придавать этому выраженію значеніе слишкомъ узкое, что также возможно. Возможно допустить, напр., такое толкованіе: всѣ правила устава о значеніи и силѣ письменныхъ доказательствъ говорятъ только о доказательномъ значеніи актовъ, исходящихъ отъ частныхъ лицъ, точно также и общее правило 438 ст., относя къ письменнымъ доказательствамъ акты крѣпостные, нотаріальные, явочные и домашніе, говоритъ также только о такого рода письменныхъ доказательствахъ, которыя могутъ служить констатированіемъ или перехода права собственности, или вообще фактовъ договорныхъ, и что если, такимъ образомъ, какъ правило общее, такъ и частныя постановленія говорятъ о доказательствахъ однородныхъ и если, наконецъ, предположить, что и въ настоящемъ случаѣ правило общее заключаетъ въ себѣ не болѣе какъ, такъ сказать, зародышъ, изъ котораго развиты постановленія частныя, то возможно придти къ тому заключенію, что подъ другими бумагами правиломъ 438 ст. разумѣются также только бумаги, исходящія отъ лицъ частныхъ и могущія служить констатированіемъ тѣхъ же самыхъ юридическихъ фактовъ, но только такія бумаги, которыя по формѣ ихъ не могутъ вполнѣ подходить къ категоріи перечисленныхъ въ ней актовъ. Еслибы принять это послѣднее толкованіе правила разбираемой статьи, то пришлось бы исключить изъ числа доказательствъ множество такихъ публичныхъ актовъ, которые составляютъ на самомъ дѣлѣ весьма большую группу письменныхъ доказательствъ, что допустить также невозможно. Какое же, наконецъ, болѣе правильное толкованіе должно быть дано правилу 438 ст.?

Обращаясь для разрѣшенія этого вопроса, прежде всего, къ тѣмъ мотивамъ, на которыхъ эта статья основана, мы находимъ въ нихъ только одно указаніе, могущее служить пособіемъ къ уясненію правила 438 ст., именно, въ мотивахъ сказано, что статья эта есть видоизмѣненіе постановленія 319 ст. X т. 2 ч. законовъ о судопроизводствѣ гражданскомъ. Всѣ же остальныя разсужденія, помѣщенныя подъ этой статьей въ изданіи государственной канцеляріи, цѣлямъ толкованія, въ настоящемъ случаѣ, нисколько служить не могутъ, потому что заключаютъ въ себѣ вовсе не тѣ разсужденія, которыя послужили для составителей уставовъ мотивомъ къ редактированію правила 438 ст., а представляются разсужденіями по поводу возникшаго въ 1866 году, слѣдовательно уже послѣ изданія уставовъ въ законодательномъ порядкѣ, вопроса о значеніи телеграфическихъ депешъ, какъ письменнаго доказательства въ гражданскомъ процессѣ. Для меня даже понятно, какимъ образомъ подобныя разсужденія могли попасть въ изданіе государственной канцеляріи, которое, судя по одному заглавію изданія: „судебные уставы съ изложеніемъ разсужденій, на коихъ они основаны", должно было бы заключать въ себѣ дѣйствительно только тѣ разсужденія составителей уставовъ, которыя послужили мотивомъ тѣхъ или другихъ постановленій ихъ. Во всякомъ случаѣ для цѣлей толкованія важно уже и то, что въ мотивахъ, на которыхъ основано

правило 438 ст., указанъ тотъ источникъ, изъ котораго возникло заключающееся въ ней постановленіе, что̀ и даетъ мнѣ право разсмотрѣть его въ связи съ правилами нашихъ прежнихъ законовъ о судопроизводствѣ гражданскомъ которыя, не могу мимоходомъ не замѣтить, представляются, въ отношеніи занимающаго насъ вопроса, гораздо болѣе опредѣлительными и которыя, если и требовали нѣкоторыхъ измѣненій, то, тѣмъ не менѣе, измѣненіе, сдѣланное въ нихъ правиломъ 438 ст., никакъ нельзя признать удачнымъ. Съ содержаніемъ собственно правила 319 ст. X т. 2 ч. мы имѣли уже случай познакомиться при толкованіи правила 409 ст. устава, гдѣ мы и видѣли, что статья эта всѣ акты раздѣляетъ на три рода: а) акты состоянія, б) акты укрѣпленія имуществъ и в) акты присутственныхъ мѣстъ. Между тѣмъ, въ правилѣ 438 ст. говорится болѣе или менѣе опредѣлительно только объ одномъ родѣ актовъ, указанныхъ въ 313 ст. X т. 2 ч., объ актахъ укрѣпленія имуществъ; такъ какъ акты крѣпостные, нотаріальные, явочные и домашніе, о которыхъ говорится въ законахъ гражданскихъ, всѣ относятся только къ этому одному роду актовъ, что вполнѣ ясно обнаруживается изъ сопоставленія правилъ 319 и 321 ст. X т. 2 ч., изъ которыхъ въ послѣдней и указываются подробно акты, относящіеся къ категоріи актовъ укрѣпленія имуществъ и обнимающіе именно тѣ крѣпостные, явочные и домашніе акты, о которыхъ говорится въ законахъ гражданскихъ, т.-е. въ X т. 1 ч., и частью XI т. 2 ч. въ уставѣ торговомъ. Если же правило 438 ст. есть только видоизмѣненіе правила 319 ст., то необходимо придти къ тому заключенію, что подъ выраженіемъ 438 ст.: „но и другія бумаги“—слѣдуетъ разумѣть, между прочимъ, акты состоянія и акты присутственныхъ мѣстъ, на томъ основаніи, что акты, перечисленные въ первой половинѣ этой статьи, соотвѣтствуютъ актамъ, отнесеннымъ 319 ст. къ одной только категоріи—актовъ укрѣпленія имуществъ; акты же, отнесенные къ двумъ другимъ категоріямъ, правило 438 ст. подробно уже не перечисляетъ, но называетъ эти акты просто: „и другія бумаги“. Что акты состоянія и акты присутственныхъ мѣстъ должны быть относимы къ числу бумагъ, которыя должны имѣть значеніе письменныхъ доказательствъ въ гражданскомъ процессѣ и при дѣйствіи судебныхъ уставовъ, то въ этомъ не можетъ быть никакого сомнѣнія, несмотря на то, что правила устава о силѣ письменныхъ доказательствъ и ничего не говорятъ о значеніи этихъ актовъ, какъ доказательствъ. Это послѣднее обстоятельство можетъ, по моему мнѣнію, вести только къ тому заключенію, что акты этого рода, за отсутствіемъ въ уставѣ какихъ-либо новыхъ постановленій о значеніи и силѣ ихъ, какъ письменныхъ доказательствъ, не должны быть отвергаемы судомъ, но что доказательное значеніе и сила ихъ должны быть обсуждаемы въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ на основаніи спеціальныхъ правилъ, относящихся къ тому или другому роду актовъ и находящихся или въ сводѣ законовъ, или въ иныхъ законодательныхъ постановленіяхъ. Такъ, напр., доказательное значеніе различнаго рода актовъ состоянія должно быть опредѣляемо на основаніи спеціальныхъ постановленій, относящихся къ порядку составленія и веденія этого рода актовъ и помѣщенныхъ частью въ IX-мъ томѣ въ законахъ о состояніяхъ, частью въ уставѣ духовныхъ консисторій, а частью и въ другихъ законоположеніяхъ; сила же и значеніе актовъ присутственныхъ мѣстъ можетъ быть опредѣлена въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ не иначе, какъ по соображеніи весьма разнообразныхъ спеціальныхъ постановленій, разсѣянныхъ какъ по разнымъ томамъ свода, такъ и по другимъ узаконеніямъ, смотря по роду представленнаго сторонами акта; напр. значеніе рѣшеній, какъ доказательства, должно быть обсуждаемо на основаніи правилъ устава о законной силѣ рѣшенія, значеніе судебнаго протокола—на основаніи правилъ устава уголовнаго судопроизводства о протоколахъ и проч.

Что правило 438 ст. можетъ быть объясняемо въ связи съ постановленіемъ 319 ст. X т. 2 ч., то въ подтвержденіе этого я могу сослаться на одно рѣшеніе сената, въ которомъ сенатъ даетъ, между прочимъ, и общее опредѣленіе понятія—актъ, понятія, которое онъ извлекаетъ именно изъ постановленій нашихъ прежнихъ законовъ о судопроизводствѣ гражданскомъ (рѣш. 1868 года, № 355). Въ этомъ рѣшеніи сенатъ, отвѣчая на доводы кассаціонной жалобы, въ которой утверждалось, что подъ словомъ акты надлежитъ разумѣть только акты укрѣпленія правъ на имущество, нашелъ, что подобное утвержденіе представляется неправильнымъ при ближайшемъ соображеніи съ дѣйствующими нашими законами, и, затѣмъ, объяснилъ слѣдующее. Привожу подлинныя слова изъ рѣшенія сената: „Слово актъ имѣетъ въ нашихъ законахъ болѣе обширное значеніе. Подъ словомъ актъ законы наши разумѣютъ всякій письменный документъ, свидѣтельствующій о существованіи извѣстнаго права. Такимъ образомъ, письменные документы, служащіе къ утвержденію правъ, раздѣляются, по нашимъ законамъ, на три главные рода: акты укрѣпленія имуществъ—крѣпостные, явочные и домашніе, акты состоянія и акты присутственныхъ мѣстъ. Неоспоримымъ сему подтвержденіемъ служатъ многія статьи свода законовъ т. IX, X ч. 1 и XI и, между прочимъ, статья 319 т. X ч. 2, которая хотя и отмѣнена для новыхъ судебныхъ мѣстъ, съ изданіемъ уставовъ 20-го ноября 1864 года, но, тѣмъ не менѣе, можетъ быть принята въ соображеніе при установленіи юридическаго значенія слова актъ по нашимъ законамъ, не получившаго опредѣленія въ новыхъ судебныхъ уставахъ. Притомъ статья 319 X т. 2 ч. перечисляетъ только акты, о которыхъ говорится въ другихъ томахъ Свода Законовъ. Изъ сего слѣдуетъ, что подъ словомъ актъ наши законы разумѣютъ не только документы, укрѣпляющіе права на имущество, но свидѣтельства и удостовѣренія, выдаваемыя присутственными мѣстами“.

Если, такимъ образомъ, изъ сопоставленія правилъ 438 ст. устава и 319 ст. X т. 2 ч., а равно только-что приведеннаго рѣшенія сената и оказывается, что къ числу письменныхъ доказательствъ должны быть относимы акты состоянія и акты присутственныхъ мѣстъ, то этимъ еще не исчерпывается вопросъ о значеніи выраженія 438 ст.: „но и другія бумаги“; необходимо еще, далѣе, показать—слѣдуетъ ли, на основаніи этого выраженія, причислять къ письменнымъ доказательствамъ только-что указанные акты, или же, напротивъ, выраженіе это должно имѣть болѣе широкое значеніе, такъ что къ числу письменныхъ доказательствъ могутъ быть относимы и другіе документы. Я полагаю, что по смыслу этого выраженія къ числу письменныхъ доказательствъ должны быть дѣйствительно относимы и другіе документы, какъ напр. частныя письма, пожалуй даже въ нѣкоторыхъ случаяхъ телеграфическія депеши и проч., но что тѣмъ не менѣе къ числу письменныхъ доказательствъ должны быть относимы не всякія бумаги, представляемыя къ дѣлу, но только такія, которыя могутъ имѣть значеніе акта. Это мнѣніе мое, т.-е. что къ числу доказательствъ должны быть относимы только бумаги, могущія имѣть значеніе акта, я основываю на томъ соображеніи, что выраженіе 438 ст.: „но и другія бумаги“, если только сопоставить это выраженіе съ содержаніемъ другихъ статей устава, непремѣнно должно быть понимаемо не иначе, какъ въ смыслѣ высказаннаго мной положенія. Такъ 456 ст., вмѣняющая суду въ обязанность принимать въ соображеніе всѣ письменныя доказательства, представляемыя тяжущимися, говоритъ однако же, что судъ не въ правѣ оставить безъ разсмотрѣнія „ни одного изъ письменныхъ актовъ“; потомъ 459 ст., заключающая въ себѣ правило объ оцѣнкѣ тѣхъ или другихъ письменныхъ доказательствъ, постановляетъ между прочимъ слѣдующее: „опредѣленіе силы и преимущества домашнихъ и другихъ неформальныхъ актовъ зависитъ отъ усмотрѣнія суда“; изъ содержанія этихъ статей, изъ ко-

торыхъ каждая имѣетъ по отношенію того предмета, къ которому относится, значеніе правила общаго, такимъ образомъ оказывается, что уставъ, во-первыхъ, вовсе не вмѣняетъ суду въ обязанность разсматривать всякія бумаги, даже не имѣющія значенія акта, а во-вторыхъ, не даетъ никакихъ руководящихъ началъ и въ отношеніи оцѣнки такихъ бумагъ, изъ чего и возможно заключить, что составители уставовъ общимъ выраженіемъ: „но и другія бумаги“ вовсе, однако же, не думали относить къ числу доказательствъ такія бумаги, которыя не могутъ имѣть значенія акта. Изъ сопоставленія же этого выраженія съ правиломъ 459 ст., мнѣ кажется, съ достаточной точностью выясняется и то, какіе собственно акты, помимо актовъ, о которыхъ упоминается въ законахъ гражданскихъ, составители уставовъ имѣли въ виду отнести къ числу доказательствъ,—это именно разнаго рода домашніе неформальные документы, которые не могутъ быть подведены, или по ихъ формѣ, или по содержанію, подъ категорію тѣхъ домашнихъ актовъ, о которыхъ упоминается въ законахъ гражданскихъ.

Изъ всего сказаннаго по поводу правила 438 ст., такимъ образомъ, оказывается, что и при дѣйствіи настоящаго устава гражданскаго судопроизводства къ числу письменныхъ доказательствъ должны быть относимы только бумаги, могущія имѣть значеніе актовъ, но что значеніе и силу доказательства должны имѣть не только акты крѣпостные, нотаріальные, явочные и домашніе, о которыхъ упоминается въ законахъ гражданскихъ, или акты укрѣпленія имуществъ, но и акты состоянія и акты присутственныхъ мѣстъ, а равно и другіе неформальные домашніе акты, о которыхъ въ законахъ гражданскихъ не упоминается, но которые по характеру ихъ также должны относиться къ категоріи актовъ укрѣпленія имуществъ. Все видоизмѣненіе, слѣдовательно, правила 319 ст. X т. 2 ч., сдѣланное новымъ уставомъ, заключается въ томъ, что уставъ, отнесеніемъ къ числу письменныхъ доказательствъ неформальныхъ домашнихъ актовъ, о которыхъ въ законахъ гражданскихъ не упоминается, расширилъ понятіе письменнаго доказательства только по объему его, между тѣмъ, какъ по существу оно осталось въ томъ же самомъ видѣ, т.-е. что какъ прежде, такъ и теперь къ письменнымъ доказательствамъ могутъ быть относимы только разнаго рода акты, но не другія бумаги, или что значеніе и силу письменнаго доказательства могутъ имѣть только акты.

Такимъ образомъ выраженія „актъ“ и „письменное доказательство“ являются синонимами, а если такъ, то и очевидно, что понятіе „письменное доказательство“ должно опредѣляться понятіемъ акта, въ томъ видѣ, конечно, какъ это послѣднее понятіе можетъ быть формулировано на основаніи положеній закона, какъ въ отношеніи содержанія его, такъ и со стороны формы. Общаго опредѣленія понятія акта мы не находимъ ни въ уставѣ, ни въ законахъ гражданскихъ, ни въ нотаріальномъ положеніи; послѣднія узаконенія опредѣляютъ только порядокъ составленія и совершенія тѣхъ или другихъ актовъ, и, такимъ образомъ, указываютъ необходимыя принадлежности акта только съ внѣшней стороны, со стороны формы. Между тѣмъ, въ прежнихъ законахъ о судопроизводствѣ гражданскомъ мы находимъ и общее опредѣленіе понятія—актъ, въ отношеніи содержанія его; именно 318 ст. X т. 2 ч. постановляетъ слѣдующее: „письменныя доказательства суть акты, удостовѣряющіе чье-либо право или обязанность“. Такое общее, чисто теоретическое опредѣленіе понятія акта, какъ письменнаго доказательства, странно даже видѣть среди постановленій нашего свода законовъ; но именно потому, что это опредѣленіе является общимъ и теоретическимъ, его и нельзя признать утратившимъ значеніе и по введеніи судебной реформы, тѣмъ болѣе, что оно нисколько не противорѣчитъ частнымъ правиламъ устава о письменныхъ доказательствахъ, и даже по характеру его могло бы занимать именно мѣсто скорѣе въ новомъ уставѣ, чѣмъ въ прежнихъ законахъ, какъ дающее совер-

шенно вѣрное общее руководящее начало судебной практикѣ, для опредѣленія понятія письменнаго доказательства по его содержанію. Въ смыслѣ этого постановленія опредѣляютъ понятіе акта или письменнаго доказательства, по его содержанію, и наши процессуалисты: Малышевъ (Курсъ гражд. суд., изд. 2, т. 1, стр. 291) и Гольмстенъ (Учеб. гражд. суд., стр. 164), утверждая, что въ значеніи письменнаго доказательства долженъ быть принимаемъ всякій актъ, служащій къ подтвержденію, или отрицанію тѣхъ юридическихъ фактовъ, на которыхъ стороны основываютъ ихъ требованія или возраженія. Но для того, конечно, чтобы письменный документъ могъ имѣть значеніе доказательства, недостаточно еще, чтобы онъ по содержанію соотвѣтствовалъ требованіямъ 318 ст. X т. 2 ч.: необходимо еще, чтобы документъ и по формѣ, или, лучше сказать, въ отношеніи, по крайней мѣрѣ, наиболѣе необходимыхъ внѣшнихъ принадлежностей его, удовлетворялъ условіямъ, указаннымъ въ законахъ гражданскихъ, или нотаріальномъ положеніи. Соблюденія какихъ именно формальныхъ условій требуетъ законъ для того, чтобы тотъ или другой документъ, хотя бы и не формальный, получилъ, въ смыслѣ законовъ гражданскихъ, значеніе акта, или значеніе письменнаго доказательства, я укажу въ общихъ чертахъ впослѣдствіи, при разсмотрѣніи постановленій устава, опредѣляющихъ значеніе, какъ доказательства, тѣхъ или другихъ актовъ въ отдѣльности.

Теперь я долженъ обратиться къ разсмотрѣнію другого общаго правила, выраженнаго въ 478 ст., которая, какъ я уже сказалъ, заключаетъ въ себѣ постановленіе о правѣ сторонъ на доказательства, представленныя стороной противной. Постановленіе это выражено такимъ образомъ: „акты, представленные на судъ одною стороною, могутъ служить доказательствомъ и въ пользу другой“. Постановленіе это нельзя не признать какъ нельзя болѣе справедливымъ и цѣлесообразнымъ. Въ самомъ дѣлѣ, какъ не дать сторонѣ права воспользоваться, какъ доказательствомъ, документомъ, представленнымъ ея противникомъ, въ особенности когда къ дѣлу представляется актъ, удостовѣряющій существованіе двусторонняго обязательства, на основаніи котораго обѣ стороны имѣютъ, по отношенію другъ къ другу, извѣстныя права и обязанности? Что правиломъ 478 ст. предоставляется только право сторонамъ воспользоваться доказательствами, представленными противникомъ, но не вмѣняется, при этомъ, самому суду въ обязанность принимать за доказательство документы, представленные одной стороной, въ подтвержденіе правъ стороны противной, то это доказывается, по моему мнѣнію, выраженіемъ статьи: „могутъ служить доказательствомъ“, которое слѣдуетъ понимать въ томъ смыслѣ, что они могутъ быть приняты судомъ за доказательство, если на это обратитъ вниманіе сама заинтересованная сторона.

Послѣдующія слова статьи: „хотя бы сторона, представившая актъ, впослѣдствіи отъ него отказалась, или просила считать его недѣйствительнымъ“, заключаютъ въ себѣ постановленіе, долженствующее гарантировать осуществленіе права одной стороны на доказательства, представленныя стороной противной, отъ такихъ дѣйствій этой стороны, которыя бы могли клониться къ уничтоженію доказательной силы представленнаго ею документа. Подобная гарантія права одной стороны на доказательства, представленныя стороной противной, вполнѣ необходима, потому что стремленіе уничтожить доказательную силу документа стороной, представившей его, вполнѣ возможно во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда бы эта сторона, смотря по ходу процесса и по характеру заявленій другой стороны, усмотрѣла, что представленный ею документъ скорѣе можетъ служить въ ущербъ ея интересамъ и къ утвержденію правъ ея противника. Но, какъ понимать собственно выраженія: „отказалась“ и „просила считать недѣйствительнымъ?“ Долженъ ли актъ, когда сторона противная обращаетъ заключающееся въ немъ до-

казательство тѣхъ или другихъ юридическихъ фактовъ въ свою пользу, служить доказательствомъ даже и въ томъ случаѣ, еслибы актъ, согласно заявленію стороны, представившей его, по какой-либо причинѣ, долженъ быть признанъ на самомъ дѣлѣ недѣйствительнымъ? Прежде, чѣмъ отвѣчать на этотъ вопросъ, я долженъ напомнить, что въ силу того, что правила устава о письменныхъ доказательствахъ заключаютъ въ себѣ постановленія о доказательномъ значеніи и силѣ актовъ, относящихся только къ одной категоріи актовъ—актовъ укрѣпленія имуществъ, большинство которыхъ служитъ къ констатированію фактовъ, относящихся къ договорнымъ соглашеніямъ, необходимо признать, что и общее правило 478 ст., помѣщенное въ уставѣ послѣ всѣхъ этихъ частныхъ постановленій, касается того же предмета, или говоритъ о правѣ сторонъ на такіе документы, представленные стороной противной, которые могутъ служить доказательствомъ фактовъ, удостовѣряемыхъ актами укрѣпленія имуществъ. Если при разрѣшеніи поставленнаго вопроса имѣть въ виду только этого рода акты, то, мнѣ кажется, слѣдуетъ признать, что актъ, представленный одной стороной, долженъ служить доказательствомъ и въ пользу стороны противной, несмотря на заявленіе стороны, представившей его, о его недѣйствительности даже и тогда, когда бы актъ, вслѣдствіе заявленія стороны, являлся недѣйствительнымъ и на самомъ дѣлѣ—во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда актъ можетъ быть пораженъ недѣйствительностью релятивной, по несоблюденію въ немъ тѣхъ или другихъ необходимыхъ принадлежностей со стороны формы, т.-е. можетъ быть пораженъ недѣйствительностью только въ отношеніи доказательной силы его, или не можетъ быть признанъ въ силѣ судебнаго доказательства, напр., когда будетъ представленъ актъ отъ неграмотнаго безъ посторонняго засвидѣтельствованія и проч. Конечно, въ тѣхъ случаяхъ, когда актъ, представленный стороной, является по самому содержанію его недѣйствительнымъ абсолютно ipso jure, какъ служащій удостовѣреніемъ такого договорнаго соглашенія, которое, положимъ, противно нравственности или общественному порядку, и, потому, въ силу самого закона является недѣйствительнымъ, то такого рода актъ не можетъ служить доказательствомъ для обѣихъ сторонъ, какъ не порождающій, собственно говоря, никакихъ взаимныхъ правъ и обязанностей между ними, хотя, впрочемъ, и тутъ возможны исключенія; иногда и такого рода актъ можетъ служить, напр., доказательствомъ уплаты недолжнаго и проч. Что же касается до выраженія статьи: „отказалась“, то оно должно быть понимаемо буквально, т.-е. подъ отказомъ стороны отъ представленнаго ею акта слѣдуетъ понимать просто заявленіе ея о томъ, что она не желаетъ пользоваться представленнымъ актомъ, какъ доказательствомъ, и такого рода отказъ ея не можетъ лишить сторону противную пользоваться этимъ актомъ, какъ доказательствомъ.

Разбирая дальнѣйшее содержаніе правила 478 ст., мы находимъ въ немъ и одинъ случай исключенія изъ выраженнаго въ ней общаго правила, которое ограничиваетъ право стороны на доказательства, представленныя стороной противной. Исключеніе это заключается въ слѣдующихъ словахъ статьи: „если только актъ сей въ подлинности своей не заподозрѣнъ“. Выраженіе это не совсѣмъ ясно и требуетъ нѣкоторыхъ замѣчаній. Несомнѣннымъ въ немъ кажется только одно—это то, что заключающееся въ немъ постановленіе лишаетъ сторону права воспользоваться доказательствомъ, представленнымъ противной стороной, въ томъ случаѣ, когда актъ заподозрѣнъ въ подлинности; но, далѣе, представляется два вопроса: во-первыхъ, какъ понимать выраженіе—„актъ заподозрѣнъ“, и, во-вторыхъ, кѣмъ долженъ быть актъ заподозрѣнъ и достаточно ли одного заподозрѣнія акта для того, чтобы онъ утратилъ силу доказательства?

Что касается перваго вопроса, то мнѣ кажется, что актъ заподозрѣн-

нымъ въ его подлинности слѣдуетъ считать въ томъ случаѣ, когда противъ акта заявленъ или споръ о подлогѣ его, или сомнѣніе въ его подлинности, потому что только эти два вида споровъ противъ подлинности актовъ и извѣстны нашему уставу (ст. 541). Если такъ, то второй вопросъ, мнѣ кажется, долженъ быть разрѣшенъ не иначе, какъ по соображеніи правилъ, опредѣляющихъ порядокъ производства по этимъ спорамъ, и сопоставленіи этихъ правилъ съ постановленіемъ разбираемой статьи. На основаніи общихъ правилъ о повѣркѣ доказательствъ и именно постановленія 541 ст., споръ противъ подлинности акта можетъ быть заявленъ только той стороной, противъ которой актъ представленъ; примѣняя это правило къ занимающему насъ вопросу, слѣдуетъ придти къ тому заключенію, что, въ случаѣ заподозрѣнія акта въ подлинности его, сторона желающая воспользоваться, какъ доказательствомъ, этимъ актомъ, представленнымъ, конечно, стороной противной, тогда только лишается этого права, когда сама же заявитъ споръ противъ его подлинности. Но, такъ какъ, далѣе, одного заявленія спора противъ подлинности акта недостаточно еще для того, чтобы актъ вообще былъ исключенъ изъ числа доказательствъ по отношенію обѣихъ сторонъ, то, мнѣ кажется, одно заявленіе спора не можетъ лишить и сторону, заявляющую споръ, права пользоваться актомъ, представленнымъ противной стороной, какъ доказательствомъ. Иное дѣло, когда сторона, представившая актъ, вслѣдствіе заявленія спора противъ подлинности его, откажется отъ него, и когда, затѣмъ, актъ этотъ будетъ, на основаніи правилъ 546 и 558 ст., исключенъ изъ числа доказательствъ, или когда актъ, по повѣркѣ подлинности его, будетъ исключенъ изъ числа доказательствъ, на основаніи правилъ 554 и 561 ст. самимъ судомъ, тогда, конечно, обѣ стороны будутъ лишены права ссылаться на этотъ актъ, какъ на доказательство; но, если случится такимъ образомъ, что по заявленіи спора противъ подлинности акта сторона, представившая его, не откажется отъ него и если, затѣмъ, актъ, по повѣркѣ, будетъ признанъ подлиннымъ, то, мнѣ кажется, что такой актъ можетъ снова служить доказательствомъ въ пользу обѣихъ сторонъ, несмотря на предшествовавшее заявленіе спора противъ подлинности его одною изъ сторонъ. На основаніи этихъ соображеній я прихожу къ тому окончательному выводу, что въ силу исключенія, выраженнаго въ 478 ст., одна сторона можетъ быть лишена права пользоваться, какъ доказательствомъ, актомъ, представленнымъ стороной противной только въ томъ случаѣ, когда ею будетъ заявленъ, во-первыхъ, споръ противъ подлинности акта и, во-вторыхъ, когда вслѣдствіе такого заявленія, заподозрѣнный актъ дѣйствительно будетъ исключенъ изъ числа доказательствъ, потому что противоположное толкованіе, какъ мнѣ кажется, прямо противорѣчило бы точному смыслу самой 478 ст. Въ самомъ дѣлѣ, если вникнуть глубже въ смыслъ этой статьи, то, мнѣ кажется, нельзя не усмотрѣть, что выраженіе статьи: „если только актъ сей въ подлинности своей не заподозрѣнъ“ служитъ только какъ бы разъясненіемъ выраженія предъидущаго—„хотя бы сторона, представившая актъ, впослѣдствіи отъ него отказалась“. Изъ сопоставленія этихъ выраженій оказывается слѣдующее: отказъ стороны отъ акта не лишаетъ еще противную сторону права пользоваться этимъ актомъ, но, если отказъ отъ акта послѣдовалъ вслѣдствіе заявленія спора противъ подлинности его, то въ такомъ случаѣ отказъ лишаетъ сторону, заявившую споръ, права пользоваться заподозрѣннымъ актомъ, какъ доказательствомъ; или, другими словами, сторона, заявившая споръ противъ подлинности акта, тогда только можетъ быть лишена права пользоваться имъ, когда вслѣдствіе такого заявленія сторона противная откажется отъ акта, а въ этомъ случаѣ актъ, какъ мы видѣли, исключается вообще изъ числа доказательствъ, слѣдовательно, сторона, заявившая споръ, лишается права пользоваться запо-

дозрѣннымъ актомъ только тогда, когда актъ будетъ исключенъ изъ числа доказательствъ, но никакъ не прежде. Такой выводъ, мнѣ кажется, даетъ основаніе предполагать, что и въ другомъ случаѣ, когда вслѣдствіе заявленія спора противъ подлинности акта одной стороной не послѣдуетъ отказа отъ акта съ другой стороны, сторона, заявившая сомнѣніе, тогда только должна быть лишена права ссылаться на заподозрѣнный актъ, какъ на доказательство въ свою пользу, когда актъ этотъ также будетъ исключенъ изъ числа доказательствъ.

Еще одно замѣчаніе по поводу общаго правила 478 ст. Хотя выше мной и было замѣчено, что, судя по мѣсту, занимаемому этой статьей среди другихъ правилъ устава о письменныхъ доказательствахъ, и слѣдуетъ видѣть въ ней правило, относящееся до актовъ укрѣпленія имуществъ, но, несмотря на это, нельзя, мнѣ кажется, въ настоящемъ случаѣ не придавать нѣсколько распространительное значеніе заключающемуся въ ней правилу, и нельзя не признать, что сторонамъ должно быть предоставлено право пользоваться письменными доказательствами, представленными стороной противной и въ тѣхъ случаяхъ, когда эти доказательства относятся и къ другимъ категоріямъ актовъ, т.-е. актовъ состоянія, или актовъ присутственныхъ мѣстъ. Мнѣ кажется только, что по отношенію этихъ актовъ право сторонъ должно быть не столь безусловно, т.-е. что иногда сторона, ссылающаяся въ свою пользу, какъ на доказательство, на документъ, представленный противной стороной, можетъ быть лишена этого права, даже просто вслѣдствіе заявленія отказа или заявленія о недѣйствительности акта стороной, представившей актъ. Подобныя заявленія могутъ быть иногда сдѣланы стороной, представившей актъ вслѣдствіе обнаружившейся, напр., просто невѣрности въ представленномъ уже къ дѣлу или актѣ состоянія, или актѣ присутственнаго мѣста; при доказанности же такихъ заявленій странно было бы, конечно, придавать подобному акту значеніе доказательства, когда онъ не можетъ служить удостовѣреніемъ дѣйствительно послѣдовавшихъ событій.

Послѣдующія частныя постановленія устава о назначеніи и силѣ тѣхъ или другихъ видовъ письменныхъ доказательствъ въ отдѣльности размѣщены въ уставѣ безъ всякой системы, такъ что комментировать ихъ въ томъ порядкѣ, какъ они изложены въ уставѣ, представляется рѣшительно невозможнымъ. Для болѣе правильнаго уразумѣнія точнаго смысла отдѣльныхъ постановленій, необходимо, чтобы они были сгруппированы по извѣстной системѣ такимъ образомъ, чтобы правила, относящіяся къ одному какому-либо виду письменныхъ доказательствъ, были непремѣнно разсмотрѣны совмѣстно, потому что только при такомъ порядкѣ изложенія каждое отдѣльное постановленіе можетъ быть понято надлежащимъ образомъ, будучи поставлено въ связь и соотношеніе съ болѣе близкими ему правилами. Слѣдуя въ настоящемъ случаѣ указаніямъ Бонье, я предполагаю разсмотрѣть постановленія устава о силѣ и значеніи, какъ письменныхъ доказательствъ, тѣхъ или другихъ видовъ документовъ, сообразно бо̀льшей или меньшей достовѣрности ихъ, сообразно бо̀льшему или меньшему совершенству ихъ, какъ доказательства (Traité des preuves, изд. 4, т. II, стр. 7). Слѣдуя такому логическому основанію раздѣленія письменныхъ доказательствъ на ихъ отдѣльные виды по ихъ достовѣрности, мной будутъ разсмотрѣны прежде всего постановленія устава, опредѣляющія доказательное значеніе актовъ крѣпостныхъ, нотаріальныхъ и явочныхъ. Эти акты по ихъ совершенству и достовѣрности, какъ доказательства, конечно, должны быть поставлены на первое мѣсто, потому что ими констатируется не только воля сторонъ собственнымъ ихъ признаніемъ, выраженнымъ въ актѣ, но, кромѣ того, фактъ этотъ удостовѣряется третьими незаинтересованными лицами, иногда свидѣтелями, присутствующими при совершеніи акта, и всегда самими лицами, принимающими актъ

къ совершенію, или засвидѣтельствованію, какъ, напр., нотаріусомъ, консуломъ и другими оффиціальными лицами, уполномоченными закономъ къ совершенію или засвидѣтельствованію актовъ. Второе мѣсто должно быть отведено актамъ домашнимъ, подписаннымъ должникомъ (подъ выраженіемъ „должникъ“ я разумѣю здѣсь лицо, вообще чѣмъ-либо обязанное передъ противной стороной) самимъ, или по уполномочію его хотя бы и другимъ лицомъ, но безъ всякаго оффиціальнаго засвидѣтельствованія. Такого рода актами констатируется признаніе должника извѣстной обязанности только самимъ же должникомъ; еслибы при совершеніи домашняго акта даже присутствовали и свидѣтели, то одно ихъ удостовѣреніе этого факта, его достовѣрности не можетъ замѣнить собою удостовѣреніе оффиціальнаго лица, напр., нотаріуса, свидѣтельство котораго, какъ должностного лица, по самому положенію его заслуживаетъ бо́льшаго довѣрія, чѣмъ свидѣтельство лицъ частныхъ. Затѣмъ, по степени достовѣрности должны слѣдовать домашніе акты, должникомъ не подписанные, въ которыхъ сознаніе долга удостовѣряется такимъ образомъ уже не должникомъ, а самимъ вѣрителемъ. Къ этой категоріи актовъ должны быть отнесены купеческія книги, и въ нѣкоторыхъ случаяхъ заборныя книжки, о которыхъ говорится въ 471 ст. Наконецъ, къ четвертой категоріи актовъ, по ихъ достовѣрности, должны быть отнесены акты, которые служатъ доказательствомъ не сами по себѣ, а служатъ, такъ сказать, только доказательствомъ другого письменнаго доказательства — это копіи актовъ. Смотря по тому, къ какому изъ этихъ четырехъ видовъ актовъ относятся тѣ или другія постановленія устава, они мной и будутъ разсмотрѣны сообразно указанному порядку, а, затѣмъ, я уже разсмотрю остальныя постановленія устава, именно правила, опредѣляющія значеніе, какъ доказательства, актовъ либеративныхъ, подъ которыми я разумѣю всякаго рода акты, могущіе служить удостовѣреніемъ фактовъ, освобождающихъ должника отъ исполненія обязанности; далѣе, мной будутъ разсмотрѣны правила объ актахъ, совершенныхъ за-границей; потомъ, постановленія, налагающія взысканія за написаніе актовъ на простой бумагѣ и, наконецъ, правила объ оцѣнкѣ письменныхъ доказательствъ и объ обязанности суда въ отношеніи разсмотрѣнія представляемыхъ сторонами письменныхъ доказательствъ. Постановленія, опредѣляющія доказательное значеніе и силу актовъ крѣпостныхъ и явочныхъ, мы находимъ въ слѣдующихъ статьяхъ:

Ст. 457. Акты крѣпостные, нотаріальные и явленные къ засвидѣтельствованію, если существо содержащейся въ нихъ сдѣлки не противно законамъ, имѣютъ силу доказательства какъ между сторонами, участвовавшими въ договорѣ, такъ и между ихъ наслѣдниками и преемниками, развѣ бы они опровергнули подлинность актовъ, или доказали, что акты потеряли свою силу.

Ст. 476. Въ актахъ крѣпостныхъ, нотаріальныхъ и явленныхъ къ засвидѣтельствованію, выставленный на нихъ день совершенія или явки почитается достовѣрнымъ.

Правило первой изъ приведенныхъ статей говоритъ о доказательномъ значеніи только трехъ родовъ публичныхъ актовъ: а) актовъ крѣпостныхъ, т.-е. актовъ, утверждаемыхъ старшимъ нотаріусомъ; б) актовъ нотаріальныхъ, т.е. актовъ, совершаемыхъ у младшихъ нотаріусовъ и в) актовъ, являемыхъ къ засвидѣтельствованію, т.-е. актовъ явочныхъ; между тѣмъ, какъ на самомъ дѣлѣ, правилу этой статьи должно быть дано нѣсколько распространительное толкованіе, въ отношеніи опредѣленія тѣхъ актовъ, доказательное значеніе которыхъ оно имѣетъ въ виду указать. Такъ, къ актамъ засвидѣтельствованнымъ установленнымъ порядкомъ должны быть относимы, какъ я уже имѣлъ случай замѣтить, не только акты явочные, о которыхъ упоминается въ законахъ гражданскихъ и которые являются у нотаріусовъ, но и другіе акты, засвидѣтельствованные вообще уполномоченными на то мѣстами и ли-

цами, напр. волостными правленіями и другими. Далѣе, изъ постановленія 457 ст. видно, что въ немъ говорится о доказательномъ значеніи актовъ, служащихъ къ удостовѣренію договорныхъ соглашеній, что ясно доказывается напр. словами „между сторонами, участвовавшими въ договорѣ", между тѣмъ, не всѣ акты, относящіеся къ категоріи актовъ укрѣпленія имуществъ, по содержанію ихъ являются актами договорными; напротивъ, изъ этой категоріи актовъ можно указать и такіе, которые служатъ удостовѣреніемъ односторонихъ распоряженій, напр. духовныя завѣщанія, акты выдѣла и проч.; то слѣдуетъ ли и доказательное значеніе этихъ актовъ обсуждать по правилу разбираемой статьи? Мнѣ кажется, что вопросъ этотъ долженъ быть разрѣшенъ утвердительно на томъ основаніи, что законы гражданскіе и такого рода акты, смотря по способу совершенія ихъ, относятъ также къ актамъ крѣпостнымъ или явочнымъ.

Хотя правило разбираемой статьи приписываетъ актамъ крѣпостнымъ, нотаріальнымъ и явочнымъ силу доказательства не безусловно, но не иначе, какъ подъ тѣмъ условіемъ, чтобы существо содержащейся въ нихъ сдѣлки не было противно законамъ, но, несмотря на это, я полагаю, что заключающееся въ этомъ условіи ограниченіе доказательной силы этихъ актовъ введено составителями уставовъ въ текстъ статьи не болѣе, какъ по недоразумѣнію. Вводя въ правило разбираемой статьи указанное ограниченіе, составители уставовъ, очевидно, смѣшали договорное значеніе акта, или значеніе акта по его содержанію, съ внѣшнимъ выраженіемъ его формой, которая въ настоящемъ случаѣ только и имѣетъ значеніе при обсужденіи силы акта, какъ доказательства. Однимъ словомъ, составители уставовъ, имѣя въ виду недѣйствительность самаго матеріальнаго факта — договорнаго соглашенія, выраженнаго въ актѣ, распространили и на процессуальное значеніе акта, какъ доказательства, и, такимъ образомъ, совершенно некстати, на основаніи принципа права матеріальнаго, введеннаго въ постановленіе, относящееся къ процессу, обусловили значеніе акта, какъ доказательства. Нечего, кажется, и говорить о томъ, что актъ, служащій внѣшнимъ выраженіемъ хотя бы матеріально и недѣйствительной сдѣлки, какъ противной законамъ, нисколько, однако же, черезъ это не можетъ лишиться доказательной силы; онъ, очевидно, и въ этомъ случаѣ служитъ не менѣе полнымъ и достовѣрнымъ доказательствомъ совершенія сдѣлки, какъ и во всѣхъ другихъ случаяхъ; дѣло только въ томъ, что актъ, при недѣйствительности самой сдѣлки, будетъ представлять собой доказательство совершенно безполезное, да и то не всегда, иногда и при недѣйствительности сдѣлки, актъ можетъ служить доказательствомъ нѣкоторыхъ правъ, какъ это я уже имѣлъ случай замѣтить нѣсколько выше. Если, такимъ образомъ, актъ, по самой природѣ его, какъ доказательство, не утрачиваетъ своего значенія, по крайней мѣрѣ, процессуальнаго, и при недѣйствительности выраженной въ немъ сдѣлки, то, безъ сомнѣнія, и условіе, ограничивающее его значеніе, выраженное въ статьѣ словами: „если существо содержащейся въ нихъ сдѣлки не противно законамъ", также должно утратить всякое значеніе. Несмотря, однако же, на то, что выраженіе это и не имѣетъ никакого значенія, тѣмъ не менѣе, включеніе его въ текстъ разбираемой статьи нельзя не признать болѣе чѣмъ неумѣстнымъ, потому что обстоятельство это во всякомъ случаѣ можетъ подать поводъ къ ложнымъ предположеніямъ. Во-первыхъ, такое смѣшеніе принциповъ права матеріальнаго и процессуальнаго можетъ подать поводъ предполагать, что правила устава о доказательствахъ заключаютъ въ себѣ опредѣленія не только о доказательной силѣ актовъ, но и о ихъ договорномъ значеніи, чего, однако же, по самому существу правилъ устава, относящихся только къ процессу, но не къ праву, допустить невозможно. Во-вторыхъ, слишкомъ узко-буквальное и придирчивое толкованіе правилъ о силѣ домашнихъ актовъ, въ кото-

рыхъ не содержится никакого ограниченія въ отношеніи доказательной силы ихъ случаями, когда бы сдѣлка, выраженная въ домашнемъ актѣ, противорѣчила законамъ, можетъ, на этомъ основаніи, отдавать актамъ домашнимъ преимущество въ отношеніи доказательной силы ихъ передъ актами крѣпостными и явочными, что также допустить нельзя.

Перехожу къ разсмотрѣнію другого вопроса, возбуждаемаго также нѣкоторой неопредѣлительностью правила 457 ст.,—вопроса о томъ: между кѣмъ акты крѣпостные, нотаріальные и явочные могутъ имѣть значеніе доказательствъ? Въ отвѣтъ на этотъ вопросъ въ самой статьѣ мы находимъ слѣдующее положеніе: „акты крѣпостные, нотаріальные и явленные къ засвидѣтельствованію имѣютъ силу доказательства, какъ между сторонами, участвовавшими въ договорѣ, такъ и между ихъ наслѣдниками и преемниками". Мнѣ кажется, я не ошибусь, если скажу, что на основаніи этого положенія слѣдуетъ признать, что акты крѣпостные и явочные должны имѣть силу доказательства не только между универсальными преемниками сторонъ, каковыми являются, и на основаніи законовъ гражданскихъ, наслѣдники контрагентовъ, участвовавшихъ въ заключеніи договора и къ каковымъ, т.-е. универсальнымъ преемникамъ, также слѣдуетъ отнести массу кредиторовъ несостоятельнаго или все равно конкурсъ, но и между сингулярными ихъ преемниками, каковыми должны быть признаны, напр., покупщикъ, дароприниматель, легаторы и проч. Послѣдніе на томъ основаніи, что, по началамъ матеріальнаго гражданскаго права, къ сингулярнымъ преемникамъ также переходятъ извѣстныя права и обязанности правопередатчика, въ отношеніи которыхъ сингулярный преемникъ также заступаетъ правопередатчика, и является, такимъ образомъ, связаннымъ тѣмъ же юридическимъ отношеніемъ съ третьимъ лицомъ, съ которымъ былъ связанъ правопередатчикъ въ качествѣ стороны. О томъ же, чтобы акты крѣпостные и явочные имѣли силу доказательства не только между указанными лицами, но и вообще, по отношенію третьихъ постороннихъ сдѣлкѣ лицъ, правило 457 ст. ничего не говоритъ. Слѣдуетъ ли изъ такого молчанія заключить, что акты эти не должны имѣть никакого значенія доказательства по отношенію третьихъ лицъ? Если и справедливо, что сдѣлка, внѣшнимъ выраженіемъ или, лучше сказать, доказательствомъ которой служитъ актъ, связываетъ извѣстнымъ юридическимъ отношеніемъ только лицъ, принимавшихъ участіе въ заключеніи сдѣлки, а также ихъ наслѣдниковъ и преемниковъ и что сдѣлка эта никакого отношенія до правъ и обязанностей третьихъ постороннихъ лицъ не имѣетъ въ силу общаго юридическаго принципа: res inter alios acta non nocet, nec obligat, nec facit jus inter alios, то, несмотря на это, нельзя, какъ мнѣ кажется, того же сказать по отношенію акта, какъ доказательства. Въ самомъ дѣлѣ, процессуальное значеніе акта, какъ доказательства, въ томъ только и заключается, что онъ служитъ удостовѣреніемъ разъ состоявшагося и выраженнаго въ немъ соглашенія, вслѣдствіе чего, нельзя не задаться вопросомъ, отчего же актъ не можетъ служить удостовѣреніемъ, и по отношенію третьихъ лицъ, того, что фактъ соглашенія дѣйствительно состоялся; или когда рѣчь идетъ объ актѣ одностороннемъ, что, напр., воля завѣщателя въ духовномъ завѣщаніи дѣйствительно выразилась? Очевидно, что еслибы отвѣчать на этотъ вопросъ и утвердительно, то по одной этой причинѣ выраженная въ актѣ сдѣлка не можетъ получить еще никакого обязательнаго значенія для третьихъ лицъ, а, слѣдовательно, и признаніе за актомъ доказательнаго значенія по отношенію ихъ нисколько не будетъ противорѣчить только что указанному началу права матеріальнаго. Затѣмъ, нельзя не обратить вниманія также и на то, что, по смыслу нашихъ гражданскихъ законовъ, все значеніе крѣпостныхъ актовъ въ томъ именно и заключается, что они должны служить доказательствомъ права собственности пріобрѣтателя противъ всѣхъ

и каждаго, вслѣдствіе чего, я и прихожу къ тому заключенію, что правилу 457 ст., по отношенію разсматриваемаго вопроса, никакъ не должно придавать ограничительное значеніе, и что, напротивъ, слѣдуетъ вмѣстѣ съ Гольмстеномъ (Учебн. гражд. суд., стр. 171) признать, что акты крѣпостные, нотаріальные и явочные должны имѣть силу доказательства не только между сторонами, участвовавшими въ заключеніи сдѣлки и ихъ наслѣдниками и преемниками, но и по отношенію третьихъ совершенно постороннихъ сдѣлкѣ лицъ.

Правило разбираемой статьи, кромѣ опредѣленія доказательнаго значенія актовъ крѣпостныхъ, нотаріальныхъ и явочныхъ, указываетъ еще обстоятельства или условія, съ наступленіемъ которыхъ акты эти могутъ утратить силу доказательства. Относящееся къ этому предмету опредѣленіе заключается въ слѣдующемъ. Послѣ указанія того, что акты крѣпостные, нотаріальные и явочные имѣютъ силу доказательства между сторонами, заключившими договоръ и ихъ наслѣдниками и преемниками, правило 457 ст. постановляетъ: „развѣ бы они (т.-е. стороны, ихъ наслѣдники и преемники) опровергнули подлинность актовъ, или доказали, что акты потеряли свою силу". На основаніи этого положенія слѣдуетъ заключить, что правило этой статьи ставитъ въ зависимость доказательное значеніе актовъ крѣпостныхъ, нотаріальныхъ и явочныхъ отъ возраженій сторонъ, которыя, бывъ надлежащимъ образомъ констатированы, и должны имѣть вліяніе на прекращеніе доказательнаго значенія ихъ. Что касается собственно самаго существа этихъ возраженій, то правило разбираемой статьи рѣшительное значеніе относительно доказательной силы актовъ даетъ только двумъ возраженіямъ: а) когда посредствомъ возраженія была бы опровергнута подлинность акта и б) когда было бы доказано, что актъ потерялъ свою силу. Вникая въ существо того и другого возраженія, нетрудно, какъ мнѣ кажется, убѣдиться въ томъ, что только первое возраженіе, или споръ противъ подлинности акта, имѣетъ характеръ процессуальнаго возраженія, т.-е. возраженія собственно противъ акта, какъ доказательства. Возраженіе это, конечно, есть не что иное по существу его, какъ споръ о подлогѣ акта, потому что другой путь опроверженія подлинности актовъ крѣпостныхъ, нотаріальныхъ и явочныхъ, посредствомъ заявленія сомнѣнія въ подлинности, 543 ст. не допускается. Другое возраженіе, или возраженіе о томъ, что актъ потерялъ свою силу, ни въ какомъ случаѣ, по моему мнѣнію, нельзя признать возраженіемъ процессуальнымъ. Актъ собственно, какъ доказательство, какъ внѣшній знакъ состоявшагося соглашенія, никогда не можетъ потерять свою силу; можетъ утратить юридическое значеніе самое соглашеніе, выраженное въ актѣ, по его содержанію, но никакъ не самый актъ. Еслибы актъ, положимъ, крѣпостной, былъ совершенъ съ упущеніемъ такихъ существенныхъ обрядовъ, что, вслѣдствіе этого, являлся недѣйствительнымъ, то недѣйствительнымъ въ такомъ случаѣ онъ былъ бы отъ начала, такъ что про такой актъ и никакъ нельзя сказать, чтобы онъ могъ утратить свою силу; слѣдовательно, и разсматриваемое возраженіе никакъ нельзя признать имѣющимъ значеніе возраженія процессуальнаго, нельзя признать, чтобы подобное возраженіе, по самому существу его, могло быть направляемо противъ акта, какъ доказательства. Остается, поэтому, признать, что возраженіе это по существу его есть не что иное, какъ возраженіе противъ самаго содержанія акта, или возраженіе противъ силы матеріальнаго факта, т.-е. существа самаго договорнаго соглашенія, выраженнаго въ актѣ. Подобное возраженіе должно имѣть свое основаніе, конечно, въ постановленіяхъ матеріальнаго гражданскаго права; такъ сдѣлка, или, какъ говоритъ статья, актъ можетъ потерять свою силу, или вслѣдствіе истеченія давности, или вслѣдствіе исполненія обязательства и проч.; но очевидно, что всѣ эти возраженія являются возраженіями не про-

тивъ самаго акта, какъ внѣшняго знака или внѣшняго выраженія сдѣлки, а возраженіями противъ силы самой сдѣлки. Такимъ образомъ, мы опять и здѣсь видимъ то же неумѣстное смѣшеніе началъ права матеріальнаго и процессуальнаго, которое, какъ я уже замѣтилъ выше, можетъ дать ложное понятіе о самомъ харектерѣ постановленій устава о письменныхъ доказательствахъ. Изъ всего сказаннаго становится очевиднымъ, что уставъ предлагаетъ, собственно говоря, только одно средство, могущее служить дѣйствительнымъ основаніемъ къ прекращенію доказательной силы актовъ крѣпостныхъ, нотаріальныхъ и явочныхъ, которое заключается въ томъ, что актъ, вслѣдствіе спора о подлогѣ, можетъ быть исключенъ изъ числа доказательствъ. Это и понятно: актъ, признанный подложнымъ, теряетъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, свое значеніе, какъ внѣшнее выраженіе сдѣлки и, такимъ образомъ, какъ доказательство, уничтожается; но другого пути, могущаго вести къ прекращенію доказательной силы акта, и отыскать невозможно.

Такъ, по крайней мѣрѣ, вообще должно быть, по моему мнѣнію, понимаемо, въ этомъ отношеніи, правило 457 ст., какъ постановленіе права процессуальнаго; но, далѣе, я еще долженъ сказать нѣсколько словъ о томъ, доказательствомъ какихъ событій можетъ, по нашимъ законамъ, служить всякій публичный актъ. Правило разбираемой статьи говоритъ только въ общихъ выраженіяхъ, что публичные акты имѣютъ силу доказательства, „если существо содержащейся въ нихъ сдѣлки не противно законамъ“ — и только. Слова эти могутъ, однако же, дать поводъ предполагать, что публичные акты могутъ служить доказательствомъ только тѣхъ фактовъ, которые непосредственно относятся къ существу самой сдѣлки, между тѣмъ, какъ на самомъ дѣлѣ допустить такое ограниченіе, въ отношеніи доказательнаго значенія публичныхъ актовъ, какъ мнѣ кажется, даже по нашимъ законамъ, нельзя. Во французскомъ же code civil (art. 1320) и итальянскомъ гражданскомъ кодексѣ (ст. 1318) прямо выражено, что актъ долженъ служить доказательствомъ въ цѣломъ его составѣ, что изъ помѣщенныхъ въ немъ выраженій должны служить доказательствомъ не только тѣ выраженія, которыми таксируются факты, относящіеся къ самому существу сдѣлки, но и выраженія, которыя относятся до такихъ фактовъ, о которыхъ говорится въ актѣ только объявительно—in modo enunciativo. На основаніи этихъ постановленій французскіе юристы, и, между прочимъ, Бонье, признаютъ доказательное значеніе за тѣми выраженіями акта, въ которыхъ объявляется напримѣръ, что одинъ изъ контрагентовъ вступаетъ въ сдѣлку въ качествѣ наслѣдника такого-то лица, вслѣдствіе чего, актъ публичный, которымъ имѣлось собственно въ виду констатировать совершенно другія событія, можетъ быть, однако же, выставляемъ, какъ доказательство факта вступленія извѣстнаго лица въ состояніе наслѣдника, или просто факта принятія имъ наслѣдства (Traité des preuves, изд. 4, т. II, стр. 69). Въ подтвержденіе того, что и у насъ публичные акты могутъ быть принимаемы за доказательство такихъ фактовъ, о которыхъ говорится въ нихъ только in modo enunciativo, я могу указать, напримѣръ, на 35 ст. X т. 1 ч., въ которой говорится, что въ случаѣ возникшихъ о метрическихъ актахъ, долженствующихъ служить главнымъ доказательствомъ событія заключенія брака, сомнѣній, однимъ изъ вспомогательныхъ доказательствъ могутъ быть приняты, между прочимъ, гражданскіе документы, если изъ нихъ видно, что именующіеся или именуемые супругами признавались таковыми въ присутственныхъ мѣстахъ. Нѣтъ сомнѣнія, что подъ гражданскими документами здѣсь слѣдуетъ разумѣть вообще всѣ акты, о которыхъ говорится въ законахъ гражданскихъ, а, слѣдовательно, и документы, относящіеся къ категоріи актовъ укрѣпленія имуществъ. Въ этихъ актахъ, при засвидѣтельствованіи ихъ, можетъ быть, напр., объявлено, что такое то лицо вступаетъ въ сдѣлку, какъ супругъ такого то лица, каковое состояніе этого

лица, при удостовѣреніи его самоличности на актѣ, и можетъ быть, затѣмъ, признано или удостовѣрено присутственнымъ мѣстомъ, засвидѣтельствовавшимъ актъ, такъ что въ этомъ случаѣ объявительныя выраженія акта могутъ быть приняты за доказательство состоянія извѣстнаго лица. Такъ, еслибы, напримѣръ, въ раздѣльномъ актѣ, въ совершеніи котораго послѣ смерти одного изъ супруговъ, вмѣстѣ съ дѣтьми участвовала, положимъ, и мать ихъ, и еслибы въ актѣ было упомянуто, что она участвовала въ совершеніи его, какъ жена такого то лица, то это состояніе ея могло бы быть доказываемо этимъ самымъ раздѣльнымъ актомъ.

Правило 476 ст., постановляющее, что „въ актахъ крѣпостныхъ, нотаріальныхъ и явленныхъ къ засвидѣтельствованію, выставленный на нихъ день совершенія или явки почитается достовѣрнымъ“, само по себѣ значенія не имѣетъ и если оно включено въ уставъ, то развѣ только для того, чтобы рельефнѣе указать значеніе правила слѣдующей статьи, которое заключаетъ въ себѣ аналогическое постановленіе по отношенію актовъ домашнихъ, потому что по отношенію актовъ крѣпостныхъ, нотаріальныхъ и явочныхъ подобное правило, какъ мнѣ кажется, является совершенно излишнимъ на томъ основаніи, что если все содержаніе этихъ актовъ признается вообще достовѣрнымъ, то само собой разумѣется, что выставленный въ нихъ день явки или совершенія также долженъ почитаться достовѣрнымъ. Замѣчу, впрочемъ, здѣсь по поводу правила разбираемой статьи только то, что изъ сопоставленія его съ правиломъ 477 ст. само собой вытекаетъ то послѣдствіе, что выставленный въ актахъ крѣпостныхъ и явочныхъ день совершенія или явки долженъ почитаться достовѣрнымъ не только по отношенію сторонъ, участвовавшихъ въ заключеніи сдѣлки и ихъ наслѣдниковъ и преемниковъ, но и по отношенію третьихъ лицъ, что̀ служитъ, между прочимъ, новымъ подтвержденіемъ высказанному мной выше положенію о томъ, что акты крѣпостные и явочные должны имѣть силу доказательства и по отношенію третьихъ, совершенно постороннихъ сдѣлкѣ, лицъ. Какъ вообще достовѣрность или доказательное значеніе актовъ крѣпостныхъ, нотаріальныхъ и явочныхъ прекращается съ объявленіемъ ихъ, вслѣдствіе заявленія спора противъ подлинности ихъ, подложными, такъ точно и выставленный въ нихъ день совершенія или явки долженъ почитаться достовѣрнымъ только до наступленія этого событія, потому что, съ признаніемъ акта подложнымъ вообще, непремѣнно должно быть признано подложнымъ и сдѣланное въ актѣ указаніе въ отношеніи времени совершенія ини явки его, а слѣдовательно, должно утратить достовѣрность и обозначеніе дня явки или совершенія акта. Выводъ этотъ, впрочемъ, не столько имѣетъ значенія собственно въ отношеніи правила разбираемой статьи, сколько, какъ это мы увидимъ ниже, въ отношеніи правильнаго истолкованія правила 477 ст.; во всякомъ случаѣ выводъ этотъ указываетъ, что правиломъ 476 ст. устанавливается въ отношеніи достовѣрности времени совершенія или явки актовъ крѣпостныхъ и явочныхъ не болѣе, какъ презумпція juris, но никакъ не предположеніе juris et de jure. Если достовѣрность означеннаго въ актѣ дня совершенія или явки его можетъ быть уничтожена тѣмъ же самымъ возраженіемъ, какъ и доказательное значеніе всего акта, т.-е. посредствомъ предъявленія спора о подлогѣ акта. то, конечно, и наоборотъ, споръ о подлогѣ можетъ быть заявленъ исключительно противъ достовѣрности совершенія акта и, притомъ, такой споръ, равно какъ и споръ о подлогѣ противъ всего акта, въ силу того, что крѣпостные, нотаріальные и явочные акты могутъ имѣть силу доказательства, по отношенію третьихъ лицъ, долженъ быть допускаемъ, какъ возраженіе противъ доказательной силы акта, не только со стороны лицъ, участвовавшихъ или какъ бы участвовавшихъ въ совершеніи сдѣлки — ихъ наслѣдниковъ и преемниковъ, но и постороннихъ третьихъ лицъ.

Что касается, наконецъ, практики сената по вопросамъ о значеніи крѣпостныхъ, нотаріальныхъ и явочныхъ актовъ, какъ доказательства, то, несмотря на многочисленность рѣшеній его, относящихся вообще до правилъ устава о письменныхъ доказательствахъ, я не могъ найти ни одного рѣшенія его, которое, хотя бы сколько-нибудь обстоятельно, разъясняло значеніе правилъ 457 и 476 ст. Напротивъ, по характеру высказанныхъ сенатомъ, во многихъ рѣшеніяхъ его, объясненій, на значеніе вообще письменныхъ актовъ, какъ доказательства, можно судить, что сенатъ не различаетъ съ точностью договорное значеніе актовъ и значеніе ихъ, какъ доказательства, и придаетъ, поэтому, иногда несоотвѣтственное значеніе и самымъ правиламъ устава о письменныхъ доказательствахъ, полагая, что правила эти заключаютъ въ себѣ постановленія о договорномъ значеніи актовъ, чего на самомъ дѣлѣ, какъ мы видѣли, признать нельзя.

Перехожу къ разсмотрѣнію статей, опредѣляющихъ доказательное значеніе актовъ домашнихъ.

Ст. 460. Актъ, непризнанный въ силѣ крѣпостнаго, нотаріальнаго, или явленнаго къ засвидѣтельствованію, сохраняетъ силу домашняго акта.

Ст. 458. Домашніе акты, признанные тѣми, противъ коихъ они представлены, или судомъ, по надлежащемъ изслѣдованіи, за подлинные, имѣютъ между договорившимися сторонами, ихъ наслѣдниками и преемниками равную силу съ актами, совершенными или засвидѣтельствованными установленными для сего мѣстами и лицами.

Ст. 477. Въ домашнихъ актахъ выставленный день совершенія почитается достовѣрнымъ только для тѣхъ лицъ, которыя сами въ актѣ участвовали, равно какъ для ихъ наслѣдниковъ и преемниковъ; прочія же лица, до чьихъ интересовъ касается актъ, могутъ оспаривать достовѣрность выставленнаго въ немъ числа.

Ст. 472. Счеты, записки и всякія домашнія бумаги не составляютъ доказательства въ пользу того, кѣмъ были ведены или писаны, если не будутъ должникомъ подписаны. Они могутъ быть приняты доказательствомъ противъ того, кѣмъ были ведены или писаны.

Правило 460 ст., заключающей въ себѣ постановленіе о значеніи такого рода актовъ, которые не могутъ быть признаны въ силѣ актовъ крѣпостныхъ, нотаріальныхъ или явочныхъ, есть постановленіе новое, неизвѣстное ни нашему прежнему процессуальному, ни матеріальному праву, хотя собственно доктрина, давшая начало подобному правилу и заключающаяся въ томъ, что несоблюденіе при совершеніи акта извѣстныхъ, предписанныхъ закономъ формъ не должно поражать недѣйствительностью самое соглашеніе сторонъ, выразившееся въ актѣ, въ тѣхъ случаяхъ, когда тѣ или другія формальности совершенія акта установлены только съ цѣлью лучшаго удостовѣренія послѣдовавшаго соглашенія,—была извѣстна еще римской юриспруденціи, разрѣшавшей вопросъ о значеніи формы акта, какъ внѣшняго выраженія соглашенія, приблизительно въ томъ же смыслѣ, правиломъ—an inutilis acceptilatio utile habeat pactum. Правило это по буквальному смыслу его, хотя и относится собственно до опредѣленія значенія акта по его содержанію, хотя имъ и имѣлось въ виду первоначально опредѣлить значеніе самыхъ условій соглашенія и вліяніе нѣкоторыхъ изъ нихъ на дѣйствительность другихъ, но, несмотря на это, оно заключаетъ въ себѣ и зародышъ той доктрины, которая послужила основаніемъ правилу, выраженному въ 460 ст. нашего устава, доктрины. распространившей примѣненіе его и на случаи несоблюденія формальныхъ принадлежностей акта, какъ внѣшняго выраженія соглашенія. Затѣмъ, начало, преподанное римскими юристами, хотя и въ нѣсколько измѣненной формѣ, перешло и въ другія законодательства Западной Европы, развившіяся подъ вліяніемъ римскаго права; собственно же разсматриваемое правило нашего устава заимствовано, повидимому, изъ 1318 art. code civil. Хотя правило, выраженное въ 460 ст., какъ я только что сказалъ,

и не было извѣстно нашему положительному праву, не было выражено въ въ немъ категорически, но несмотря на это, практика нашего прежняго сената показываетъ намъ, что сенатомъ были иногда дѣлаемы попытки, путемъ толкованія и выводовъ изъ постановленій гражданскихъ законовъ о формѣ актовъ, установить то начало, по которому несоблюденіе нѣкоторыхъ формъ, установленныхъ закономъ для совершенія актовъ, не должно имѣть вліянія на дѣйствительность самаго договора, а что, напротивъ, актъ, который, по несоблюденію формы, не можетъ быть признанъ въ силѣ акта, установленнымъ порядкомъ засвидѣтельствованнаго, можетъ быть однако же признаваемъ въ силѣ акта домашняго. Начало это выражено сенатомъ въ рѣшеніи по дѣлу Крылова съ Альминскою, въ которомъ сенатъ, обсуждая значеніе неформальныхъ заемныхъ писемъ, говоритъ: „заемныя обязательства, по коимъ не было соблюдено при составленіи ихъ какихъ-либо формъ, если и теряютъ черезъ то достоинство безспорныхъ документовъ, подлежащихъ взысканію полицейскимъ порядкомъ, то, тѣмъ не менѣе, сохраняютъ силу домашнихъ актовъ, силу доказательствъ письменныхъ о заключенной сдѣлкѣ“ (Даниловъ. Итоги суд. практ. сената, стр. 136). Но рѣшенія, подобныя настоящему, представляютъ, въ нашей прежней судебной практикѣ, весьма рѣдкое исключеніе, въ большинствѣ же случаевъ прежняя судебная практика вообще была склонна признавать, что несоблюденіе тѣхъ или другихъ формъ, при совершеніи или засвидѣтельствованіи актовъ, лишаетъ актъ всякаго значенія и силы и дѣлаетъ самый договоръ недѣйствительнымъ, такъ, напр., сенатъ въ частности по отношенію договора запродажи призналъ, что условіе о запродажѣ недвижимаго имущества, писанное не на установленной гербовой бумагѣ, не обязательно ни для одной изъ заключившихъ оное сторонъ; кромѣ того, и вообще сенатъ признавалъ, что неисполненіе котораго-либо изъ условій, необходимыхъ при засвидѣтельствованіи акта, лишаетъ его законной силы (Даниловъ, тезисы 54 и 65). Такое направленіе нашей прежней судебной практики объясняется частью неопредѣлительностью постановленій нашего гражданскаго права о формѣ актовъ, а частью излишнимъ формализмомъ.

Я сказалъ, что правило 460 ст. представляется, повидимому, заимствованіемъ изъ 1318 ст. code civil, но заимствованіемъ, въ томъ видѣ, насколько оно является измѣненнымъ противъ гораздо болѣе опредѣлительнаго постановленія code civil, весьма неудачнымъ. Правило французскаго code civil заключается въ слѣдующемъ: „актъ, который не имѣетъ назначенія акта публичнаго, какъ засвидѣтельствованный должностнымъ лицомъ некомпетентнымъ или неспособнымъ къ совершенію его, или вслѣдствіе несоблюденія формъ, имѣетъ значеніе акта частнаго, если только онъ подписанъ сторонами“. Очевидно, что сравнительно съ этимъ постановленіемъ аналогическое правило нашего устава: „актъ, непризнанный въ силѣ крѣпостнаго, нотаріальнаго или явленнаго къ засвидѣтельствованію, сохраняетъ силу домашняго акта“, является крайне недостаточнымъ и неопредѣлительнымъ, и неопредѣлительнымъ, главнымъ образомъ, въ двухъ отношеніяхъ: во-первыхъ, въ немъ совершенно не указаны тѣ поводы или причины, по которымъ актъ можетъ быть не признаваемъ въ силѣ акта крѣпостного, нотаріальнаго или явочнаго, что̀ въ цитированномъ правилѣ законодательства французскаго обозначено съ точностью; во-вторыхъ, въ немъ ничего не говорится о томъ, насколько для суда обязательно, по тѣмъ или другимъ причинамъ, признавать или непризнавать актъ въ силѣ акта крѣпостного, нотаріальнаго или явочнаго, не указано никакихъ границъ усмотрѣнію суда въ этомъ отношеніи. Я остановлюсь пока на разъясненіи вопросовъ, возникающихъ изъ указанныхъ сейчасъ недостатковъ правила 460 ст.

Впрочемъ, прежде всего, по поводу правила этой статьи я долженъ

замѣтить, что на заключающееся въ ней постановленіе необходимо смотрѣть, какъ на постановленіе права процессуальнаго, но никакъ не матеріальнаго, вслѣдствіе чего, и слѣдуетъ признавать, что въ немъ рѣчь идетъ только о доказательной силѣ актовъ, но не о договорномъ значеніи ихъ. Если такъ, то и правило этой статьи слѣдуетъ понимать въ томъ смыслѣ, что акты, имѣющіе по формѣ видъ актовъ крѣпостныхъ, нотаріальныхъ, или явочныхъ, но которые по той или другой причинѣ, однако же, не могутъ быть признаны имѣющими того значенія, какъ доказательства, какое законъ приписываетъ подобнаго рода актамъ, должны имѣть доказательное значеніе, по крайней мѣрѣ, актовъ домашнихъ.

Что касается, далѣе, перваго вопроса о томъ,—вслѣдствіе какихъ причинъ акты, являющіеся по виду актами крѣпостными, нотаріальными, или явочными, не могутъ, однако же, быть признаваемы имѣющими доказательное значеніе таковыхъ, то за матеріаломъ для разрѣшенія этого вопроса я обращусь сперва къ тѣмъ мотивамъ, которые помѣщены въ изданіи государственной канцеляріи подъ разбираемой статьей и изъ которыхъ, между прочимъ, видно, что составители уставовъ первоначально предполагали включить въ него послѣ 460 ст. еще статью слѣдующаго содержанія: „если, по несоблюденію существенныхъ формъ, актъ не можетъ быть признанъ законнымъ укрѣпленіемъ правъ по имуществу или законнымъ договоромъ, но нѣтъ сомнѣнія въ его подлинности, то стороны не теряютъ права ссылаться на содержаніе сего акта въ доказательство тѣхъ событій или дѣйствій, которыя имъ подтверждаются“. Статья подобнаго содержанія служила бы, конечно, весьма хорошимъ объясненіемъ правилу 460 ст., въ отношеніи занимающаго насъ вопроса; но, дѣло въ томъ, что по существу выраженнаго въ ней постановленія, какъ это признавали и составители уставовъ, подобная статья дѣйствительно внесла бы весьма существенное измѣненіе въ правила законовъ гражданскихъ о формѣ актовъ. Еслибы подобная статья была включена въ уставъ, то тогда всѣ акты, служащіе удостовѣреніемъ перехода или ограниченія права собственности на недвижимыя имущества, которые обязательно совершать крѣпостнымъ порядкомъ, возможно было бы считать доказательствомъ этихъ событій, еслибы даже акты эти, по несоблюденію при совершеніи ихъ существенныхъ формъ, и нельзя было признать актами крѣпостными. Составители уставовъ и не включили въ уставъ проектированное ими правило именно по тому соображенію, что актъ, совершенный съ существенными упущеніями въ отношеніи формы, не всегда можетъ быть принимаемъ за доказательство какихъ бы то ни было событій или дѣйствій. По отношенію занимающаго насъ вопроса соображенія составителей уставовъ имѣютъ, впрочемъ, очень важное значеніе, потому что они указываютъ на настоящій смыслъ правила 460 ст.: изъ нихъ видно, что составители уставовъ при редактированіи правила этой статьи именно имѣли въ виду, какъ одну изъ причинъ, по которой актъ долженъ терять доказательное значеніе акта крѣпостного или явочнаго, несоблюденіе существенныхъ формъ при совершеніи его. Объясненіе правила 460 ст. по мотивамъ указываетъ только на одну эту причину, какъ на основаніе, по которому актъ теряетъ доказательное значеніе акта крѣпостного или явочнаго; но есть ли это единственное основаніе, вліяющее такимъ образомъ на доказательное значеніе этихъ актовъ, или же могутъ быть указаны и другія причины, ослабляющія значеніе этихъ актовъ, какъ доказательства? Мы видѣли, что законодательство французское лишаетъ актъ значенія акта публичнаго, между прочимъ, и въ томъ случаѣ, когда актъ былъ совершенъ должностнымъ лицомъ некомпетентнымъ или неспособнымъ къ совершенію; мнѣ кажется, что такое основаніе къ ослабленію доказательнаго значенія акта настолько существенно и требованіе также и нашего закона о томъ, чтобы публичные акты были совершаемы лицами компетентными

и способными къ совершенію, настолько императивно и необходимо, что послѣдствіемъ нарушенія этихъ требованій должно быть то, что и у насъ актъ, совершенный лицомъ некомпетентнымъ или неспособнымъ, никакъ не можетъ быть признаваемъ актомъ, совершеннымъ правильно и, потому, могущимъ имѣть доказательное значеніе акта публичнаго. Если нашъ законъ, устанавливая правила компетенціи для нотаріусовъ, и ничего не говоритъ о томъ, какое вліяніе на доказательное значеніе, напр., актовъ крѣпостныхъ, должно оказывать совершеніе ихъ лицами некомпетентными, то, тѣмъ не менѣе, въ силу того, что нѣкоторыя изъ этихъ правилъ установлены въ интересѣ публичномъ, мнѣ кажется, что и у насъ акты, совершенные въ противность правиламъ компетенціи, никакъ не могутъ быть признаны актами правильно совершенными. Такъ, напр., 161 ст. нотар. полож. предписываетъ для утвержденія нотаріальнаго акта, т.-е. для обращенія его въ актъ крѣпостной, выпись изъ актовой книги младшаго нотаріуса представлять старшему нотаріусу того судебнаго округа, гдѣ находится недвижимое имущество; но, вмѣстѣ съ тѣмъ, нотаріальное положеніе не указываетъ никакихъ послѣдствій нарушенія этого правила компетенціи старшихъ нотаріусовъ, не поражаетъ недѣйствительностью актъ, который былъ бы утвержденъ нотаріусомъ другого судебнаго округа; но, мнѣ кажется, что въ силу того, что правило 161 ст. установлено въ интересѣ публичномъ, съ цѣлью лучшаго огражденія правъ на недвижимое имущество, актъ, утвержденный не по мѣсту нахожденія недвижимаго имущества нотаріусомъ другого округа, никакъ не можетъ быть признанъ въ силѣ акта крѣпостного. Также точно, мнѣ кажется, ни одинъ судъ не признаетъ актъ имѣющимъ доказательное значеніе акта нотаріальнаго или явочнаго въ томъ случаѣ, когда бы актъ былъ совершенъ или засвидѣтельствованъ лицомъ неспособнымъ къ совершенію, напр., былъ засвидѣтельствованъ нотаріусомъ, устраненнымъ отъ должности и проч. Одинъ изъ случаевъ недѣйствительности акта вслѣдствіе совершенія или засвидѣтельствованія его лицомъ неспособнымъ предусмотрѣнъ, впрочемъ, и нашимъ нотаріальнымъ положеніемъ. Статьи 75 и 76 этого положенія объявляютъ недѣйствительными такіе акты, совершенные или засвидѣтельствованные нотаріусомъ, въ которыхъ участникомъ является самъ нотаріусъ, засвидѣтельствовавшій актъ, или его жена, или ихъ родственники, въ прямой линіи безъ ограниченія степеней, а въ боковой родственники первыхъ четырехъ и свойственники первыхъ трехъ степеней, а также лица, находящіяся у нотаріуса подъ опекой, усыновившія его, или имъ усыновленныя. Хотя въ указанныхъ статьяхъ и не говорится, о какой собственно недѣйствительности акта въ нихъ идетъ рѣчь—о доказательной или договорной, но изъ сопоставленія обѣихъ статей, мнѣ кажется, возможно придти къ тому заключенію, что договорной недѣйствительностью поражается въ актѣ все то, что̀ установлено или въ пользу самого нотаріуса, или лицъ, перечисленныхъ въ 75 ст., но что въ остальномъ актъ не утрачиваетъ своего значенія и, слѣдовательно, можетъ служить доказательствомъ.

Изъ сказаннаго, такимъ образомъ, оказывается, что и согласно правилу нашего устава, выраженному въ 460 ст., подобно тому, какъ и по законодательству французскому, слѣдуетъ принимать собственно два основанія, по которымъ актъ утрачиваетъ доказательное значеніе актовъ крѣпостныхъ, нотаріальныхъ, или явочныхъ и сохраняетъ только силу акта домашняго, это: а) совершеніе акта лицомъ некомпетентнымъ или неспособнымъ къ совершенію и б) существенныя упущенія въ отношеніи формы акта. Послѣднее основаніе требуетъ, впрочемъ, дальнѣйшихъ разъясненій, которыя и должны, вмѣстѣ съ тѣмъ, подготовить путь къ разрѣшенію второго вопроса, а пока я долженъ еще опредѣлить нѣсколько точнѣе, несоблюденіе какихъ именно формъ при совершеніи или засвидѣтельствованіи акта можетъ вліять на ослабленіе до-

казательнаго значенія актовъ крѣпостныхъ или явочныхъ? Отвѣтъ на этотъ послѣдній вопросъ не представлялъ бы, собственно говоря, никакихъ затрудненій, еслибы наше нотаріальное положеніе, заключающее въ себѣ правила о порядкѣ совершенія и засвидѣтельствованія актовъ, или правила о формѣ актовъ, было изложено опредѣлительнѣе; въ дѣйствительности же это положеніе, подобно прочимъ отдѣламъ нашего законодательства, указываетъ только самые способы совершенія и засвидѣтельствованія актовъ, но не указываетъ, за весьма немногими исключеніями, никакихъ послѣдствій несоблюденія предписаннаго закономъ порядка. Такъ, по отношенію актовъ, которые черезъ утвержденіе ихъ старшимъ нотаріусомъ должны быть обращаемы въ крѣпостные, 66 ст. нотар. положенія устанавливаетъ правило, опредѣляющее послѣдствіе непредставленія этихъ актовъ на утвержденіе старшаго нотаріуса, которое заключается въ томъ, что черезъ несоблюденіе этого порядка актъ поражается недѣйствительностью относительно самаго договора или выраженной въ немъ сдѣлки. Это—единственное постановленіе, опредѣляющее послѣдствіе несоблюденія установленнаго порядка совершенія актовъ крѣпостныхъ, но и это постановленіе, какъ законъ, поражающій актъ договорной недѣйствительностью, есть постановленіе права матеріальнаго, не имѣющее, по отношенію занимающаго насъ вопроса права процессуальнаго, особаго значенія, потому что при недѣйствительности самаго договора и актъ, служащій внѣшнимъ выраженіемъ его, становится доказательствомъ совершенно безполезнымъ, по крайней мѣрѣ, по отношенію договора, такъ что признавать за подобнымъ актомъ доказательное значеніе акта домашняго также безполезно. Разумѣется, что такого рода актъ если и не можетъ служить полезнымъ доказательствомъ факта перехода или ограниченія какого-либо вещнаго права на недвижимое имущество, то онъ все же можетъ служить доказательствомъ другихъ событій, напр., полученія денегъ покупщикомъ недвижимости, взятія денегъ въ заемъ при залогѣ, какъ это совершенно справедливо замѣтили Побѣдоносцевъ (Курсъ гражд. суд., т. 3, стр. 55) и Змирловъ (Нотаріальные акты. Юрид. Вѣст. 1886 г., кн. 6—7, стр. 381), полученія аредной платы по такому договору найма имущества, который долженъ быть совершаемъ крѣпостнымъ порядкомъ и проч. Что нотаріальный актъ, не утвержденный старшимъ нотаріусомъ, можетъ, однако же, служить доказательствомъ этихъ событій, то подтвержденіемъ этому могутъ служить отчасти мотивы, помѣщенные въ изданіи государственной канцеляріи подъ 460 ст., а отчасти и соображенія сената, высказанныя имъ въ рѣшеніи по дѣлу Ройзенъ, въ которомъ сенатъ призналъ, что даже домашній актъ, составленный вмѣсто крѣпостного, если и не дѣйствителенъ въ отношеніи установленія правъ на имущество, но обязателенъ однако же для сторонъ въ отношеніи всего прочаго, въ немъ постановленнаго (рѣш. 1871 года, № 906). Помимо 66 ст., въ нотаріальномъ положеніи нѣтъ ни одного правила, которое указывало бы послѣдствія несоблюденія правилъ, относящихся до формы сдѣлокъ, утверждаемыхъ старшимъ нотаріусомъ; ничего также не говорится о томъ, какое вліяніе на значеніе акта имѣетъ утвержденіе старшимъ нотаріусомъ такого акта, при совершеніи котораго были допущены тѣ или другія нарушенія младшимъ нотаріусомъ и проч., между тѣмъ, какъ подобныя постановленія имѣли бы чрезвычайно важное значеніе. По отношенію актовъ нотаріальныхъ и являемыхъ къ засвидѣтельствованію въ нотаріальномъ положеніи указаны только слѣдующіе случаи несоблюденія правилъ о совершеніи и засвидѣтельствованіи актовъ, когда актъ лишается, вмѣстѣ съ тѣмъ, силы акта нотаріальнаго или явленнаго къ засвидѣтельствованію, это, во-первыхъ, совершеніе акта въ присутствіи въ качествѣ свидѣтелей лицъ, перечисленныхъ въ 87 ст. нотар. полож., и, во-вторыхъ, допущеніе въ актѣ пробѣловъ, поправокъ, приписокъ и сокращеній безъ надлежащихъ оговорокъ на основ. 102 ст. полож., а равно допущеніе

подчистокъ въ актѣ на основаніи 103 ст. полож.; несоблюденіе этихъ послѣднихъ правилъ влечетъ, на основаніи 130 ст. полож., также и недѣйствительность засвидѣтельствованія, вслѣдствіе чего, конечно, актъ, явленный къ засвидѣтельствованію, долженъ утратить доказательное значеніе такого рода актовъ. Кромѣ этихъ случаевъ, никакихъ другихъ постановленій, которыя бы имѣли отношеніе къ занимающему насъ вопросу и которыя бы служили санкціей точнаго соблюденія правилъ о совершеніи и засвидѣтельствованіи актовъ, въ нотаріальномъ положеніи мы не находимъ; между тѣмъ, какъ правила эти, помѣщенныя въ томъ же положеніи, весьма многочисленны и нѣкоторыя изъ нихъ представляются настолько необходимыми и существенными, что несоблюденіе ихъ врядъ ли можетъ оставаться безъ всякихъ послѣдствій. Напр., 67 ст. нотар. полож. предписываетъ, чтобы во всѣхъ актахъ и засвидѣтельствованіяхъ, совершаемыхъ нотаріусомъ, была его подпись, которая и должна служить, конечно, главнымъ доказательствомъ того, что актъ дѣйствительно нотаріусомъ засвидѣтельствованъ. Соблюденіе этого требованія закона настолько существенно, что врядъ ли возможно признать актъ, неподписанный нотаріусомъ, въ силѣ нотаріальнаго акта. Я не могу, конечно, входить здѣсь въ болѣе подробное разсмотрѣніе правилъ нотаріальнаго положенія и указать всѣ случаи, когда несоблюденіе наиболѣе существенныхъ правилъ о порядкѣ совершенія актовъ должно оказывать ослабляющее вліяніе на доказательное значеніе ихъ, но полагаю, что сейчасъ мной указанный примѣръ, когда несоблюденіе требованія закона о порядкѣ совершенія актовъ лишаетъ актъ силы акта нотаріальнаго, не единственный. Само собой разумѣется, что въ тѣхъ случаяхъ, когда само нотаріальное положеніе указываетъ, несоблюденіе какихъ именно правилъ лишаетъ актъ значенія акта нотаріальнаго или засвидѣтельствованнаго, суду не представится никакого затрудненія при оцѣнкѣ доказательнаго значенія акта; что же касается оцѣнки доказательнаго значенія акта, совершеннаго съ нарушеніемъ нѣкоторыхъ другихъ наиболѣе существенныхъ правилъ о порядкѣ совершенія или засвидѣтельствованія актовъ, то, вслѣдствіе неопредѣлительности правилъ нотаріальнаго положенія въ отношеніи опредѣленія послѣдствій нарушенія, судъ, при признаніи акта лишеннымъ доказательнаго значенія акта нотаріальнаго или засвидѣтельствованнаго, долженъ принимать всегда во вниманіе, какъ это совершенно справедливо замѣтили Побѣдоносцевъ (Курсъ гражд. суд., т. 3, стр. 55) и Гольмстенъ (Учеб. гражд. суд., стр. 169), насколько опущенная формальность, при существующемъ порядкѣ совершенія актовъ, имѣетъ существенное значеніе. Кромѣ того, судъ, при оцѣнкѣ доказательнаго значенія акта, во всякомъ случаѣ долженъ принимать въ соображеніе то общее правило юридической герменевтики, въ силу котораго постановленія закона, поражающія недѣйствительностью тѣ или другіе юридическіе акты, не должны быть толкуемы распространительно, за исключеніемъ крайнихъ случаевъ, когда возможно предполагать, что законъ просто упустилъ изъ виду опредѣлить послѣдствія несоблюденія такихъ правилъ, которымъ онъ придавалъ существенное значеніе. Поэтому, судъ долженъ только въ самыхъ крайнихъ случаяхъ лишать актъ значенія акта крѣпостного или явочнаго по несоблюденію, при совершеніи его, тѣхъ или другихъ формъ, въ законѣ указанныхъ.

Изъ изложеннаго, такимъ образомъ, оказывается, что категорическій отвѣтъ на поставленный вопросъ о томъ—вслѣдствіе несоблюденія какихъ именно формъ при совершеніи или засвидѣтельствованіи акта, актъ долженъ утратить доказательное значеніе акта крѣпостного или явочнаго, вслѣдствіе неопредѣлительности правилъ закона о порядкѣ совершенія актовъ,—невозможенъ, что приводитъ въ свою очередь къ тому заключенію, что по необходимости, по крайней мѣрѣ, нѣкоторый произволъ, по отсутствію руководящихъ началъ въ законѣ, долженъ быть предоставленъ суду, при оцѣнкѣ до-

казательнаго значенія такихъ актовъ, которые совершены съ наиболѣе существенными отступленіями отъ предписаннаго закономъ порядка. Отступленія несущественныя, по моему мнѣнію, не должны имѣть никакого значенія; такъ напр., написаніе нотаріусомъ засвидѣтельствованія не слово въ слово, сообразно указанной въ законѣ формѣ, не должно лишать акта доказательнаго значенія акта, установленнымъ порядкомъ засвидѣтельствованнаго и проч.

Выяснивши причины, по которымъ актъ, на основаніи закона, можетъ утратить доказательное значеніе актовъ крѣпостныхъ, нотаріальныхъ или явочныхъ, я перейду къ разсмотрѣнію второго вопроса—о правѣ суда и о предѣлахъ власти его по отношенію признанія или непризнанія за представленными къ дѣлу актами значенія акта крѣпостного, нотаріальнаго или явочнаго. Хотя разрѣшеніе этого вопроса отчасти уже подготовлено предшествующими соображеніями, но, кромѣ того, отвѣтъ на этотъ вопросъ зависитъ также отчасти отъ объясненія въ томъ или другомъ смыслѣ выраженія 460 ст. „актъ, *непризнанный...*“, на разсмотрѣніи котораго я и остановлюсь. Наиболѣе существенная неясность этого выраженія заключается въ томъ, что въ немъ нѣтъ никакого указанія на то, кому собственно предоставляется право непризнанія акта, который по внѣшнему виду является актомъ крѣпостнымъ или явочнымъ, въ силѣ этого рода актовъ. Если предположить, что правило 460 ст. предоставляетъ суду право, по его усмотрѣнію, признавать или не признавать за извѣстнымъ актомъ то или другое доказательное значеніе, и если. при этомъ, принять во вниманіе, что правило этой статьи не указываетъ никакихъ основаній, которыми бы судъ обязанъ былъ руководствоваться при опредѣленіи доказательнаго значенія акта, то очевидно, что при такомъ толкованіи цитированнаго выраженія всѣ постановленія нашихъ законовъ о доказательствахъ и о формѣ актовъ должны были бы неминуемо потерять всякое значеніе, въ виду полнѣйшаго произвола суда придавать, по его усмотрѣнію, то или другое доказательное значеніе какому бы то ни было акту—результатъ такой, что подобное толкованіе, конечно, должно быть отвергнуто. Мнѣ кажется, что если принять во вниманіе соображенія, высказанныя при разрѣшеніи перваго вопроса, которыя приводятъ къ тому заключенію, что и въ нашихъ законахъ можно найти основанія, по которымъ актъ утрачиваетъ значеніе акта крѣпостного или явочнаго, каковыми основаніями, какъ закономъ, судъ обязанъ руководствоваться при опредѣленіи доказательнаго значенія этихъ актовъ, то, скорѣе всего, возможно признать, что въ цитированномъ выраженіи идетъ рѣчь объ актахъ *непризнанныхъ самимъ закономъ*, или объ актахъ, которые самъ законъ, по извѣстнымъ, опредѣленнымъ основаніямъ, не признаетъ въ силѣ актовъ крѣпостныхъ или явочныхъ, но не отнимаетъ у нихъ доказательнаго значенія актовъ домашнихъ. При такомъ толкованіи выраженія „актъ, непризнанный“, отвѣтъ на второй вопросъ долженъ быть таковъ: судъ, при опредѣленіи доказательнаго значенія актовъ крѣпостныхъ, нотаріальныхъ или явочныхъ, обязанъ руководствоваться правилами о порядкѣ совершенія или засвидѣтельствованія этого рода актовъ и можетъ не придавать присвоеннаго имъ закономъ доказательнаго значенія только по основаніямъ, указаннымъ выше, по которымъ и самъ законъ лишаетъ эти акты силы актовъ крѣпостныхъ, нотаріальныхъ или явочныхъ. Такимъ отвѣтомъ устраняется, конечно, почти всякій произволъ суда въ отношеніи признанія или непризнанія за актомъ крѣпостнымъ, нотаріальнымъ или явочнымъ присвоеннаго имъ закономъ доказательнаго значенія и болѣе или менѣе точно ограничиваются предѣлы власти его въ этомъ отношеніи. Я говорю: съ бо́льшей или меньшей точностью, потому что вполнѣ точнаго опредѣленія границъ власти суда въ настоящемъ случаѣ сдѣлать нельзя, вслѣдствіе большой неопредѣлительности

правилъ нотаріальнаго положенія о вліяніи на доказательное значеніе актовъ несоблюденія тѣхъ или другихъ предписаній о порядкѣ совершенія ихъ.

Далѣе, по поводу занимающаго насъ вопроса, я долженъ еще дать нѣкоторыя объясненія о томъ, обязанъ ли судъ ex officio, по основаніямъ, въ законѣ указаннымъ, не придавать актамъ крѣпостнымъ, нотаріальнымъ и явочнымъ присвоеннаго имъ доказательнаго значенія, или же долженъ обращать вниманіе на сдѣланныя, при совершеніи или засвидѣтельствованіи акта, упущенія, вліяющія на доказательное значеніе его не иначе, какъ по указаніямъ сторонъ? Если принять во вниманіе, что въ 460 ст. идетъ рѣчь только о доказательномъ значеніи актовъ и что недѣйствительность актовъ въ этомъ отношеніи можетъ быть только относительная, что́ подтверждается отчасти и текстомъ нѣкоторыхъ изъ вышеприведенныхъ статей нотаріальнаго положенія, изъ которыхъ въ 87 ст. мы встрѣчаемъ, между прочимъ, такое выраженіе: „свидѣтели при совершеніи актовъ не могутъ быть, подъ опасеніемъ лишенія акта силы нотаріальнаго“, то, мнѣ кажется, скорѣе слѣдуетъ придти къ тому заключенію, что судъ не долженъ ex officio лишать акты крѣпостные, нотаріальные и явочные присвоеннаго имъ закономъ доказательнаго значенія, а обязанъ обращать вниманіе на сдѣланныя въ этихъ актахъ упущенія только по указаніямъ сторонъ. Такъ, напр., еслибы при совершеніи нотаріальнаго акта и дѣйствительно присутствовали, въ качествѣ свидѣтелей, лица, перечисленныя въ 87 ст. нотар. полож., каковое упущеніе можетъ повлечь непризнаніе за актомъ силы акта нотаріальнаго, то суду до этого обстоятельства нѣтъ никакого дѣла до тѣхъ поръ, пока противная сторона не обратитъ вниманія на подобное упущеніе, тѣмъ болѣе, что въ подобномъ случаѣ судъ ex officio и не въ состояніи даже былъ бы констатировать фактъ упущенія, потому что ему пришлось бы входить въ такія разысканія о личности свидѣтелей, которыя онъ, по общимъ правиламъ о доказательствахъ, и не въ правѣ былъ бы предпринять. Вопросъ о правѣ суда входить въ оцѣнку доказательнаго значенія актовъ представляется, конечно, въ иномъ видѣ въ томъ случаѣ, когда представленный къ дѣлу документъ, въ доказательство, положимъ, иска о какомъ-либо правѣ на недвижимое имущество, является недѣйствительнымъ ipso jure въ отношеніи самой сдѣлки, выраженіемъ которой онъ служитъ. Въ подобномъ случаѣ, въ силу того, что актъ поражается абсолютной договорной недѣйствительностью въ силу самого закона, судъ, конечно, обязанъ ex officio не придавать такому акту, какъ доказательству какого-либо вещнаго права на недвижимое имущество, никакого значенія.

Такъ, по моему мнѣнію, долженъ быть разрѣшенъ вопросъ о правѣ суда опредѣлять доказательное значеніе актовъ крѣпостныхъ, нотаріальныхъ и явочныхъ, совершенныхъ съ упущеніемъ тѣхъ или другихъ наиболѣе существенныхъ формальностей, указанныхъ въ законѣ; но, кромѣ того, я считаю необходимымъ обратить вниманіе еще на одно недоразумѣніе, порождаемое неясностью правила 460 ст. Въ статьѣ этой сказано только слѣдующее: „актъ, непризнанный въ силѣ крѣпостного, нотаріальнаго или явленнаго къ засвидѣтельствованію, сохраняетъ силу домашняго акта“. Недоразумѣніе, на которое я хочу обратить вниманіе, заключается въ слѣдующемъ: положимъ, представленъ къ дѣлу актъ подъ видомъ крѣпостного, напр., неутвержденная старшимъ нотаріусомъ закладная, въ доказательство требованія о взысканіи взятыхъ по закладной въ заемъ денегъ; такой актъ не можетъ быть признанъ актомъ крѣпостнымъ, но слѣдуетъ ли по этой причинѣ придавать ему непремѣнно доказательное значеніе только акта домашняго, или же неутвержденная старшимъ нотаріусомъ закладная можетъ имѣть доказательное значеніе акта нотаріальнаго—крѣпостного заемнаго письма? Мнѣ кажется, что вопросъ этотъ долженъ быть разрѣшенъ, какъ это полагаетъ и

Змирловъ (Нотаріальные акты. Юрид. Вѣст. 1886 г., кн. 6—7, стр. 381), въ послѣднемъ смыслѣ, на томъ, во-первыхъ, основаніи, что по смыслу правила разбираемой статьи никакъ нельзя заключить, чтобы имъ безусловно предписывалось признавать за крѣпостнымъ актомъ значеніе только актовъ домашнихъ, въ случаѣ несоблюденія существенныхъ формъ при совершеніи его; а во-вторыхъ, на томъ основаніи, что и въ нотаріальномъ положеніи мы не находимъ никакихъ постановленій, на основаніи которыхъ возможно было бы заключить, что нотаріальный актъ, не обращенный въ крѣпостной, терялъ бы черезъ это самое и значеніе акта нотаріальнаго. По этимъ основаніямъ я и полагаю, что актъ, за которымъ не можетъ быть признано доказательное значеніе акта крѣпостного, не утрачиваетъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, значенія акта нотаріальнаго, если онъ удовлетворяетъ всѣмъ требованіямъ закона о порядкѣ совершенія этого рода актовъ. Точно также и по тѣмъ же основаніямъ слѣдуетъ, по моему мнѣнію, признать, что и актъ нотаріальный, за которымъ не можетъ быть признано доказательное значеніе этого рода актовъ, долженъ, однако же, сохранять значеніе акта явленнаго къ засвидѣтельствованію; напр. крѣпостное заемное письмо, которое не будетъ признано за нотаріальный актъ вслѣдствіе, положимъ, участія при совершеніи его въ качествѣ свидѣтелей лицъ, перечисленныхъ въ 87 ст. нотар. полож., можетъ сохранить значеніе заемнаго письма, явленнаго къ засвидѣтельствованію, потому что присутствіе свидѣтелей при засвидѣтельствованіи акта закономъ вовсе не требуется.

Что касается взгляда нашей судебной практики на значеніе правила 460 ст., то изъ рѣшеній сената, до сихъ поръ извѣстныхъ, я не нашелъ ни одного, которое могло бы имѣть хотя какое-либо значеніе для разъясненія наиболѣе существенныхъ вопросовъ, порождаемыхъ неясностью этого правила. Сенатъ до сихъ поръ не далъ, относительно значенія этой статьи, никакихъ обстоятельныхъ разъясненій: въ большинствѣ рѣшеній, когда сенату приходилось говорить о примѣненіи ея, мы находимъ одно только голое указаніе на текстъ ея—и только. Но до какой степени сильное вліяніе на нашу новую судебную практику, и, притомъ, не только практику сената, но и прочихъ судебныхъ мѣстъ, оказывали традиціи прежней судебной практики по вопросамъ о значеніи формы сдѣлокъ, видно изъ того, что сенатъ даже не въ первое время своего существованія признавалъ недѣйствительнымъ, напр., договоръ запродажи, написанный на простой бумагѣ и совершенный домашнимъ порядкомъ (рѣш. 1870 года, № 643), договоръ подряда или поставки, совершенный не нотаріальнымъ порядкомъ (рѣш. 1869 года, № 397) и проч. Не ранѣе, какъ только начиная съ 1871 года, сенатъ пришелъ къ болѣе или менѣе правильнымъ выводамъ о значеніи формы сдѣлокъ и о вліяніи несоблюденія тѣхъ или другихъ формъ, при совершеніи актовъ, на ихъ доказательное значеніе. Изъ практики другихъ судебныхъ мѣстъ я могу указать для примѣра на рѣшеніе Воронежскаго окружнаго суда, помѣщенное въ сборникѣ Кохманскаго, подъ № 123 (Вопросы права и процесса, т. I), изъ котораго видно, что Воронежскій окружный судъ не призналъ никакого доказательнаго значенія за запродажной записью, даже засвидѣтельствованной нотаріусомъ и отказалъ во взысканіи денегъ по ней, единственно на томъ основаніи, что запись не была совершена нотаріальнымъ порядкомъ. Странными кажутся подобные выводы нашей новой судебной практики, имѣющей для руководства начало, выраженное въ 460 ст., странными тѣмъ болѣе, что прежній сенатъ, даже при отсутствіи этого правила, какъ мы видѣли выше, высказывалъ иногда вполнѣ вѣрный взглядъ на значеніе формы актовъ.

Указавши основанія, по которымъ акты утрачиваютъ доказательное значеніе актовъ крѣпостныхъ и явочныхъ и сохраняютъ только значеніе актовъ домашнихъ, я долженъ перейти къ опредѣленію доказательнаго значенія

этихъ послѣднихъ актовъ. Домашніе акты, совершаемые безъ всякаго участія общественной власти, какъ я замѣтилъ выше, не могутъ имѣть одинаковаго доказательнаго значенія съ актами крѣпостными и явочными и должны быть относимы, по степени достовѣрности ихъ, ко второй низшей категоріи письменныхъ доказательствъ; поэтому, и правило 458 ст., заключающее въ себѣ опредѣленіе доказательнаго значенія этихъ актовъ, если и придаетъ имъ значеніе актовъ, совершенныхъ или засвидѣтельствованныхъ установленными мѣстами и лицами, но не иначе, какъ подъ условіемъ или признанія подлинности акта той стороной, противъ которой актъ представленъ, или, въ противномъ случаѣ, подъ условіемъ признанія акта за подлинный самимъ судомъ, по надлежащемъ изслѣдованіи. Я остановлюсь сперва на объясненіи этихъ условій.

Первое условіе достовѣрности домашняго акта, требуемое правиломъ разбираемой статьи для того, чтобы актъ получилъ извѣстное доказательное значеніе, заключается въ признаніи его за подлинный той стороной, противъ которой онъ представленъ. Какое же здѣсь требуется признаніе стороны? Необходимо ли здѣсь положительное объясненіе стороны о томъ, что она признаетъ актъ за подлинный, безъ чего актъ не можетъ имѣть никакого доказательнаго значенія, или же достаточно одно молчаливое признаніе, т.-е. неотрицаніе подлинности акта? Если принять во вниманіе, что всякій представленный къ дѣлу документъ сохраняетъ силу письменнаго доказательства до тѣхъ поръ, пока не будетъ заявленъ противъ него споръ противной стороной, т.-е. не будетъ заявленъ на основаніи 542 ст. или споръ о подлогѣ акта, или сомнѣніе въ его подлинности, послѣ чего актъ только и можетъ быть, по надлежащемъ изслѣдованіи, исключенъ судомъ изъ числа доказательствъ, то и возможно признать, что для признанія за домашнимъ актомъ значенія доказательства нѣтъ необходимости ожидать отъ противной стороны положительнаго признанія его подлинности; достаточно будетъ, если противная сторона не заявитъ противъ подлинности его никакихъ возраженій, какъ это объяснилъ и сенатъ (рѣш. 1876 года, № 546).

Второе условіе, для признанія за домашнимъ актомъ значенія доказательства, установлено на тотъ случай, еслибы сторона отвергала подлинность представленнаго противъ нея акта. Одно возраженіе стороны противъ подлинности акта, конечно, недостаточно для того, чтобы актъ безусловно могъ утратить всякое доказательное значеніе, нѣтъ—актъ и въ такомъ случаѣ сохраняетъ значеніе доказательства, если будетъ признанъ судомъ, по надлежащемъ изслѣдованіи, за подлинный, т.-е. будетъ признанъ за подлинный при производствѣ по сомнѣнію въ подлинности акта, или при производствѣ по спору о подлогѣ. Коль скоро, затѣмъ, домашній актъ признанъ за подлинный, онъ получаетъ, какъ доказательство, одинаковое значеніе съ актомъ публичнымъ, совершеннымъ или засвидѣтельствованнымъ установленнымъ порядкомъ, и получаетъ, притомъ, значеніе доказательства, какъ между лицами, участвовавшими въ заключеніи договора, такъ равно между ихъ наслѣдниками и преемниками, т.-е. какъ между универсальными, такъ и сингулярными преемниками, наравнѣ съ актами публичными. Получаетъ такой актъ доказательное значеніе, какъ мы это увидимъ нѣсколько ниже, и по отношенію третьихъ лицъ, сдѣлкѣ совершенно постороннихъ, хотя объ этомъ въ текстѣ разбираемой статьи и не говорится.

Хотя правило этой статьи и постановляетъ, что домашній актъ, признанный за подлинный, имѣетъ равную силу съ актами, установленнымъ порядкомъ совершенными или засвидѣтельствованными, но примѣняя это постановленіе, необходимо всегда имѣть въ виду процессуальное значеніе его, т.-е. имѣть въ виду, что въ немъ идетъ рѣчь только о доказательномъ значеніи домашнихъ актовъ, но никакъ не о договорномъ. Я дѣлаю это замѣ-

чаніе потому, что наша судебная практика, повидимому, не дѣлаетъ строгаго различія между доказательнымъ и договорнымъ значеніемъ актовъ и придаетъ иногда процессуальному правилу 458 ст. значеніе постановленія права матеріальнаго, полагая, что имъ опредѣляется договорное значеніе домашнихъ актовъ. Какъ на особенно выдающійся примѣръ подобнаго смѣшенія и такого пониманія правила 458 ст., я укажу на рѣшеніе Харьковской судебной палаты по дѣлу Золотарева съ Блѣдухою, изъ котораго видно, что Харьковская палата единственно на основаніи 458 ст. придала домашнему условію о продажѣ земли значеніе крѣпостной купчей и признала, на основаніи такого акта, совершившимся переходъ права собственности на недвижимое имущество отъ одного лица къ другому (Сборникъ Кохманскаго, т. 1, № 172). Хотя по существу это рѣшеніе палаты является вполнѣ справедливымъ, потому что изъ дѣла, подлежащаго разсмотрѣнію палаты, видно, что самъ продавецъ отыскивалъ проданную имъ, по домашнему условію, землю изъ владѣнія отвѣтчика, основываясь на недѣйствительности его. Рѣшеніе это является также вполнѣ согласнымъ съ основнымъ началомъ права, выраженнымъ еще римскими юристами: ne cui dolus suus per occasionem juris civilis contra naturalem aequitatem prosit, которое, какъ справедливо замѣтилъ Оршанскій, должно стоять выше положительныхъ опредѣленій закона и должно служить руководствомъ, независимо отъ положительныхъ предписаній закона (Кассац. практика. Журн. гражд. и угол. пр. 1875 г., кн. 6). Еслибы судебная палата приняла за основаніе своего рѣшенія это общее начало права, мотивы ея были бы вполнѣ правильны, но ссылку ея на 458 ст., въ оправданіе рѣшенія, все же нельзя признать болѣе, чѣмъ неумѣстной, и вѣроятно, что палата такой ошибки и не допустила бы, еслибы вѣрно оцѣнила значеніе правила этой статьи, какъ постановленія процессуальнаго.

Правило разбираемой статьи, какъ мы видѣли, уравниваетъ значеніе, какъ доказательства, домашнихъ актовъ, признанныхъ за подлинные, и актовъ, установленнымъ порядкомъ совершенныхъ или засвидѣтельствованныхъ; въ чемъ же, спрашивается, заключается преимущество этихъ послѣднихъ актовъ передъ актами домашними? Что касается преимущества ихъ, какъ доказательства, то объ этомъ я скажу при разсмотрѣніи правила 459 ст., но и кромѣ того акты публичные имѣютъ и многія другія процессуальныя преимущества передъ актами домашними. Такъ, напр., преимущество актовъ публичныхъ проявляется, прежде всего, въ самыхъ способахъ оспариванія ихъ подлинности, установленныхъ закономъ; именно по отношенію актовъ домашнихъ уставъ предлагаетъ два пути къ оспариванію подлинности: заявленіе сомнѣнія и споръ о подлогѣ, между тѣмъ, какъ противъ подлинности актовъ публичныхъ допускается только этотъ послѣдній способъ спора, который представляетъ гораздо болѣе трудностей, чѣмъ первый. Кромѣ того, актамъ публичнымъ дается большое преимущество при просьбахъ о допущеніи предварительнаго исполненія рѣшенія, при просьбахъ объ обезпеченіи исковъ и проч.

Говоря о доказательномъ значеніи домашнихъ актовъ, я долженъ еще объяснить, насколько почитается достовѣрнымъ выставленный въ актѣ день совершенія его? Отвѣтъ на этотъ вопросъ даетъ намъ правило 477 ст., которая постановляетъ, что день совершенія, означенный въ домашнемъ актѣ, считается достовѣрнымъ для лицъ, участвовавшихъ въ заключеніи акта, а равно для ихъ наслѣдниковъ и преемниковъ, но что прочія лица, интересовъ коихъ касается актъ, могутъ оспаривать достовѣрность выставленнаго въ немъ числа. По поводу этого постановленія замѣчу прежде всего, что необходимо, конечно, предположить, что въ немъ говорится о достовѣрности числа такого акта, который имѣетъ значеніе доказательства, т.-е. акта, признаннаго подлиннымъ, потому что о достовѣрности числа такого акта, кото-

рый не можетъ имѣть значенія доказательства, невозможно и говорить. Сравнивая же это постановленіе съ аналогическимъ постановленіемъ, относящимся до актовъ крѣпостныхъ и явочныхъ, нельзя не видѣть бо̀льшаго преимущества, которое законъ даетъ этимъ послѣднимъ актамъ въ отношеніи достовѣрности выставленнаго въ нихъ числа совершенія акта. Въ то время, какъ законъ придаетъ почти безусловное значеніе достовѣрности выставленнаго въ нихъ числа по отношенію даже третьихъ лицъ, сдѣлкѣ совершенно постороннихъ, правило 477 ст. даетъ безусловное значеніе достовѣрности числа, выставленнаго въ актѣ домашнемъ, только по отношенію лицъ, участвовавшихъ въ заключеніи акта, ихъ наслѣдниковъ и преемниковъ; третьимъ же лицамъ предоставляетъ право оспаривать достовѣрность его. Давая такое дозволеніе третьимъ лицамъ, уставъ, безъ сомнѣнія, имѣлъ въ виду тѣмъ самымъ оградить ихъ интересы отъ обмановъ посредствомъ совершенія актовъ домашнихъ заднимъ числомъ, что вполнѣ возможно, такъ какъ день совершенія домашняго акта не удостовѣряется никѣмъ другимъ, какъ только самими сторонами, подписавшими актъ, тогда какъ въ актахъ публичныхъ день совершенія удостовѣряется, кромѣ того, общественной властью. Но, какихъ лицъ разумѣетъ здѣсь законъ, говоря: „прочія же лица, до чьихъ интересовъ касается актъ“? Если принять во вниманіе, что въ первой половинѣ статьи говорится о достовѣрности числа по отношенію лицъ, совершившихъ актъ, ихъ наслѣдниковъ и преемниковъ, то по аргументу a contrario необходимо признать, что къ прочимъ или третьимъ лицамъ законъ относитъ всѣхъ тѣхъ, которые не связаны никакими отношеніями преемства съ лицами, участвовавшими въ заключеніи акта, которые не могутъ считаться ни универсальными, ни сингулярными преемниками ихъ; однимъ словомъ, всѣхъ тѣхъ, которые являются лицами совершенно посторонними, совершенно чуждыми сдѣлкѣ—penitus extranei. Такими лицами могутъ быть признаны, напр., кредиторы до тѣхъ поръ, пока должникъ ихъ не объявленъ несостоятельнымъ и сдѣлки котораго, совершенныя заднимъ числомъ, могутъ въ значительной степени касаться ихъ интересовъ и причинять вредъ въ тѣхъ случаяхъ, когда подобными сдѣлками уменьшается масса наличнаго имущества должника. Для того же, однако, чтобы выяснить, насколько интересы третьихъ лицъ предоставленнымъ имъ 477 ст. правомъ, въ отношеніи оспариванія достовѣрности числа, выставленнаго въ домашнемъ актѣ, дѣйствительно достаточно ограждаются, я долженъ нѣсколько подробнѣе остановиться на разсмотрѣніи послѣдняго выраженія статьи: „могутъ оспаривать достовѣрность выставленнаго въ немъ числа“, и показать настоящій смыслъ и значеніе заключающагося въ немъ постановленія. Отъ разрѣшенія въ томъ или другомъ смыслѣ этого выраженія вполнѣ зависитъ осуществимость или неосуществимость въ настоящемъ случаѣ права третьихъ лицъ. Все дѣло заключается въ томъ, на кого, при предъявленіи со стороны третьяго лица спора противъ достовѣрности числа, по смыслу цитированнаго выраженія статьи, должна быть возложена обязанность доказать достовѣрность или недостовѣрность числа: третье ли лицо, заявляющее споръ, обязано доказать недостовѣрность числа, или лицо, желающее воспользоваться актомъ, обязано подтвердить достовѣрность числа, коль скоро противъ достовѣрности предъявленъ споръ третьимъ лицомъ? Понятно, что только при разрѣшеніи вопроса въ послѣднемъ смыслѣ, право, предоставленное третьимъ лицамъ 477 ст., можетъ достаточно гарантировать ихъ интересы отъ обмановъ; если же возложить на нихъ, при заявленіи спора, обязанность доказывать отрицательный фактъ, т.-е. обязанность доказывать, что актъ не былъ совершенъ въ означенный въ немъ день, то это значило бы отнять у нихъ почти всякую возможность обнаружить обманъ. Въ самомъ дѣлѣ, какимъ бы образомъ

третье лицо въ состояніи было собрать доказательства тому, когда актъ дѣйствительно былъ совершенъ; при невозможности же констатировать этотъ фактъ тѣми или другими доказательствами, и самое право ихъ на споръ не имѣло бы никакого реальнаго значенія, черезъ что, конечно, и цѣль, съ которою имъ право это предоставлено правиломъ разбираемой статьи, нисколько бы не достигалась. Это одно основаніе невозможности разрѣшенія вопроса въ такомъ смыслѣ, хотя основаніе это и представляется какъ бы только отрицательнымъ, но, кромѣ этого, я могу указать и другія положительныя основанія невозможности возлагать на третьихъ лицъ обязанность доказывать недостовѣрность выставленнаго въ домашнемъ актѣ числа совершенія его. Во-первыхъ, самое правило 477 ст. постановляетъ, что въ домашнихъ актахъ выставленный въ нихъ день совершенія считается достовѣрнымъ только для лицъ, участвовавшихъ въ совершеніи акта, ихъ наслѣдниковъ и преемниковъ. Толкуя это постановленіе по аргументу a contrario, необходимо придти къ тому заключенію, что день совершенія домашняго акта по отношенію третьихъ лицъ долженъ считаться просто недостовѣрнымъ и безъ всякаго спора съ ихъ стороны; если такъ, то слѣдуетъ, далѣе, признать, что выраженіе: „могутъ оспаривать“—включено въ текстъ статьи съ тою цѣлью, чтобы указать, что по отношенію третьихъ лицъ день совершенія акта долженъ почитаться достовѣрнымъ только до тѣхъ поръ, пока они не отвергаютъ достовѣрности числа, не оспариваютъ его, или съ тою цѣлью, чтобы указать, что день совершенія акта по отношенію третьихъ лицъ почитается достовѣрнымъ не иначе, какъ подъ условіемъ признанія или непредъявленія возраженій—спора противъ достовѣрности. Если таковъ настоящій смыслъ правила 477 ст., то заключительный выводъ очевиденъ: коль скоро нѣтъ на лицо условія, подъ которымъ день совершенія акта только и считается достовѣрнымъ по отношенію третьихъ лицъ, т.-е. нѣтъ на лицо хотя бы молчаливаго признанія ихъ, выражающагося въ непредъявленіи спора или возраженій противъ достовѣрности, и день совершенія акта, въ отношеніи ихъ, долженъ считаться недостовѣрнымъ, вслѣдствіе чего, и необходимо признать, что при спорѣ третьихъ лицъ противъ достовѣрности числа время совершенія акта должно быть удостовѣрено другими доказательствами тѣми лицами, которыя желаютъ воспользоваться актомъ, но никакъ не третьими лицами, предъявляющими споръ, потому что уже одинъ фактъ предъявленія ими спора, безъ представленія какихъ-либо доказательствъ его, лишаетъ актъ достовѣрности въ отношеніи выставленнаго въ немъ числа совершенія. Во-вторыхъ, если, въ отношеніи достовѣрности выставленнаго въ актѣ крѣпостномъ или явочномъ дня совершенія, правила нашего устава, какъ мы видѣли выше, устанавливаютъ только не болѣе, какъ презумпцію juris, то послѣдовательность требуетъ допустить, что правило 477 ст. по отношенію достовѣрности дня совершенія домашняго акта, по крайней мѣрѣ, въ отношеніи третьихъ лицъ, не устанавливаетъ никакой презумпціи, между тѣмъ, какъ только при существованіи презумпціи обязанность доказывать недостовѣрность дня совершенія акта и могла бы быть возложена на третьихъ лицъ, потому что только презумпція и освобождаетъ ту сторону, въ пользу которой она существуетъ, отъ обязанности представленія доказательствъ. Соображенія эти мнѣ кажутся достаточно убѣдительными для того, чтобы поставленный выше вопросъ былъ разрѣшенъ въ смыслѣ освобожденія третьихъ лицъ, оспаривающихъ достовѣрность числа въ домашнемъ актѣ, отъ обязанности представленія доказательствъ недостовѣрности. Въ пользу освобожденія третьихъ лицъ отъ обязанности доказывать недостовѣрность числа, выставленнаго въ домашнемъ актѣ, высказался и сенатъ; къ такому выводу пришелъ сенатъ вслѣдствіе того, что имъ на

этотъ разъ истолковано правило разбираемой статьи не отрывочно, а въ связи съ постановленіемъ 476 ст., заключающей въ себѣ постановленіе, аналогическое правилу разбираемой статьи, по отношенію достовѣрности числа актовъ крѣпостныхъ и засвидѣтельствованныхъ установленнымъ порядкомъ (рѣш. 1874 г., № 124). Въ прежней же своей практикѣ, по занимающему насъ вопросу, сенатъ высказывалъ взглядъ прямо противоположный, толкуя правило 477 ст. въ томъ смыслѣ, что третье лицо, возбуждающее споръ о недостовѣрности числа, само обязано доказать это обстоятельство, къ какому выводу сенатъ приходилъ именно вслѣдствіе отрывочнаго толкованія правила этой статьи (рѣш. 1871 года, № 1108). Кромѣ того, сенатъ совершенно основательно объяснилъ, что самъ судъ ex officio, безъ указанія сторонъ, ни въ какомъ случаѣ не въ правѣ возбуждать вопроса о достовѣрности, выставленнаго въ домашнемъ актѣ числа совершенія его (рѣш. 1876 года, № 72). Во всякомъ случаѣ уже одно то обстоятельство, что законъ считалъ необходимымъ, предоставленіемъ третьимъ лицамъ права отвергать достовѣрность числа въ актѣ домашнемъ, оградить ихъ интересы, достаточно указываетъ на то, что и домашніе акты имѣютъ силу доказательства и по отношенію третьихъ лицъ, хотя законъ, говоря о силѣ этихъ актовъ, и говоритъ только о томъ, что они имѣютъ силу доказательства между сторонами, участвовавшими въ заключеніи акта, ихъ наслѣдниками и преемниками. Въ смыслѣ этого положенія высказался и сенатъ, который объяснилъ, что счеты третьихъ, не участвующихъ въ дѣлѣ, лицъ могутъ быть принимаемы за доказательство, но, разумѣется, только за доказательство юридическихъ отношеній, бывшихъ между стороной, представившей счетъ и третьимъ лицомъ, но никакъ не въ доказательство непремѣнной обязанности отвѣтчика отвѣчать по этому счету.

Что касается, далѣе, значенія правила разбираемой статьи, въ отношеніи интересовъ этихъ послѣднихъ лицъ и въ особенности сингулярныхъ преемниковъ, напр., покупщиковъ недвижимости, то правило это мнѣ кажется нѣсколько суровымъ, въ особенности при примѣненіи его именно у насъ, въ виду той легкости и возможности, съ какой допускается нашимъ закономъ установленіе на недвижимое имущество различныхъ правъ характера вещнаго, посредствомъ заключенія договоровъ объ отдачѣ недвижимыхъ имуществъ въ наемъ порядкомъ домашнимъ. Такая суровость правила 477 ст., конечно, отчасти смягчается тѣмъ обстоятельствомъ, что преемники лицъ, заключившихъ актъ, должны имѣть по закону, равно какъ и сами стороны, право ослаблять доказательное значеніе домашнихъ актовъ посредствомъ заявленія сомнѣнія въ подлинности. Это одно средство для сингулярныхъ преемниковъ оградить свои интересы отъ обмановъ посредствомъ заключенія договоровъ заднимъ числомъ; а другое средство заключается, конечно, въ возможности предъявленія различныхъ споровъ по самому существу сдѣлки, напр., споровъ о симуляціи соглашенія и проч.

Разбирая значеніе постановленія 477 ст., я не могу не обратить вниманія на неполноту его еще въ одномъ отношеніи—въ немъ ничего не говорится о такихъ обстоятельствахъ, при которыхъ достовѣрность дня совершенія домашняго акта можетъ получить значеніе даже и въ отношеніи третьихъ лицъ, если не вполнѣ, то, по крайней мѣрѣ, настолько, что возможно будетъ признать достаточно констатированнымъ день, послѣ котораго актъ уже не могъ быть совершенъ. Одинъ изъ способовъ, посредствомъ котораго возможно констатировать это послѣднее обстоятельство, можно найти и въ нашемъ законѣ; такъ, нотаріальное положеніе заключаетъ въ статьяхъ 136—138 особыя правила о засвидѣтельствованіи времени предъявленія документа, по которымъ каждый въ правѣ представить нотаріусу какой бы то ни было домашній актъ, собственно для отмѣтки на немъ дня предъявленія;

понятно, что правила эти именно съ той цѣлью и установлены, чтобы дать каждому возможность, отмѣткой нотаріуса на актѣ, удостовѣрить, по крайней мѣрѣ, тотъ фактъ, что актъ совершенъ не позднѣе дня, означеннаго въ отмѣткѣ. Кромѣ того, обстоятельство это можетъ удостовѣряться иногда и силой самыхъ событій, несомнѣнно послѣдовавшихъ въ извѣстный день; напр., день смерти лица, участвовавшаго въ совершеніи акта, можетъ считаться такимъ событіемъ, которое доказываетъ, что актъ не могъ быть совершенъ послѣ этого дня. Бонье приводитъ еще въ примѣръ подобныхъ обстоятельствъ случай, когда было бы доказано, что лицо, участвовавшее въ совершеніи акта, лишилось въ извѣстный день рукъ и тѣмъ самымъ было поставлено въ физическую невозможность подписать актъ послѣ этого дня; возможны, конечно, и другіе случаи, которые могутъ служить убѣдительнымъ доказательствомъ невозможности совершенія домашняго акта, по крайней мѣрѣ, позднѣе извѣстнаго дня. Однимъ словомъ, могутъ встрѣчаться такого рода случаи, когда выставленный въ домашнемъ актѣ день совершенія его можетъ получить значеніе достовѣрности, по крайней мѣрѣ, до извѣстной степени и по отношенію третьихъ лицъ, такъ сказать, силой самихъ вещей. Что касается, наконецъ, способовъ доказыванія вообще достовѣрности числа совершенія домашняго акта, то, безъ сомнѣнія, въ подтвержденіе этого обстоятельства должны быть допускаемы всевозможные способы доказательствъ, между прочимъ, и показанія свидѣтелей.

Разсмотрѣвъ правила устава, опредѣляющія доказательное значеніе домашнихъ актовъ, я перейду теперь къ установленію самаго понятія этого рода актовъ и къ указанію, какого рода бумаги, въ значеніи домашняго акта, могутъ имѣть силу доказательства. Перечисленіе такого рода бумагъ мы находимъ въ 472 ст., на основаніи которой счеты, записки и всякія домашнія бумаги могутъ имѣть доказательное значеніе домашнихъ актовъ, если только они должникомъ подписаны. Слово „должникъ“ необходимо, конечно, понимать здѣсь въ самомъ широкомъ смыслѣ, и, потому, относить къ числу доказательствъ всѣ означенныя въ 472 ст. бумаги, коль скоро онѣ подписаны лицомъ, обязаннымъ чѣмъ-либо, и когда, притомъ, требованіе противной стороны относится именно къ этой обязанности. Впрочемъ, положеніе, что указанныя въ этой статьѣ бумаги могутъ имѣть доказательное значеніе актовъ домашнихъ, есть не болѣе, какъ выводъ по аргументу a contrario изъ заключающагося въ ней постановленія, которое редактировано такимъ образомъ: „счеты, записки и всякія домашнія бумаги не составляютъ доказательства въ пользу того, кѣмъ были ведены или писаны, если не будутъ должникомъ подписаны“. Изъ этого видно, что уставъ считаетъ самымъ существеннымъ условіемъ для того, чтобы какой-либо домашній документъ могъ получить значеніе доказательства, подпись на немъ должника, безъ чего прямо признаетъ домашнія бумаги лишенными всякаго доказательнаго значенія по отношенію того лица, которое желаетъ ими воспользоваться и основываетъ на нихъ свои права. При непремѣнномъ требованіи подписи должника для того, чтобы какой либо-домашній документъ получилъ доказательное значеніе, дѣйствительно, мнѣ кажется, не представляется никакой опасности, какъ это совершенно справедливо замѣтилъ Гольмстенъ (Учеб. гражд. суд., стр. 169), относить къ числу домашнихъ актовъ всякія бумаги. Выраженіе статьи: „и всякія домашнія бумаги“—имѣетъ настолько широкое значеніе, что тяжущіеся могутъ имѣть полную возможность пользоваться, какъ доказательствомъ, всякимъ документомъ, носящимъ подпись противной стороны, къ которымъ, такимъ образомъ, могутъ быть относимы: и частная переписка, и экономическія книги, и отчетныя вѣдомости, если только въ нихъ есть росписка должника и проч. Но коль скоро подписи должника въ подобныхъ документахъ нѣтъ, то они не только теряютъ всякое доказательное значеніе

въ пользу стороны, сославшейся на нихъ въ подтвержденіе своихъ правъ, но даже, какъ постановляетъ далѣе правило 472 ст., „могутъ быть приняты доказательствомъ противъ того, кѣмъ были ведены или писаны". На основаніи послѣднихъ словъ: „кѣмъ были ведены или писаны", возможно, кажется, признать, что для того, чтобы подобныя бумаги могли служить доказательствомъ для противной стороны, нѣтъ никакой необходимости, чтобы бумаги эти были непремѣнно писаны самимъ лицомъ, сославшимся на нихъ, достаточно, если онѣ были ведены имъ лично или даже черезъ другое лицо, потому что достаточнымъ доказательствомъ признанія фактовъ, заключающихся въ нихъ, долженъ служить уже самый фактъ ссылки на нихъ и представленія ихъ въ судъ. Вообще же постановленіе разбираемой статьи о томъ, что домашнія бумаги, которыя, за неимѣніемъ на нихъ подписи должника, не имѣютъ значенія актовъ, могутъ однако же служить доказательствомъ противъ стороны, сдѣлавшей на нихъ ссылку, или, все равно — доказательствомъ въ пользу противной стороны, есть не болѣе, какъ развитіе общаго правила, выраженнаго въ 478 ст., въ силу котораго, какъ мы видѣли, всякій актъ, представленный одной стороной, можетъ служить въ то же время и въ пользу другой. Несмотря, впрочемъ, на существованіе въ уставѣ этого общаго правила, прибавку о томъ же, сдѣланную въ 472 ст., никакъ нельзя признать лишней, на томъ основаніи, что въ статьѣ этой говорится о доказательномъ значеніи такихъ бумагъ, которыя нельзя признать собственно актами, за отсутствіемъ на нихъ подписи должника, между тѣмъ, какъ въ общемъ правилѣ 478 ст. говорится только о правѣ противной стороны пользоваться актами, такъ что безъ прибавки, которую мы находимъ въ 472 ст., на основаніи только общаго правила, бумаги, о которыхъ говорится въ этой статьѣ, и нельзя было бы считать за доказательство въ пользу противной стороны. Собственно же сопоставленіе спеціальнаго правила по этому предмету, выраженное въ разбираемой статьѣ, съ правиломъ общимъ, можетъ служить къ лучшему пониманію его и дѣйствительно, какъ мнѣ кажется, черезъ сопоставленіе это выясняется неточность редакціи его въ томъ отношеніи, что хотя въ немъ и сказано, что онѣ могутъ служить доказательствомъ противъ того, кѣмъ были ведены или писаны, но что собственно на самомъ дѣлѣ, какъ я уже намекалъ на это и нѣсколько выше, до того, кѣмъ онѣ были ведены или писаны, и нѣтъ никакого дѣла, а что слѣдуетъ признавать, что онѣ могутъ служить доказательствомъ прямо противъ стороны, сдѣлавшей на нихъ ссылку и представившей ихъ въ судъ.

Доказательное значеніе актовъ, перечисленныхъ въ 472 ст., для стороны, сдѣлавшей на нихъ ссылку, когда они подписаны должникомъ, призналъ и сенатъ, объяснивъ, напр., что частное письмо отвѣтчика можетъ быть принято основаніемъ къ присужденію съ него долга, о которомъ упоминается въ этомъ письмѣ (рѣш. 1869 года, № 372). Также точно, согласно съ прямымъ смысломъ постановленія 472 ст., сенатъ призналъ, что перечисленныя въ ней бумаги, при отсутствіи на нихъ подписи должника, не могутъ служить доказательствомъ противъ него, но могутъ служить доказательствомъ въ пользу его, но противъ стороны, сдѣлавшей на нихъ ссылку. Напр., сенатъ призналъ: что счетъ, писанный, но не подписанный отвѣтчикомъ, можетъ служить доказательствомъ противъ него (рѣш. 1870 года, № 993); что домашняя записная книжка истца, не подписанная отвѣтчикомъ, не можетъ служить доказательствомъ противъ него (рѣш. 1869 года, № 1179); что невозможно взысканіе денегъ по неподписанному отвѣтчикомъ счету (рѣш. 1869 года, № 401) и проч. Можно указать, впрочемъ, и такія рѣшенія сената, въ которыхъ онъ высказался въ смыслѣ, совершенно противоположномъ рѣшеніямъ сейчасъ приведеннымъ, но рѣшенія эти, какъ противорѣчащія прямому смыслу закона, должны быть, конечно, оставлены въ сторонѣ.

Далѣе, при толкованіи правила разбираемой статьи я долженъ еще нѣсколько подробнѣе остановиться на вопросѣ о томъ—всегда и безусловно ли необходима на домашнихъ документахъ, указанныхъ въ 472 ст., подпись самого должника для того, чтобы актъ могъ имѣть значеніе доказательства въ пользу стороны, дѣлающей на него ссылку, въ доказательство правъ своихъ, противъ должника? Нечего, конечно, и говорить о томъ, что актъ, подписанный за должника лицомъ уполномоченнымъ отъ него довѣренностью на веденіе именно тѣхъ дѣлъ, къ которымъ актъ относится, напр., квитанція въ пріемѣ какихъ-либо продуктовъ управляющимъ по довѣренности имѣніемъ, или промышленнымъ заведеніемъ, или, напр., счетъ, подписанный прикащикомъ, завѣдующимъ по довѣренности торговлей, должны служить полнымъ доказательствомъ въ пользу лица, сдѣлавшаго ссылку на подобнаго рода документъ, все равно, какъ бы документы эти были подписаны лично самимъ должникомъ. Но мнѣ кажется, что сенатъ совершенно правильно призналъ, что и бумаги, подписанныя за должника лицомъ, завѣдующимъ дѣлами его или имѣніемъ, даже и безъ довѣренности, могутъ имѣть значеніе доказательства въ пользу лица, сдѣлавшаго на нихъ ссылку, если только доказано, что лицо, подписавшее актъ, находилось къ должнику въ отношеніяхъ уполномоченнаго его (рѣш. 1867 года, № 113). Въ одномъ рѣшеніи сенатъ даже призналъ, что можетъ быть присуждено взысканіе съ отвѣтчика по счетамъ, подписаннымъ неуполномоченнымъ и притомъ малолѣтнимъ сыномъ отвѣтчика, если только самые товары, за которые производится взысканіе, поступили въ магазинъ отвѣтчика (рѣш. 1867 года, № 135). Но, кромѣ этихъ случаевъ, мнѣ кажется возможнымъ признать за актомъ, подписаннымъ третьимъ лицомъ, доказательное значеніе противъ должника и въ пользу лица, дѣлающаго ссылку на актъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда было бы доказано, что третье лицо, подписавшее актъ, принимало какое-либо участіе между вѣрителемъ и должникомъ по исполненію обязательства, въ качествѣ посредника или коммиссіонера при передачѣ вещей. Такъ, напр., могутъ быть приняты за доказательство противъ должника квитанціи желѣзныхъ дорогъ, или квитанціи и накладныя обществъ страхованія и транспортированія кладей и тому подобные акты, въ удостовѣреніе сдачи имъ для отправки товаровъ должнику и проч., какъ это совершенно справедливо замѣтилъ Гольмстенъ (Учебн. гражд. суд., стр. 168). Во всякомъ случаѣ изъ всего сказаннаго о домашнихъ актахъ оказывается, что всякая бумага—будетъ ли то счетъ, записная книжка, росписка, какое-либо условіе и проч., для того, чтобы она могла имѣть значеніе доказательства противъ лица, обязаннаго въ чемъ-либо, должна быть подписана имъ лично, или, по крайней мѣрѣ, лицомъ, состоящимъ къ нему въ извѣстныхъ отношеніяхъ. Это выводъ изъ правилъ устава; но, кромѣ того, и на основаніи постановленій нашего матеріальнаго гражданскаго права о составленіи домашнихъ актовъ, которыя требуютъ, подъ опасеніемъ недѣйствительности акта, конечно, какъ доказательства, чтобы домашній актъ былъ подписанъ самимъ дающимъ оный (919 и 921 ст. X т. 1 ч.), также слѣдуетъ придти къ тому заключенію, что по нашимъ законамъ существенной принадлежностью какого бы то ни было домашняго акта считается вообще подпись на немъ лица обязаннаго. Мы пришли, такимъ образомъ, наконецъ, къ установленію самаго понятія этого рода актовъ, и я полагаю, что по нашимъ законамъ за актъ домашній слѣдуетъ считать вообще бумагу, составленную на дому, безъ всякаго участія общественной власти, подписанную или лично самимъ лицомъ, обязаннымъ въ чемъ-либо, или, по крайней мѣрѣ, однимъ изъ лицъ вышеуказанныхъ, и могущую служить удостовѣреніемъ такихъ фактовъ, на основаніи которыхъ возникаетъ для одной стороны, подписавшей актъ, обязанность, а для другой—право требовать что-либо.

Изъ такого опредѣленія существа домашнихъ актовъ вытекаютъ, между прочимъ, слѣдующіе выводы. Въ силу того, что подпись на актѣ лица обязаннаго составляетъ существенную принадлежность домашняго акта, слѣдуетъ признать, какъ это правильно объяснилъ и сенатъ, что домашній актъ, хотя бы онъ былъ даже и написанъ весь рукою должника, но если только онъ имъ не подписанъ, не можетъ считаться актомъ окончательно состоявшимся, и, потому, не имѣетъ никакого доказательнаго значенія, а есть не болѣе, какъ проектъ акта, не устанавливающій для должника никакого обязательства (рѣш. 1871 года, №№ 334 и 794). Кромѣ того, въ силу того же требованія закона о подписи на актѣ должника, слѣдуетъ признать актъ написанный отъ двухъ лицъ, но подписанный только однимъ изъ должниковъ, необязательнымъ для лица, не подписавшаго его, и, потому, не могущимъ имѣть какое-либо доказательное значеніе противъ этого послѣдняго. Далѣе, какъ мнѣ кажется, все въ силу того же требованія закона, сенатъ правильно призналъ, что подписи должника не можетъ замѣнить постановка на актѣ вмѣсто подписи какихъ-либо знаковъ, напр., крестовъ, или, напр., приложеніе на актѣ штемпеля съ изображеніемъ фамиліи лица, выдавшаго актъ (рѣш. 1870 года, № 779 и 1871 года, № 389); но съ другой стороны сенатъ также совершенно правильно объяснилъ, что для дѣйствительности акта домашняго, какъ доказательства, не требуется непремѣнно, чтобы актъ былъ подписанъ на русскомъ языкѣ, но что достаточно, если подпись сдѣлана на какомъ-либо иностранномъ языкѣ безъ перевода ея на русскій языкъ (рѣш. 1871 года, № 216).

Что касается доказательнаго значенія актовъ отъ неграмотныхъ, то, мнѣ кажется, сенатъ совершенно правильно признаетъ на основаніи постановленій нашихъ гражданскихъ законовъ, что такого рода акты не могутъ считаться дѣйствительными безъ посторонняго засвидѣтельствованія; но, при этомъ, я однако же не могу не замѣтить, что требованіе сената о томъ, что для дѣйствительности актовъ отъ неграмотныхъ необходимо непремѣнно засвидѣтельствованіе подлинности подписи на актѣ, сдѣланной вмѣсто неграмотнаго другимъ лицомъ, полиціей, но ни въ какомъ случаѣ не свидѣтелями, никакъ нельзя признать правильнымъ. На неправильность такого толкованія сенатомъ 921 ст. X т. 1 ч., изъ которой по аргументу a contrario можно сдѣлать только тотъ выводъ, что акты отъ неграмотныхъ должны быть признаваемы недѣйствительными, когда они составлены безъ посторонняго засвидѣтельствованія, причемъ, вовсе не указывается того, чтобы подъ выраженіемъ „постороннее засвидѣтельствованіе“ возможно было считать только засвидѣтельствованіе полицейское, указывалъ уже нѣсколько лѣтъ тому назадъ Марковъ въ своемъ обзорѣ сенатскихъ рѣшеній (Гражданская практика сената, стр. 51 и слѣд.). Но Марковъ только указалъ на то, что 882 ст. X т. 1 ч., относящаяся собственно къ порядку засвидѣтельствованія явочныхъ актовъ и дѣйствительно требующая, чтобы подпись на актѣ отъ неграмотнаго, сдѣланная другимъ лицомъ, была прежде явки акта засвидѣтельствована полиціей, никакого примѣненія къ порядку составленія актовъ домашнихъ имѣть не должна, между тѣмъ, какъ сенатъ впослѣдствіи именно и основалъ свои соображенія о необходимости полицейскаго засвидѣтельствованія подписи на актахъ отъ неграмотныхъ на правилѣ этой статьи. Впрочемъ, далѣе этого указанія Марковъ не пошелъ и самъ не выразилъ никакого опредѣленнаго взгляда на то, какого собственно посторонняго засвидѣтельствованія требуетъ въ настоящемъ случаѣ законъ. Затѣмъ, вопросъ о значеніи требованія закона въ отношеніи необходимости посторонняго засвидѣтельствованія актовъ отъ неграмотныхъ былъ вновь подвергнутъ довольно подробному разсмотрѣнію Вербловскимъ въ его статьѣ — „О недѣйствительности юридическихъ актовъ по рѣшеніямъ сената“ (Судебный журналъ

1875 года, кн. 6, стр. 61), въ которой Вербловскій, указавъ сперва на неправильность извѣстнаго взгляда сената по этому вопросу, высказаннаго имъ во множествѣ рѣшеній, приходитъ къ тому заключенію, что по соображенію того, какое мѣсто занимаетъ 921 ст. X т. 1 ч. въ ряду постановленій о составленіи домашнихъ актовъ, скорѣе всего слѣдуетъ признать, что законъ, требуя посторонняго засвидѣтельствованія, считалъ въ настоящемъ случаѣ необходимымъ участіе свидѣтелей при составленіи домашняго акта отъ неграмотныхъ, но никакъ не полиціи.

Положеніе это возможно, кажется, считать въ нашей юридической литературѣ общепринятымъ; по крайней мѣрѣ, за правильность его высказались Оршанскій въ его обзорѣ кассаціонной практики сената (Журн. гражд. и уголов. пр. 1875 г., кн. 6, стр. 83), Побѣдоносцевъ (Курсъ гражд. пр., т. 3, стр. 64), Исаченко въ его статьѣ „Полицейское засвидѣтельствованіе подписи за безграмотныхъ“ (Юрид. Вѣст. 1881 г., кн. 5, стр. 103) и Змирловъ въ его статьѣ—„О недостаткахъ нашихъ гражд. законовъ“ (Журн. гражд. и угол. пр. 1883 г., кн. 8, стр. 146). Особенной подробностью и убѣдительностью въ пользу правильности положенія, высказаннаго Вербловскимъ, отличаются доводы, приведенные Исаченко, который путемъ историческаго толкованія правила 921 ст. X т. 1 ч. и цѣлымъ рядомъ указаній на тѣ изъ нашихъ прежнихъ узаконеній, которыя послужили источникомъ правилу этой статьи, съ очевидною ясностью доказалъ, что подъ посторонними засвидѣтельствованіями актовъ отъ безграмотныхъ слѣдуетъ разумѣть удостовѣренія именно свидѣтелей, а не полиціи. Выводъ этотъ настолько убѣдителенъ, что и на самомъ дѣлѣ слѣдуетъ признать, что домашній актъ отъ неграмотнаго долженъ считаться достаточнымъ доказательствомъ, если онъ совершенъ въ присутствіи двухъ свидѣтелей и если на немъ есть, кромѣ подписи за самого неграмотнаго, и подписи свидѣтелей, а если и свидѣтели были неграмотны, то подпись за нихъ, сдѣланная другимъ лицомъ. Мнѣ кажется даже, что актъ, совершенный въ присутствіи свидѣтелей, можетъ служить болѣе достовѣрнымъ доказательствомъ, чѣмъ засвидѣтельствованный только въ подлинности подписи полиціей, потому что свидѣтели, присутствовавшіе при составленіи акта, въ случаѣ какого-либо сомнѣнія, могутъ при допросѣ ихъ на судѣ лучше удостовѣрить обстоятельства, сопровождавшія совершеніе акта, и мнѣ кажется, что никакихъ препятствій въ этомъ случаѣ, для допроса на судѣ въ качествѣ свидѣтелей лицъ, присутствовавшихъ при составленіи акта, быть не можетъ и въ законѣ никакого воспрещенія, въ этомъ отношеніи, не содержится. Впрочемъ, я не могу признать вполнѣ правильнымъ и взглядъ Вербловскаго, какъ слишкомъ безусловный, и мнѣ кажется, что если по смыслу 921 ст. X т. 1 ч. и возможно скорѣе придти къ тому заключенію, что законъ, требуя посторонняго засвидѣтельствованія для дѣйствительности актовъ отъ неграмотныхъ, считаетъ необходимымъ присутствіе свидѣтелей при составленіи его, но не полиціи, но что это обстоятельство нисколько не исключаетъ и того положенія, что актъ отъ неграмотнаго, засвидѣтельствованный въ подлинности подписи полиціей, также по закону можетъ быть признаваемъ актомъ, имѣющимъ значеніе доказательства. Это на томъ основаніи, что правило 882 ст. X т. 1 ч., требующее засвидѣтельствованія подлинности подписи на актѣ отъ неграмотнаго полиціей прежде явки акта, хотя и не можетъ имѣть примѣненія къ актамъ домашнимъ, но что, тѣмъ не менѣе, засвидѣтельствованіе подлинности подписи полиціей слѣдуетъ признавать уже за начало выполненія обряда явки; если же, затѣмъ, такой актъ не былъ представленъ къ дальнѣйшему засвидѣтельствованію, куда слѣдуетъ, то на это обстоятельство слѣдуетъ смотрѣть, какъ на неоконченное выполненіе обряда засвидѣтельствованія, что̀ можетъ вести только къ тому, что актъ на основаніи 460 ст. устава не можетъ быть при-

знанъ въ силѣ акта явочнаго, но можетъ, однако же, сохранить доказательное значеніе акта домашняго. Если, такимъ образомъ, возможно считать и полицейское засвидѣтельствованіе подписи достаточнымъ для дѣйствительности домашняго акта отъ неграмотнаго, какъ доказательства, то и относящіяся сюда рѣшенія сената потому только нельзя признать правильными, что въ нихъ проводится взглядъ на значеніе полицейскаго засвидѣтельствованія слишкомъ безусловный, между тѣмъ, какъ на самомъ дѣлѣ слѣдуетъ считать оба способа удостовѣренія въ дѣйствительности совершенія акта отъ неграмотнаго,—какъ участіе свидѣтелей, такъ и засвидѣтельствованіе подлинности подписи полиціей, равно по закону достаточными для сообщенія акту силы доказательства.

Наконецъ, я долженъ еще сказать, что въ силу того, что домашній актъ тогда только по закону можетъ имѣть значеніе письменнаго доказательства, когда онъ исходитъ отъ должника, необходимо признать, что документъ, или, лучше сказать, удостовѣренія, исходящія отъ третьихъ постороннихъ лицъ, въ которыхъ лица эти удостовѣряютъ существованіе извѣстныхъ фактовъ, хотя бы и имѣющихъ значеніе для сторонъ процесса, ни въ какомъ случаѣ, однако же, не могутъ имѣть значенія письменнаго доказательства и не могутъ потому служить достаточнымъ удостовѣреніемъ указанныхъ въ нихъ фактовъ, даже и въ тѣхъ случаяхъ, когда бы лицо, выдавшее удостовѣреніе, и состояло прежде въ какихъ-либо юридическихъ отношеніяхъ со стороной, представившей актъ, было, напр., ея повѣреннымъ, или представителемъ на другомъ какомъ-либо основаніи, на томъ основаніи, что и въ этихъ случаяхъ удостовѣреніе этого лица, какъ лица, тяжбѣ посторонняго, представляется не чѣмъ инымъ, какъ только письменнымъ свидѣтельскимъ показаніемъ, не имѣющимъ значенія доказательства, и, вслѣдствіе чего, нельзя согласиться съ противоположнымъ этому положенію заключеніемъ сената о допустимости подобныхъ удостовѣреній въ значеніи письменнаго доказательства (рѣш. 1878 года, № 197). Исключеніе изъ этого положенія должно быть допущено только по отношенію различныхъ справокъ и удостовѣреній, выдаваемыхъ должностными лицами о какихъ-либо фактахъ, совершавшихся передъ ними во время отправленія ими ихъ служебныхъ обязанностей, каковыя удостовѣренія, по совершенно вѣрному объясненію сената, должны быть принимаемы въ значеніи письменныхъ доказательствъ, какъ акты присутственныхъ мѣстъ (рѣш. 1875 года, № 215), а никакъ не въ значеніи свидѣтельскихъ показаній (рѣш. 1885 года, № 32); какъ напр., удостовѣреніе нотаріуса о томъ, что такіе-то акты были ему предъявлены для засвидѣтельствованія одновременно; или удостовѣреніе судебнаго пристава о томъ, что такое-то лицо участвовало въ качествѣ повѣреннаго при производствѣ взысканія (рѣш. 1876 года, № 67) и проч. Въ прежнихъ нашихъ законахъ о судопроизводствѣ гражданскомъ существовало даже прямое воспрещеніе признавать за доказательство письменныя свидѣтельства постороннихъ лицъ, если только лица эти не подтвердятъ дѣйствительности ихъ присягой (331 ст. X т. 2 ч.), или, другими словами, если лица эти, будучи спрошены въ качествѣ свидѣтелей, не подтвердятъ при допросѣ на судѣ дѣйствительное существованіе тѣхъ фактовъ, о которыхъ они свидѣтельствовали въ письменномъ ихъ удостовѣреніи. Поэтому, нельзя не признать совершенно правильнымъ одно рѣшеніе сената, въ которомъ онъ отвергъ всякое доказательное значеніе, какъ письменнаго акта, приговора общества крестьянъ, въ которомъ удостовѣрялось о существованіи извѣстныхъ фактовъ, имѣвшихъ прямое отношеніе къ дѣлу, на томъ основаніи, что подобный приговоръ составляетъ не что иное, какъ письменное свидѣтельство совершенно постороннихъ лицъ (рѣш. 1870 года, № 1348).

Перехожу къ разсмотрѣнію слѣдующихъ статей, которыя также заклю-

чаютъ въ себѣ постановленія о доказательномъ значеніи такихъ актовъ, которые должны быть относимы къ категоріи актовъ домашнихъ, но изъ которыхъ, по крайней мѣрѣ, нѣкоторые должны быть относимы къ послѣдующему низшему разряду домашнихъ актовъ, т.-е. такихъ актовъ, которымъ законъ присваиваетъ значеніе доказательства и при отсутствіи на нихъ подписи должника.

Ст. 470. Книги розничныхъ и мелочныхъ торговцевъ, поставщиковъ разныхъ припасовъ, хлѣбниковъ, погребщиковъ и мастеровыхъ людей имѣютъ силу доказательства противъ того лица, коему товары или припасы поставлены, или работы произведены, но по тѣмъ только статьямъ, въ коихъ есть его росписки.

Ст. 471. Когда получатель товаровъ и припасовъ, или наниматель рабочихъ людей держалъ у себя отписныя книги или реверсы, съ означеніемъ поставленнаго или отработаннаго и слѣдующей за то платы, то такія отписныя книги или реверсы служатъ противъ него доказательствомъ, если онъ, продержавъ у себя книгу долѣе семи дней съ того времени, какъ статьи въ нее внесены, не протестовалъ противъ ихъ вѣрности.

Правило первой изъ этихъ статей, заключающее въ себѣ постановленіе о доказательномъ значеніи книгъ розничныхъ торговцевъ и другихъ перечисленныхъ въ ней лицъ противъ покупщиковъ товаровъ, припасовъ и издѣлій, изложено довольно опредѣлительно и требуетъ немногихъ разъясненій. Какъ необходимое условіе для того, чтобы книги розничныхъ торговцевъ могли имѣть доказательное значеніе противъ получателей товаровъ и издѣлій, правило разбираемой статьи требуетъ, чтобы въ нихъ были росписки этихъ послѣднихъ. Но какого рода должны быть росписки для того, чтобы книги могли служить докасательствомъ противъ получателя товаровъ или издѣлій? Достаточна ли будетъ для этого росписка только въ полученіи товаровъ, или необходима такая росписка, которая бы удостовѣряла, кромѣ того, и неуплату денегъ за отпущенный товаръ или издѣлія? Въ самой разбираемой статьѣ говорится только, что должны быть росписки, но какого содержанія должны быть росписки, правило статьи не опредѣляетъ; поэтому, для разрѣшенія поставленнаго вопроса лучше всего, мнѣ кажется, обратиться къ толкованію правила этой статьи, принявъ въ соображеніе ту цѣль, съ которой оно установлено. Въ этомъ отношеніи изъ общаго смысла статьи нетрудно, кажется, убѣдиться, что правило, въ ней заключающееся, установлено съ цѣлью урегулированія взаимныхъ разсчетовъ между покупателями и мелочными торговцами, а также мастеровыми людьми, поэтому, и примѣненіе этого правила, опредѣляющаго доказательное значеніе торговыхъ книгъ мелочныхъ торговцевъ и мастеровыхъ, въ огромномъ большинствѣ случаевъ, должно имѣть мѣсто въ требованіяхъ этихъ послѣднихъ о взысканіи за забранный товаръ денегъ съ своихъ покупателей. Но для того, чтобы это требованіе было доказано, необходимо истцу, т.-е. мастеровому или мелочному торговцу, удостовѣрить, что товаръ былъ отпущенъ дѣйствительно въ долгъ, доказательствомъ чему можетъ служить, конечно, только такая росписка покупателя, которая, въ какой бы она формѣ ни была сдѣлана, но удостовѣряетъ фактъ покупки товара въ долгъ, а не одно только полученіе товара. Коль скоро росписка покупателя, сдѣланная въ книгѣ торговца, удостовѣряетъ долгъ за товаръ, самая книга должна имѣть полное доказательное значеніе противъ покупателя, разумѣется, въ той статьѣ, подъ которой есть его росписка, или, лучше сказать, въ томъ счетѣ, значущемся въ книгѣ, который имъ подписанъ. Что же касается того, какого содержанія должна быть росписка для того, чтобы она могла служить удостовѣреніемъ факта забора товара въ долгъ, то въ этомъ отношеніи никакой общей формулы установить нельзя и опредѣленіе въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ достаточности или недостаточности росписки, какъ доказательства долга, должно зависѣть отъ многихъ обстоятельствъ, но

при оцѣнкѣ доказательнаго значенія ея необходимо всегда имѣть въ виду одно—удостовѣряется ли ею заборъ товара въ долгъ, или нѣтъ. Такъ, доказательное значеніе росписки покупателя по ея содержанію во многомъ можетъ зависѣть, напр., отъ формы, въ которой ведется разсчетная книга торговца; если книга ведется по формѣ, указанной въ уставѣ торговомъ и въ которой долженъ быть заведенъ на каждое отдѣльное лицо счетъ отпущеннымъ товарамъ, съ означеніемъ въ немъ какъ отпуска товара на извѣстную сумму, такъ и уплаты денегъ съ указаніемъ въ концѣ долга, оставшагося за покупателемъ, то понятно, что, при такомъ порядкѣ веденія разсчетной книги, одна простая подпись покупателя на счетѣ, съ означеніемъ имени и фамиліи его, должна служить вполнѣ достаточнымъ доказательствомъ долга. Во всякомъ случаѣ я долженъ замѣтить, что еслибы книга торговца и не была ведена по формѣ, указанной въ уставѣ торговомъ и еслибы въ ней означенъ былъ только отпускъ товаровъ по опредѣленнымъ цѣнамъ, и еслибы подъ этимъ отпускомъ въ книгѣ оказалась только подпись покупателя безъ означенія того, что покупатель отдалъ должное, то уже одинъ фактъ нахожденія въ книгѣ подписи покупателя можетъ вести къ предположенію о существованіи за нимъ долга, потому что при покупкѣ товаровъ, или при заказѣ работъ мастеровымъ на наличныя деньги, по обычаю торговому, никто не требуетъ отъ покупателя расписываться по книгамъ только въ полученіи товаровъ. Конечно, въ этихъ случаяхъ подпись покупателя не всегда можетъ служить доказательствомъ долга; такъ, напр., если окажется, что подпись сдѣлана не въ разсчетной книгѣ торговца, а въ такой книгѣ, съ которой купецъ посылаетъ, положимъ, своего прикащика развезти товары своимъ постояннымъ покупателямъ, въ которой они и расписываются только въ полученіи товаровъ, ведя разсчетъ лично съ самимъ торговцемъ. Однимъ словомъ, доказательное значеніе росписки покупателя, въ случаѣ недостаточности ея по содержанію, можетъ быть обсуждено въ каждомъ данномъ случаѣ не иначе, какъ по соображеніи всѣхъ обстоятельствъ, относящихся какъ до образа веденія книги, такъ равно и до обычаевъ, существующихъ въ торговлѣ въ отношеніи отпуска товаровъ и издѣлій. Сенатъ въ отношеніи обязательности для должника вообще счетовъ, по крайней мѣрѣ, объяснилъ, что для признанія отвѣтчика обязаннымъ къ уплатѣ по счету достаточно, если имъ только счетъ подписанъ, безъ означенія въ подписи, что онъ долженъ означенную въ счетѣ сумму (рѣш. 1875 года, № 971).

Веденіе мелочными торговцами или мастеровыми, напр. портными, сапожниками, книгъ не по формѣ, установленной въ уставѣ торговомъ, не лишаетъ ихъ значенія доказательства при существованіи въ нихъ росписокъ покупателей, но зато, съ другой стороны, въ силу правила 1635 ст. уст. торг., и веденіе ихъ согласно формы и по образцу книгъ купеческихъ, при отсутствіи въ нихъ росписокъ, не можетъ придать имъ никакого значенія, какъ письменнаго доказательства. Мнѣ кажется, что это правило устава торговаго должно имѣть примѣненіе и при дѣйствіи настоящаго устава гражданскаго судопроизводства, на томъ, между прочимъ, основаніи, что оно послужило источникомъ правилу 470 ст., какъ это показано въ изданіи государственной канцеляріи, а также и потому, что оно не только не противорѣчитъ, но и вполнѣ согласно съ внутреннимъ смысломъ его. Существованіе въ книгѣ разнаго рода неправильностей и помарокъ также не лишаетъ ее доказательнаго значенія въ томъ случаѣ, когда изъ росписки покупателя ясно видно количество оставшагося за нимъ долга, какъ это правильно объяснилъ и сенатъ (рѣш. 1867 года, № 263). Что же касается вообще практики сената по вопросу о значеніи, какъ доказательства, книгъ мелочныхъ торговцевъ и мастеровыхъ, то рѣшенія его, сюда относящіяся, представляются крайне противорѣчивыми; такъ, сенатъ говоритъ, что безъ росписки покупателя книги

розничныхъ торговцевъ не могутъ имѣть значенія доказательства (рѣш. 1870 года, № 1184), что и совершенно правильно; но въ другомъ рѣшеніи сенатъ говоритъ, что книги эти могутъ считаться за доказательство и безъ росписокъ покупателя (рѣш. 1868 года, № 22). Безъ сомнѣнія, правило 470 ст. должно имѣть примѣненіе при оцѣнкѣ доказательнаго значенія книгъ въ спорахъ какъ между лицами, принадлежащими къ торговому сословію, такъ и непринадлежащими и, согласно указанному въ немъ правилу, должно опредѣляться значеніе разсчетныхъ книгъ безъ всякаго различія—выставляются ли онѣ за доказательство лицомъ, имѣющимъ торговое свидѣтельство или нѣтъ, напр. какимъ-либо мастеровымъ, лично занимающимся производствомъ какихъ-либо издѣлій безъ взятія свидѣтельства, или, напр., экономіей, отпускавшей какіе-либо припасы въ долгъ и проч.

Правило слѣдующей 471 ст., напротивъ, редактировано, какъ мнѣ кажется, весьма неудачно и представляетъ большія неясности, даже до такой степени, что въ нѣкоторыхъ случаяхъ, какъ мы это увидимъ ниже въ дальнѣйшемъ изложеніи, примѣненіе его по буквальному смыслу можетъ привести къ самымъ нелѣпымъ и невозможнымъ результатамъ. Я полагаю, однако же, что, комментируя заключающееся въ ней правило по соображенію тѣхъ источниковъ, изъ которыхъ оно заимствовано и которые указаны въ изданіи государственной канцеляріи, а равно по соображенію той цѣли, съ которой оно установлено, возможно устранить наиболѣе существенные недостатки его. Но, прежде всего, я считаю необходимымъ опредѣлить точнѣе, о какомъ родѣ письменныхъ доказательствъ идетъ рѣчь въ разбираемой статьѣ, или что такое отписныя книги или реверсы? Въ торговомъ быту у купцовъ существуетъ обычай отпускать товары изъ лавокъ своихъ постояннымъ покупателямъ, во избѣжаніе ежедневныхъ мелочныхъ разсчетовъ, какъ они говорятъ, на книжку. Книжку эту купецъ выдаетъ своему покупателю, въ которую, при заборѣ въ лавкѣ, и вписывается каждый разъ отпускаемый въ долгъ товаръ, съ обозначеніемъ его цѣны; книжка эта всегда находится у покупателя. Вотъ эти то заборныя книжки, какъ это правильно призналъ и сенатъ (рѣш. 1870 года, № 1337), и суть не что иное, какъ тѣ самыя отписныя книги или реверсы, о которыхъ говорится въ 471 ст., какъ о доказательствѣ. Подобныя же книжки выдаютъ иногда своимъ постояннымъ покупателямъ не только торговцы, но и мастеровые, портные, сапожники и друг. Въ отписную книжку, какъ я сказалъ, вписываетъ отпущенный товаръ или издѣлія, съ означеніемъ цѣны отпущеннаго, самъ продавецъ, или, вмѣсто него, лицо, завѣдывающее лавкой, или мастерской, т.-е. самъ вѣритель, и, затѣмъ, для того, чтобы подобная книжка могла имѣть значеніе доказательства въ пользу вѣрителя, правило разбираемой статьи не требуетъ, чтобы въ книжкѣ была еще росписка должника или покупателя, а 338 ст. X т. 2 ч., изъ которой заимствовано правило 471 ст. устава, постановляетъ въ этомъ отношеніи еще точнѣе, говоря, что „таковая отписная книга или реверсъ, подобно собственноручной роспискѣ, служитъ полнымъ противъ него (т.-е. противъ должника) доказательствомъ“.

Сравнивая постановленіе 471 ст. съ правиломъ статьи предъидущей, нетрудно, кажется, убѣдиться въ томъ, что цѣль обоихъ этихъ постановленій одна и та же—урегулировать разсчеты между покупателями съ одной стороны и торговцами, а также и мастеровыми съ другой, посредствомъ опредѣленія тѣхъ способовъ доказательствъ, которыми разсчеты ихъ могутъ быть удостовѣрены, вслѣдствіе чего, и казалось бы, что нѣтъ ничего невозможнаго въ предположеніи относительно правила 471 ст. о томъ, что вся разница между нимъ и постановленіемъ 470 ст. должна заключаться только въ указаніи двухъ различныхъ способовъ доказательства разсчетовъ, но что собственно установленный имъ способъ доказательства долженъ имѣть при-

мѣненіе въ спорахъ о разсчетахъ между тѣми же самыми лицами, какъ между покупателями и продавцами, о которыхъ говорится въ 470 ст. и, притомъ, въ спорахъ именно по договору купли-продажи. Самое различіе въ способахъ доказательствъ, установленныхъ въ обѣихъ этихъ статьяхъ, заключается въ томъ, что на основаніи этой послѣдней статьи покупатель расписывается въ книгѣ продавца, а на основаніи 471 ст. продавецъ отмѣчаетъ отпускъ товара въ книгѣ, находящейся въ рукахъ покупателя, каковой фактъ и служитъ, по смыслу этой статьи, какъ бы замѣной росписки покупателя по книгѣ продавца. Собственно выборъ того или другого способа доказательства для удостовѣренія разсчетовъ, конечно, долженъ быть предоставленъ на волю самихъ сторонъ—покупателя и продавца. Но таково ли на самомъ дѣлѣ правило разбираемой статьи въ отношеніи опредѣленія тѣхъ лицъ, между которыми отписныя книги могутъ служить доказательствомъ разсчетовъ? Въ отвѣтъ на этотъ вопросъ въ текстѣ статьи мы находимъ слѣдующее постановленіе: „когда получатель товаровъ и припасовъ, или наниматель рабочихъ людей держалъ у себя отписныя книги или реверсы“; слова эти указываютъ, что въ правилѣ разбираемой статьи идетъ рѣчь о двухъ совершенно различныхъ категоріяхъ лицъ, какъ должниковъ, противъ которыхъ заборныя книжки могутъ имѣть силу доказательства. Что касается доказательнаго значенія этихъ книжекъ противъ первой категоріи лицъ—получателей или все равно сказать—покупателей товаровъ и припасовъ, то въ этомъ отношеніи правило 471 ст. не можетъ возбудить никакихъ сомнѣній, потому что заборная книжка по самому существу этого способа доказательства, когда покупатель держалъ ее у себя и по ней получалъ товары или припасы, дѣйствительно можетъ служить противъ него доказательствомъ долга, за отмѣченные въ ней продавцомъ товары или припасы, до тѣхъ поръ, пока въ ней нѣтъ росписокъ продавца объ уплатѣ. Но, затѣмъ, въ 471 ст. говорится о доказательномъ значеніи заборныхъ или отписныхъ книжекъ противъ нанимателей рабочихъ людей, или, все равно, о доказательномъ значеніи ихъ въ пользу этихъ послѣднихъ. Понятно, что такого рода доказательство можетъ имѣть значеніе только въ спорахъ между нанимателями, или, лучше сказать, хозяевами и ихъ рабочими о взысканіи этими послѣдними заработанныхъ ими денегъ съ первыхъ. Отписныя книги, по смыслу правила этой статьи, обязанъ держать наниматель у себя, но кто же, спрашивается, долженъ отмѣчать въ нихъ количество отработаннаго и слѣдующей за то платы, для того, чтобы онѣ могли служить доказательствомъ противъ нанимателя—хозяинъ или рабочіе? Требовать, чтобы въ отписныхъ книжкахъ дѣлали отмѣтки рабочіе, при почти всеобщей неграмотности у насъ низшихъ классовъ, представляется совершенно невозможнымъ; книгу же съ отмѣтками, сдѣланными въ ней самимъ хозяиномъ, когда книга, къ тому же, должна находиться у него въ рукахъ, врядъ ли также возможно будетъ признать за какое-либо доказательство въ пользу рабочихъ, потому что при такомъ способѣ веденія отмѣтокъ пришлось бы предоставить самому должнику-нанимателю создавать доказательства въ пользу вѣрителя-рабочаго. Нечего и говорить, кажется, о томъ, насколько возможно будетъ положиться на такого рода доказательство, зависящее вполнѣ отъ добросовѣстности самого должника. Кромѣ того, нельзя не замѣтить, что еслибы даже предположить, что отмѣтки въ книгѣ могли быть дѣлаемы самимъ рабочимъ, то ему, собственно говоря, нечего было бы отмѣчать въ ней, кромѣ развѣ времени работъ, но этотъ фактъ можетъ быть удостовѣренъ и другими доказательствами; отмѣчать же слѣдуемую за то время плату также не представляется никакой необходимости, такъ какъ, количество наемной платы опредѣляется всегда заранѣе письменнымъ или словеснымъ договоромъ личнаго найма, однажды на все время найма, а обязанность доказать уплату должна падать

всегда на нанимателя, какъ на должника. Такимъ образомъ, отмѣтки въ книгѣ, о которыхъ говорится въ 471 ст., еслибы признать, что книгами этими законъ имѣлъ въ виду урегулировать разсчеты по договору личнаго найма между рабочими и нанимателями, представляются, по самому положенію вещей, или доказательствомъ невозможнымъ, или безцѣльнымъ. Да и, наконецъ, самое понятіе, которое связывается обыкновенно съ словомъ „заборная книжка", совершенно неприложимо къ тѣмъ книгамъ, которыя ведутся иногда между рабочими и хозяевами и которыя, скорѣе всего, подходятъ подъ разрядъ разсчетныхъ книгъ, но никакъ не заборныхъ и на самомъ дѣлѣ, насколько мнѣ извѣстно, не существуетъ пока обычая веденія между нанимателями и рабочими книгъ въ родѣ заборныхъ, но ведутся вездѣ разсчетныя книги или тетради. Поэтому, мнѣ кажется, слѣдуетъ признать, что буквальный смыслъ правила 471 ст., по отношенію занимающаго насъ вопроса, неточенъ и что невозможно предполагать, чтобы въ немъ говорилось о доказательной силѣ книгъ, могущихъ имѣть значеніе въ спорахъ о разсчетахъ между хозяевами и рабочими по договору личнаго найма.

Если мы, далѣе, обратимся для уясненія правила этой статьи къ тѣмъ источникамъ, изъ которыхъ оно заимствовано, то на основаніи имѣющихся въ нихъ данныхъ должны будемъ опять придти къ тому же заключенію. Такъ, въ постановленіяхъ 338 ст. X т. 2 ч. и въ 1637 ст. уст. торг., опредѣляющихъ доказательное значеніе отписныхъ книгъ и которыя представляются по содержанію дословно одинаковыми, между прочимъ, говорится: „если тотъ, кто получалъ товары, припасы или пользовался работой мастеровыхъ, держалъ у себя отписныя книги" и проч.; послѣднее выраженіе „пользовался работой мастеровыхъ", если только сопоставить его съ однозначущимъ выраженіемъ 336 ст. X т. 2 ч., послужившей источникомъ правилу 470 ст. устава, въ которой также говорится о доказательномъ значеніи книгъ мастеровыхъ людей, необходимо понимать въ томъ смыслѣ, что и въ постановленіяхъ, послужившихъ источникомъ правилу разбираемой статьи, идетъ также рѣчь о доказательномъ значеніи книгъ, выдаваемыхъ мастеровыми своимъ заказчикамъ и которыя держатъ у себя лица, дѣлающія имъ различные заказы работъ въ кредитъ. Отношенія между мастеровыми и заказчиками представляются совершенно въ иномъ видѣ, чѣмъ отношенія между нанимателемъ и рабочими: въ то время, какъ отношенія между послѣдними вытекаютъ изъ договора личнаго найма и предполагаютъ непремѣнно хотя въ нѣкоторой степени существованіе личной зависимости наемщика отъ нанимателя, отношенія между мастеровыми и заказчиками представляются совершенно свободными и по характеру ихъ ближе подходятъ къ отношеніямъ, возникающимъ изъ договора купли-продажи между покупателемъ и продавцомъ, вслѣдствіе чего, необходимо заключить, что постановленія, послужившія источникомъ правилу 471 ст., имѣли въ виду указать только такое доказательство, которое можетъ имѣть значеніе въ спорахъ о разсчетахъ между покупателемъ и продавцомъ, но никакъ не въ спорахъ между нанимателемъ и рабочими. Постановленія эти почти буквально, съ весьма незначительными измѣненіями, вошли въ текстъ правила 471 ст. устава; въ виду того же обстоятельства, что въ изданіи государственной канцеляріи подъ этой статьей только сдѣлана ссылка на источникъ ея и не приведено болѣе никакихъ соображеній, которыя указывали бы на то, что составители уставовъ, редактируя правило, въ ней заключающееся, считали необходимымъ, кромѣ редакціонныхъ поправокъ, измѣнить самый смыслъ и значеніе источниковъ,—возможно, какъ мнѣ кажется, придти къ тому заключенію, что и правиломъ 471 ст. устава опредѣляется значеніе отписныхъ или заборныхъ книгъ, могущихъ служить доказательствомъ только въ спорахъ о разсчетахъ, возникающихъ изъ договора купли-продажи въ кредитъ между покупателями и заказчиками, съ одной сто-

роны, а торговцами и мастеровыми—съ другой. При такомъ толкованіи, правило этой статьи по внутреннему его значенію приводится въ полное соотвѣтствіе съ правиломъ статьи предъидущей, что̀ также можетъ служить однимъ изъ доводовъ за правильность такого толкованія.

Изъ изложеннаго, такимъ образомъ, оказывается, что историческое и логическое толкованіе правила 471 ст. приводитъ къ одному и тому же заключенію,—что имъ опредѣляется доказательное значеніе только книгъ, которыя обыкновенно выдаютъ торговцы своимъ покупателямъ и мастеровые своимъ заказчикамъ и которыя обыкновенно находятся въ рукахъ этихъ послѣднихъ, но никакъ не о значеніи разсчетныхъ книгъ нанимателей съ ихъ рабочими. Противъ такого толкованія мнѣ кажется возможнымъ только одно возраженіе; именно, могутъ сказать, что уже одно то обстоятельство, что составители уставовъ, замѣняя выраженіе источниковъ: „тотъ, кто пользовался работою мастеровыхъ“, выраженіемъ—„наниматель рабочихъ людей“, указываетъ, что составители уставовъ имѣли въ виду какъ бы обобщить значеніе правила 471 ст. и расширить кругъ примѣненія его и на случаи споровъ между нанимателями и рабочими; но, послѣ сказаннаго мной о невозможности примѣненія, какъ доказательства, заборныхъ книгъ въ этихъ послѣднихъ спорахъ, по самому положенію вещей, нечего, кажется, и говорить, насколько удачно подобное обобщеніе; если и дѣйствительно составители уставовъ желали придать правилу о заборныхъ книжкахъ болѣе широкое примѣненіе, то измѣненіемъ правила противъ источниковъ они, во всякомъ случаѣ, затемнили его, въ чемъ, кажется, не можетъ быть сомнѣнія.

Указавши, между какими лицами и въ какихъ спорахъ отписныя книги или реверсы могутъ имѣть значеніе доказательства, я долженъ указать еще условія, при соблюденіи которыхъ они, согласно правилу разбираемой статьи, могутъ имѣть значеніе доказательства. По отношенію интересовъ торговца или мастерового для того, чтобы заборная книга могла служить доказательствомъ ихъ требованій къ покупателю или заказчику, правило 471 ст. требуетъ соблюденія двухъ условій: а) чтобы книга была ведена съ означеніемъ поставленнаго или отработаннаго и б) съ означеніемъ слѣдующей за то платы или, говоря точнѣе, чтобы въ книгѣ было означено количество отпущенныхъ товаровъ или припасовъ и ихъ перечень, съ означеніемъ ихъ цѣны, или количество исполненныхъ и выданныхъ заказовъ поштучно, также съ означеніемъ стоимости ихъ; означенія же, кромѣ того, времени отпуска товаровъ или выдачи заказовъ правило 471 ст. не требуетъ, хотя отмѣтка объ этомъ совершенно необходима въ интересахъ покупателей и заказчиковъ. Въ виду, однако же, того обстоятельства, что отмѣтки въ заборныхъ книгахъ дѣлаются самими продавцами, вслѣдствіе чего, и возможны въ нихъ невѣрности въ пользу продавцовъ, правило этой статьи въ огражденіе интересовъ покупателей предоставляетъ имъ средство исправить эти невѣрности путемъ протеста противъ нихъ. Предположимъ сперва, что условія, требуемыя 471 ст., торговцемъ или мастеровымъ соблюдены въ точности, т.-е. что въ заборныхъ книгахъ отмѣченъ подробно отпускъ товаровъ или заказовъ и означена стоимость ихъ, что̀ долженъ въ такомъ случаѣ дѣлать покупатель или заказчикъ, усмотрѣвши невѣрности въ нѣкоторыхъ отмѣткахъ въ книгахъ, сдѣланныхъ во вредъ ему? Правило 471 ст. требуетъ, чтобы покупатель протестовалъ противъ невѣрности отмѣтокъ по тѣмъ статьямъ, которыя имъ найдены будутъ невѣрными и назначаетъ даже срокъ для протеста, но не опредѣляетъ при этомъ, въ чемъ должно заключаться собственно самое дѣйствіе протеста. Я полагаю, что для дѣйствительности протеста въ настоящемъ случаѣ составители уставовъ вовсе не имѣли въ виду требовать отъ покупателя совершенія протеста съ соблюденіемъ всѣхъ тѣхъ довольно строгихъ формальностей, которыя установлены уставомъ торговымъ для протеста векселей; по крайней

мѣрѣ, слѣдуетъ предполагать, что еслибы въ настоящемъ случаѣ требовался протестъ въ формѣ вексельнаго, то объ этомъ было бы положительно выражено въ самомъ текстѣ статьи. Мнѣ кажется, что подъ протестомъ покупателя въ настоящемъ случаѣ, скорѣе всего, слѣдуетъ разумѣть простое возраженіе его о невѣрности статей, заявленное продавцу. Для того, конечно, чтобы протестъ покупателя имѣлъ значеніе, необходимо, чтобы самый фактъ заявленія имъ возраженія о невѣрности статей продавцу былъ констатированъ надлежащимъ доказательствомъ, и однимъ изъ самыхъ надежныхъ доказательствъ, въ настоящемъ случаѣ, будетъ безъ сомнѣнія заявленіе, сдѣланное покупателемъ продавцу черезъ нотаріуса въ порядкѣ, указанномъ въ нотаріальномъ положеніи, для совершенія заявленія отъ однихъ лицъ другимъ, хотя, я полагаю, что для удостовѣренія этого факта должны быть допускаемы и другія доказательства и, между прочимъ, и показанія свидѣтелей, при которыхъ могло послѣдовать заявленіе о невѣрности.

Срокъ для сдѣланія протеста или возраженія правило разбираемой статьи назначаетъ семидневный, считая съ того времени, когда въ книгу были внесены тѣ статьи, противъ вѣрности которыхъ покупатель имѣетъ въ виду заявить протестъ. Если въ книгѣ продавцомъ было отмѣчено время записки въ книгу той статьи, противъ которой покупатель заявляетъ протестъ, то затрудненія въ исчисленіи срока не можетъ быть никакого; въ противномъ случаѣ, т.-е. когда время записки статьи въ книгѣ означено не было, при возраженіи продавца о пропускѣ покупателемъ срока на протесъ, покупщикъ обязанъ будетъ представить другія доказательства времени отпуска товаровъ, въ той статьѣ значущихся; а, такъ какъ, правило 471 ст. для дѣйствительности, какъ доказательства въ пользу продавца, отписной книги не возлагаетъ на него обязанности отмѣчать въ ней время отпуска, то о внесеніи въ книгу отмѣтки о времени долженъ заботиться самъ покупщикъ, потому что отмѣтка эта имѣетъ значеніе преимущественно для его интересовъ. Какія же должны быть послѣдствія протеста, если протестъ послѣдовалъ въ срокъ, въ этой статьѣ указанный? Только по аргументу a contrario изъ правила 471 ст. можно вывести то заключеніе, что протестомъ со стороны покупателя тѣ статьи въ книгѣ, противъ которыхъ былъ заявленъ протестъ, утрачиваютъ доказательное значеніе въ пользу продавца; но, конечно, продавецъ, несмотря на протестъ покупателя о невѣрности, всегда будетъ въ правѣ удостовѣрить вѣрность опротестованныхъ статей другими доказательствами, и, такимъ образомъ, достигнуть удовлетворенія. Мнѣ кажется, впрочемъ, что, въ силу того обстоятельства, что срокъ на заявленіе протеста вовсе не имѣетъ значенія срока процессуальнаго и установленъ исключительно въ частномъ интересѣ покупателя, возможно признать, что и протестъ, сдѣланный даже послѣ срока, не долженъ утрачивать свое значеніе до тѣхъ поръ, пока со стороны продавца не послѣдуетъ на судѣ возраженія о пропускѣ покупателемъ срока, изъ чего слѣдуетъ, далѣе, заключить, что самъ судъ ex officio не въ правѣ входить въ разсмотрѣніе вопроса о томъ, послѣдовалъ ли протестъ со стороны покупателя своевременно или нѣтъ.

Правило разбираемой статьи ничего не говоритъ о послѣдствіяхъ несоблюденія продавцомъ указанныхъ въ немъ требованій въ отношеніи означенія отмѣтокъ въ книгѣ объ извѣстныхъ фактахъ, хотя требованія объ означеніи въ книгѣ отпущеннаго товара и слѣдуемой за оный платы представляются настолько существенными, что при несоблюденіи хотя бы одного изъ нихъ, или при неозначеніи количества отпущеннаго, или неуказаніи стоимости товара, самая книга врядъ ли можетъ служить полнымъ доказательствомъ въ пользу продавца, безъ пополненія другими доказательствами, хотя упущенія эти, по моему мнѣнію, и не могутъ лишить ее совершенно всякаго доказательнаго значенія. Такъ, напр., еслибы случилось, что въ книгѣ

отмѣчены только по статьямъ отпущенные товары, но не указана цѣна ихъ, мнѣ кажется, что при такомъ упущеніи книга все же можетъ служить доказательствомъ факта полученія покупателемъ указанныхъ въ ней товаровъ, а недостатокъ въ книгѣ, заключающійся въ неуказаніи цѣны товаровъ, можетъ быть восполненъ другими доказательствами, напр. спросомъ свѣдущихъ людей о стоимости отпущенныхъ товаровъ и проч. Также ничего не говоритъ правило 471 ст. о вліяніи на доказательное значеніе заборныхъ книгъ могущихъ оказаться въ нихъ различныхъ неисправностей, напр. помарокъ, поправокъ, подчистокъ и проч. Мнѣ кажется, что, при разрѣшеніи вообще вопроса о вліяніи фальсификаціи книгъ на доказательное значеніе ихъ, слѣдуетъ принимать въ соображеніе то обстоятельство, что книги эти всегда находятся въ рукахъ той стороны, противъ которой онѣ должны служить доказательствомъ, вслѣдствіе чего, всегда возможно допустить болѣе или менѣе вѣроятное предположеніе противъ этой стороны, какъ должника, что фальсификація произведена именно имъ, но не продавцомъ. Изъ этого предположенія, далѣе, слѣдуетъ самъ собою тотъ выводъ, что въ силу того, что дѣйствія должника, клонящіяся ко вреду кредитора, нисколько не должны вліять на интересы послѣдняго, и что при существованіи предположенія въ совершеніи этихъ дѣйствій, т.-е. фальсификаціи книгъ, противъ покупателя, обстоятельство это не должно имѣть никакого вліянія на доказательное значеніе книгъ въ пользу продавца, разумѣется, до тѣхъ поръ, пока существующее противъ покупателя предположеніе не будетъ разрушено имъ представленіемъ доказательствъ того, что неисправности, оказавшіяся въ книгѣ, сдѣланы самимъ продавцомъ, напр. когда покупатель докажетъ, что нѣкоторыя статьи были зачеркнуты въ книгѣ самимъ продавцомъ, какъ дѣйствительно не вѣрно внесенныя и проч. Безъ сомнѣнія, помарки, сдѣланныя въ книгѣ съ оговоркой, писанной тѣмъ самымъ лицомъ, которымъ вписаны въ книгу и статьи объ отпускѣ товаровъ, могутъ быть признаны, вслѣдствіе этого, сдѣланными самимъ торговцемъ, и, потому, въ этомъ случаѣ зачеркнутыя статьи отпуска не должны, конечно, служить доказательствомъ въ пользу его. Во всякомъ случаѣ нельзя не признать, что заборныя книги, какъ доказательство, если и представляютъ нѣкоторыя удобства для торговцевъ, но, съ другой стороны, уже одно то обстоятельство, что при обычаѣ отпуска товаровъ въ кредитъ по книжкамъ доказательство долга всегда остается въ рукахъ должника, должно ставить торговцевъ весьма часто въ опасное положеніе, вслѣдствіе возможности во всякое время лишиться доказательства долга, находящагося въ рукахъ должника, могущаго всегда скрыть его. Прежними законами въ огражденіе интересовъ торговцевъ, если они вели заборныя книжки въ двухъ экземплярахъ, и одинъ экземпляръ оставался у нихъ, въ случаѣ утраты другого экземпляра, находившагося у покупателя, дозволялось имъ принимать подтвердительную присягу долга, но понятно, что при новомъ судопроизводствѣ средство это невозможно. Въ огражденіе же своихъ интересовъ при теперешнемъ порядкѣ судопроизводства торговцу необходимо запасаться доказательствами тому, что заборная книжка, по которой отпускался товаръ, дѣйствительно была выдана имъ покупателю и, затѣмъ, въ случаѣ спора, требовать на судъ въ порядкѣ, въ 443 и 444 ст. указанномъ, представленія покупателемъ заборной книжки, а въ случаѣ непредставленія имъ таковой—просить судъ о признаніи доказанными требованій, на книжкѣ основанныхъ, каковую просьбу, при существованіи доказательствъ полученія покупателемъ книжки, судъ и обязанъ удовлетворить.

Слѣдующія статьи заключаютъ въ себѣ правила о силѣ такихъ домашнихъ актовъ, которые, при извѣстныхъ условіяхъ, могутъ имѣть по закону значеніе доказательства и безъ подписи въ нихъ должника.

Ст. 466. Въ искахъ противъ лицъ, не принадлежащихъ къ торговому сословію, купеческія книги могутъ быть принимаемы за доказательство въ спорахъ о поставкѣ товаровъ и о займѣ денегъ и тогда лишь, когда доказано, что товары дѣйствительно были поставляемы или деньги забираемы, а сомнѣніе или споръ относится ко времени, количеству, качеству или цѣнѣ поставленныхъ или забранныхъ товаровъ или обѣщаннаго платежа.

Ст. 467. Въ искахъ противъ лицъ, къ торговому сословію не принадлежащихъ, купеческія книги имѣютъ силу доказательства только въ теченіе одного года, считая со времени поставки товара или отпуска денегъ.

Ст. 468. Купеческія книги не принимаются въ доказательство:

1) когда въ нихъ окажутся вновь вставленные листы или мѣстами найдены будутъ поправки и почистки;

2) когда въ статьяхъ окажутся неисправности въ пользу лица, коему принадлежатъ книги;

3) когда купецъ, на основаніи тѣхъ же книгъ, прежде предъявлялъ искъ объ уплатѣ и было доказано, что платежъ былъ имъ полученъ;

4) когда онъ, по судебному приговору, признанъ злостнымъ банкротомъ;

5) когда онъ лишенъ по суду всѣхъ или нѣкоторыхъ особыхъ правъ и преимуществъ.

Ст. 469. Въ указанныхъ въ предшедшей (468) статьѣ случаяхъ, книги, теряя силу доказательства въ пользу купца, не теряютъ этой силы противъ него.

Правило первой изъ этихъ статей опредѣляетъ только тѣ случаи споровъ, въ которыхъ купеческія книги могутъ имѣть значеніе письменнаго доказательства въ искахъ лицъ, принадлежащихъ къ купечеству, противъ лицъ, къ торговому сословію не принадлежащихъ; о доказательномъ же значеніи этихъ книгъ въ спорахъ между купцами правило 466 ст. ничего не говоритъ, изъ чего необходимо заключить, какъ это правильно призналъ и сенатъ во многихъ рѣшеніяхъ, что въ спорахъ между лицами торговаго званія доказательное значеніе ихъ торговыхъ книгъ должно быть обсуждаемо на основаніи правилъ устава торговаго (рѣш. 1870 года, № 642 и друг.) Хотя между рѣшеніями сената есть и такія, которыя разрѣшаютъ вопросъ о доказательномъ значеніи купеческихъ книгъ въ спорахъ между лицами торговаго званія и въ другомъ противоположномъ смыслѣ и говорятъ, что судъ обязанъ и въ этомъ случаѣ обсуждать значеніе ихъ по правиламъ устава гражданскаго судопроизводства; но, по какимъ же правиламъ устава судъ будетъ обсуждать доказательное значеніе купеческихъ книгъ въ спорахъ между лицами торговаго званія, когда уставъ на этотъ предметъ никакихъ постановленій въ себѣ не содержитъ, между тѣмъ, какъ въ тѣхъ мѣстностяхъ, въ которыхъ нѣтъ коммерческихъ судовъ, общій судъ гражданскій обязанъ вѣдать и споры торговые между купцами? Понятно, что суду остается только одно—руководствоваться въ подобныхъ случаяхъ, при опредѣленіи доказательнаго значенія купеческихъ книгъ, правилами устава торговаго. Да, и помимо случаевъ споровъ торговыхъ между купцами, даже и въ спорахъ ихъ съ лицами, къ торговому сословію не принадлежащими, судъ, при обсужденіи доказательнаго значенія купеческихъ книгъ, вынужденъ обращаться къ правиламъ устава торговаго, потому что уставъ гражданскаго судопроизводства также не содержитъ въ себѣ никакихъ общихъ и положительныхъ постановленій ни о формѣ, ни о способахъ веденія купеческихъ книгъ, ни объ условіяхъ, при которыхъ купеческія книги, по правиламъ устава торговаго, могутъ имѣть значеніе доказательства, а указываетъ только въ правилѣ 468 ст. тѣ частные случаи, когда купеческія книги не могутъ имѣть значенія доказательства, и такимъ образомъ, опредѣляетъ только какъ бы со стороны отрицательной доказательное значеніе ихъ; каковой способъ опредѣленія, какъ это мы увидимъ при разсмотрѣніи правила этой статьи, никакъ нельзя признать достаточнымъ и могущимъ служить для суда, вмѣстѣ съ тѣмъ, надежнымъ руководствомъ при обсужденіи вопросовъ о доказательномъ значеніи

купеческихъ книгъ. Мнѣ кажется, что вообще связь между правилами устава гражданскаго судопроизводства и устава торговаго, опредѣляющими доказательное значеніе торговыхъ книгъ, настолько тѣсна, что разбираемыя статьи устава иначе и не могутъ быть достаточно полно и правильно интерпретированы, какъ только въ связи съ постановленіями устава торговаго, вслѣдствіе чего, я и считаю возможнымъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда будутъ встрѣчены какія-либо недоумѣнія при комментированіи цитированныхъ статей устава, обращаться за разъясненіемъ ихъ прямо къ правиламъ устава торговаго.

Послѣ этихъ предварительныхъ замѣчаній я остановлюсь сперва на объясненіи правила 466 ст., которая, какъ я уже сказалъ, опредѣляетъ тѣ случаи споровъ, въ которыхъ купеческія книги могутъ быть приняты за доказательство въ искахъ противъ лицъ, къ торговому сословію не принадлежащихъ. Случаевъ такихъ указано въ этой статьѣ два, именно—купеческія книги, согласно заключающемуся въ ней постановленію, могутъ быть принимаемы за доказательство въ спорахъ: а) о поставкѣ товаровъ и б) о займѣ денегъ. Что касается доказательнаго значенія купеческихъ книгъ въ послѣднемъ случаѣ, т.-е. въ спорахъ о займѣ денегъ, то въ силу того, что подобный споръ имѣетъ свое основаніе всегда въ договорѣ одностороннемъ, необходимо признать, что купеческія книги, какъ доказательство, могутъ имѣть значеніе только въ искахъ лицъ торговаго званія къ лицамъ, не принадлежащимъ къ торговому сословію, о взысканіи первыми съ послѣднихъ взятыхъ въ заемъ денегъ. Напротивъ, въ первомъ случаѣ—въ спорахъ о поставкѣ товаровъ, купеческія книги, какъ доказательство, могутъ имѣть значеніе въ болѣе разнообразныхъ случаяхъ спора, на томъ основаніи, что договоръ поставки есть договоръ двусторонній, вслѣдствіе чего, купеческія книги могутъ быть принимаемы за доказательство или въ требованіяхъ купца о взысканіи денегъ за поставленный товаръ лицомъ, не принадлежащимъ къ торговому сословію, или въ искахъ купца, напр., объ убыткахъ, или въ искахъ о неустойкѣ за нарушеніе договора поставки этимъ послѣднимъ лицомъ, когда купецъ былъ пріемщикомъ поставленныхъ товаровъ. Что купеческія книги могутъ быть принимаемы за доказательство въ обоихъ этихъ случаяхъ споровъ, могущихъ возникнуть изъ договора поставки товаровъ, то это лучше всего доказывается послѣдними словами статьи: „а сомнѣніе или споръ относится ко времени, количеству, качеству или цѣнѣ поставленныхъ (конечно купцу) или забранныхъ (лицомъ, не принадлежащимъ къ торговому сословію) товаровъ или обѣщаннаго платежа“ (разумѣется за забранный товаръ, хотя это послѣднее выраженіе имѣетъ отношеніе и къ другому случаю спора). Но когда купеческія книги въ искахъ противъ лицъ, не принадлежащихъ къ торговому званію, могутъ быть принимаемы за доказательство? „Тогда лишь“, какъ сказано въ 466 ст., „когда доказано, что товары дѣйствительно были поставляемы или деньги забираемы, а сомнѣніе или споръ относится ко времени, количеству, качеству или цѣнѣ поставленныхъ или забранныхъ товаровъ или обѣщаннаго платежа“. Изъ этого мѣста статьи видно, что купеческія книги не могутъ быть принимаемы, какъ непосредственное доказательство основанія исковыхъ требованій, или тѣхъ юридическихъ фактовъ, какъ, напр., договора займа или поставки, которые даютъ начало притязанію, каковое положеніе и выражено въ статьѣ словами: „когда доказано, что товары дѣйствительно были поставляемы или деньги забираемы“. Выраженіе это, конечно, не совсѣмъ точно; такъ, вмѣсто словъ: „деньги забираемы“, конечно, лучше было бы сказать: „когда доказано, что деньги дѣйствительно были заняты, или взяты въ заемъ“, каковое выраженіе болѣе бы соотвѣтствовало тому постановленію статьи, въ силу котораго купеческія книги могутъ быть принимаемы за доказательство въ спорахъ о займѣ денегъ, и опре-

дѣлительнѣе выражало бы требованіе закона въ отношеніи тѣхъ фактовъ, которые предварительно должны быть доказаны; между тѣмъ, какъ выраженіе: „деньги забираемы“—въ этомъ-то послѣднемъ отношеніи и оказывается неудовлетворительнымъ, потому что деньги могутъ быть забираемы часто вовсе не на основаніи договора займа, а иногда фактъ забора денегъ можетъ быть даже такого свойства, что будетъ немыслимо какое-либо требованіе, на основаніи этого факта. Во всякомъ случаѣ по отношенію споровъ о займѣ денегъ слѣдуетъ признать, что купеческія книги тогда только могутъ быть приняты за доказательство при требованіи о взысканіи денегъ, когда предварительно будетъ доказано, что деньги отвѣтчикомъ дѣйствительно были взяты въ заемъ; доказать этотъ послѣдній фактъ обязанъ, конечно, истецъ или купецъ, и доказать, притомъ, другими установленными въ законѣ способами доказательства въ отношеніи договора займа, но никакъ не купеческими книгами. Если, такимъ образомъ, купеческія книги не могутъ служить самостоятельнымъ доказательствомъ факта займа денегъ, то доказательствомъ какого же рода фактовъ онѣ могутъ служить при требованіяхъ о взысканіи денегъ? Изъ всего послѣдующаго изложенія статьи можно развѣ только заключить, что, по самому существу требованія о взысканіи денегъ на основаніи договора займа, купеческія книги могутъ служить доказательствомъ при спорѣ о времени платежа, но подобнаго рода споръ кажется возможнымъ развѣ только при взысканіяхъ по безсрочнымъ обязательствамъ и, притомъ, только въ томъ случаѣ, еслибы отвѣтчикъ утверждалъ, что онъ не обязанъ платить по первому требованію. Если только въ требованіяхъ о взысканіи денегъ по договору займа купеческія книги могутъ служить доказательствомъ лишь при спорахъ о времени платежа, каковые споры возможны вообще въ очень рѣдкихъ случаяхъ, то нельзя будетъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, не признать, что при подобныхъ требованіяхъ купеческія книги врядъ ли могутъ имѣть какое-либо значеніе, какъ доказательство.

Въ отношеніи споровъ о поставкѣ слѣдуетъ сказать, что, на основаніи правила 466 ст., купеческія книги могутъ быть приняты за доказательство, когда будетъ доказано, „что товары дѣйствительно были поставляемы“. Это выраженіе также не вполнѣ точно и должно быть, какъ мнѣ кажется, дополнено, согласно послѣдующему изложенію статьи, словами: „или забираемы“, и тогда выраженіе это должно представиться въ слѣдующемъ видѣ: „когда будетъ доказано, что товары дѣйствительно были поставляемы или забираемы“. Прибавка этихъ словъ имѣетъ весьма существенное значеніе въ отношеніи опредѣленія тѣхъ фактовъ, которые должны быть доказываемы другими доказательствами, помимо купеческихъ книгъ, и доказательство которыхъ необходимо въ тѣхъ случаяхъ спора по договору поставки, когда купецъ является поставщикомъ, а лицо, не принадлежащее къ торговому званію, пріемщикомъ или заборщикомъ товаровъ. Во всякомъ случаѣ на основаніи цитированнаго выраженія, разумѣя его въ смыслѣ сдѣланной прибавки, необходимо признать, что купеческія книги тогда только могутъ быть принимаемы за доказательство въ спорахъ о поставкѣ, когда истцомъ будутъ сперва представлены другія доказательства не только существованія договора поставки, но будутъ, кромѣ того, представлены другія доказательства при требованіи о взысканіи денегъ за отпущенный товаръ, въ подтвержденіе самаго факта забора товара, а при другихъ требованіяхъ, когда товаръ былъ поставляемъ купцу, въ подтвержденіе этого послѣдняго факта. Изъ этого видно, что въ спорахъ, могущихъ возникнуть изъ договора поставки товаровъ, купеческія книги могутъ быть принимаемы за доказательство извѣстныхъ фактовъ не только послѣ того, когда самый договоръ будетъ доказанъ другими доказательствами, но когда, кромѣ того, будутъ еще представлены другія доказательства въ подтвержденіе фактовъ, относящихся до исполненія договора. Что же собственно касается

того, какіе факты при спорахъ о поставкѣ товаровъ могутъ быть доказываемы купеческими книгами, то изъ имѣющихся на этотъ предметъ указаній въ разбираемой статьѣ нетрудно убѣдиться, что всѣ эти факты относятся до способовъ исполненія договора, именно, когда хотя самый фактъ исполненія и доказанъ уже другими доказательствами, но когда, какъ сказано въ статьѣ: „сомнѣніе или споръ относится ко времени, количеству, качеству или цѣнѣ поставленныхъ или забранныхъ товаровъ или обѣщаннаго платежа". Слѣдовательно, на основаніи этого постановленія купеческія книги могутъ быть принимаемы за доказательство въ тѣхъ случаяхъ, когда купецъ заявляетъ претензію о неправильномъ и несогласномъ съ договоромъ выполненіи поставки, или когда купецъ будетъ представлять ихъ какъ доказательство въ подтвержденіе количества, качества или цѣны поставленнаго или забраннаго товара, или, наконецъ, въ подтвержденіе времени, когда платежъ за товаръ долженъ быть произведенъ. Послѣднее выраженіе статьи: „или обѣщаннаго платежа" также не вполнѣ точно; скорѣе слѣдовало бы сказать: „или условленнаго платежа", но, несмотря на это, въ силу того, что правило разбираемой статьи дозволяетъ принимать за доказательство купеческія книги при спорѣ о времени обѣщаннаго платежа за забранный товаръ, мнѣ кажется возможнымъ признать, что купеческія книги могутъ быть принимаемы за доказательство факта поставки товаровъ въ кредитъ, коль скоро другими доказательствами будетъ подтверждено, что товары у купца дѣйствительно были забираемы.

Изъ всего сказаннаго о значеніи купеческихъ книгъ, какъ доказательства, такимъ образомъ оказывается, что книги эти въ искахъ купцовъ противъ лицъ, къ торговому сословію не принадлежащихъ, не имѣютъ, собственно говоря, значенія самостоятельнаго доказательства и не могутъ служить доказательствомъ главныхъ фактовъ, дающихъ начало основному требованію, а могутъ быть приняты развѣ только, какъ это совершенно справедливо замѣтили сенатъ (рѣш. 1875 года, № 642) и Гольмстенъ (Учеб. граж. суд., стр. 170), какъ доказательство вспомогательное къ разъясненію фактовъ второстепенныхъ, когда, притомъ, главные факты, служащіе основаніемъ спору, являются уже удостовѣренными другими доказательствами. Въ искахъ между лицами, принадлежащими къ купеческому сословію, но, разумѣется, только по ихъ торговымъ дѣламъ, купеческія книги, по совершенно вѣрному объясненію сената (рѣш. 1880 года, № 275), Цытовича (Лекціи торг. пр., т. 2, стр. 259) и Гольмстена (Учеб. гражд. суд., стр. 170), напротивъ, могутъ быть принимаемы въ доказательство не только фактовъ, указанныхъ въ 466 ст., но и всякихъ другихъ и между прочимъ и фактовъ займа или забора денегъ, а также поставки товаровъ и проч., и, притомъ, могутъ быть принимаемы за доказательство, по объясненію Цытовича, даже и въ то время, когда купецъ, ведшій книги, или уже умеръ, или же во время производства по иску не состоитъ болѣе въ купеческомъ званіи и проч.

Далѣе, по поводу правила 466 ст. я долженъ еще замѣтить, что, если принять во вниманіе, что имъ указываются только частные случаи споровъ, въ которыхъ купеческія книги могутъ быть принимаемы за доказательство извѣстныхъ фактовъ въ искахъ купцовъ противъ лицъ, къ торговому сословію не принадлежащихъ, но не говорится ни слова о доказательномъ значеніи ихъ вообще, то придется скорѣе всего, какъ мнѣ кажется, придти къ тому заключенію, что 466 ст. содержитъ въ себѣ только правило частное, но не общее. Къ тому же заключенію о значеніи правила этой статьи приводитъ также и историческое толкованіе его. Заимствовано оно, какъ это указано и въ изданіи государственной канцеляріи, изъ постановленія 1623 ст. XI т. 2 ч., по содержанію почти тождественной съ правиломъ 466 ст., но которая по уставу торговому является не болѣе, какъ исключеніемъ изъ общаго пра-

вила 1620 ст., заключающей въ себѣ общее постановленіе о доказательномъ значеніи купеческихъ книгъ, въ искахъ между лицами торговаго званія; между тѣмъ, это общее правило въ уставъ не внесено, а внесено только исключеніе изъ него, заимствованное изъ правила 1623 ст., но черезъ это правило устава нисколько не теряетъ, однако же, своего настоящаго значенія, какъ правила частнаго, по источнику, изъ котораго оно заимствовано, потому что при той тѣсной связи, которая существуетъ между разбираемыми правилами устава и постановленіями устава торговаго о доказательномъ значеніи купеческихъ книгъ, оно остается все тѣмъ же исключеніемъ изъ общаго правила 1620 ст., которое хотя и не внесено въ уставъ, но и по введеніи его остается въ силѣ и должно быть примѣняемо въ спорахъ между лицами торговаго званія, все равно какъ бы оно существовало въ самомъ уставѣ. Очевидно, что при такомъ значеніи правила 466 ст., какъ правила частнаго, оно и не должно подлежать распространительному толкованію, вслѣдствіе чего, необходимо признать, что оно не должно имѣть никакого примѣненія въ случаяхъ, прямо въ немъ не указанныхъ, или, все равно, признать, что купеческія книги въ искахъ купцовъ противъ лицъ, къ торговому сословію не принадлежащихъ, не могутъ имѣть никакого значенія, какъ доказательство, за исключеніемъ только случаевъ споровъ, прямо въ 466 ст. указанныхъ. Но, при этомъ, я долженъ, однако же, замѣтить, что заключающееся въ правилѣ этой статьи дозволеніе принимать купеческія книги за доказательство въ спорахъ о поставкѣ товаровъ не должно быть понимаемо, какъ мнѣ кажется, слишкомъ буквально и не должно быть относимо исключительно только къ спорамъ, могущимъ возникнуть изъ такого договора поставки, который предусмотрѣнъ и спеціально нормированъ правилами нашихъ гражданскихъ законовъ, но должно быть относимо вообще къ спорамъ по такимъ договорамъ по торговлѣ товарами, на основаніи которыхъ одна изъ сторонъ доставляетъ другой товары, что можетъ послѣдовать одинаково—какъ по договору постановки, такъ и по договору купли-продажи въ кредитъ. Положеніе это я основываю на томъ соображеніи, что договоръ поставки имѣетъ вообще большое сходство съ договоромъ купли-продажи, такъ что точное теоретическое различіе сдѣлать между ними довольно трудно, вслѣдствіе чего, многія законодательства и не выдѣляютъ этотъ договоръ, какъ особый видъ договора, изъ договора купли-продажи и не опредѣляютъ его никакими спеціальными правилами. Къ числу такихъ законодательствъ мнѣ кажется возможнымъ отнести частью и нашъ торговый уставъ, который, какъ это можно заключить изъ многихъ статей и въ особенности изъ правилъ о подсудности, не только не различаетъ строго договоръ купли-продажи и договоръ торговой поставки, но даже положительно смѣшиваетъ ихъ. Но если на основаніи этихъ соображеній и допускать купеческія книги, какъ доказательство вообще въ спорахъ о поставкѣ товаровъ, безъ различія договорнаго основанія спора, то, съ другой стороны, при обсужденіи вопроса о допустимости этихъ книгъ, какъ доказательства, мнѣ кажется, слѣдуетъ также принимать во вниманіе характеръ договора, а затѣмъ, конечно, и характеръ спора, возникшаго изъ договора и принимать купеческія книги за доказательство только тогда, когда споръ имѣетъ характеръ спора торговаго, или когда сдѣлка, послужившая основаніемъ спору, можетъ быть отнесена къ операціямъ, торговлѣ свойственнымъ, такъ что, слѣдовательно, при обсужденіи вопроса о принятіи купеческихъ книгъ, какъ доказательства, должны быть принимаемы въ соображеніе и правила компетенціи. Это опять на томъ основаніи, что правило 466 ст. есть исключеніе изъ общаго правила 1620 ст. устава торговаго, которая говоритъ о доказательномъ значеніи купеческихъ книгъ въ спорахъ по операціямъ, только торговлѣ свойственнымъ. Затѣмъ, изъ того обстоятельства, что въ правилѣ 466 ст. говорится о допустимости торговыхъ книгъ, какъ дока-

зательства, только въ искахъ противъ лицъ, къ торговому сословію не принадлежащихъ, нельзя не вывести то заключеніе, что, напротивъ, книги эти въ искахъ, предъявляемыхъ лицами, къ торговому сословію не принадлежащими, противъ лицъ, принадлежащихъ къ этому сословію, эти послѣднія не могутъ быть допускаемы, какъ это замѣтилъ Гольмстенъ въ его рецензіи на настоящій „Опытъ комментарія“ (Журн. гражд. и угол. пр. 1880 г., кн. 3, стр. 151), какъ доказательство въ подкрѣпленіе, разумѣется, ихъ возраженій противъ иска, но, конечно, не въ случаѣ предъявленія ими иска встрѣчнаго, когда, напротивъ, представленіе торговыхъ книгъ, какъ доказательства, опять должно считаться допустимымъ на основаніи правила 466 ст. Далѣе, при разсмотрѣніи правила разбираемой статьи нельзя не остановиться еще на объясненіи того—какъ понимать выраженіе этой статьи: „могутъ быть принимаемы за доказательство“, т.-е. предоставляетъ ли правило этой статьи вполнѣ усмотрѣнію суда: принимать или не принимать купеческія книги за доказательство? Мнѣ кажется, что цитированное выраженіе статьи включено въ текстъ ея вовсе не съ тою цѣлью, чтобы предоставить принятіе или непринятіе купеческихъ книгъ, какъ доказательства, въ тѣхъ случаяхъ, когда этотъ способъ доказательства по закону допустимъ, усмотрѣнію суда, но, что, напротивъ, выраженіе это помѣщено только какъ бы въ противоположеніе постановленію, указывающему случаи, когда купеческія книги не могутъ быть принимаемы за доказательство, чтобы указать, что купеческія книги должны имѣть значеніе доказательства только въ случаяхъ, закономъ опредѣленныхъ, но никакъ не въ тѣхъ случаяхъ, когда по закону купеческія книги не признаются за доказательство. Если только понимать выраженіе: „могутъ быть принимаемы“ такимъ образомъ, то и отвѣтъ на поставленный вопросъ долженъ послѣдовать непремѣнно отрицательный, а, затѣмъ, останется только признать, что судъ можетъ принимать или не принимать купеческія книги за доказательство только въ случаяхъ, положительно въ законѣ опредѣленныхъ, но не въ правѣ по своему усмотрѣнію, напр., не принимать этотъ способъ доказательства въ тѣхъ случаяхъ, когда по закону онъ допустимъ—и наоборотъ.

Правило слѣдующей 467 ст. опредѣляетъ только срокъ, въ теченіе котораго купеческія книги могутъ служить доказательствомъ въ искахъ противъ лицъ, къ торговому сословію не принадлежащихъ. Срокъ въ этомъ случаѣ полагается годичный, считая со времени поставки товара или отпуска денегъ. Если же бы случилось, что въ книгахъ не было отмѣчено время отпуска товаровъ или денегъ, то обязанность доказать, что годичный срокъ со времени отпуска товаровъ или денегъ не пропущенъ, должна падать на купца, желающаго воспользоваться своими книгами, какъ доказательствомъ. Значеніе этого срока, а равно и послѣдствія пропущенія его должны быть, по-моему, одинаковы, какъ и послѣдствія непротеста въ теченіе семи дней противъ вѣрности отписныхъ книгъ по 471 ст. Напротивъ, въ искахъ между лицами, принадлежащими къ торговому сословію, купеческія книги, по правиламъ устава торговаго, могутъ быть принимаемы за доказательство въ теченіе десяти лѣтъ, а въ искахъ противъ умершаго купца, ведшаго книги, въ теченіе пяти лѣтъ послѣ его смерти.

Правило слѣдующей 468 ст. указываетъ только причины, по которымъ купеческія книги вовсе не принимаются за доказательство; но, вслѣдствіе того, что такое отрицательное опредѣленіе доказательнаго значенія купеческихъ книгъ, посредствомъ указанія причинъ, по которымъ онѣ лишаются доказательнаго значенія, недостаточно, я считаю необходимымъ, прежде чѣмъ приступить къ разсмотрѣнію причинъ, указанныхъ въ разбираемой статьѣ и лишающихъ книги ихъ доказательнаго значенія, опредѣлить по возможности со стороны положительной, на основаніи правилъ устава торговаго, какія именно книги и при какихъ условіяхъ могутъ имѣть значеніе

доказательства. Правила, помѣщенныя въ главѣ устава торговаго о купеческихъ конторскихъ книгахъ, предписываютъ всѣмъ купцамъ, смотря по разряду торговли, вести непремѣнно извѣстныя книги (518—520 ст. XI т. 2 ч.); правила эти опредѣляютъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, и содержаніе этихъ книгъ и указываютъ предметы, подлежащіе внесенію въ нихъ. Кромѣ книгъ, веденіе которыхъ вмѣняется въ непремѣнную обязанность каждаго торговца, даже подъ страхомъ наказанія (1173 ст. улож. о наказ.), уставъ торговый дозволяетъ купцамъ вести еще другія вспомогательныя книги (521 ст. XI т. 2 ч.), доказательное значеніе которыхъ, однако же, далеко не то, какое приписывается закономъ книгамъ главнымъ, именно, уставъ торговый присвоиваетъ имъ значеніе доказательства только въ томъ случаѣ, когда онѣ, по содержанію своихъ статей, оказываются въ точности согласными съ главными книгами (531 ст. XI т. 2 ч.); изъ чего возможно заключить, какъ это правильно призналъ и сенатъ, что вспомогательныя книги, безъ повѣрки ихъ съ главными, не могутъ сами по себѣ имѣть какое-либо доказательное значеніе (рѣш. 1868 года, № 30). Что же касается главныхъ книгъ, то для того, чтобы книги эти могли служить доказательствомъ, уставъ торговый предлагаетъ извѣстныя правила веденія ихъ, требуетъ, напр., чтобы страницы каждой книги были при самомъ началѣ всѣ перенумерованы, чтобы книги вообще были ведены исправно, безъ пробѣловъ между статьями, безъ переправокъ, помарокъ и подчистокъ (523 ст. и слѣд.), и, затѣмъ, только книгамъ, веденнымъ правильно и сообразно установленнымъ правиламъ, уставъ торговый присвоиваетъ значеніе доказательства (529 и 1620 ст.). Кромѣ того, уставъ торговый предлагаетъ извѣстныя формы веденія книгъ, но, вмѣстѣ съ тѣмъ, ничего не говоритъ о томъ, чтобы книги, веденныя несогласно установленной имъ формы, лишались черезъ то доказательнаго значенія, хотя законъ уголовный и полагаетъ извѣстныя наказанія за веденіе торговцами купеческихъ книгъ не по формѣ, закономъ установленной (1174 ст. улож. о нак.); но, несмотря на это, мнѣ кажется, однако же, невозможнымъ безусловно не признавать за книгами, веденными не по формѣ, доказательнаго значенія, по отсутствію къ тому основаній въ постановленіяхъ устава торговаго. Поэтому, для того, чтобы купеческія книги могли служить доказательствомъ, достаточно кажется будетъ, если онѣ, во-первыхъ, по содержанію ихъ будутъ соотвѣтствовать тѣмъ купеческимъ конторскимъ книгамъ, о которыхъ говорится въ уставѣ торговомъ, а во-вторыхъ, будутъ ведены согласно правиламъ, установленнымъ для веденія этихъ книгъ; веденіе же ихъ не вполнѣ согласное съ формой, указанной въ уставѣ торговомъ, не должно оказывать никакого вліянія на доказательное значеніе ихъ, лишь бы только онѣ по правиламъ бухгалтеріи ведены были такимъ образомъ, чтобы за ними возможно было признать значеніе конторскихъ купеческихъ книгъ, указанныхъ въ уставѣ торговомъ. Для того, чтобы купеческія книги могли имѣть значеніе доказательства, законъ, безъ сомнѣнія, долженъ былъ обставить веденіе ихъ болѣе или менѣе строгими формальностями и долженъ былъ требовать соблюденія, при этомъ, извѣстныхъ правилъ, на томъ основаніи, что купеческія книги, хотя и по исключенію, но, тѣмъ не менѣе, признаются имѣющими значеніе письменнаго доказательства и безъ подписи должника, но единственно по содержащимся въ нихъ указаніямъ самого вѣрителя. Законодательства иностранныя требуютъ поэтому соблюденія еще болѣе строгихъ формальностей при веденіи купеческихъ книгъ; такъ, законодательство французское требуетъ, напр., чтобы купеческія книги, въ предупрежденіе фальсификаціи ихъ, были ведены съ соблюденіемъ тѣхъ же формальностей, которыя установлены, напр., для публичныхъ реестровъ нотаріусовъ; поэтому, оно требуетъ, чтобы купеческія книги были предварительно прошнурованы, перенумерованы и засвидѣтельствованы или членомъ коммер-

ческаго суда, или мэромъ общины (code de commerce, art. 10 и слѣд.) и присвоиваетъ значеніе доказательства только купеческимъ книгамъ, правильно веденнымъ. Если законъ и допускаетъ болѣе широкое употребленіе купеческихъ книгъ, какъ доказательства, въ спорахъ между лицами торговаго званія, то это только потому, что книги купцовъ, на томъ основаніи, что всѣ они обязаны вести конторскія книги, могутъ быть всегда взаимно провѣрены между собой, тогда какъ въ спорахъ купцовъ съ лицами, къ торговому сословію не принадлежащими, купеческія книги должны служить доказательствомъ исключительно сами по себѣ, безъ всякой провѣрки съ подобнымъ же доказательствомъ противной стороны, потому что частныя хозяйственныя книги лицъ, не принадлежащихъ къ торговому сословію, хотя бы онѣ были ведены даже по образцу купеческихъ, безъ росписокъ въ нихъ должника, не имѣютъ, какъ это правильно призналъ и сенатъ, никакого доказательнаго значенія подобно книгамъ купцовъ (рѣш. 1867 года, № 492). На этомъ основаніи, или, лучше сказать, въ силу того общаго правила, что никто не въ правѣ создать титулъ самъ въ свою пользу, многіе французскіе юристы, мнѣнія которыхъ приведены у Бонье, не считаютъ возможнымъ давать купеческимъ книгамъ какое-либо значеніе доказательства противъ лицъ, къ торговому сословію не принадлежащихъ (Traité des preuves, изд. 4, т. II, стр. 352 и слѣд.). Во всякомъ случаѣ для того, чтобы купеческія книги могли служить доказательствомъ какъ въ спорахъ купцовъ между собой, такъ и въ спорахъ ихъ съ лицами, къ торговому сословію не принадлежащими, необходимо, во-первыхъ, чтобы купеческія книги, по содержанію ихъ, соотвѣтствовали конторскимъ книгамъ, указаннымъ въ уставѣ торговомъ, а во-вторыхъ, чтобы онѣ были ведены правильно и въ надлежащей исправности. Кромѣ того, я долженъ при этомъ замѣтить еще, что на основаніи 529 ст., въ которой есть ссылка на 1620 ст., значеніе доказательства могутъ имѣть только конторскія книги лицъ, указанныхъ въ 518 ст. XI т. 2 ч., отнесенныхъ по роду торговли ихъ къ первому разряду, а что книги розничныхъ и мелочныхъ торговцевъ, отнесенныя ко второму и третьему разряду по торговлѣ, въ силу правила 1635 ст., не могутъ имѣть значенія доказательства сами по себѣ, безъ росписокъ въ нихъ должника, и, потому, доказательное значеніе книгъ этихъ лицъ, несмотря на то, что онѣ также отнесены уставомъ торговымъ къ разряду конторскихъ купеческихъ книгъ, должно быть обсуждаемо однако же не по правилу 466 ст. устава, а по правиламъ 470 и 471 ст.

Объяснивши, какія именно книги и при какихъ условіяхъ могутъ имѣть значеніе доказательства, я обращусь къ разсмотрѣнію причинъ, указанныхъ въ 468 ст., по которымъ купеческія книги теряютъ всякое доказательное значеніе. Изъ разсмотрѣнія всѣхъ пяти случаевъ, указанныхъ въ этой статьѣ, нетрудно убѣдиться, что причины, по которымъ купеческія книги утрачиваютъ значеніе доказательства, по различію основаній ихъ, могутъ быть раздѣлены на три категоріи. Къ первой категоріи должны быть отнесены первые два случая, когда за достаточное основаніе къ непризнанію за купеческими книгами значенія доказательства законъ считаетъ фальсификацію книгъ. Въ опредѣленіяхъ 468 ст., относящихся до этихъ случаевъ, слѣдуетъ также видѣть, какъ мнѣ кажется, не что иное, какъ санкцію общихъ и положительныхъ опредѣленій закона о доказательномъ значеніи купеческихъ книгъ, санкцію, заключающуюся въ томъ, что этими случаями указываются послѣдствія несоблюденія установленныхъ закономъ правилъ относительно веденія книгъ. Если придавать такое значеніе опредѣленіямъ 468 ст., относящимся до первыхъ двухъ случаевъ и ставить ихъ въ такое соотношеніе съ общими правилами о купеческихъ книгахъ, то, вмѣстѣ съ тѣмъ, придется, какъ мнѣ кажется, также признать, что только отступленія, этими случаями предусмо-

трѣнныя, и могутъ вести къ признанію купеческихъ книгъ недѣйствительными въ смыслѣ доказательства, а что, затѣмъ, всѣ другія отступленія не должны оказывать никакого вліянія на ихъ доказательное значеніе, потому что никакихъ другихъ постановленій по тому же предмету,—постановленій, которыми бы санкціонировались общія правила о веденіи книгъ, ни въ уставѣ торговомъ, ни въ уставѣ гражданскаго судопроизводства не содержится, а существующее должно имѣть значеніе лимитативное. Слѣдующія отступленія, или, лучше сказать, слѣдующіе случаи фальсификаціи книгъ лишаютъ ихъ, на основаніи правила разбираемой статьи, доказательнаго значенія: а) когда въ книгахъ окажутся вновь вставленные листы, или мѣстами въ нихъ найдены будутъ поправки и подчистки, и б) когда въ статьяхъ книгъ окажутся неисправности въ пользу того лица, коему книги принадлежатъ. Этотъ послѣдній поводъ къ непризнанію за книгами значенія доказательства можетъ обнаружиться, конечно, только въ томъ случаѣ, когда доказательствами, представленными противной стороной, будетъ удостовѣрено, что въ книгахъ дѣйствительно допущены неисправности въ пользу лица, выставляющаго ихъ, какъ доказательство. Что же касается случаевъ фальсификаціи книгъ, указанныхъ въ первомъ пунктѣ, то перечисленіе ихъ, мнѣ кажется, сдѣлано никакъ не taxative, а только enonciative или для примѣра, потому, что какимъ бы образомъ фальсификація книгъ ни была сдѣлана, онѣ непремѣнно, въ силу самаго факта фальсификаціи, никоимъ образомъ не могутъ уже имѣть той степени достовѣрности, которая должна быть присуща по закону всякому доказательству. Такъ напр., помимо случаевъ фальсификаціи, указанныхъ прямо въ 468 ст., книги могутъ быть не признаны въ значеніи доказательства, когда въ нихъ окажутся приписки между статьями и тому подобное. Хотя, съ другой стороны, иногда и поправки могутъ не имѣть никакого значенія, если онѣ согласно правилу 524 ст. XI т. 2 ч. надлежащимъ образомъ оговорены. Однимъ словомъ, мнѣ кажется, что при обсужденіи въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ вопроса о вліяніи оказавшихся въ книгѣ неисправностей на доказательное значеніе ея, слѣдуетъ имѣть въ виду, главнымъ образомъ, не видъ самыхъ неисправностей, но цѣль, съ которой онѣ допущены, или лучше сказать, смотрѣть, сдѣланы ли неисправности намѣренно, именно, съ цѣлью фальсификаціи книгъ, потому что только неисправности, сдѣланныя съ этой послѣдней цѣлью, могутъ лишать книгу той степени достовѣрности, безъ которой немыслимо никакое доказательство. Кромѣ того, я долженъ замѣтить, что правило 468 ст. не требуетъ, для того, чтобы книга была исключена изъ числа доказательствъ, чтобы указанныя въ первомъ пунктѣ неисправности были замѣчены непремѣнно въ тѣхъ статьяхъ книги, которыя выставляются въ доказательство; напротивъ, оно говоритъ: „или мѣстами найдены будутъ поправки и почистки“. На основаніи сего возможно заключить, что книга можетъ утратить значеніе доказательства, гдѣ бы въ ней подобныя неисправности ни оказались, къ каковому заключенію приводитъ еще болѣе постановленіе второго пункта, въ силу котораго купеческія книги теряютъ значеніе доказательства въ томъ случаѣ, когда неисправности окажутся въ статьяхъ книги въ пользу лица, которому книги принадлежатъ. Такое требованіе закона о томъ, чтобы книги были вообще ведены исправно, понятно, потому что въ какомъ бы мѣстѣ книги неисправность ни оказалась, но уже одинъ этотъ фактъ можетъ вести къ предположенію, что книга вообще ведена не согласно истинѣ, и, потому, не можетъ имѣть значенія вполнѣ достовѣрнаго доказательства.

Причины, указанныя въ 4-мъ и 5-мъ пунктахъ разбираемой статьи, по которымъ купеческія книги также не признаются въ значеніи доказательства, имѣютъ свое основаніе совершенно въ другого рода фактахъ. Въ этихъ случаяхъ играютъ главную роль личныя качества того лица, которому принад-

лежатъ книги, именно такія качества, по которымъ лицо это никоимъ образомъ не можетъ заслуживать довѣрія, вслѣдствіе чего, и веденныя имъ книги также не признаются закономъ за доказательство, могущее имѣть какую-либо достовѣрность. Конечно, для того, чтобы по этимъ причинамъ книги могли утратить всякое доказательное значеніе, законъ требуетъ, чтобы нравственная неблагонадежность лица проявилась въ извѣстныхъ преступныхъ дѣйствіяхъ и чтобы, притомъ, эта преступность дѣйствій была надлежащимъ образомъ констатирована приговоромъ суда. Поэтому, купеческія книги и не признаются за доказательство: во-первыхъ, когда купецъ, которому принадлежатъ книги, признанъ по судебному приговору, конечно, суда уголовнаго, злостнымъ банкротомъ, потому что злостное банкротство признается нашими уголовными законами преступленіемъ, влекущимъ за собой лишеніе всѣхъ правъ состоянія и ссылку въ Сибирь на поселеніе (1163 ст. улож. о наказ.), и, во-вторыхъ, когда купецъ вообще будетъ по приговору уголовнаго суда признанъ виновнымъ въ какомъ-либо преступленіи, влекущемъ за собой лишеніе всѣхъ или нѣкоторыхъ правъ и преимуществъ и будетъ дѣйствительно подвергнутъ такому наказанію.

Наконецъ, третье основаніе, по которому купеческія книги не принимаются за доказательство, не относится къ категоріи тѣхъ причинъ, по которымъ купеческія книги вообще утрачиваютъ всякое доказательное значеніе, а есть такое основаніе, по которому книга не можетъ быть принята за доказательство только въ извѣстномъ данномъ случаѣ, въ силу, какъ можно предполагать, общаго правила non bis in idem, именно въ случаѣ, какъ сказано въ 3-мъ пунктѣ разбираемой статьи, „когда купецъ, на основаніи тѣхъ же книгъ, прежде предъявлялъ искъ объ уплатѣ и было доказано, что платежъ былъ имъ полученъ“. Прямой смыслъ этого постановленія показываетъ, что книга не можетъ быть вторично принята за доказательство не вообще, а только по тѣмъ статьямъ, по которымъ уже въ прежде производившемся дѣлѣ было признано, что платежъ по этимъ статьямъ купцомъ былъ полученъ.

Кромѣ сказаннаго по поводу правила 468 ст., считаю нелишнимъ сдѣлать еще одно замѣчаніе, имѣющее отношеніе ко всѣмъ пунктамъ этой статьи, замѣчаніе, заключающееся въ слѣдующемъ. Правило этой статьи, указывающее причины, по которымъ купеческія книги утрачиваютъ значеніе доказательства, установлено съ цѣлью оградить интересы той стороны, противъ которой книги представляются, какъ доказательство, слѣдовательно, установлено въ интересѣ частномъ; вслѣдствіе чего, мнѣ кажется, слѣдуетъ признать, что купеческія книги, по причинамъ, въ ней указаннымъ, могутъ быть исключаемы изъ числа доказательствъ не безусловно, но не иначе, какъ по заявленію заинтересованной стороны, когда она будетъ указывать на эти причины и будетъ просить судъ объ исключеніи книгъ изъ числа доказательствъ; самъ же судъ ex officio вопросъ объ этомъ, какъ мнѣ кажется, поднимать не долженъ, хотя бы онъ и ясно усматривалъ, что книги, по тому или другому основанію, не могутъ быть признаны въ значеніи доказательства.

Правило слѣдующей 469 ст., по которому купеческія книги могутъ быть приняты за доказательство противъ купца, представившаго ихъ, даже и въ тѣхъ случаяхъ, когда онѣ теряютъ значеніе доказательства, по причинамъ, указаннымъ въ 468 ст., въ пользу его, не требуетъ, кажется, никакихъ особыхъ разъясненій и есть не болѣе, какъ развитіе общаго правила, выраженнаго въ 478 ст., по которому доказательства, представленныя одной стороной, могутъ служить въ пользу другой.

Разсмотрѣвши постановленія устава о такихъ домашнимъ актахъ, которые имѣютъ по закону, въ извѣстныхъ опредѣленныхъ случаяхъ, значеніе доказательства даже и безъ подписи должника, я перейду къ толкованію

слѣдующей статьи, правило которой относится къ опредѣленію доказательнаго значенія актовъ, относимыхъ обыкновенно, по степени ихъ достовѣрности, къ послѣдующей низшей категоріи, или къ опредѣленію доказательнаго значенія копій актовъ.

Ст. 463. Засвидѣтельствованная, кѣмъ слѣдуетъ, копія акта служитъ удостовѣреніемъ его содержанія, если не заявлено сомнѣнія въ ея точности, и принимается вмѣсто самаго акта, кромѣ тѣхъ случаевъ, въ коихъ по закону именно требуется представленіе акта въ подлинникѣ.

Первый и самый существенный вопросъ, возбуждаемый правиломъ настоящей статьи, заключается, по моему мнѣнію, въ томъ: дѣйствительно ли возможно по нашимъ законамъ, согласно теоріи, относить копіи актовъ по ихъ доказательному значенію ко второй низшей категоріи письменныхъ доказательствъ или актовъ, которые сами по себѣ не составляютъ самостоятельнаго доказательства, а могутъ служить лишь только удостовѣреніемъ или доказательствомъ другихъ письменныхъ доказательствъ? Если принять во вниманіе, во-первыхъ, мѣсто, занимаемое правиломъ 463 ст. среди прочихъ постановленій устава, опредѣляющихъ значеніе и силу тѣхъ или другихъ актовъ, и, во-вторыхъ, если принять за основаніе для разрѣшенія поставленнаго вопроса только содержаніе самой этой статьи, взятой отдѣльно, безъ всякой связи какъ съ другими постановленіями устава о письменныхъ доказательствахъ, такъ равно и съ нѣкоторыми постановленіями матеріальнаго гражданскаго права, то отвѣтъ на поставленный вопросъ возможенъ и отрицательный. Статья эта помѣщена прежде статей, опредѣляющихъ доказательное значеніе нѣкоторыхъ родовъ домашнихъ актовъ, какъ, напр., отписныхъ книгъ, книгъ розничныхъ и мелочныхъ торговцевъ, актовъ, указанныхъ въ 472 ст., и друг., что можетъ, конечно, подать поводъ предполагать, что уставъ копіи актовъ, по ихъ доказательному значенію, ставитъ выше актовъ, указанныхъ во всѣхъ послѣдующихъ статьяхъ; но такое предположеніе было бы возможно, конечно, только при томъ условіи, еслибы возможно было найти основанія утверждать, что уставъ въ размѣщеніи отдѣльныхъ постановленій, относящихся до опредѣленія доказательнаго значенія тѣхъ или другихъ актовъ, дѣйствительно придерживается опредѣленной системы и размѣщаетъ постановленія по мѣрѣ уменьшающагося значенія актовъ, какъ доказательства. Мнѣ кажется, что все предшествующее изложеніе уже достаточно доказываетъ, что не только ничего подобнаго утверждать нельзя по отношенію нашего устсва, но что, напротивъ, скорѣе можно указать положительныя основанія къ выводу прямо противоположному, вслѣдствіе чего, одинъ изъ доводовъ въ пользу отрицательнаго отвѣта на поставленный вопросъ падаетъ самъ собой. Тому же собственно обстоятельству, что 463 ст. дѣйствительно помѣщена прежде постановленій, опредѣляющихъ доказательное значеніе нѣкоторыхъ родовъ домашнихъ актовъ, можно, какъ мнѣ кажется, дать болѣе простое объясненіе и я полагаю, что буду недалекъ отъ истины, если скажу, что составители уставовъ, если и отвели правилу этой статьи настоящее ея мѣсто, то по всей вѣроятности потому, что или не предполагали, чтобы копіи тѣхъ домашнихъ актовъ, о которыхъ говорится въ послѣдующихъ статьяхъ, могли когда-либо встрѣчаться въ дѣйствительности въ числѣ письменныхъ доказательствъ, или же, наконецъ, потому, что, отводя 463 ст. настоящее мѣсто ея, они имѣли въ виду тѣмъ самымъ указать, что копіи тѣхъ домашнихъ актовъ, о которыхъ говорится въ послѣдующихъ статьяхъ, вообще не могутъ имѣть значенія доказательства.

Чтобы показать, насколько основателенъ второй доводъ въ пользу отрицательнаго разрѣшенія поставленнаго вопроса, я долженъ нѣсколько подробнѣе остановиться на разсмотрѣніи самаго содержанія 463 ст. Правило этой статьи

по содержанію его распадается, собственно говоря, на двѣ части: во-первыхъ, въ немъ выражено общее правило, заключающееся въ словахъ: „засвидѣтельствованная, кѣмъ слѣдуетъ, копія акта служитъ удостовѣреніемъ его содержанія, если не заявлено сомнѣнія въ ея точности, и принимается вмѣсто самаго акта“, а, затѣмъ, въ послѣднихъ словахъ: „кромѣ тѣхъ случаевъ, въ коихъ по закону именно требуется представленіе акта въ подлинникѣ“, слѣдуетъ, какъ мнѣ кажется, видѣть исключеніе изъ общаго правила, указывающаго случаи, когда копія акта не можетъ замѣнить подлинника, и, потому, не можетъ имѣть какое-либо значеніе доказательства. Въ правилѣ общемъ указываются и условія, при которыхъ копія акта можетъ служить удостовѣреніемъ его содержанія и можетъ быть принята вмѣсто самаго акта; условій этихъ два: а) чтобы копія была засвидѣтельствована кѣмъ слѣдуетъ, т.-е. чтобы копія была засвидѣтельствована установленнымъ въ законѣ порядкомъ надлежащимъ мѣстомъ или лицомъ и б) чтобы не было заявлено сомнѣнія въ ея точности. Законъ требуетъ, повидимому, наличности обоихъ этихъ условій для того, чтобы копіи актовъ могли быть принимаемы за доказательство, а, затѣмъ, хотя правило разбираемой статьи и не указываетъ послѣдствій отсутствія хотя бы одного изъ этихъ условій, послѣдствій, могущихъ вліять на доказательное значеніе копій, но редактировано оно, однако же, такимъ образомъ, что не можетъ быть, кажется, никакого сомнѣнія въ томъ, что, при отсутствіи хотя бы одного изъ указанныхъ условій, копія акта не можетъ имѣть какое-либо значеніе доказательства. Нельзя не замѣтить, что условія, указанныя въ разбираемой статьѣ, по характеру ихъ, весьма различны, и изъ нихъ только первое является положительнымъ требованіемъ закона, при несоблюденіи котораго копія акта не можетъ быть признаваема въ силѣ доказательства; второе же условіе заключается въ фактѣ отрицательномъ—въ незаявленіи стороной сомнѣнія относительно точности копіи, разумѣется сравнительно съ ея подлинникомъ или оригиналомъ. Вслѣдствіе такого различія въ самомъ характерѣ условій для стороны, представляющей копію акта въ доказательство вмѣсто подлинника, необходимо соблюсти только первое условіе, т.-е. представить копію, засвидѣтельствованную установленнымъ порядкомъ; второе же условіе, при наличности котораго представленная копія можетъ получить значеніе доказательства, можетъ наступить только впослѣдствіи, или вслѣдствіе молчанія противной стороны, когда ею не будетъ представлено никакихъ возраженій противъ вѣрности копіи, или въ случаѣ заявленія ею сомнѣнія, вслѣдствіе устраненія ея возраженій посредствомъ повѣрки судомъ копіи съ подлинникомъ. Но коль скоро оба условія, требуемыя правиломъ разбираемой статьи для того, чтобы копія акта была принята въ значеніи доказательства, на лицо, копія должна вмѣстѣ съ тѣмъ служить удостовѣреніемъ содержанія акта и должна быть принята, какъ доказательство *вмѣсто самаго акта.* На этомъ-то основаніи, или, лучше сказать, на основаніи этого послѣдняго выраженія и возможенъ отрицательный отвѣтъ на поставленный вопросъ, и возможно, вмѣстѣ съ тѣмъ, признаніе за копіями актовъ значенія *самостоятельнаго письменнаго доказательства.*

Посмотримъ, однако же, насколько на самомъ дѣлѣ возможенъ такой категорически отрицательный отвѣтъ? Во-первыхъ, нельзя, мнѣ кажется, не замѣтить, что въ самомъ содержаніи 463 ст. есть какъ бы внутреннее противорѣчіе, потому что выраженіе, которымъ опредѣляется доказательное значеніе копіи, именно: „копія акта служитъ удостовѣреніемъ его содержанія“ и выраженіе: „принимается вмѣсто самаго акта“, по смыслу ихъ далеко не однозначущи. Первое выраженіе даетъ только поводъ заключить, что копія акта можетъ служить доказательствомъ другого письменнаго доказательства, содержаніе котораго ею удостовѣряется, и такимъ образомъ, по смыслу этого

выраженія, копія акта является не болѣе, какъ доказательствомъ вспомогательнымъ, второстепеннымъ, но никакъ не доказательствомъ самостоятельнымъ, могущимъ служить удостовѣреніемъ главныхъ фактовъ спора, служащихъ основаніемъ исковому требованію или возраженію. Напротивъ, выраженіе: „принимается вмѣсто самаго акта", даетъ право предполагать, что уставъ ставитъ копіи актовъ по ихъ доказательному значенію наравнѣ съ самими подлинными актами, или даетъ имъ значеніе самостоятельнаго доказательства, могущаго служить достаточнымъ удостовѣреніемъ главныхъ фактовъ спора, служащихъ основаніемъ исковому требованію, или иными словами—даетъ копіямъ значеніе такого доказательства, которое можетъ служить само по себѣ и безъ представленія подлинныхъ актовъ достаточнымъ удостовѣреніемъ требованію о производствѣ взысканія. Изъ сказаннаго, такимъ образомъ, слѣдуетъ, что внутреннее противорѣчіе правила 463 ст. заключается въ томъ, что содержаніе ея даетъ поводъ предполагать, что копіи актовъ могутъ быть относимы въ одно и то же время и при одинаковыхъ условіяхъ и къ числу самостоятельныхъ и несамостоятельныхъ письменныхъ доказательствъ. Чтобы примирить это противорѣчіе, мнѣ кажется возможнымъ употребить только одно средство—это интерпретировать заключающееся въ ней правило въ связи съ другими постановленіями устава. Выше, при комментированіи правила 441 ст. устава, мы видѣли, что каждая сторона въ правѣ требовать отъ стороны противной представленія подлинныхъ документовъ, на коихъ она основываетъ свои права, и что неисполненіе въ этомъ случаѣ требованія стороны о представленіи подлинныхъ документовъ имѣетъ послѣдствіемъ для стороны, не представившей документъ, какъ это правильно призналъ и сенатъ (рѣш. 1869 года, № 259), отказъ въ ея требованіяхъ, и, наконецъ, что сторона освобождается отъ представленія требуемыхъ отъ нея документовъ въ подлинникѣ только въ томъ случаѣ, если она докажетъ существованіе извиняющихъ обстоятельствъ, т.-е. докажетъ, что подлинный документъ истребленъ, или что полученіе его рѣшительно невозможно. Если сопоставить правило этой статьи, которое выражено въ видѣ правила общаго, и постановленіе 463 ст., то возможно, какъ мнѣ кажется, придти къ слѣдующимъ выводамъ. Во-первыхъ, при условіяхъ, указанныхъ въ разбираемой статьѣ, и до тѣхъ поръ, пока противная сторона не требуетъ представленія документовъ въ подлинникѣ, копія акта можетъ быть принята за самостоятельное доказательство, вмѣсто самаго акта, такъ что по копіи акта возможно и присужденіе самаго требованія, напр. возможно присужденіе взысканія по копіи закладной, по копіи аренднаго контракта и проч.; въ противномъ же случаѣ, когда противная сторона требуетъ представленія документа въ подлинникѣ, копія акта не можетъ быть принята сама по себѣ за самостоятельное доказательство, даже при наличности условій, указанныхъ въ 463 ст., а можетъ быть принята только за доказательство вспомогательное, какъ удостовѣреніе содержанія другого документа—подлинника, каковое обстоятельство, въ случаѣ непредставленія стороной документа въ подлинникѣ, и должно влечь отказъ въ ея требованіяхъ. Во-вторыхъ, при условіяхъ, указанныхъ въ разбираемой статьѣ, и при существованіи извиняющихъ обстоятельствъ, могущихъ служить, на основаніи 441 ст., оправданіемъ непредставленія подлиннаго документа,—разумѣется, когда существованіе ихъ, т.-е. извиняющихъ обстоятельствъ, стороной, къ которой обращено требованіе, достаточно доказано,—копія акта можетъ быть принята за самостоятельное доказательство вмѣсто самаго акта, въ подтвержденіе главныхъ фактовъ спора, служащихъ основаніемъ требованію, такъ что въ этомъ случаѣ можетъ быть присуждено взысканіе по копіи договора и безъ представленія подлиннаго акта.

Если эти выводы правильны, то возможно, конечно, придти къ тому

заключенію, что и по нашему уставу, также точно, какъ и по законодательству французскому (code civil, art. 1334), копіи актовъ, до тѣхъ поръ, пока существуетъ подлинникъ или оригиналъ акта, или другими словами, до тѣхъ поръ, пока не доказано стороной, ссылающейся на копію, какъ на доказательство, что подлинный актъ истребленъ, или что полученіе его рѣшительно невозможно, не имѣютъ значенія самостоятельнаго доказательства, а могутъ служить лишь удостовѣреніемъ содержанія подлиннаго акта, или служить только доказательствомъ другого письменнаго доказательства. Основаніе къ такому окончательному выводу о значеніи по нашему уставу копій актовъ, какъ доказательства, даетъ собственно сопоставленіе правилъ, заключающихся въ самомъ же уставѣ, именно сопоставленіе правилъ 441 и 463 ст., а въ этомъ выводѣ и заключается отвѣтъ на поставленный выше вопросъ, который показываетъ, что и нашъ уставъ опредѣляетъ доказательное значеніе копій актовъ вполнѣ согласно теоріи, такъ что и по нашему уставу этотъ видъ письменныхъ доказательствъ, въ огромномъ большинствѣ случаевъ, долженъ быть отнесенъ по степени достовѣрности ко второй, низшей категоріи актовъ, могущихъ служить только доказательствомъ другихъ письменныхъ доказательствъ, вслѣдствіе чего, я и полагаю, что я былъ правъ, поставивши правило разбираемой статьи послѣ постановленій, опредѣляющихъ доказательное значеніе всѣхъ остальныхъ актовъ. Впрочемъ, я не могу не замѣтить при этомъ, что если по нашему уставу этотъ видъ доказательства вообще и нельзя относить къ числу самостоятельныхъ письменныхъ доказательствъ, но что, тѣмъ не менѣе, взглядъ нашего устава на доказательное значеніе копій актовъ далеко не такъ безусловенъ, какъ взглядъ законодательства французскаго. По нашему уставу, хотя и рѣдко, и почти что можно сказать въ видѣ исключенія, но при извѣстныхъ условіяхъ и копіи актовъ получаютъ значеніе самостоятельнаго доказательства, и мнѣ кажется, что такое значеніе копіи актовъ получаютъ въ двухъ случаяхъ: а) когда сторона, представляющая копію акта въ доказательство своихъ требованій, доказываетъ вмѣстѣ съ тѣмъ, что подлинный актъ не существуетъ болѣе, т.-е. что онъ или истребленъ, или что полученіе его рѣшительно невозможно, что, конечно, равносильно уничтоженію его, и б) когда сторона, противъ которой представляется копія акта, не требуетъ представленія его въ подлинникѣ. Конечно, само собой разумѣется, что въ обоихъ этихъ случаяхъ копія акта можетъ имѣть значеніе доказательства только при условіяхъ, въ 463 ст. указанныхъ, т.-е. когда представленная къ дѣлу копія засвидѣтельствована установленнымъ порядкомъ надлежащимъ мѣстомъ или лицомъ и когда, кромѣ того, противной стороной не заявляется сомнѣнія противъ вѣрности копіи съ подлиннымъ актомъ. Выводъ этотъ также вытекаетъ изъ сопоставленія правилъ 441 и 463 ст. Внѣ же только-что указанныхъ случаевъ копіи актовъ не могутъ быть принимаемы, какъ самостоятельное доказательство, поэтому, я и сказалъ, что уставъ нашъ допускаетъ принятіе копій актовъ за самостоятельное доказательство только въ видѣ исключенія; но, при этомъ, нельзя еще не замѣтить, что во второмъ случаѣ, если копіи актовъ и могутъ быть приняты за самостоятельное доказательство, то не иначе, какъ только по волѣ противной стороны, отъ усмотрѣнія которой вполнѣ зависитъ или потребовать представленія подлиннаго акта, и, такимъ образомъ, отвергнуть значеніе копіи, какъ самостоятельнаго доказательства, или незаявленіемъ требованія согласиться считать копію за доказательство равносильное подлиннику. Во всякомъ случаѣ исключенія эти указываютъ какъ бы на двойственное значеніе копій актовъ, какъ доказательства по нашему уставу; но, несмотря на это, за общее правило должно принять то положеніе, что копіи не могутъ быть принимаемы за самостоятельное доказательство, или, какъ сказано въ 463 ст., что копія акта можетъ служить только удостовѣ-

реніемъ содержанія его, а что случаи, когда, какъ сказано въ этой статьѣ, копія акта принимается вмѣсто самаго акта, должны быть почитаемы за исключеніе. При такомъ толкованіи правила разбираемой статьи устраняется, какъ мнѣ кажется, и то внутреннее противорѣчіе въ содержаніи его, на которое мной было указано выше.

Высказанный мною взглядъ на значеніе, какъ доказательства, копій актовъ по настоящему уставу присущъ былъ, какъ кажется, и прежде нашему законодательству, по крайней мѣрѣ, изъ постановленій X-го тома, о порядкѣ выдачи копій, видно, что копіи могли быть выдаваемы не иначе, какъ по опредѣленію судебнаго мѣста, когда проситель докажетъ, что подлинный актъ не уничтоженъ, но дѣйствительно сгорѣлъ или утратился, изъ чего можно заключить, что законъ считалъ возможнымъ тогда только придавать значеніе копіямъ, когда подлинникъ былъ истребленъ или утраченъ, при каковыхъ условіяхъ и въ настоящее время, какъ мы видѣли, копіи актовъ только и получаютъ значеніе самостоятельнаго доказательства. При этомъ, я не могу не обратить вниманія на спеціальное правило 831 ст. X т. 1 ч., относящееся до взысканія по копіямъ заемныхъ обязательствъ, которое, какъ мнѣ кажется, какъ постановленіе спеціальное, не утратило своего значенія и при дѣйствіи новаго устава гражданскаго судопроизводства. Въ силу этого правила, по копіи заемнаго обязательства, взятой изъ записныхъ книгъ присутственныхъ мѣстъ (а въ настоящее время, взятой изъ записной актовой книги нотаріуса), взысканіе производится только въ тѣхъ случаяхъ, когда истецъ представитъ доказательство объ уничтоженіи отвѣтчикомъ подлиннаго обязательства. На основаніи этого спеціальнаго правила необходимо признать, что при взысканіи по копіи заемнаго обязательства истцу еще недостаточно доказать, согласно общему правилу, выраженному въ 441 ст. устава, что подлинное заемное обязательство истреблено или что полученіе его рѣшительно невозможно, но необходимо именно доказать, что подлинный заемный актъ уничтоженъ отвѣтчикомъ. Правило это установлено главнымъ образомъ съ цѣлью оградить на болѣе твердомъ основаніи интересы должниковъ, прегражденіемъ кредиторамъ всякой возможности требовать путемъ иска вторичнаго платежа по копіи заемнаго обязательства. Да и вообще правила нашихъ гражданскихъ законовъ о порядкѣ выдачи копій проникнуты тѣмъ же духомъ и показываютъ заботливость законодателя о томъ, чтобы напрасной выдачей копій актовъ не дать повода къ возбужденію недобросовѣстныхъ исковъ. Что же собственно касается правила 831 ст., то оно, какъ правило спеціальное, и должно примѣняться только въ случаѣ, именно въ немъ указанномъ, или при взысканіи по копіямъ заемныхъ обязательствъ. Я въ настоящемъ случаѣ вполнѣ согласенъ съ рѣшеніемъ Московской судебной палаты по дѣлу Фролова съ Сахаровой (рѣшеніе это мнѣ извѣстно изъ рѣшенія сената 1869 года, № 1302) и взглядомъ г-на Думашевскаго (Сводъ, т. I, стр. 127) на значеніе правила 831 ст. X т. 1 ч., какъ исключенія, которое, поэтому, и не должно быть распространяемо на случаи, въ немъ не указанные, напр. на случаи взысканія по копіи закладной, о чемъ собственно и шла рѣчь въ указанныхъ рѣшеніяхъ сената и палаты, разсмотрѣнныхъ Думашевскимъ въ его замѣчаніяхъ на эти рѣшенія. Собственно же рѣшенія сената, по вопросу о примѣненіи правила 831 ст. и ко взысканіямъ по копіямъ закладныхъ, противорѣчивы, и взглядъ его на значеніе правила этой статьи нельзя еще признать настолько выяснившимся, чтобы онъ могъ служить руководствомъ для судебной практики.

Разсмотрѣвши значеніе общаго правила, выраженнаго въ 463 ст., я долженъ еще сказать нѣсколько словъ о значеніи указаннаго въ немъ исключенія, въ силу котораго въ извѣстныхъ случаяхъ копіи актовъ *вовсе не принимаются за самостоятельное доказательство.* Исключеніе это выражено въ 463 ст.

слѣдующими словами: „кромѣ тѣхъ случаевъ, въ коихъ по закону именно требуется представленіе акта въ подлинникѣ“. Я только что сказалъ, что въ исключеніи этомъ указываются случаи, когда копіи актовъ вовсе не могутъ быть принимаемы за самостоятельное доказательство; сказалъ я это на томъ основаніи, что, судя по порядку, въ которомъ въ текстѣ статьи расположены отдѣльныя предложенія, возможно съ большей или меньшей вѣроятностью предполагать, что заключительное предложеніе статьи, въ которомъ выражено исключеніе, имѣетъ связь и соотношеніе только съ предложеніемъ предшествующимъ, въ которомъ сказано: „и принимается вмѣсто самаго акта“; выраженіе же это относится, какъ мы видѣли, до опредѣленія случаевъ, когда копіи актовъ могутъ имѣть значеніе самостоятельнаго доказательства, вслѣдствіе чего, и становится возможнымъ тотъ выводъ, что исключеніе относится только до послѣднихъ случаевъ, или что имъ дѣйствительно указываются только тѣ случаи, когда копіи актовъ не могутъ имѣть значенія самостоятельнаго доказательства. Если таковъ настоящій смыслъ исключенія, указаннаго въ 463 ст., то, безъ сомнѣнія, нельзя, далѣе, не признать, что копіи актовъ, лишаясь значенія самостоятельнаго доказательства въ тѣхъ случаяхъ, когда по закону именно требуется представленіе акта въ подлинникѣ, тѣмъ не менѣе, могутъ быть принимаемы въ значеніи доказательства вспомогательнаго, т.-е. могутъ служить удостовѣреніемъ содержанія подлиннаго акта. Что касается значенія исключенія въ отношеніи опредѣленія случаевъ, когда копіи актовъ не могутъ быть принимаемы за самостоятельное доказательство, то правило разбираемой статьи не возбуждало бы недоумѣнія лишь въ томъ случаѣ, еслибы дѣйствительно существовалъ законъ, который бы указывалъ, когда именно требуется непремѣнно представленіе акта въ подлинникѣ. Между тѣмъ, на самомъ дѣлѣ такого закона, ни въ уставѣ судопроизводства, ни въ законахъ гражданскихъ, не имѣется; но, если принять во вниманіе, что и правило 463 ст., какъ и вообще правила устава о письменныхъ доказательствахъ, относится только до опредѣленія доказательнаго значенія одной категоріи актовъ, именно—актовъ укрѣпленія, о которыхъ говорится въ законахъ гражданскихъ, то и для разрѣшенія въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ вопроса о томъ, можетъ ли быть копія акта принята за самостоятельное доказательство, или же требуется по закону непремѣнно представленіе акта въ подлинникѣ, необходимо каждый разъ обращаться къ постановленіямъ законовъ гражданскихъ, между которыми я могу однако же указать только одно постановленіе, относящееся до договора поклажи, которое, повидимому, требуетъ представленія акта или сохранной росписки въ подлинникѣ въ томъ случаѣ, когда бы поклажепринимать запирался въ принятіи отданныхъ ему на сохраненіе вещей въ доказательство существованія договора поклажи. Я сказалъ повидимому—на томъ основаніи, что правило 2111 ст. X т. 1 ч. хотя и требуетъ представленія росписки, но не прибавляетъ при этомъ, чтобы росписка была представлена въ подлинникѣ, такъ что требованіе о представленіи подлинника можно основывать только на томъ соображеніи, что никакая другая росписка, какъ только подлинная, и не можетъ быть представлена за подлинный актъ. Можно, пожалуй, еще сказать, что купеческія книги, а равно книги розничныхъ и мелочныхъ торговцевъ, должны быть представляемы непремѣнно въ подлинникѣ, и что, слѣдовательно, копіи ихъ не могутъ, согласно выраженному въ статьѣ исключенію, имѣть значеніе самостоятельнаго доказательства. Хотя этого въ законѣ прямо и не выражено, но, по самому существу этого рода письменныхъ доказательствъ, кажется возможнымъ допустить, что акты эти, по смыслу закона, должны быть представляемы непремѣнно въ подлинникѣ. Кромѣ того по самому характеру исключенія, выраженнаго въ 463 ст., необходимо признать, что въ тѣхъ случаяхъ, когда по закону непремѣнно требуется представленіе акта въ подлинникѣ, копіи актовъ

не могутъ быть принимаемы за самостоятельное доказательство даже и въ тѣхъ случаяхъ, когда согласно правиламъ устава копія и могла бы быть принята за такое доказательство, т.-е. когда бы стороной, представляющей копію, были представлены, вмѣстѣ съ тѣмъ, достаточныя доказательства тому, что подлинный актъ истребленъ, или что полученіе его рѣшительно невозможно.

Наконецъ, я долженъ обратить вниманіе еще на одинъ вопросъ, возбуждаемый правиломъ настоящей статьи—о томъ: копіи какихъ именно актовъ могутъ быть принимаемы при условіяхъ, указанныхъ выше, за самостоятельное или вспомогательное доказательство? По французскому гражданскому кодексу, доказательное значеніе дается только копіямъ публичныхъ актовъ, но никакъ не копіямъ актовъ домашнихъ; также точно и у насъ сенатъ, повидимому, не признаетъ за копіями домашнихъ актовъ никакого значенія, какъ самостоятельнаго доказательства, каковой взглядъ высказанъ имъ въ одномъ изъ его рѣшеній, по крайней мѣрѣ, относительно копій домашнихъ долговыхъ росписокъ, въ которомъ сенатъ призналъ невозможнымъ производить взысканіе по копіи домашней росписки, засвидѣтельствованной становымъ приставомъ (рѣшеніе 1869 года, № 984). Но такъ ли долженъ быть рѣшенъ поставленный вопросъ на самомъ дѣлѣ? Мнѣ кажется, что если принять во вниманіе, во-первыхъ, мѣсто, занимаемое правиломъ 463 ст., которая помѣщена послѣ правилъ, опредѣляющихъ доказательное значеніе какъ актовъ публичныхъ, такъ и актовъ домашнихъ, что̀ даетъ право предполагать, что она имѣетъ одинаковое отношеніе какъ къ тѣмъ, такъ и другимъ актамъ, и, во-вторыхъ, то обстоятельство, что само правило 463 ст. не дѣлаетъ никакого различія между копіями актовъ публичныхъ и домашнихъ, въ отношеніи доказательнаго значенія ихъ, то, скорѣе всего, слѣдуетъ придти къ выводу, прямо противоположному взгляду, высказанному сенатомъ и признать, что по нашему уставу не только копіи актовъ публичныхъ, но и актовъ домашнихъ могутъ быть принимаемы за доказательство на одинаковыхъ основаніяхъ и при одинаковыхъ условіяхъ, и, притомъ, могутъ быть принимаемы какъ за доказательство вспомогательное, такъ и самостоятельное. Дѣло только въ томъ, что дѣйствительно по значенію самыхъ условій, указанныхъ въ разбираемой статьѣ, при которыхъ копіи актовъ вообще только и могутъ быть принимаемы за доказательство, копіи домашнихъ актовъ, на самомъ дѣлѣ, развѣ только въ весьма рѣдкихъ случаяхъ могутъ получить это значеніе. Такъ для того, чтобы уничтожить всякое доказательное значеніе копіи домашняго акта, представленной одной стороной, сторонѣ противной достаточно заявить только сомнѣніе въ точности копіи, потому что въ такомъ случаѣ, при невозможности представить подлинникъ, по сравненію съ которымъ вѣрность копіи только и можетъ быть удостовѣрена, одного изъ условій, при которомъ копіи и могутъ имѣть значеніе доказательства, не будетъ на лицо, а слѣдовательно при такихъ обстоятельствахъ копія домашняго акта будетъ бумагой, лишенной всякаго доказательнаго значенія. Изъ этого также видно, насколько въ значительной степени нашъ уставъ ставитъ вообще доказательное значеніе копій актовъ въ зависимость отъ взаимныхъ возраженій и заявленій сторонъ, что̀, мнѣ кажется, вполнѣ раціонально, потому что, при такомъ положеніи дѣла, уставъ съ одной стороны достаточно гарантируетъ интересы той стороны, противъ которой копія акта представляется какъ доказательство, а съ другой стороны даетъ и тяжущемуся, ссылающемуся на копію какъ на доказательство его требованій, въ случаяхъ дѣйствительной невозможности подтвердить спорные факты подлинными документами, воспользоваться копіями ихъ. Такимъ образомъ, въ окончательномъ выводѣ, я не могу не признать, что нашъ уставъ, обставляя указанными выше условіями принятіе копій актовъ, какъ доказательства, отводитъ этому виду письменныхъ актовъ со-

вершенно подобающее ему значеніе въ ряду другихъ письменныхъ доказательствъ, такъ что въ настоящемъ случаѣ постановленія нашего устава о доказательномъ значеніи копій, хотя эти постановленія и отличаются излишней краткостью по внутреннему ихъ содержанію и неточностью редакціи съ внѣшней стороны, нельзя, однако же, не признать болѣе правильными и болѣе цѣлесообразными, чѣмъ гораздо болѣе подробныя аналогическія постановленія, напр., code civil. Неполнота постановленій нашего устава выражается еще между прочимъ, напр., въ томъ отношеніи, что въ нихъ ничего далѣе не говорится о доказательномъ значеніи копій съ копій актовъ, но въ силу того, что уставъ не дѣлаетъ между этими бумагами никакого различія въ отношеніи доказательнаго значенія ихъ, мнѣ кажется, скорѣе всего, слѣдуетъ признать, что бумаги эти должны имѣть на самомъ дѣлѣ совершенно одинаковое значеніе. Говоря о доказательномъ значеніи копій актовъ, нельзя не упомянуть еще о доказательномъ значеніи такъ называемыхъ выписей актовъ, установленныхъ у насъ впервые нотаріальнымъ положеніемъ. Въ настоящее время, по правиламъ этого положенія, всѣ нотаріальные и крѣпостные акты, совершаемые у нотаріусовъ, подлинникомъ записываются въ нотаріальныя книги, въ которыхъ и подписываются сторонами, которымъ, затѣмъ, выдаются только выписи актовъ, записанныхъ въ книги. Выписи эти, конечно, суть не что иное, какъ копіи актовъ, но доказательное значеніе ихъ 121 ст. нотар. полож. опредѣляется уже иначе: именно, по этой статьѣ выписи эти, разумѣется, въ отношеніи ихъ доказательнаго значенія равносильны подлиннику, кромѣ только тѣхъ случаевъ, когда по закону требуется представленіе акта въ подлинникѣ, изъ чего возможно заключить, что нотаріальныя выписи, за исключеніемъ только этого случая, должны всегда имѣть доказательное значеніе самостоятельнаго письменнаго доказательства.

Сенатъ до сихъ поръ не далъ еще никакихъ обстоятельныхъ и общихъ объясненій по вопросамъ о доказательномъ значеніи копій актовъ; всѣ изданныя до сихъ поръ рѣшенія его касаются только нѣкоторыхъ частныхъ вопросовъ, сюда относящихся, напр. вопроса о возможности взысканія по копіи закладной, по копіи росписки, засвидѣтельствованной полиціей и тому подобное, такъ что наша судебная практика въ аутентическомъ толкованіи правила 463 ст. не можетъ еще въ настоящее время почерпать для себя какія-либо руководящія начала. Въ одномъ только рѣшеніи сенатъ объяснилъ, что копія акта, напр. плана, даже незасвидѣтельствованная, можетъ быть принимаема за доказательство въ случаѣ непредъявленія противной стороной какъ возраженія о ея вѣрности, такъ и требованія о представленіи подлиннаго плана (рѣш. 1884 года, № 76). Изъ этого положенія не можетъ не быть выведено то дальнѣйшее заключеніе, что самому суду ex officio нѣтъ никакого дѣла возбуждать вопросъ о вѣрности представленныхъ къ дѣлу копій актовъ, даже незасвидѣтельствованныхъ, и отвергать ихъ доказательное значеніе, при отсутствіи возраженій о ихъ вѣрности отъ стороны противной. Объясненіемъ правила 463 ст. и исчерпывается, собственно говоря, комментированіе общихъ постановленій устава о доказательномъ значеніи всѣхъ родовъ актовъ. О доказательномъ значеніи такъ называемыхъ актовъ подтвердительныхъ и возобновительныхъ, о которыхъ упоминается въ законодательствахъ французскомъ (code civil, art. 1337) и итальянскомъ (ст. 1340), и которые Боньe относитъ, наравнѣ съ копіями актовъ, ко второй, низшей категоріи письменныхъ доказательствъ, не имѣющихъ значенія самостоятельнаго доказательства, а могущихъ служить только доказательствомъ другого доказательства, нашъ уставъ не говоритъ ни слова. Нѣтъ сомнѣнія, что такого рода акты, т. е. акты, которыми или подтверждается содержаніе соглашенія, выразившагося уже прежде въ другомъ актѣ, или въ случаѣ утраты первоначальнаго акта возобновляется содержаніе заключавшейся въ немъ сдѣлки въ другомъ актѣ,

могутъ, конечно, встрѣчаться и у насъ. Въ силу же того обстоятельства, что нашъ уставъ не предлагаетъ никакихъ особыхъ спеціальныхъ правилъ, которыми бы судъ могъ руководствоваться при опредѣленіи доказательнаго значенія этихъ актовъ, слѣдуетъ, скорѣе всего, признать, что доказательное значеніе актовъ подтвердительныхъ и возобновительныхъ должно быть обсуждаемо, смотря по роду представленнаго акта, на основаніи общихъ правилъ устава, опредѣляющихъ доказательное значеніе актовъ публичныхъ или домашнихъ, а что въ случаяхъ коллизіи, какъ доказательства, актовъ первоначальныхъ и актовъ подтвердительныхъ обсужденіе взаимнаго соотношенія этихъ актовъ, какъ доказательства, по ихъ содержанію, должно быть предоставлено усмотрѣнію суда, рѣшающаго дѣло по существу.

Послѣдующія правила устава, заключающія въ себѣ постановленія о доказательномъ значеніи актовъ либеративныхъ, къ разсмотрѣнію которыхъ я перехожу, самостоятельнаго значенія не имѣютъ, вслѣдствіе чего, и доказательное значеніе указанныхъ въ нихъ актовъ, прежде всего, должно быть обсуждаемо, смотря по роду представляемаго акта, на основаніи общихъ правилъ, изложенныхъ въ разсмотрѣнныхъ выше статьяхъ; собственно же объ актахъ либеративныхъ говорится въ слѣдующихъ статьяхъ:

Ст. 473. Росписка, писанная на самомъ актѣ, принимается за доказательство противъ лица, сдѣлавшаго росписку.

Ст. 474. Правило сіе распространяется и на акты, составленные въ двухъ экземплярахъ, если въ рукахъ одной стороны окажется экземпляръ съ распиской другой стороны объ исполненіи по акту.

Ст. 475. Росписка въ исполненіи обязательства, сдѣланная не на самомъ актѣ, составляетъ доказательство въ пользу того, кому она выдана, если въ ней означено, къ какому именно обязательству она относится.

Я уже сказалъ, что уставъ не предлагаетъ для опредѣленія доказательнаго значенія и силы актовъ, о которыхъ говорится въ приведенныхъ статьяхъ, никакихъ особенныхъ общихъ правилъ, вслѣдствіе чего, и необходимо признать, что сила этихъ актовъ должна опредѣляться, смотря по роду актовъ, т.-е. смотря по тому, представляется ли актъ, засвидѣтельствованный установленнымъ порядкомъ, или актъ домашній, на основаніи тѣхъ общихъ правилъ, которыми опредѣляется значеніе вообще актовъ укрѣпленія. Поэтому, на основаніи этихъ правилъ должно опредѣляться доказательное значеніе актовъ либеративныхъ, какъ между самими сторонами и ихъ наслѣдниками и правопреемниками, такъ и по отношенію третьихъ лицъ; ими же, конечно, должно опредѣляться и значеніе выставленнаго въ актѣ дня составленія его и проч. Что значеніе актовъ либеративныхъ должно опредѣляться по общимъ правиламъ, опредѣляющимъ значеніе актовъ укрѣпленія, признаетъ, повидимому, и сенатъ, который требуетъ, напр., для того, чтобы домашняя платежная росписка, писанная отъ неграмотнаго, могла имѣть значеніе доказательства, была засвидѣтельствована въ подлинности подписи полиціей также точно, какъ и прочіе договорные акты (рѣш. 1870 года, № 779). Вслѣдствіе же того, что эти общія правила мной уже разсмотрѣны, я могу ограничиться при разсмотрѣніи собственно постановленій приведенныхъ статей немногими замѣчаніями, вызываемыми нѣкоторыми особенностями, присущими исключительно актамъ либеративнымъ. Такъ, по поводу правила первой изъ приведенныхъ статей, постановляющей, что „росписка, писанная на самомъ актѣ, принимается за доказательство противъ лица, сдѣлавшаго росписку“, я не могу не обратить вниманія на нѣкоторую неточность редакціи его, которая заключается въ томъ, что въ правилѣ не сказано, о какого рода роспискѣ въ немъ говорится; неточность эта устраняется, впрочемъ, при сопоставленіи текста 473 ст. съ постановленіемъ послѣдующей статьи, которая постано-

вляетъ, что: „правило сіе (т.-е. правило, содержащееся въ 473 ст.) распространяется и на акты, составленные въ двухъ экземплярахъ, если въ рукахъ одной стороны окажется экземпляръ съ росписью другой стороны объ исполненіи по акту". Сравненіе текста этихъ статей, которыя находятся въ тѣсной взаимной связи, съ достаточной ясностью показываетъ, что и въ правилѣ 473 ст. также точно, какъ и въ постановленіи 474 ст., говорится о росписьѣ объ исполненіи по акту, или, конечно, о росписьѣ объ исполненіи обязательства, сдѣланной на самомъ договорномъ актѣ. Все различіе между постановленіями этихъ статей заключается только въ томъ, что въ первой изъ нихъ предусмотрѣнъ случай, когда актъ былъ составленъ въ одномъ экземплярѣ, а во второй—когда актъ былъ составленъ въ двухъ экземплярахъ. Но самый существенный вопросъ, возбуждаемый неясностью правилъ обѣихъ разсматриваемыхъ статей, заключается въ томъ, кѣмъ должна быть сдѣлана на актѣ росписка объ исполненіи обязательства, вѣрителемъ или должникомъ, для того, чтобы росписка могла служить дѣйствительнымъ доказательствомъ исполненія обязательства? Собственно въ самомъ текстѣ правила 473 ст. мы не находимъ никакихъ данныхъ для отвѣта на этотъ вопросъ, потому что въ ней сказано только, что росписка, сдѣланная на актѣ, принимается за доказательство противъ лица, сдѣлавшаго ее; но изъ мотивовъ, помѣщенныхъ подъ этой статьей въ изданіи государственной канцеляріи, въ которыхъ, между прочимъ, указанъ и источникъ происхожденія правила 473 ст., именно 344 ст. X т. 2 ч., необходимо заключить, что составители уставовъ при редактированіи заключающагося въ ней правила имѣли въ виду сообщить доказательное значеніе роспискамъ объ исполненіи обязательства, сдѣланнымъ только вѣрителемъ, но никакъ не должникомъ. Статья 344 X т. 2 ч., послужившая источникомъ правилу разбираемой статьи устава, именно постановляла, что только росписка, сдѣланная на актѣ объ исполненіи обязательства вѣрителемъ, можетъ служить доказательствомъ факта исполненія обязательства, и, затѣмъ, все различіе между постановленіемъ этой статьи и правиломъ 473 ст. устава, какъ это видно изъ мотивовъ, заключается только въ томъ, что составители уставовъ, соглашаясь въ существѣ съ постановленіемъ 344 ст. X т. 2 ч., сочли, однако же, необходимымъ не включать въ него дѣйствительно безполезную прибавку, существовавшую въ этой статьѣ—о томъ, что росписка вѣрителя должна служить полнымъ доказательствомъ противъ него, когда актъ, на которомъ она сдѣлана, всегда оставался въ его владѣніи. То обстоятельство, находился ли актъ во владѣніи вѣрителя, или должника, дѣйствительно представляется безразличнымъ, по отношенію доказательной силы росписки, въ томъ случаѣ, когда росписка объ исполненіи, сдѣланная вѣрителемъ, только и принимается за доказательство исполненія. Кромѣ того, мы имѣемъ и въ законахъ гражданскихъ по отношенію доказательнаго значенія росписокъ объ уплатѣ на заемныхъ обязательствахъ совершенно аналогическое постановленіе правиламъ 344 и 345 ст. X т. 2 ч., которое также требуетъ, чтобы росписка объ уплатѣ на заемномъ обязательствѣ была дѣлаема вѣрителемъ (2052 ст. X т. 1 ч.). Между тѣмъ сенатъ, основываясь на историческомъ толкованіи правила этой послѣдней статьи, утверждаетъ, что если въ немъ и постановлено, что росписка объ уплатѣ на заемномъ обязательствѣ должна быть сдѣлана заимодавцемъ, но не должникомъ, но что это постановлено только съ тою цѣлью, чтобы указать, что росписка должна служить доказательствомъ противъ того лица, которое ее сдѣлало, а не въ пользу его, что, однако же, вовсе не исключаетъ возможности принятія за доказательство уплаты и росписки, сдѣланной должникомъ (рѣш. 1870 года, № 1741). Изъ этого разсужденія сената видно, что онъ придаетъ какъ бы одинаковое значеніе росписьѣ объ исполненіи обязательства, какъ доказательству, какъ росписьѣ, сдѣланной вѣрителемъ, такъ и росписьѣ, сдѣланной

должникомъ. Если признать этотъ выводъ сената правильнымъ, по отношенію доказательнаго значенія росписокъ объ уплатѣ, сдѣланныхъ на заемныхъ обязательствахъ, то возможно ли его обобщить и признать, согласно постановленіямъ устава о доказательномъ значеніи либеративныхъ актовъ, и росписки объ уплатѣ, дѣлаемыя на другихъ договорныхъ актахъ, принимая, конечно, здѣсь слово уплата въ широкомъ значеніи, въ смыслѣ вообще solutio, еслибы онѣ были сдѣланы даже не вѣрителемъ, а должникомъ, въ силѣ доказательства объ исполненіи обязательства?

Постановленія нашихъ прежнихъ законовъ о судопроизводствѣ гражданскомъ, которыя послужили источникомъ правиламъ разбираемыхъ статей устава, требуютъ, какъ мы видѣли, для доказательства исполненія обязательства росписки о томъ кредитора; но претерпѣли ли эти постановленія, при внесеніи ихъ въ уставъ, настолько существенныя измѣненія, чтобы можно было признать, что правила устава внесли какія-либо новыя начала по занимающему насъ вопросу? На первый взглядъ правило 474 ст. дѣйствительно можетъ подать поводъ предполагать, что имъ не требуется непремѣнно, чтобы росписка объ исполненіи, для того, чтобы она могла служить доказательствомъ факта исполненія, была сдѣлана кредиторомъ, потому что въ ней сказано: „если въ рукахъ одной стороны окажется экземпляръ съ роспискою другой стороны объ исполненіи по акту“. Въ постановленіи этомъ не опредѣляется, кѣмъ должна быть сдѣлана росписка — кредиторомъ или должникомъ, между тѣмъ, какъ на самомъ дѣлѣ могутъ быть случаи, въ особенности при договорахъ двустороннихъ, что одинъ экземпляръ акта съ роспиской на немъ должника объ исполненіи обязательства окажется именно у кредитора, который, еслибы признавать достаточнымъ доказательствомъ расписку должника, не въ правѣ былъ бы, конечно, производить взысканіе по договору. Но показаться въ сказанномъ значеніи правило 474 ст. можетъ только на первый взглядъ; напротивъ, если принять во вниманіе, во-первыхъ, ту тѣсную связь правила этой статьи съ постановленіемъ статьи предъидущей, которое всецѣло распространяется и на случай, указанный въ 474 ст., и которое, какъ мы видѣли, должно быть понимаемо въ томъ смыслѣ, что росписка объ исполненіи, для доказательнаго значенія ея, должна быть дѣлаема вѣрителемъ, и во-вторыхъ, если принять во вниманіе правило 345 ст. X т. 2 ч., послужившей источникомъ постановленію разбираемой статьи, въ которомъ именно сказано, что росписка объ исполненіи обязательства должна быть сдѣлана вѣрителемъ, то скорѣе придется признать, что и по правилу 474 ст. росписка объ исполненіи, для того, чтобы она могла служить доказательствомъ исполненія, также должна быть сдѣлана вѣрителемъ. Исключаетъ ли, однако же, это требованіе закона безусловно всякую возможность принятія за доказательство исполненія обязательства росписку, сдѣланную должникомъ? По теоріи, или, лучше сказать, на основаніи того общаго юридическаго правила, въ силу котораго никто не въ правѣ самъ создать титулъ въ свою пользу, безъ сомнѣнія слѣдуетъ отвѣчать на поставленный вопросъ отрицательно. Бонье, основываясь въ этомъ случаѣ на прямыхъ постановленіяхъ code civil, относящихся къ занимающему насъ вопросу, 1332 ст. котораго прямо постановляетъ, что никакая росписка, сдѣланная на актѣ, не можетъ служить доказательствомъ исполненія обязательства, если только росписка не сдѣлана самимъ кредиторомъ, или, по крайней мѣрѣ, имъ не подписана, утверждаетъ, что росписка объ исполненіи, сдѣланная должникомъ, не можетъ имѣть никакого доказательнаго значенія; при этомъ, Бонье совершенно отвергаетъ мнѣніе Потье, полагавшаго возможнымъ принимать за доказательство исполненія и росписку, сдѣланную должникомъ, въ томъ случаѣ, еслибы актъ, на которомъ сдѣлана росписка, всегда находился во владѣніи кредитора, на томъ основаніи, что невозможно предположить, чтобы

кредиторъ дозволилъ должнику сдѣлать росписку объ уплатѣ, не получивши на самомъ дѣлѣ слѣдуемаго платежа. Предположеніе это, какъ мнѣ кажется, дѣйствительно можетъ служить довольно серьезнымъ основаніемъ мнѣнію Потье, хотя Бонье и считаетъ его недостаточнымъ и съ своей стороны полагаетъ, что предположеніе, дѣлаемое Потье, имѣющее въ основаніи своемъ не болѣе, какъ простую фактическую вѣроятность, никоимъ образомъ не можетъ быть возводимо въ презумпцію juris (Traité des preuves, изд. 4, т. II, стр. 326 и слѣд.). Мнѣніе Бонье нельзя, конечно, не признать вполнѣ правильнымъ, въ виду прямыхъ постановленій code civil, прямо воспрещающихъ принимать за доказательство росписки объ исполненіи, не сдѣланныя самимъ кредиторомъ; но въ нашихъ законахъ такого прямого воспрещенія нѣтъ, между тѣмъ, доводъ Потье въ пользу мнѣнія противоположнаго, мнѣ кажется, ни въ какомъ случаѣ нельзя признать настолько неосновательнымъ, чтобы не допустить, по крайней мѣрѣ, въ нѣкоторыхъ случаяхъ, когда актъ оставался всегда во владѣніи кредитора, возможность принятія за доказательство исполненія росписку, сдѣланную не вѣрителемъ, а должникомъ, потому что, въ самомъ дѣлѣ, если указываемое имъ основаніе и нельзя признать за презумпцію juris, то, по крайней мѣрѣ, въ немъ всегда можно видѣть презумпцію facti настолько достаточную, за исключеніемъ развѣ немногихъ случаевъ, когда бы кредиторъ доказалъ, что должникомъ сдѣлана росписка объ уплатѣ самовольно, напр., во время болѣзни его кредитора, когда актъ могъ случайно попасть въ руки должника и тому подобное, чтобы допустить возможность принятія въ нѣкоторыхъ случаяхъ за доказательство уплаты и росписку, сдѣланную должникомъ. Конечно, въ тѣхъ случаяхъ, когда актъ не оставался всегда во владѣніи должника, въ случаѣ, если, напр., кредиторъ докажетъ, что актъ былъ имъ передаваемъ, хотя бы на нѣкоторое время, на сохраненіе третьему лицу, когда возможность злоупотребленія со стороны должника становится болѣе вѣроятной, а тѣмъ болѣе, конечно, въ тѣхъ случаяхъ, когда актъ находился постоянно во владѣніи должника, росписка объ исполненіи, сдѣланная имъ, никоимъ образомъ не можетъ служить въ его пользу и не можетъ быть принята за доказательство исполненія, потому что въ этихъ случаяхъ предположеніе, говорящее въ его пользу, устраняется само собой, а, затѣмъ, нѣтъ болѣе и никакихъ основаній для признанія за росписки его какого-либо доказательнаго значенія.

Резюмируя все сказанное, я прихожу къ тому заключенію, что если принять, во-первыхъ, во вниманіе, что въ нашемъ законѣ не существуетъ прямого воспрещенія принимать за доказательство исполненія обязательства и росписки, сдѣланныя должникомъ, и, во-вторыхъ, если принять во вниманіе большую или меньшую вѣроятность предположенія, дѣлаемаго Потье о томъ, что если росписка объ исполненіи, сдѣланная должникомъ на актѣ, постоянно находившемся во владѣніи кредитора, каковое обстоятельство само по себѣ можетъ служить достаточнымъ указаніемъ на то, что росписка сдѣлана должникомъ съ согласія кредитора, и, наконецъ, въ-третьихъ, если допустить толкованіе правилъ устава о доказательномъ значеніи актовъ либеративныхъ по правилу unius positio non est exclusio alterius, то скорѣе слѣдуетъ признать, что при опредѣленіи доказательнаго значенія этихъ актовъ правильнѣе будетъ руководствоваться именно мнѣніемъ Потье. Такимъ образомъ, на основаніи этихъ доводовъ, мы приходимъ къ утвердительному отвѣту на поставленный вопросъ, вслѣдствіе чего, я и полагаю, что вышеприведенное рѣшеніе сената не только слѣдуетъ признать правильнымъ, но что, кромѣ того, высказанное въ немъ положеніе, какъ вообще согласное съ точнымъ смысломъ постановленій устава о доказательномъ значеніи актовъ либеративныхъ, возможно распространить и принять для руководства при обсужденіи доказательнаго значенія росписокъ объ исполненіи, не только въ

томъ случѣ, когда росписка сдѣлана на заемномъ обязательствѣ, но и вообще когда росписка сдѣлана на какомъ-либо договорномъ актѣ, или все равно признать, что и росписка объ исполненіи обязательства, сдѣланная на актѣ не кредиторомъ, а должникомъ, въ извѣстныхъ случаяхъ и при извѣстныхъ обстоятельствахъ, можетъ быть принимаема за доказательство исполненія. Кромѣ этого, я не могу не замѣтить еще, что въ силу того обстоятельства, что доказательное значеніе росписки объ исполненіи, сдѣланной должникомъ, какъ это нетрудно убѣдиться изъ предшествующаго изложенія, зависитъ вообще отъ фактической обстановки дѣла, или отъ опредѣленія значенія въ каждомъ данномъ случаѣ, какъ главнаго факта, былъ ли актъ постоянно во владѣніи кредитора или нѣтъ, такъ и значенія другихъ обстоятельствъ, при которыхъ должникомъ могла быть сдѣлана росписка, мнѣ кажется, скорѣе слѣдуетъ предоставить въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ обсужденіе вопроса о томъ—возможно ли признать росписку должника доказательствомъ исполненія или нѣтъ, усмотрѣнію суда, рѣшающаго дѣло по существу. По мнѣнію Гольмстена, напротивъ, за доказательство исполненія обязательства вообще можетъ быть принимаема только росписка, сдѣланная кредиторомъ, за исключеніемъ только того случая, когда двусторонній договоръ былъ написанъ въ двухъ экземплярахъ и когда росписка, сдѣланная должникомъ на экземплярѣ договора, находившагося у кредитора, также должна быть принимаема за доказательство исполненія обязательства (Учеб. гражд. суд., стр. 168). Послѣ всего сказаннаго объ условіяхъ допустимости принятія за доказательство вообще росписки объ исполненіи обязательства, сдѣланной должникомъ, о неправильности первой части приведеннаго положенія, кажется, и говорить нечего.

Вслѣдствіе того, что росписки объ исполненіи дѣлаются, въ большинствѣ случаевъ, даже на актахъ, установленнымъ порядкомъ явленныхъ или засвидѣтельствованныхъ, просто на дому безъ всякаго засвидѣтельствованія, мнѣ кажется не безъинтереснымъ еще одинъ вопросъ, возбуждаемый Бонье, могущій имѣть значеніе при опредѣленіи доказательнаго значенія актовъ либеративныхъ и у насъ. Вопросъ этотъ заключается въ томъ—можетъ ли быть принята за доказательство исполненія росписка, сдѣланная на актѣ, но потомъ зачеркнутая? По мнѣнію Бонье, вопросъ этотъ долженъ быть разрѣшаемъ въ различныхъ случаяхъ различно. Такъ, напр., въ томъ случаѣ, когда бы актъ находился въ рукахъ должника и на немъ оказалась зачеркнутая росписка объ уплатѣ, сдѣланная кредиторомъ, Бонье, согласно мнѣнію Потье, признаетъ, что при такихъ обстоятельствахъ росписка, сдѣланная даже кредиторомъ, не можетъ служить доказательствомъ исполненія, на томъ основаніи, что невозможно предположить, чтобы должникъ допустилъ кредитора уничтожить росписку, еслибы уплата дѣйствительно послѣдовала. Но относительно доказательнаго значенія росписки въ другомъ случаѣ, когда бы оказалась зачеркнутой росписка объ исполненіи, сдѣланная кредиторомъ на актѣ, находившемся въ его владѣніи, Бонье не соглашается со взглядомъ Потье, который признаетъ въ этомъ случаѣ росписку кредитора полнымъ доказательствомъ, несмотря на то, что она является перечеркнутой, на томъ основаніи, что кредиторъ, разъ сдѣлавши росписку, которая должна служить доказательствомъ въ пользу должника, не въ правѣ уже, затѣмъ, самовольно уничтожать это доказательство. Бонье держится взгляда противоположнаго и не признаетъ и въ этомъ случаѣ за росписки кредитора никакого доказательнаго значенія, на томъ основаніи, что росписка объ уплатѣ имъ могла быть сдѣлана прежде, только въ ожиданіи слѣдуемаго платежа (Traité des preuves, изд. 4, т. II, стр. 330), но мнѣ кажется болѣе правильнымъ мнѣніе Потье. Что же касается основанія, приводимаго Бонье въ подкрѣпленіе его взгляда, то нельзя не признать, что указываемое имъ предположеніе возможно въ весьма рѣдкихъ случаяхъ, такъ что оно, вслѣдствіе этого, никоимъ обра-

зомъ и не можетъ быть принимаемо за основаніе къ общему выводу. Еслибы даже случай, указываемый Бонье, и послѣдовалъ на самомъ дѣлѣ, то правильнѣе, мнѣ кажется, возложить на самого кредитора обязанность доказывать фактъ неполученія платежа при сдѣланіи имъ отмѣтки на обязательствѣ объ исполненіи, такъ какъ, фактъ преждевременнаго написанія росписки, во всякомъ случаѣ, долженъ быть отнесенъ къ его винѣ, между тѣмъ, какъ Бонье возлагаетъ обязанность на должника доказать уплату другими доказательствами, что мнѣ кажется явно несправедливымъ. Вопросъ о доказательномъ значеніи росписокъ объ исполненіи зачеркнутыхъ или съ помарками имѣетъ, конечно, наибольшее значеніе въ тѣхъ случаяхъ, когда ими удостовѣряется только частичная уплата, потому что при полной уплатѣ обыкновенно и самый актъ возвращается должнику или даже вовсе уничтожается. Не можетъ быть, конечно, сомнѣнія въ томъ, что только росписка объ исполненіи вполнѣ оконченная въ изложеніи и подписанная можетъ быть принимаема за доказательство исполненія, потому что росписка неоконченная или даже только неподписанная, подобно тому, какъ и самый договорный актъ, не подписанный контрагентомъ, считается не болѣе, какъ проектомъ акта, не устанавливающимъ между сторонами никакихъ обязательствъ, не можетъ считаться либеративнымъ актомъ, окончательно состоявшимся.

Наконецъ, по правилу 475 ст. росписка объ исполненіи обязательства, писанная не на самомъ актѣ, но выданная отдѣльно, также принимается за доказательство въ пользу того, кому она выдана, если только въ ней означено, къ какому именно обязательству она относится. Нечего, кажется, и говорить о томъ, что отдѣльная росписка объ исполненіи обязательства тогда только можетъ быть принята за доказательство, когда она писана кредиторомъ, потому что такая росписка, по самому назначенію ея, есть такого рода актъ, который непремѣнно всегда долженъ находиться во владѣніи должника. Правило 475 ст. не указываетъ, какіе именно признаки могутъ служить достаточнымъ доказательствомъ того, что росписка объ исполненіи обязательства относится именно къ данному акту, вслѣдствіе чего, мнѣ кажется, скорѣе слѣдуетъ признать, что сужденіе въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ о томъ—относится ли представленная должникомъ росписка объ исполненіи обязательства именно къ акту, на которомъ кредиторъ основываетъ свои требованія, или можетъ ли росписка, представленная должникомъ, служить удостовѣреніемъ исполненія того обязательства, на которое ссылается кредиторъ въ основаніе своихъ требованій или нѣтъ,—должно быть предоставлено усмотрѣнію суда, рѣшающаго дѣло по существу. На практикѣ же обыкновенно считаютъ достаточнымъ означать въ платежныхъ роспискахъ день совершенія главнаго акта и сумму или предметъ, которые означены въ главномъ актѣ, хотя при неопредѣлительности платежной росписки могутъ быть принимаемы въ соображеніе, какъ это правильно объяснилъ и сенатъ (рѣш. 1875 года, № 387), и другія данныя, для уясненія вопроса о томъ относится ли представленная росписка къ данному акту, или нѣтъ, напр., можетъ быть принято въ соображеніе то обстоятельство, когда оно будетъ доказано, что между кредиторомъ и должникомъ и не было никакихъ другихъ сдѣлокъ, кромѣ той, о которой идетъ споръ и проч., въ каковыхъ случаяхъ, по объясненію сената, и неопредѣлительная росписка можетъ быть принята судомъ за доказательство исполненія обязательства. Сенатъ, кромѣ того, объяснилъ, что при неопредѣлительности росписки объ исполненіи обязательства могутъ быть допускаемы и свидѣтельскія показанія въ доказательство того, что росписка относится именно къ данному обязательству (рѣш. 1876 года, № 159), за исключеніемъ, впрочемъ, тѣхъ случаевъ, когда исполненіе обязательства заключается въ такихъ дѣйствіяхъ, которыя, по закону, могутъ быть доказываемы не иначе, какъ только письменными доказательствами, какъ напр.,

платежъ денегъ по заемному обязательству, когда показанія свидѣтелей не должны быть допускаемы въ разъясненіе смысла платежной росписки и отношенія ея къ данному обязательству (рѣш. 1877 года, № 5). Эти положенія одобряетъ и Гольмстенъ въ его рецензіи на книгу Гоняева—„Гражданскій процессъ въ мировомъ судѣ“ (Журн. гражд. и угол. пр. 1883 г., кн. 9, стр. 166); мнѣ же кажется, слѣдуетъ считать допустимыми показанія свидѣтелей вообще въ доказательство обстоятельствъ, сопровождавшихъ выдачу росписки объ исполненіи обязательства, безъ всякаго различія того—можетъ ли быть доказываемо исполненіе обязательства показаніями свидѣтелей, или нѣтъ, на основаніи тѣхъ общихъ соображеній, изложенныхъ мной при объясненіи правила 410 ст., по которымъ этотъ способъ доказательства долженъ считаться допустимымъ въ разъясненіе обстоятельствъ, сопровождавшихъ заключеніе обязательства; а затѣмъ, слѣдуетъ признать, что суду должно принадлежать право, на основаніи данныхъ, обнаруженныхъ показаніями свидѣтелей, судить о томъ—возможно ли относить росписку объ исполненіи обязательства къ данному обязательству, или нѣтъ. Гольмстенъ въ его рецензіи на настоящій „Опытъ комментарія“ находитъ вообще произвольнымъ высказанное мной положеніе о необходимости предоставленія усмотрѣнію суда рѣшенія вопроса объ отношеніи росписки объ исполненіи обязательства къ данному обязательству, въ случаяхъ неопредѣлительности росписки, какъ противорѣчащее будто бы точному смыслу правила 475 ст., требующему точнаго означенія въ роспискѣ того обязательства, къ которому она относится (Журн. гражд. и угол. пр. 1880 г., кн. 3, стр. 152); но дѣло въ томъ, что высказанное мной положеніе вытекаетъ изъ общаго, предоставленнаго суду права оцѣнки, по его усмотрѣнію, доказательнаго значенія письменныхъ актовъ со стороны ихъ содержанія. Относительно, затѣмъ, формы росписки объ исполненіи обязательства далъ совершенно правильныя указанія сенатъ, объяснивъ, что росписка эта, въ виду отсутствія въ законѣ какихъ-либо опредѣленій о ея формѣ, можетъ быть излагаема кредиторомъ въ любомъ видѣ, даже и не въ видѣ отдѣльной росписки, а, напр., въ записной или разсчетной книжкѣ должника и писана можетъ быть даже карандашомъ (рѣш. 1877 года, № 87).

Слѣдующія статьи предлагаютъ правила для опредѣленія доказательнаго значенія актовъ, совершенныхъ въ иностранныхъ государствахъ.

Ст. 464. Акты, совершенные въ иностранномъ государствѣ по существующимъ тамъ законамъ, хотя бы и несходно съ обрядомъ совершенія подобныхъ актовъ въ Россіи, признаются законными актами, если только не опровергается ихъ подлинность.

Ст. 465. Акты, совершенные въ иностранномъ государствѣ, могутъ быть представлены къ дѣлу не иначе, какъ съ удостовѣреніемъ русскаго Посольства, Миссіи или Консульства, что они дѣйствительно составлены по законамъ того государства.

Ст. 707. Договоры и акты, совершенные заграницею, обсуждаются на основаніи законовъ того государства, въ предѣлахъ коего они совершены и признаются дѣйствительными, если только заключающаяся въ нихъ сдѣлка не противна общественному порядку и не воспрещается законами имперіи.

Ст. 708. Договоры, заключенные заграницею по иностраннымъ законамъ, не теряютъ своей силы въ Россіи по истеченіи земской давности, если по законамъ того государства, гдѣ они совершены, устанавливается болѣе продолжительная давность.

Ст. 709. Въ случаѣ затрудненія въ примѣненіи иностранныхъ законовъ, судъ можетъ просить Министерство Иностранныхъ Дѣлъ войти въ сношеніе съ подлежащимъ иностраннымъ правительствомъ о доставленіи заключенія по возникшему вопросу.

Послѣднія три статьи хотя и помѣщены въ отдѣленіи о постановленіи рѣшенія, но, по содержанію заключающихся въ нихъ правилъ, онѣ, собственно говоря, къ вопросамъ о постановленіи рѣшенія никакого отношенія не имѣютъ

и стоятъ, какъ мнѣ кажется, гораздо въ болѣе тѣсной связи съ разбираемыми постановленіями устава о письменныхъ доказательствахъ, хотя при этомъ я не могу не замѣтить, что заключающіяся въ нихъ правила по содержанію ихъ въ цѣломъ никакъ нельзя признать также за правила, относящіяся исключительно къ процессу. Такъ, не говоря уже о постановленіи 708 ст., въ которой говорится о примѣненіи давности къ договорамъ, заключеннымъ заграницей, и которая, поэтому, всецѣло относится къ праву матеріальному, правило 707 ст., заключающее въ себѣ отчасти постановленія о договорномъ значеніи актовъ, совершенныхъ въ государствахъ иностранныхъ, также до нѣкоторой степени относится къ праву матеріальному, хотя въ ней и можно найти весьма полезныя указанія, могущія служить къ уясненію нѣкоторыхъ процессуальныхъ вопросовъ о доказательномъ значеніи актовъ, совершенныхъ заграницей. Наконецъ, правило 709 ст., предоставляющее суду право, въ случаѣ затрудненія въ примѣненіи иностранныхъ законовъ, требовать заключенія черезъ министерство иностранныхъ дѣлъ отъ иностраннаго правительства, по возникшему вопросу,—хотя и есть постановленіе, всецѣло относящееся къ процессу, но есть постановленіе общее, могущее, кажется, имѣть примѣненіе не въ однихъ только случаяхъ затрудненій, могущихъ возникнуть при обсужденіи значенія договорныхъ актовъ по законамъ иностраннымъ. Вообще же я остановлюсь на разсмотрѣніи правилъ трехъ послѣднихъ статей лишь настолько, насколько онѣ имѣютъ отношеніе къ процессу и, преимущественно, къ вопросу о доказательномъ значеніи актовъ, совершенныхъ заграницей.

Правило 464 ст. устанавливаетъ, какъ общее правило, начало, въ силу котораго акты, совершенные въ иностранномъ государствѣ по существующимъ тамъ законамъ, признаются законными и въ Россіи. Собственно же прибавку, заключающуюся въ словахъ статьи: „хотя бы и несходно съ обрядомъ совершенія подобныхъ актовъ къ Россіи“, нельзя не признать совершенно излишней и безполезной, какъ не могущую нисколько служить къ разъясненію основного начала, выраженнаго въ этой статьѣ, и заключающую въ себѣ такую мысль, которая сама собой разумѣется въ томъ положеніи, что акты, совершенные заграницей, вообще признаются законными и въ Россіи. Другая прибавка, заключающаяся въ словахъ: „если только не опровергается ихъ подлинность“, мнѣ кажется также излишней, потому что не можетъ быть никакого сомнѣнія въ томъ, что сторона, противъ которой представляется актъ, совершенный заграницей, единственно въ силу того обстоятельства, что актъ совершенъ не въ Россіи, конечно, не можетъ быть лишена права опровергать достовѣрность акта тѣми способами, которые предлагаетъ нашъ уставъ вообще, какъ средства возраженія противъ подлинности всякаго рода актовъ, а, слѣдовательно, и актовъ, совершенныхъ заграницей. Кромѣ признанія законности актовъ, совершенныхъ въ иностранномъ государствѣ, нашъ уставъ въ развитіе начала, выраженнаго въ 464 ст., предлагаетъ другое правило, заключающееся въ 707 ст., въ силу котораго доказательное значеніе актовъ, совершенныхъ заграницей, должно быть обсуждаемо не по русскимъ законамъ, а по законамъ того иностраннаго государства, въ которомъ актъ совершенъ. Въ этомъ послѣднемъ постановленіи нельзя, конечно, не видѣть, выраженія общаго начала современнаго частнаго международнаго права, усвоеннаго всѣми западно-европейскими законодательствами, начала, выражающагося въ формулѣ *locus regit actum*. Въ примѣненіи къ занимающему насъ вопросу о доказательномъ значеніи актовъ, совершенныхъ заграницей, начало это, или, все равно, постановленіе 707 ст. должно быть понимаемо въ томъ смыслѣ, что различнаго рода актамъ, совершеннымъ въ иностранномъ государствѣ, должно быть присваиваемо и въ Россіи, смотря по роду акта, то же доказательное значеніе, какое они имѣютъ въ мѣстѣ совершенія

ихъ; такъ актъ, совершенный заграницей въ порядкѣ, установленномъ для совершенія актовъ публичныхъ, какъ доказательство, и у насъ долженъ быть принимаемъ въ значеніи публичнаго акта и проч. Въ смыслѣ этого положенія о доказательномъ значеніи у насъ актовъ, совершенныхъ заграницей, высказался изъ нашихъ процессуалистовъ Малининъ, который, кромѣ того, совершенно основательно замѣтилъ, что по иностраннымъ законамъ должно быть обсуждаемо доказательное значеніе актовъ, совершенныхъ заграницей, только съ формальной стороны, или со стороны формъ и обрядовъ ихъ совершенія, но никакъ не со стороны ихъ доказательной силы и юридическихъ послѣдствій сдѣлки, вслѣдствіе чего, доказательная сила акта, имѣющаго, напр., по обряду его совершенія, значеніе акта публичнаго, должна опредѣляться по русскимъ законамъ, опредѣляющимъ значеніе такого рода актовъ, а не по законамъ иностраннымъ (Теорія гражд. проц., вып. 1, стр. 50).

Что касается, далѣе, постановленія слѣдующей 465 ст., то главный недостатокъ его, затемняющій въ значительной степени правильное пониманіе значенія самаго правила, заключается въ отсутствіи указанія послѣдствій несоблюденія тяжущимися выраженнаго въ немъ требованія, которое заключается въ томъ, что акты, совершенные въ иностранномъ государствѣ, могутъ быть представлены къ дѣлу тяжущимися не иначе, какъ съ удостовѣреніемъ русскаго посольства, консульства или миссіи о томъ, что представляемый актъ дѣйствительно совершенъ согласно законамъ иностраннаго государства. Заявляя такое требованіе въ отношеніи представленія актовъ, совершенныхъ заграницей, уставъ, повидимому, какъ бы вовсе воспрещаетъ тяжущимся представлять акты, совершенные въ иностранномъ государствѣ, безъ указаннаго въ 465 ст. удостовѣренія. Я говорю—повидимому, потому что еслибы составители уставовъ дѣйствительно имѣли въ виду, включая въ него правило этой статьи, установить безусловное воспрещеніе представлять акты, совершенные за границей, безъ указаннаго въ ней удостовѣренія, то они вѣроятно внесли бы, вмѣстѣ съ тѣмъ, въ уставъ и правило, которое бы санкціонировало соблюденіе требованія; постановили бы, напр., въ прямой отвѣтъ требованію, что актъ, представленный безъ удостовѣренія, долженъ подлежать возвращенію тяжущемуся, представившему его; или, напр., что представленный безъ надлежащаго удостовѣренія актъ долженъ быть оставляемъ судомъ безъ разсмотрѣнія; между тѣмъ, подобныхъ постановленій мы въ уставѣ не находимъ, изъ чего слѣдуетъ заключить, что актъ, совершенный заграницей, хотя бы онъ былъ представленъ къ дѣлу тяжущимся и безъ надлежащаго удостовѣренія посольства, консульства или миссіи, по одной этой причинѣ не можетъ подлежать ни возвращенію, ни оставленію безъ разсмотрѣнія, и послѣднее въ особенности, въ виду правила 456 ст., обязывающаго судъ положительно входить въ разсмотрѣніе всѣхъ актовъ, представляемыхъ къ дѣлу тяжущимися, или другими словами, что актъ, представляемый и безъ надлежащаго удостовѣренія, долженъ быть принятъ. Если невозможно допустить сейчасъ указанныхъ послѣдствій несоблюденія въ точности правила 465 ст., то нельзя-ли предположить, что составители устава имѣли въ виду воспрещеніемъ, заключающимся въ этой статьѣ, лишить актъ, представленный безъ надлежащаго удостовѣренія, силы доказательства? Чтобы такъ или иначе отвѣчать на этотъ вопросъ, мнѣ кажется необходимымъ уяснить сперва ту цѣль, съ которой включено въ уставъ правило разбираемой статьи. Если принять во вниманіе, во-первыхъ, постановленіе 707 ст., въ силу котораго акты, совершенные заграницей, должны быть обсуждаемы по законамъ того государства, въ которомъ они совершены, и, во-вторыхъ, если принять во вниманіе, что при соблюденіи этого правила для суда могутъ возникнуть болѣе или менѣе значительныя затрудненія, отчасти вслѣдствіе необходимости справляться съ законами иностранными

для того, чтобы опредѣлить, дѣйствительно ли представленный актъ совершенъ согласно законамъ иностраннаго государства и, потому, можетъ имѣть доказательное значеніе, свойственное тому роду актовъ, къ которому по внѣшнимъ признакамъ онъ принадлежитъ, а отчасти вслѣдствіе могущихъ встрѣтиться затрудненій въ самомъ примѣненіи этихъ законовъ, что и предусмотрѣно правиломъ 709 ст., то, мнѣ кажется, скорѣе всего, возможно придти къ тому предположенію, что правило 465 ст. включено въ уставъ именно съ тою цѣлью, чтобы посредствомъ указаннаго въ немъ удостовѣренія облегчить суду работу и устранить для него излишнія затрудненія, какъ въ отношеніи необходимости наведенія справокъ въ законахъ иностранныхъ, такъ и въ отношеніи примѣненія иностранныхъ законовъ, потому что требуемое этой статьей удостовѣреніе можетъ служить суду достаточнымъ указаніемъ, по крайней мѣрѣ, того, что актъ дѣйствительно совершенъ согласно законамъ иностраннаго государства. Въ предшествующемъ изложеніи мы встрѣчались уже съ однимъ постановленіемъ, которое включено въ уставъ съ подобной же цѣлью, т.-е. съ цѣлью дать суду возможность устранить нѣкоторыя судопроизводственныя затрудненія—это правило 258 ст., воспрещающее смѣшивать въ одномъ исковомъ прошеніи иски, вытекающіе изъ разныхъ основаній. При комментированіи постановленія этой послѣдней статьи мы видѣли, что оно даетъ суду только право оставить безъ разсмотрѣнія такое прошеніе, въ которомъ смѣшаны иски, вытекающіе изъ разныхъ основаній, если судъ встрѣчаетъ настолько значительныя судопроизводственныя затрудненія, что считаетъ невозможнымъ въ одномъ производствѣ разрѣшить нѣсколько требованій. Такое же значеніе, какъ мнѣ кажется, имѣетъ и правило 465 ст., которое, по моему мнѣнію, также даетъ суду только право отвергнуть актъ, совершенный заграницей и представленный къ дѣлу безъ надлежащаго удостовѣренія, какъ это совершенно справедливо объяснилъ Петербургскій окружный судъ въ рѣшеніи его по дѣлу Элерсъ съ Стенбокъ-Ферморъ (Судеб. Вѣст. 1867 г., № 274), если, однако же, судъ встрѣтитъ непреодолимыя затрудненія для опредѣленія доказательнаго значенія его по законамъ иностраннаго государства, или когда судъ положительно не въ состояніи навести надлежащія справки по малоизвѣстности законовъ того государства, въ которомъ актъ совершенъ, хотя въ настоящемъ случаѣ къ устраненію подобнаго затрудненія правило 709 ст. открываетъ суду и другой путь, пользуясь которымъ судъ всегда можетъ найти средства избѣжать затрудненія въ пріисканіи и примѣненіи необходимыхъ иностранныхъ законовъ. Если же судъ, несмотря на отсутствіе удостовѣренія, требуемаго 465 ст., не встрѣтитъ никакихъ затрудненій въ примѣненіи иностранныхъ законовъ и самъ, или по указанію сторонъ будетъ въ состояніи, согласно этимъ законамъ, опредѣлить доказательное значеніе представленнаго къ дѣлу акта, то судъ, какъ мнѣ кажется, не долженъ придавать положительно никакого значенія неисполненію тяжущимся требованія этой статьи о представленіи удостовѣренія. Также точно, какъ мнѣ кажется, судъ, согласно общимъ началамъ состязательнаго процесса, не долженъ обращать на это упущеніе со стороны тяжущагося никокого вниманія, если противная сторона на него не указываетъ и не оспариваетъ приписываемаго акту доказательнаго значенія тяжущимся, представившимъ его. Если правило 465 ст. включено въ уставъ дѣйствительно только съ указанной цѣлью, то, конечно, слѣдуетъ признать, что непредставленіе требуемаго этой статьей удостовѣренія не должно оказывать никакого вліянія на доказательное значеніе акта, совершеннаго въ иностранномъ государствѣ, или что удостовѣреніе это вовсе не имѣетъ значенія такого дополнительнаго обряда, соблюденіе котораго необходимо для дѣйствительности самаго акта, какъ доказательства. Выводъ этотъ даетъ, такимъ образомъ, утвердительный отвѣтъ

на поставленный выше вопросъ. Отвѣтъ же въ смыслѣ противоположномъ, въ смыслѣ признанія за требованіемъ 465 ст. значенія такого постановленія, которое требуетъ соблюденія его подъ страхомъ недѣйствительности акта, какъ доказательства, невозможенъ, какъ мнѣ кажется, еще болѣе потому, что въ нашемъ уставѣ нельзя найти такого постановленія, которое бы положительно установляло такія послѣдствія несоблюденія указаннаго въ этой статьѣ требованія, вслѣдствіе чего, и нельзя доказать, чтобы заключающееся въ ней правило дѣйствительно могло имѣть подобное значеніе. Напротивъ, если мы обратимъ вниманіе на правило 707 ст., которое, будучи отчасти постановленіемъ процессуальнымъ, говоритъ, однако же, только о случаяхъ договорной недѣйствительности актовъ, не упоминая при этомъ ни слова о процессуальной недѣйствительности акта, какъ доказательства, вслѣдствіе несоблюденія требованія 465 ст., между тѣмъ, какъ правило 707 ст. есть единственное постановленіе устава, относящееся къ занимаемому насъ вопросу, которое, притомъ, по отношенію этого вопроса, должно имѣть значеніе лимитативное, какъ постановленіе, поражающее недѣйствительностью извѣстныя дѣйствія, то правильнѣе будетъ придти къ тому заключенію, что несоблюденіе требованія о представленіи удостовѣренія не можетъ оказывать никакого вліянія на доказательное значеніе акта, совершеннаго въ иностранномъ государствѣ. Еслибы высказанный мною взглядъ на цѣль и значеніе правила 465 ст. дѣйствительно былъ признанъ правильнымъ и принятъ въ руководство судебной практикой, то мнѣ кажется, что судъ, въ томъ случаѣ, когда бы онъ встрѣчалъ серьезныя затрудненія въ опредѣленіи доказательнаго значенія акта, совершеннаго въ иностранномъ государствѣ и представляемаго къ дѣлу безъ надлежащаго удостовѣренія, требуемаго правиломъ этой статьи, поступилъ бы вполнѣ согласно закону, еслибы на основаніи 368 ст. объявилъ объ этомъ затрудненіи тяжущимся съ объясненіемъ, что онъ ожидаетъ представленія надлежащаго доказательства въ подтвержденіе того, что актъ дѣйствительно совершенъ по законамъ иностраннаго государства. Достаточнымъ доказательствомъ этого факта можетъ, кажется, служить не только удостовѣреніе русскаго посольства, консульства и миссіи, но и другія доказательства, какъ, напр., представленіе суду на видимость самихъ иностранныхъ законовъ, могущихъ разъяснить встрѣченное имъ затрудненіе, съ засвидѣтельствованнымъ переводомъ ихъ на русскій языкъ и проч. Наши процессуалисты: Малышевъ (Курсъ гражд. суд., изд. 2, т. 1, стр. 273), Малининъ (Комментарій къ 366 ст. уст., стр. 76) и Гольмстенъ (Учеб. гражд. суд., стр. 183) въ отношеніи констатированія иностранныхъ законовъ, по крайней мѣрѣ, прямо высказываются за допустимость ихъ констатированія не только способами, указанными въ 709 ст., но и непосредственно посредствомъ справокъ съ иностранными кодексами, какъ ex officio, такъ и по указанію сторонъ; а уставъ германскій даже прямо предоставляетъ суду право пользоваться этимъ послѣднимъ способомъ констатированія иностранныхъ законовъ (§ 265).

Изъ рѣшеній сената, разъясняющихъ правила разбираемыхъ статей, я могу указать на одно, которое имѣетъ чрезвычайно важное значеніе и которое нельзя не признать вполнѣ правильнымъ (рѣш. 1868 года, № 355). Въ этомъ рѣшеніи сенатъ указываетъ на два весьма существенныя ограниченія примѣненія правила 465 ст. Во-первыхъ, изъ того обстоятельства, что правило этой статьи стоитъ въ весьма тѣсномъ соотношеніи съ постановленіемъ 707 ст., которое говоритъ только объ актахъ и договорахъ, сенатъ выводитъ заключеніе, что требованіе, выраженное въ 465 ст., въ отношеніи представленія удостовѣренія русскаго посольства, консульства или миссіи о томъ, что представленный къ дѣлу актъ дѣйствительно совершенъ согласно законамъ иностраннаго государства, относится только до актовъ договор-

ныхъ, вслѣдствіе чего, и не представляется никакой необходимости и никакого основанія требовать указаннаго въ 465 ст. удостовѣренія при представленіи актовъ, исходящихъ отъ иностранныхъ правительственныхъ установленій. Если дѣйствительно правило 465 ст. относится только до актовъ договорныхъ, то необходимо, конечно, и вообще признать, что оно не относится ни до актовъ присутственныхъ мѣстъ, ни до актовъ состоянія, или признать, что при представленіи этихъ актовъ, выданныхъ надлежащими властями въ государствѣ иностранномъ, тяжущійся не обязанъ представлять еще удостовѣреніе, указанное въ 465 ст., въ томъ, что акты эти выданы дѣйствительно согласно законамъ мѣста выдачи акта. Развитые сенатомъ доводы въ подкрѣпленіе правильности этого положенія настолько убѣдительны, что въ виду ихъ никакъ нельзя признать правильнымъ противоположное этому положенію заключеніе, высказанное нашими процессуалистами: Малининымъ (Теорія гражд. проц., вып. 1, стр. 48) и Мышъ (Законъ и кассаціонная практика по вопросамъ частнаго международнаго права. Журн. гражд. и угол. пр. 1885 г., кн. 7, стр. 48), о томъ, что представленіе указаннаго въ правилѣ 465 ст. удостовѣренія должно быть требуемо одинаково при всякаго рода актахъ, т.-е. какъ при актахъ договорныхъ, такъ и при актахъ иностранныхъ присутственныхъ мѣстъ. Опроверженіемъ этого заключенія можетъ служить отчасти еще и правило 1276 ст., которое требуетъ при представленіи рѣшенія иностраннаго суда даже къ исполненію только удостовѣренія подлинности рѣшенія, а никакъ не удостовѣренія того, что оно постановлено согласно закономъ государства иностраннаго, изъ чего возможно то заключеніе, что представленіе подобнаго удостовѣренія тѣмъ болѣе не слѣдуетъ требовать въ тѣхъ случаяхъ, когда какой-либо актъ иностраннаго присутственнаго мѣста представляется только, какъ доказательство. Представленіе такого удостовѣренія при актахъ домашнихъ, напротивъ, должно быть требуемо, какъ это объяснилъ Малининъ, на томъ основаніи, что относительно представленія при нихъ этого удостовѣренія не сдѣлано никакого изъятія въ правилѣ 465 ст., и, въ виду чего, не можетъ быть признано правильнымъ противоположное этому положенію заключеніе, высказанное Варшавской судебной палатой (Юридич. вопр., разр. Варшав. судеб. палат. Журн. гражд. и угол. пр. 1881 г. кн. 4, стр. 82). Во-вторыхъ, сенатъ призналъ, что правило 465 ст. не должно имѣть примѣненія и въ тѣхъ случаяхъ, когда представленный къ дѣлу актъ, хотя и совершенъ въ иностранномъ государствѣ, но совершенъ по обрядамъ, установленнымъ русскими законами, когда, напр., актъ совершенъ заграницей у русскаго консула, на которыхъ уставомъ о консулахъ возложены нѣкоторыя нотаріальныя обязанности по совершенію и засвидѣтельствованію актовъ, которые должны получить законную силу въ Россіи (16 ст. прил. къ 2025 ст. XI т. 2 ч. по продолж. 1863 г.). Мнѣ кажется, это положеніе сената можетъ быть распространено и вообще на акты, совершенные за границей по обрядамъ, установленнымъ русскими законами, хотя бы представленный актъ, какъ домашній, и вовсе не былъ засвидѣтельствованъ консуломъ. Изъ приведеннаго рѣшенія сената, между прочимъ, видно еще, что Петербургская судебная палата считала, что требованіе о представленіи удостовѣренія, указаннаго въ 465 ст., установлено какъ дополнительный обрядъ, несоблюденіе котораго влечетъ недѣйствительность акта, совершеннаго въ иностранномъ государствѣ, какъ доказательства. О несостоятельности такого взгляда палаты, послѣ всего сказаннаго, и говорить нечего. Между тѣмъ, сенатъ въ его позднѣйшей практикѣ, если и не вполнѣ возвращается ко взгляду, высказанному Петербургской палатой, зато выставляетъ такое положеніе: актъ, представленный безъ указаннаго въ 465 ст. удостовѣренія, хотя и не можетъ быть признанъ недѣйствительнымъ по этой причинѣ, но теряетъ значеніе акта публичнаго и можетъ быть принимаемъ

только въ значеніи акта домашняго (рѣш. 1874 г., № 837). Ссылка сената въ подтвержденіе этого положенія на 460 ст. даетъ право заключить, что сенатъ смотритъ на указанное въ 465 ст. удостовѣреніе именно какъ на дополнительный обрядъ совершенія акта, заключеннаго заграницей. Несмотря на всю несостоятельность этого заключенія, изъ нашихъ процессуалистовъ Мышъ признаетъ его, однако же, вполнѣ правильнымъ (Журн. гражд. и угол. пр. 1885 г., кн. 7, стр. 56). Далѣе, въ объясненіе правила 465 ст. необходимо еще сказать нѣсколько словъ о содержаніи требуемаго этой статьей удостовѣренія и о его доказательномъ значеніи. Надлежащія указанія въ томъ и другомъ отношеніи даны уже сенатомъ, который объяснилъ, во-первыхъ, что удостовѣреніе, требуемое 465 ст., должно быть признаваемо достаточнымъ, по его содержанію, не только въ томъ случаѣ, когда, напр., консулъ выражаетъ въ немъ личное свое мнѣніе о томъ, что представленный актъ совершенъ согласно законамъ иностраннаго государства, но и въ томъ, когда имъ въ его удостовѣреніи приведенъ объ этомъ отзывъ какого-либо иностраннаго компетентнаго государственнаго учрежденія и имъ удостовѣренный (рѣш. 1882 года, № 130), и, во-вторыхъ, что удостовѣреніе консула ни въ какомъ случаѣ не имѣетъ безусловнаго доказательнаго значенія, а что, напротивъ, сторона, считающая это удостовѣреніе неправильнымъ, имѣетъ полное право доказывать указаніемъ на иностранные законы то обстоятельство, что актъ, несмотря на удостовѣреніе консула о правильности его совершенія, на самомъ дѣлѣ совершенъ несогласно съ иностранными законами (рѣш. 1870 года, № 1780). За правильность этихъ положеній высказался и Мышъ въ его статьѣ—„Законъ и кассаціонная практика по вопросамъ частнаго международнаго права“ (Журн. гражд. и угол. пр. 1885 г., кн. 7, стр. 51). Положенія эти, какъ вполнѣ правильныя, могутъ быть и на самомъ дѣлѣ приняты къ руководству нашей судебной практикой.

Говоря о доказательномъ значеніи актовъ, совершенныхъ въ государствахъ иностранныхъ, я считаю у мѣста сказать здѣсь еще нѣсколько словъ вообще о пространствѣ дѣйствія правилъ устава о письменныхъ доказательствахъ въ отношеніи мѣста и времени дѣйствія ихъ. Что касается пространства дѣйствія ихъ по мѣсту, то въ этомъ отношеніи слѣдуетъ признать, что доказательное значеніе актовъ, совершенныхъ хотя и въ предѣлахъ Имперіи, но въ тѣхъ мѣстностяхъ ея, въ которыхъ дѣйствуютъ особенные мѣстные законы, должно быть обсуждаемо, подобно тому, какъ и значеніе актовъ, совершенныхъ заграницей, на основаніи постановленій мѣстныхъ законовъ; такъ, доказательное значеніе актовъ, совершенныхъ, напр., въ Финляндіи, въ Прибалтійскихъ губерніяхъ и проч., должно быть обсуждаемо по законамъ, дѣйствующимъ исключительно въ этихъ областяхъ Имперіи. Само собой разумѣется, впрочемъ, что при представленіи этихъ актовъ не можетъ быть и рѣчи о представленіи какого-либо удостовѣренія, напр., мѣстныхъ властей о томъ, что актъ дѣйствительно совершенъ по обрядамъ, установленнымъ мѣстными законами. Мѣстные законы должны быть извѣстны суду, который въ нѣкоторыхъ случаяхъ обязанъ ими руководствоваться, на основаніи постановленій законовъ основныхъ. Въ отношеніи времени дѣйствія правилъ о письменныхъ доказательствахъ, которыя, какъ правила судопроизводственныя, должны имѣть обратное дѣйствіе, я долженъ сказать, что примѣненіе этихъ правилъ къ актамъ, совершеннымъ до введенія новаго устава въ дѣйствіе, или оцѣнка доказательнаго значенія ихъ по правиламъ устава не можетъ возбудить на практикѣ никакихъ особыхъ затрудненій, на томъ основаніи, что правила устава о письменныхъ доказательствахъ, какъ совершенно вѣрно замѣтилъ Думашевскій, ни въ чемъ не измѣнили исконныя начала нашего гражданскаго права, относительно значенія формы договоровъ, и что новаго въ этихъ правилахъ только чисто судопроизводственныя поста-

новленія о доказательной силѣ письменныхъ актовъ (Сводъ т. II, стр. 305). Если дѣйствительно правила устава ни въ чемъ не измѣнили существующія постановленія нашего матеріальнаго гражданскаго права о договорномъ значеніи формы актовъ, то и обсужденіе доказательнаго значенія ихъ по новымъ правиламъ, или обратное примѣненіе этихъ правилъ къ дѣяніямъ предшествовавшимъ не можетъ нисколько измѣнить или поколебать установившіяся прежде правоотношенія, вслѣдствіе чего, и оцѣнка доказательнаго значенія актовъ, совершенныхъ до введенія уставовъ по правиламъ устава, не можетъ представить никакихъ затрудненій, и обратное примѣненіе ихъ должно быть признано вполнѣ правильнымъ, на что намекаетъ и сенатъ въ одномъ изъ его рѣшеній (рѣш. 1870 года, № 1545).

Перехожу къ разсмотрѣнію слѣдующихъ статей.

Ст. 461. Акты, которые по закону подлежатъ гербовому сбору, принимаются въ доказательство и въ томъ случаѣ, когда они писаны безъ соблюденія правилъ о гербовомъ сборѣ.

Ст. 462. Лица, представляющія означенные въ предшедшей (461) статьѣ акты, обязаны вмѣстѣ съ тѣмъ уплатить установленное Уставомъ о Пошлинахъ взысканіе.

Только правило первой изъ этихъ статей есть постановленіе процессуальное, но содержаніе его представляется настолько яснымъ, что не требуетъ никакихъ разъясненій. Что же касается правила 462 ст., то оно, какъ постановленіе фискальное, къ процессу, собственно говоря, никакого отношенія не имѣетъ, хотя примѣненіе его можетъ возбудить немало недоразумѣній. Нѣкоторыя изъ этихъ недоразумѣній уже разрѣшены сенатомъ, который объяснилъ, что штрафъ, установленный за написаніе актовъ съ нарушеніемъ правилъ о гербовомъ сборѣ, взыскивается съ обѣихъ сторонъ, какъ со стороны, выдавшей актъ, такъ и получившей его (рѣш. 1870 года, № 538), но что установленное закономъ взысканіе производится въ полномъ размѣрѣ только съ каждой стороны, а не съ каждаго изъ лицъ, принадлежащихъ къ той или другой сторонѣ (рѣш. 1885 года, № 73); что штрафъ за написаніе акта на простой бумагѣ взыскивается съ предъявителя его на судъ, хотя бы актъ этотъ перешелъ къ нему по надписи (рѣш. 1870 года, № 1061); что указанное въ законѣ взысканіе присуждается только за такіе акты, которые должны быть писаны по закону на гербовой бумагѣ, а не за всякій домашній актъ, писаніе котораго дозволяется и на простой бумагѣ (рѣш. 1869 г., № 1065); что взысканію за написаніе актовъ на простой бумагѣ подвергаются вообще какъ лица, непосредственно участвовавшія въ составленіи акта, такъ равно и ихъ правопреемники, основывающіе ихъ права на этомъ актѣ (рѣш. 1875 года, № 13); что взысканіе штрафа за написаніе акта на простой бумагѣ не можетъ быть по соглашенію сторонъ перенесено съ однихъ лицъ на другія (рѣш. 1875 года, № 699); что взысканіе штрафа за написаніе акта на простой бумагѣ не подлежитъ погашенію вслѣдствіе истеченія давности уголовной (рѣш. 1875 года, № 13); что взысканію штрафа за написаніе акта на простой бумагѣ должны быть подвергаемы не только лица, участвующія въ дѣлѣ въ качествѣ сторонъ, но и лица, дѣлу постороннія, если они участвовали въ составленіи акта (рѣш. 1875 года, № 73); что взысканіе за написаніе акта на простой бумагѣ производится независимо отъ того, былъ ли принятъ судомъ представленный къ дѣлу актъ за доказательство или нѣтъ (рѣш. 1869 года, № 270). По поводу послѣдняго положенія сената я долженъ, впрочемъ, сказать, что врядъ ли возможно признать его безусловно правильнымъ, и мнѣ кажется, что, по крайней мѣрѣ, въ тѣхъ случаяхъ, когда бы актъ былъ признанъ недѣйствительнымъ, какъ доказательство, напр. актъ, писанный отъ неграмотнаго безъ всякаго посторонняго засвидѣтельствованія, врядъ ли можно налагать какое-либо взысканіе, когда бы такой актъ былъ написанъ на простой бумагѣ, потому что какимъ же образомъ подвергать въ

этомъ случаѣ штрафу неграмотнаго, когда не доказано, что представленный къ дѣлу актъ исходитъ отъ него; а при возможности подвергнуть взысканію одну сторону, нельзя, конечно, присуждать штрафъ и съ другой, потому что, по закону, штрафъ взыскивается непремѣнно съ обѣихъ сторонъ, и мнѣ кажется даже, что еслибы случилось, что установленный закономъ штрафъ былъ уже внесенъ стороной при представленіи такого акта, который, затѣмъ, оказался недѣйствительнымъ, какъ доказательство, то эта сторона въ правѣ просить о возвращеніи штрафа. Тѣмъ болѣе, конечно, не можетъ быть признано правильнымъ мнѣніе Варшавской судебной палаты о возможности подвергать взысканію за написаніе на простой бумагѣ такого акта, который сторонами не былъ представленъ къ дѣлу, но о существованіи котораго возможно только предполагать (Юридич. вопр., разр. Варшав. судеб. палат. Журн. гражд. и угол. пр. 1886 г., кн. 3, стр. 33), какъ вполнѣ противорѣчащее правилу 462 ст. Сенатъ, кромѣ того, указалъ и ту процедуру, слѣдуя которой должно быть опредѣляемо судебными мѣстами наложеніе взысканія за написаніе актовъ на простой бумагѣ въ тѣхъ случаяхъ, когда бы слѣдуемое взысканіе не было представлено добровольно при представленіи акта въ судъ. Именно, по объясненію сената, порядокъ наложенія взысканія заключается въ слѣдующемъ: во-первыхъ, какъ на лицъ, участвующихъ въ дѣлѣ, такъ и на лицъ, дѣлу постороннихъ, взысканіе можетъ быть налагаемо, какъ рѣшеніемъ по дѣлу, такъ равно и особымъ частнымъ опредѣленіемъ и, притомъ, безъ вызова на судъ лицъ, дѣлу постороннихъ, когда взысканіе должно падать и на нихъ; во-вторыхъ, въ случаяхъ наложенія взысканія на этихъ послѣднихъ лицъ, опредѣленіе о наложеніи на нихъ взысканія должно быть имъ особо объявляемо, какъ надо думать, скорѣе черезъ полицію, по мѣсту ихъ жительства; въ-третьихъ, эти послѣднія лица въ правѣ обжаловать эти опредѣленія суду высшему какъ въ общемъ порядкѣ, такъ и кассаціонномъ, и, въ-четвертыхъ, въ случаяхъ упущенія низшаго суда относительно наложенія взысканія, упущеніе это должно быть исправляемо судомъ высшимъ ex officio, когда бы дѣло дошло до его разсмотрѣнія (рѣш. 1885 г., № 73). Нельзя, конечно, утверждать, чтобы приведенными объясненіями сената исчерпывались всѣ недоразумѣнія, могущія возникать при примѣненіи правила 462 ст.; но, въ виду того обстоятельства, что правило это есть скорѣе законъ фискальный, чѣмъ процессуальный, я и не считаю нужнымъ входить въ дальнѣйшія объясненія относительно его примѣненія и перейду къ комментированію правилъ двухъ слѣдующихъ послѣднихъ статей, относящихся до письменныхъ доказательствъ.

Ст. 459. Акты, совершенные или явленные установленнымъ порядкомъ, имѣютъ преимущество передъ актами домашними и другими письменными доказательствами, но послѣднія могутъ быть приняты въ уваженіе въ той мѣрѣ, въ какой они положительно не противорѣчатъ первымъ или служатъ къ ихъ дополненію. Опредѣленіе силы и преимущества домашнихъ и другихъ неформальныхъ актовъ зависитъ отъ усмотрѣнія суда.

Ст. 456. Ни одинъ изъ письменныхъ актовъ, представленныхъ въ судъ, не можетъ имъ быть отвергнутъ безъ разсмотрѣнія.

Правило послѣдней статьи, вмѣняющей суду въ непремѣнную обязанность подвергать разсмотрѣнію всѣ акты, представляемые къ дѣлу сторонами, настолько ясно само по себѣ, что не требуетъ никакихъ разъясненій. Сенатъ, какъ видно изъ множества рѣшеній его и какъ это слѣдуетъ на самомъ дѣлѣ, всегда и весьма строго относился къ соблюденію судомъ правила 456 ст. Достаточнымъ доказательствомъ того, что представленный къ дѣлу актъ былъ дѣйствительно судомъ разсмотрѣнъ, или все равно былъ принятъ судомъ во вниманіе при разрѣшеніи дѣла, сенатъ считаетъ упоминаніе объ актѣ или въ мотивахъ рѣшенія, или въ исторической части его (рѣш. 1869 г., № 1233

и друг.). Сенатъ даже до такой степени строго относится къ соблюденію судомъ правила 456 ст., что считаетъ существеннымъ нарушеніемъ его даже и тѣ случаи, когда судъ оставилъ безъ разсмотрѣнія такіе акты, которые явно не могли имѣть въ дѣлѣ какое-либо доказательное значеніе, или даже вовсе не имѣли къ дѣлу никакого отношенія, причемъ, сенатъ считалъ нарушеніе одинаково существеннымъ—былъ ли актъ принятъ и, затѣмъ, оставленъ судомъ безъ разсмотрѣнія, или же актъ былъ просто возвращенъ безъ разсмотрѣнія предсѣдателемъ суда тяжущемуся, представившему актъ во время засѣданія. Требованіе сената нельзя не признать въ настоящемъ случаѣ вполнѣ правильнымъ и согласнымъ той цѣли, съ которой установлено правило 456 ст.

Что касается постановленія 459 ст., которое заключаетъ въ себѣ правило объ оцѣнкѣ письменныхъ доказательствъ, то оно распадается, по содержанію его, собственно на двѣ половины. Въ первой половинѣ говорится о томъ, какое значеніе, какъ доказательство, должны имѣть акты публичные и акты домашніе въ ихъ взаимномъ отношеніи, или лучше сказать, говорится о доказательномъ значеніи этихъ актовъ однихъ передъ другими; во второй же половинѣ заключается правило объ оцѣнкѣ доказательнаго значенія актовъ домашнихъ въ ихъ взаимномъ отношеніи, какъ доказательствъ. Правило, заключающееся въ первой половинѣ 459 ст., предписываетъ, прежде всего, и, притомъ, безусловно давать преимущество, разумѣется, какъ доказательству по его содержанію, актамъ, совершеннымъ и явленнымъ установленнымъ порядкомъ, передъ актами домашними и другими письменными доказательствами. Подъ другими письменными доказательствами здѣсь слѣдуетъ разумѣть не что иное, какъ разнаго рода домашніе акты, которые во второй половинѣ статьи называются актами неформальными, къ которымъ Побѣдоносцевъ совершенно правильно относитъ всякаго рода акты, не соотвѣтствующіе формѣ, установленной закономъ (Судебн. руков., тезисъ 885), или, говоря точнѣе, къ которымъ слѣдуетъ относить домашніе акты, о которыхъ говорится въ 466—476 ст. устава. Указанное предписаніе 459 ст. слѣдуетъ понимать въ томъ смыслѣ, что при совмѣстномъ представленіи, какъ доказательства, двухъ актовъ—акта публичнаго и акта домашняго, долженствующихъ по содержанію ихъ служить удостовѣреніемъ одного и того же юридическаго факта, фактъ этотъ долженъ быть признанъ доказаннымъ непремѣнно въ томъ видѣ, въ какомъ существованіе его удостовѣряется содержаніемъ акта публичнаго, хотя бы содержаніе акта домашняго и указывало противное. Что предписаніе это должно быть понимаемо именно въ такомъ, а не другомъ смыслѣ, то лучшимъ доказательствомъ этому, конечно, при толкованіи по аргументу a contrario, можетъ служить еще дальнѣйшее содержаніе правила разбираемой статьи, въ которой говорится: „но послѣднія (т.-е. домашнія письменныя доказательства) могутъ быть приняты въ уваженіе въ той мѣрѣ, въ какой они положительно не противорѣчатъ первымъ (т.-е. актамъ публичнымъ) или служатъ къ ихъ дополненію“. На основаніи этого послѣдняго положенія разбираемой статьи, акты домашніе не устраняются вовсе изъ числа доказательствъ, когда они представляются въ удостовѣреніе тѣхъ юридическихъ фактовъ, которые уже доказаны актами публичными, но могутъ быть приняты, какъ доказательство дополнительное въ разъясненіе и дополненіе содержанія акта публичнаго, но ни въ какомъ случаѣ не въ опроверженіе его, какъ это совершенно справедливо замѣтилъ и Гольмстенъ (Учеб. гражд. суд., стр. 173). Для примѣра подобнаго соотношенія, какъ доказательства, обоихъ этихъ родовъ актовъ, я укажу на одинъ случай, доходившій до разсмотрѣнія сената и по поводу котораго сенатъ объяснилъ: что въ разъясненіе дѣйствительной стоимости проданнаго имѣнія, или, лучше сказать, для опредѣленія дѣйствительнаго размѣра слѣдуемаго за имѣніе пла-

тежа при купчей крѣпости, въ которой указана продажная цѣна имѣнію, и при спорѣ о цѣнѣ, указанной въ купчей, можетъ быть принята во вниманіе, какъ доказательство дополнительное, домашняя задаточная росписка, въ которой указаны, кромѣ покупной цѣны, означенной въ купчей, еще какіе-либо дополнительные платежи или условія, выполненіе которыхъ, поэтому, должно быть признано обязательнымъ, независимо отъ платежа цѣны имѣнію, показанной въ купчей крѣпости (рѣш. 1868 года, № 254). Побѣдоносцевъ такъ объясняетъ значеніе соотношенія, какъ доказательства, актовъ публичныхъ и актовъ домашнихъ: „въ 459 ст. изъяснено, что домашніе акты могутъ быть приняты въ уваженіе совмѣстно съ актами, совершенными или явленными установленнымъ порядкомъ, поколику не противорѣчатъ симъ послѣднимъ или служатъ имъ дополненіемъ. Сіе разумѣть слѣдуетъ о такихъ предметахъ, которые, бывъ опредѣлены актами совершенными или явленными, опредѣляются еще явственнѣе или болѣе изъясняются домашними актами. Но изъ приведенной статьи нисколько не слѣдуетъ, что права, кои по закону положено установлять или удостовѣрять исключительно посредствомъ актовъ, формальнымъ порядкомъ совершенныхъ, могутъ, при существованіи такого формальнаго удостовѣренія, быть отрицаемы на основаніи актовъ домашнихъ“ (Судебн. руков., тезисъ 888). Въ подкрѣпленіе этого положенія Побѣдоносцевъ приводитъ рѣшеніе сената по дѣлу Арапова, изъ котораго видно, что сенатъ отмѣнилъ рѣшеніе палаты, которая признала, на основаніи домашнихъ актовъ, имѣніе, купленное однимъ изъ сонаслѣдниковъ по крѣпостнымъ актамъ въ личную собственность, общей принадлежностью всѣхъ наслѣдниковъ (рѣш. 1871 года, № 546). Впрочемъ, правильность какъ этого рѣшенія сената, такъ и мнѣнія Побѣдоносцева подтверждается какъ нельзя лучше и тѣми мотивами, помѣщенными въ изданіи государственной канцеляріи, которые послужили основаніемъ къ установленію правила 459 ст., изъ которыхъ между прочимъ видно, что по проекту устава предполагалось сперва предоставить полному усмотрѣнію суда опредѣленіе силы и преимущества письменныхъ доказательствъ между собой несогласныхъ, безъ всякаго различія между актами публичными и домашними, но, что, затѣмъ, во избѣжаніе слишкомъ обширнаго произвола суда въ отношеніи оцѣнки доказательнаго значенія публичныхъ актовъ, а равно въ видахъ охраненія твердости этихъ актовъ, было признано необходимымъ отдать безусловное преимущество, какъ доказательству, актамъ публичнымъ передъ актами домашними, вслѣдствіе чего, и включено въ уставъ правило 459 ст., дозволяющее принимать эти послѣдніе акты, какъ только доказательство дополнительное, въ разъясненіе содержанія акта публичнаго, но никакъ не въ опроверженіе его. Въ такомъ видѣ постановленіе 459 ст. невозможно, какъ мнѣ кажется, не признать какъ нельзя болѣе раціональнымъ, на томъ основаніи, что имъ въ значительной степени ослабляется дѣйствіе такого рода домашнихъ актовъ, извѣстныхъ во французскомъ правѣ подъ именемъ contre-lettres, которые совершаются иногда сторонами тайно, съ цѣлью отмѣны, или, по крайней мѣрѣ, съ цѣлью значительнаго измѣненія условій, выраженныхъ въ актѣ публичномъ, каковые акты нельзя, конечно, не признать весьма вредными въ гражданскомъ оборотѣ, въ особенности по отношенію интересовъ третьихъ лицъ. Иначе вопросъ о соотношеніи актовъ нотаріальныхъ и домашнихъ разрѣшаетъ Змирловъ въ его статьѣ: „Къ вопросу объ отношеніи домашнихъ актовъ къ явочнымъ и нотаріальнымъ“. Змирловъ, поставивъ въ началѣ его замѣтки вопросъ о томъ—возможно ли считать допустимымъ, въ силу правила 459 ст., доказательство посредствомъ домашняго акта фиктивности договора, совершеннаго явочнымъ, или нотаріальнымъ порядкомъ, или замѣну его другимъ договоромъ, выраженнымъ въ домашнемъ актѣ,—самъ сперва сознается, что по буквальному смыслу правила 459 ст. вопросъ этотъ долженъ быть разрѣшенъ

отрицательно; но, затѣмъ, основываясь на нѣкоторыхъ соображеніяхъ, выведенныхъ имъ изъ правилъ какъ этой статьи, такъ и 456 и 458 ст., въ концѣ замѣтки своей приходитъ къ заключенію противоположному и высказывается за допустимость опроверженія содержанія актовъ, установленнымъ порядкомъ совершенныхъ, актами домашними, стоящими въ противорѣчіи съ первыми (Юридич. Вѣстн. 1886 г., кн. 4, стр. 744—757). Заключеніе это, какъ противорѣчащее точному смыслу правила 459 ст. и тѣмъ разсужденіямъ, на которыхъ оно основано, ни въ какомъ случаѣ, однако же, не можетъ быть признано правильнымъ, тѣмъ болѣе, что и правила 456 и 458 ст. не даютъ къ установленію его никакого основанія: первая потому, что никакого отношенія къ опредѣленію доказательнаго значенія актовъ не имѣетъ, а вторая потому, что опредѣляетъ доказательное значеніе актовъ домашнихъ самихъ по себѣ, безъ всякаго соотношенія ихъ съ актами публичными.

Постановленіе, заключающееся во второй половинѣ 459 ст., предоставляетъ, какъ это совершенно справедливо замѣтилъ Гольмстенъ (Учеб. гражд. суд., стр. 173), полному усмотрѣнію суда опредѣленіе силы и преимущества домашнихъ и другихъ неформальныхъ актовъ, конечно, однихъ передъ другими, каковыя слова хотя и не включены въ текстъ статьи, но разумѣются сами собой по сравненію этого правила съ постановленіемъ, заключающимся въ первой половинѣ статьи, которое предоставляетъ суду то же самое право опредѣлять преимущество однихъ актовъ передъ другими, только по отношенію случая конкурренціи, какъ доказательства, актовъ домашнихъ и актовъ публичныхъ, между тѣмъ, какъ во второй половинѣ разумѣются тѣ же случаи конкурренціи между актами домашними. Самый существенный вопросъ, возбуждаемый постановленіемъ, заключающимся во второй половинѣ разбираемой статьи, заключается въ томъ: дѣйствительно ли уставъ предоставляетъ оцѣнку домашнихъ актовъ, какъ доказательства, полному и безконтрольному усмотрѣнію суда, или же право суда въ этомъ отношеніи ограничено извѣстными предѣлами и правилами? Вопросъ этотъ, какъ мнѣ кажется, вполнѣ удовлетворительно разрѣшенъ Думашевскимъ, на замѣчаніе котораго, поэтому, я обращу вниманіе. „Законъ“, говоритъ Думашевскій, „съ одной стороны предоставляетъ оцѣнку домашнихъ и другихъ неформальныхъ актовъ полному усмотрѣнію суда, а рядомъ съ тѣмъ законъ тутъ же даетъ весьма подробныя правила относительно оцѣнки этихъ актовъ. Какъ же понимать эти правила: какъ правила обязательныя для судей или только такъ преподанныя въ руководство?“ спрашиваетъ Думашевскій, и затѣмъ отвѣчаетъ: „разсматриваемыя нами статьи закона (т.-е. вообще всѣ правила устава о доказательномъ значеніи разнаго рода домашнихъ актовъ) можно и слѣдуетъ согласовать въ томъ смыслѣ, что право суда оцѣнивать силу и преимущество неформальныхъ письменныхъ актовъ ограничивается только изъясненіемъ содержанія и смысла ихъ; но онъ не можетъ признать или не признавать за ними силу доказательства вопреки правиламъ, преподаннымъ въ статьяхъ 458—478, или другими словами: суду принадлежитъ безспорно право заключить, доказываетъ ли содержаніе представленнаго акта тѣ факты, въ подтвержденіе которыхъ онъ представленъ, но онъ не въ правѣ отвергать доказательную силу такого акта, если подлинность его не оспорена или неосновательно оспорена выдавшимъ оный. Точно также судъ не въ правѣ принимать за доказательство книги, поименованныя въ статьяхъ 466—471, вопреки правиламъ, изложеннымъ въ сихъ статьяхъ. Противоположное мнѣніе“, продолжаетъ далѣе Думашевскій, „не оправдывается тѣмъ соображеніемъ, что суду предоставлено принимать въ уваженіе всякія бумаги, на которыя ссылается сенатъ. Дѣйствительно, суду вмѣнено въ обязанность принимать въ соображеніе всякіе письменные документы, но только въ томъ пространствѣ и въ той силѣ, въ коихъ это допускается закономъ“ (Сводъ, т. II,

стр. 306). Этими замѣчаніями Думашевскаго поставленный вопросъ разрѣшается такимъ образомъ въ томъ смыслѣ, что право суда въ отношеніи оцѣнки доказательнаго значенія домашнихъ актовъ никакъ нельзя признать безпредѣльнымъ, но что, напротивъ, слѣдуетъ признать, что судъ, при обсужденіи силы и преимущества однихъ актовъ передъ другими, обязанъ непремѣнно принимать въ соображеніе тѣ правила устава, которыми опредѣляется доказательное значеніе различнаго рода домашнихъ актовъ съ ихъ внѣшней, формальной стороны; а что, затѣмъ, если суду и должно быть предоставлено право опредѣлять по своему усмотрѣнію достоинство домашнихъ актовъ, какъ доказательства, по ихъ содержанію, то для того, чтобы это право не имѣло вида произвола, мнѣ кажется, суду слѣдуетъ подробно мотивировать въ рѣшеніи тѣ соображенія, по которымъ онъ отдаетъ преимущество одному акту передъ другими, что необходимо также и для того, чтобы самое рѣшеніе имѣло надлежащій авторитетъ и убѣдительность.

Что касается разъясненій сената о правѣ суда относительно оцѣнки доказательной силы домашнихъ актовъ, то рѣшенія его, сюда относящіяся, крайне противорѣчивы между собой и весьма немногія изъ нихъ могутъ служить руководствомъ; въ большинствѣ же случаевъ сенатъ даетъ слишкомъ большой просторъ усмотрѣнію суда въ отношеніи оцѣнки доказательнаго значенія домашнихъ актовъ, вопреки прямому смыслу постановленій устава. Изъ рѣшеній этой послѣдней группы я укажу для примѣра слѣдующія, наиболѣе выдающіяся, въ которыхъ сенатъ высказалъ, что признаніе домашняго акта противною стороною не отнимаетъ у суда права отвергнуть его доказательную силу (рѣш. 1869 года, № 756); что судъ въ правѣ отказать во взысканіи по книжкѣ о доставкѣ продуктовъ, подписанной отвѣтчикомъ, единственно на основаніи голословныхъ возраженій отвѣтчика о сдѣланіи ими подписи для предупрежденія въ книжкѣ приписокъ, а не для удостовѣренія долга (рѣш. 1869 года, № 236), и наконецъ, какъ на образецъ рѣшеній послѣдней категоріи, я укажу еще на слѣдующее, въ которомъ сенатъ объяснилъ, что не только оцѣнка доказательной силы письменныхъ актовъ, но и разрѣшеніе вопроса о томъ, можетъ ли данный актъ быть разсматриваемъ, какъ письменное доказательство, предоставлено полному усмотрѣнію суда и не подлежитъ повѣркѣ сената (рѣш. 1869 года, № 67).

Таковы правила нашего устава, опредѣляющія значеніе тѣхъ или другихъ актовъ, какъ письменныхъ доказательствъ по ихъ содержанію; что же касается послѣдствій несоблюденія этихъ правилъ, то въ силу того, что несоблюденіемъ ихъ могутъ быть нарушены только частные интересы самихъ тяжущихся, то и послѣдствія нарушеній ихъ могутъ наступать не иначе, какъ только по жалобѣ заинтересованной стороны и должны заключаться въ исправленіи упущеній или апелляціонной, или кассаціонной инстанціей; или, другими словами: нѣкоторыя наиболѣе существенныя нарушенія могутъ служить, если жалоба приносится на рѣшеніе судебной палаты, кассаціоннымъ поводомъ для заинтересованной стороны. Въ самомъ уставѣ, впрочемъ, ничего не говорится о послѣдствіяхъ несоблюденія тѣхъ или другихъ правилъ о письменныхъ доказательствахъ.

Наконецъ, въ заключеніе обзора правилъ нашего устава о письменныхъ доказательствахъ, я не могу не замѣтить, что изъ всего сказаннаго по поводу этихъ правилъ выясняется, что главнѣйшіе недостатки ихъ заключаются въ слѣдующемъ. Во-первыхъ, въ тѣхъ постановленіяхъ, которыя имѣются въ уставѣ, говорится только о доказательномъ значеніи одной категоріи актовъ, именно актовъ укрѣпленія, но не предлагается никакихъ правилъ для оцѣнки доказательнаго значенія актовъ состоянія и актовъ присутственныхъ мѣстъ, которые составляютъ, однако же, довольно значительную группу письменныхъ доказательствъ; а обстоятельство это можетъ представить для суда иногда до-

вольно значительныя затрудненія, и во всякомъ случаѣ должно поставить судъ въ необходимость, при сужденіи о значеніи этихъ послѣднихъ актовъ, обращаться къ разнообразнымъ постановленіямъ, разсѣяннымъ во многихъ томахъ свода законовъ. Во всякомъ случаѣ суду при оцѣнкѣ доказательнаго значенія этого рода актовъ должно непремѣнно принадлежать право, какъ это указалъ сенатъ (рѣш. 1884 года, № 85), входить въ разсмотрѣніе правильности и законности акта въ видахъ опредѣленія его доказательнаго значенія даже и тогда, когда бы вопросъ о законности выраженнаго въ актѣ, напр., постановленія какого-либо административнаго установленія не подлежалъ разсмотрѣнію судебныхъ мѣстъ, еслибы былъ возбужденъ не при производствѣ дѣла, а особо въ видѣ отдѣльнаго требованія. Во-вторыхъ, нѣкоторыя отдѣльныя постановленія, вслѣдствіе редакціонной неточности текста ихъ, могутъ подавать поводъ предполагать, что уставъ говоритъ не только о доказательномъ, но и о договорномъ значеніи актовъ, что въ свою очередь можетъ вести къ предположенію о томъ, что правила устава вносятъ существенныя измѣненія въ постановленія нашего матеріальнаго гражданскаго права о формѣ сдѣлокъ, каковое предположеніе на самомъ дѣлѣ, какъ мы видѣли, допустить рѣшительно невозможно. По моему мнѣнію, при толкованіи такихъ неточныхъ постановленій устава слѣдуетъ держаться безусловно взгляда на значеніе ихъ, высказаннаго Думашевскимъ, который полагаетъ, что правила устава о письменныхъ доказательствахъ заключаютъ въ себѣ только новыя судопроизводственныя постановленія о доказательномъ, но никакъ не о договорномъ значеніи актовъ, и что постановленія эти не внесли въ наше законодательство никакихъ новыхъ началъ права гражданскаго по вопросу о формѣ сдѣлокъ (Сводъ, т. II, стр. 305). Примѣры того, до какихъ ложныхъ выводовъ можетъ доходить иногда судебная практика, вслѣдствіе указаннаго недостатка правилъ о письменныхъ доказательствахъ, мы видѣли выше; поэтому-то, во избѣжаніе повторенія того же въ будущемъ, особенно желательно усвоеніе нашими судебными мѣстами правильнаго взгляда на значеніе этихъ правилъ, что̀ тѣмъ болѣе возможно, что недостатокъ этотъ можетъ быть устраненъ правильной юридической интерпретаціей правилъ и усвоеніемъ судебной практикой того начала, что правила эти слѣдуетъ принимать въ значеніи только судопроизводственныхъ постановленій, безъ всякой примѣси началъ права матеріальнаго. Кромѣ того можно, пожалуй, упрекнуть нашъ уставъ еще въ томъ, что онъ, постановляя правила о письменныхъ доказательствахъ, говоритъ собственно только объ актахъ, какъ о письменномъ доказательствѣ; между тѣмъ, какъ на самомъ дѣлѣ, понятіе этого способа доказательства гораздо обширнѣе и документы составляютъ только одинъ изъ видовъ его; вообще же къ этому роду доказательства относятся не одни только письменные, но и другіе матеріальные знаки, могущіе служить внѣшнимъ выраженіемъ и удостовѣреніемъ существованія тѣхъ или другихъ юридическихъ фактовъ. Поэтому, законодательства французское и итальянское, а также и нашъ торговый уставъ (1639 ст. XI т. 2 ч.) относятъ къ числу письменныхъ доказательствъ, напр., бирки. Профессоръ Малышевъ относитъ къ этому способу доказательства, напр., еще марки, жетоны, выбитые на мѣди, жести или бумагѣ, которые служатъ обыкновенно удостовѣреніемъ отдачи на сохраненіе платья въ театрахъ, публичныхъ собраніяхъ и тому подоб. (Курсъ гражд. суд., изд. 2, т. I, стр. 290). Несмотря, однако же, на то, что нашъ уставъ о такого рода знакахъ, какъ о способѣ доказательства, и ничего не говоритъ, но въ силу того, что этотъ способъ не представляетъ собой ничего общаго съ судебными доказательствами, окончательно вышедшими изъ употребленія и по существу ихъ противными духу современныхъ законодательствъ и взгляду науки и общества на судебныя доказательства, знаки эти, несмотря на молчаніе о нихъ закона, могутъ быть принимаемы за доказательство въ совре-

менномъ гражданскомъ процессѣ и у насъ. Также точно могутъ быть принимаемы за доказательство въ нѣкоторыхъ случаяхъ, по справедливому замѣчанію Гольмстена (Учеб. гражд. суд., стр. 168), и просто печатныя бланки тѣхъ или другихъ учрежденій, или лицъ, безъ всякой подписи на нихъ должника, когда самыми бланками удостовѣряется заключеніе какого-либо соглашенія, какъ напр., подписные билеты редакцій газетъ и журналовъ, билеты на проѣздъ по желѣзнымъ дорогамъ и выдаваемыя, при этомъ, квитанціи въ пріемѣ багажа и проч.

§ 5. Признаніе.

Настоящій способъ доказательства, т.-е. признаніе (confessio), всегда признавался, какъ въ процессѣ уголовномъ, такъ и въ процессѣ гражданскомъ, наилучшимъ средствомъ къ раскрытію истины, а потому и наисовершеннѣйшимъ способомъ доказательства—probatio probatissima. Это на томъ основаніи, что если хорошимъ средствомъ къ раскрытію истины считаются объясненія третьихъ, чуждыхъ тяжбѣ, лицъ о спорныхъ фактахъ, то объясненія объ этихъ фактахъ самихъ сторонъ процесса, которымъ факты эти во всякомъ случаѣ гораздо болѣе извѣстны, и когда, притомъ, объясненіемъ стороны утверждается существованіе такихъ фактовъ, которые служатъ основаніемъ требованіямъ стороны противной, то такого рода объясненія должны, безъ сомнѣнія, заслуживать гораздо болѣе довѣрія, чѣмъ показанія свидѣтелей. Такимъ образомъ, основаніе достовѣрности и совершенства этого способа, какъ доказательства, кажется очевиднымъ. Кромѣ того, этотъ способъ доказательства, по крайней мѣрѣ, съ внѣшней стороны можетъ показаться весьма простымъ и несложнымъ, и въ этомъ, пожалуй, также можно было бы видѣть одно изъ преимуществъ его передъ другими, болѣе сложными способами; но, на самомъ дѣлѣ, какъ справедливо замѣчаетъ Думашевскій въ одной изъ передовыхъ статей его, „вопросъ о силѣ и значеніи признанія въ гражданскомъ процессѣ, весьма легкій на первый взглядъ, порождаетъ весьма много затрудненій какъ въ теоріи, такъ и въ практикѣ“, каковое затрудненіе увеличивается еще болѣе вслѣдствіе того, что правила нашего устава, относящіяся до этого способа доказательства, представляютъ, по справедливому замѣчанію Думашевскаго, весьма мало руководительныхъ началъ (Судебн. Вѣст. 1873 года, № 153). Дѣйствительно, стоитъ только сравнить постановленія нашего устава о признаніи съ аналогическими постановленіями законодательствъ иностранныхъ, напр., итальянскаго, чтобы убѣдиться въ томъ, насколько правила нашего устава являются недостаточными и неопредѣлительными въ отношеніи нормированія наиболѣе существенныхъ моментовъ признанія, и преимущественно, въ отношеніи указанія условій доказательной силы признанія, которыя нашимъ уставомъ оставлены почти безъ всякихъ опредѣленій. Начну же я съ разсмотрѣнія тѣхъ статей, постановленіями которыхъ опредѣляется самое понятіе признанія, какъ способа доказательства.

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

Ст. 482. Признаніе, учиненное однимъ изъ соучастниковъ въ дѣлѣ, имѣетъ силу доказательства только въ отношеніи къ тому, кѣмъ оное учинено.

Ст. 483. Соучастники въ дѣлѣ могутъ быть подвергнуты послѣдствіямъ признанія одного изъ нихъ въ такомъ лишь случаѣ, если они обязались круговою съ нимъ порукою.

Въ отношеніи опредѣленія понятія признанія, какъ одного изъ способовъ доказательства, преимущественное значеніе имѣетъ, конечно, правило первой изъ приведенныхъ статей, по разсмотрѣніи которой нетрудно, однако

же, убѣдиться въ томъ, что, по содержанію ея, она распадается собственно на двѣ половины, заключающія въ себѣ совершенно разнородныя постановленія. Такъ, только первое выраженіе: „когда одна изъ сторонъ сама признаетъ дѣйствительность такого обстоятельства, которое служитъ къ утвержденію правъ ея противника“, содержитъ въ себѣ опредѣленіе признанія; въ послѣдующемъ же изложеніи, заключающемся въ словахъ: „то оно (т.-е. признанное обстоятельство) считается не требующимъ дальнѣйшихъ доказательствъ“, указываются собственно послѣдствія признанія. Я остановлюсь сперва на болѣе подробномъ разсмотрѣніи постановленія, заключающагося въ первой половинѣ статьи, потому что точное установленіе самаго понятія признанія, какъ способа доказательства, необходимо, конечно, прежде всего.

На основаніи относящагося къ этому предмету постановленія статьи мнѣ кажется возможнымъ дать такое опредѣленіе понятію этого способа доказательства: признаніе есть такое объясненіе одной изъ сторонъ процесса, въ которомъ сторона эта утверждаетъ существованіе одного изъ такихъ спорныхъ обстоятельствъ, которое можетъ служить къ утвержденію правъ ея противника. Такое опредѣленіе признанія, мнѣ кажется, нельзя не признать вполнѣ согласнымъ съ опредѣленіемъ, даваемымъ этому способу доказательства наукой права, и, потому, вполнѣ правильнымъ. Такъ, напр.., у Бонье мы находимъ такое опредѣленіе понятія признанія: „признаніе“, говоритъ Бонье, „есть объясненіе стороны, которымъ она утверждаетъ существованіе такого факта, изъ котораго вытекаютъ противъ нея извѣстныя юридическія послѣдствія (Traité des preuves, изд. 4, т. I, стр. 440). Изъ такого опредѣленія сами собой вытекаютъ, далѣе, слѣдующія положенія. Во-первыхъ, что, согласно опредѣленію признанія, имѣющемуся и въ нашемъ уставѣ, признаніе, какъ доказательство, можетъ относиться только къ фактамъ спора,—фактамъ, могущимъ влечь, конечно, извѣстныя юридическія послѣдствія, но никакъ не къ праву, какъ это совершенно справедливо замѣтили сенатъ (рѣш. 1879 года, № 1), а изъ нашихъ процессуалистовъ: Малининъ (Судеб. призн., изд. 2, стр. 90) и Михайловъ (Судеб. Вѣст. 1872 г., № 85), вслѣдствіе чего, признаніе стороны, напр., того, что юридическое отношеніе, служащее основаніемъ спору, дѣйствительно должно квалифицироваться постановленіями закона, согласно утвержденію стороны противной или что законность представленнаго ею акта, напр., духовнаго завѣщанія, должна опредѣляться по нормамъ закона, ею указываемымъ, не можетъ имѣть никакого значенія, какъ доказательство, и для суда нисколько не обязательно. Во-вторыхъ, что объясненіе стороны тогда только можетъ имѣть значеніе признанія, какъ доказательства, когда имъ утверждается существованіе такого факта, юридическія послѣдствія котораго, какъ это объяснили наши процессуалисты: Малышевъ (Курсъ гражд. суд., изд. 2, т. 1 стр. 301), Гольмстенъ (Учебн. гражд. суд., стр. 150) и Гедримовичъ въ его рецензіи на монографію Малинина „Судебное признаніе“ (Журн. гражд. и угол пр. 1878 г., кн. 1, стр. 213), должны оказать вредное вліяніе на ея интересы въ процессѣ, и, вмѣстѣ съ тѣмъ, должны служить въ пользу стороны противной, или, какъ сказано въ текстѣ статьи: „должно служить къ утвержденію правъ ея противника“. Поэтому, показаніе стороны о такихъ фактахъ, которые или не могутъ влечь для нея никакихъ вредныхъ послѣдствій, или даже могутъ быть ей полезны, никогда не можетъ имѣть значенія признанія, какъ доказательства, и есть не что иное, какъ только простое объясненіе, въ виду чего, и не можетъ быть признано правильнымъ заключеніе Малинина о томъ, что обстоятельство невыгодности фактовъ, признаваемыхъ стороной, не составляетъ существенной черты или существеннаго признака понятія признанія (Судеб. призн., изд. 2, стр. 5).

Кромѣ этого я не могу не обратить вниманія еще на слѣдующія по-

ложенія, выработанныя теоріей процесса и имѣющія существенное значеніе въ отношеніи точнаго опредѣленія признаковъ признанія, какъ доказательства: а) для того, чтобы признаніе могло получить значеніе доказательства, наука права требуетъ, чтобы объясненіе стороны, которымъ утверждается существованіе обстоятельствъ, могущихъ служить къ утвержденію правъ стороны противной, или лучше сказать, утверждаются заявленія этой послѣдней объ извѣстныхъ фактахъ,—было дано ею, какъ это объяснили и наши процессуалисты: Малышевъ (Курсъ гражд. суд., изд. 2, т. 1, стр. 303) и Гедримовичъ (Журн. гражд. и угол. пр. 1878 г., кн. 1, стр. 225), сознательно и съ намѣреніемъ признать спорные факты именно въ такомъ видѣ, чтобы они, въ силу признанія, дѣйствительно могли влечь юридическія послѣдствія, выгодныя для интересовъ противной стороны, и б) чтобы признаніе извѣстныхъ фактовъ было выражено точно и опредѣлительно. Оба эти требованія имѣютъ весьма существенное значеніе, но первое изъ нихъ имѣетъ значеніе преимущественно въ отношеніи вопроса о безповоротности признанія, который будетъ разсмотрѣнъ мной при толкованіи одной изъ послѣдующихъ статей. Что же касается второго требованія, то нельзя кажется не признать, что на практикѣ весьма рѣдко встрѣчаются случаи вполнѣ точнаго и опредѣлительнаго признанія, т.-е. такого признанія, которымъ бы сторона, дѣлающая его, прямо и безусловно утверждала существованіе юридическихъ фактовъ, изъ которыхъ, по отношенію ея, возникло право стороны противной, или которое все равно служитъ источникомъ ея обязанности, соотвѣтствующей этому праву, и, притомъ, утверждала существованіе фактовъ вполнѣ согласно заявленіямъ о нихъ стороны противной; однимъ словомъ, случаи такъ называемаго простого признанія весьма рѣдки. Напротивъ, въ огромномъ большинствѣ случаевъ сторона, дѣлающая признаніе, не даетъ имъ категорическаго отвѣта на заявленія стороны противной объ извѣстныхъ фактахъ, но обставляетъ свое признаніе различными оговорками, условіями и ограниченіями. Правда, сторона, дѣлающая признаніе, и въ этихъ случаяхъ въ своихъ объясненіяхъ какъ бы признаетъ существованіе тѣхъ или другихъ фактовъ, но, или признаетъ ихъ не въ томъ видѣ, въ какомъ представляетъ ихъ сторона противная, или признаетъ существованіе однихъ и отвергаетъ существованіе другихъ, имѣющихъ тѣсную связь съ первыми, и тому подобное,—такое признаніе называется квалифицированнымъ признаніемъ. Напр., отвѣтчикъ признаетъ фактъ займа имъ денегъ у истца и признаетъ себя обязаннымъ уплатить деньги, но, при этомъ, утверждаетъ, что заемъ былъ сдѣланъ безъ процентовъ; если истецъ не имѣетъ, кромѣ признанія отвѣтчика, никакихъ другихъ доказательствъ своихъ требованій, то искъ его о процентахъ, какъ непризнанный противной стороной и ничѣмъ не удостовѣренный, долженъ быть отвергнутъ. Кромѣ того, могутъ быть еще такіе случаи признанія, когда сторона, дѣлающая его, признаетъ существованіе фактовъ, выставляемыхъ ея противникомъ въ основаніе его требованій, но заявляетъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, о существованіи другихъ фактовъ, имѣющихъ болѣе или менѣе тѣсную связь съ первыми, или даже не стоящихъ съ ними ни въ какой связи, но долженствующихъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, уничтожать значеніе ихъ по отношенію требованій этой послѣдней стороны; такое признаніе называется сложнымъ признаніемъ. Напр., отвѣтчикъ признаетъ, что онъ занималъ деньги у истца, но, вмѣстѣ съ тѣмъ, утверждаетъ, что онъ долгъ свой истцу уплатилъ; или, напр., отвѣтчикъ признаетъ свой долгъ истцу, но, вмѣстѣ съ тѣмъ, утверждаетъ, что онъ не считаетъ себя обязаннымъ платить долгъ на томъ основаніи, что и истецъ состоитъ ему должнымъ равную сумму по другому договору. Изъ приведенныхъ сейчасъ примѣровъ, такимъ образомъ, оказывается, что признаніе, сообразно формѣ выраженія его, распадается собственно

на три вида: а) признаніе простое, б) признаніе квалифицированное и в) признаніе сложное.

Мнѣ казалось небезполезнымъ указать на это раздѣленіе признанія, усвоенное теоріей судопроизводства, на томъ основаніи, что изъ опредѣленій, относящихся до отдѣльныхъ видовъ его, возможно, во всякомъ случаѣ, почерпнуть нѣкоторыя данныя для руководства при обсужденіи доказательнаго значенія признанія вообще. При недостаточности постановленій положительнаго закона нельзя, конечно, пренебрегать никакими указаніями теоріи, могущими хотя сколько-нибудь содѣйствовать къ болѣе или менѣе правильному разрѣшенію тѣхъ недоумѣній, которыя въ практикѣ неизбѣжны. Для суда не можетъ встрѣтиться никакого затрудненія — развѣ только при опредѣленіи значенія, какъ доказательства, признанія простого; что же касается остальныхъ видовъ этого способа доказательства, то уже при встрѣчѣ съ признаніемъ квалифицированнымъ судъ можетъ встрѣтить болѣе или менѣе значительныя затрудненія при опредѣленіи доказательнаго значенія его, когда суду необходимо уяснить себѣ, какіе изъ фактовъ такимъ признаніемъ можно счесть доказанными и какіе нѣтъ. Понятно, что при оцѣнкѣ такого признанія и для уясненія значенія его, судъ долженъ строго взвѣсить все объясненіе стороны, въ которомъ заключается признаніе, во всей его цѣлости и совокупности, а, затѣмъ, опредѣлить значеніе выраженныхъ въ немъ оговорокъ и условій, ограничивающихъ самое признаніе, причемъ, судъ не долженъ толковать признаніе слишкомъ безусловно во вредъ сторонѣ, сдѣлавшей его, и не долженъ извращать общій смыслъ всего объясненія. Еще болѣе затрудненій можетъ представиться при опредѣленіи доказательнаго значенія признанія сложнаго, потому что выяснить при этомъ, принявши во вниманіе объясненіе, заключающее въ себѣ признаніе во всей его цѣлости, тѣ факты, существованіе которыхъ дѣйствительно признается стороной, гораздо труднѣе по самому характеру сложнаго признанія, заключающаго въ себѣ объясненіе о нѣсколькихъ фактахъ, которые могутъ находиться между собой въ различномъ соотношеніи. Что при оцѣнкѣ доказательнаго значенія признанія квалифицированнаго самое объясненіе, заключающее въ себѣ признаніе, не должно быть раздробляемо, или отдѣльныя выраженія его не должны быть разрываемы на части и обсуждаемы отдѣльно, такимъ образомъ, что черезъ оставленіе безъ вниманія выраженій, обусловливающихъ или ограничивающихъ объемъ признанія во вредъ сторонѣ, сдѣлавшей его, извращается точный смыслъ признанія, то въ этомъ, кажется, согласны всѣ; такъ что по отношенію этого вида признанія—положеніе, въ силу котораго объясненіе, заключающее въ себѣ квалифицированное признаніе, должно быть принимаемо во вниманіе во всей цѣлости его содержанія, и что доказательное значеніе такого признанія должно быть обсуждаемо по характеру всего объясненія, — можно признать положеніемъ въ настоящее время въ наукѣ общепринятымъ. Въ этомъ-то положеніи, собственно говоря, и заключается такъ называемое ученіе о нераздробляемости признанія. Ученіе это съ особенной силой поддерживается во Франціи и въ тѣхъ странахъ, законодательства которыхъ образовались по типу законодательства французскаго, какъ, напр., въ Италіи, гдѣ оно нашло себѣ мѣсто и въ положительномъ законѣ; такъ въ code civil и въ итальянскомъ гражданскомъ кодексѣ прямо указывается, что признаніе не должно быть раздробляемо во вредъ лицу, сдѣлавшему его. Но вопросъ о примѣненіи этого ученія ко всѣмъ случаямъ признанія сложнаго представляется въ настоящее время вопросомъ спорнымъ, и многія иностранныя законодательства, подобно тому, какъ и нашъ уставъ, никакихъ опредѣленій о нераздробляемости признанія въ себѣ не содержатъ. Изъ мотивовъ, помѣщенныхъ въ изданіи государственной канцеляріи, между прочимъ, видно, что составители уставовъ признавали за

правиломъ о нераздробляемости признанія съ теоретической точки зрѣнія весьма важное значеніе, но, несмотря на это, сочли, однако же, невозможнымъ прямо выразить это правило въ положительномъ законѣ и внести его въ уставъ, въ видахъ практическихъ удобствъ, такъ какъ, положительное предписаніе о нераздробляемости признанія могло бы иногда, по мнѣнію составителей уставовъ, привести къ невѣрному результату и могло бы, вмѣстѣ съ тѣмъ, стѣснить судъ въ правильномъ разрѣшеніи дѣла. Но, несмотря, однако же, на то, что въ нашемъ уставѣ не содержится никакого положительнаго воспрещенія относительно раздробленія признанія, и что, слѣдовательно, начало недѣлимости сознанія, какъ это видно изъ только-что приведенныхъ мотивовъ, чуждо нашему уставу, сенатъ, усматривая также, вѣроятно, важность этого начала съ теоретической точки зрѣнія, усвоилъ вполнѣ взглядъ французской юриспруденціи, какъ это видно изъ множества его рѣшеній и держится начала нераздробляемости сознанія съ особеннымъ постоянствомъ и настойчивостью. Судя по тому, въ какомъ видѣ начало это проводится до сихъ поръ сенатомъ въ его рѣшеніяхъ, взглядъ его на значеніе сложнаго признанія, какъ доказательства, мнѣ кажется, нельзя не признать правильнымъ и если, затѣмъ, въ чемъ можно упрекнуть сенатъ, такъ это только въ томъ, что онъ считаетъ раздробленіе признанія нарушеніемъ 480 ст., между тѣмъ, какъ на самомъ дѣлѣ, при отсутствіи въ уставѣ правила, воспрещающаго раздробленіе, обстоятельство это само по себѣ не можетъ считаться нарушеніемъ ни 480, ни какой-либо другой статьи, относящейся къ настоящему способу доказательства; и мнѣ кажется, что въ раздробленіи сознанія слѣдуетъ видѣть скорѣе всего нарушеніе общихъ правилъ о распредѣленіи между сторонами обязанности доказывать спорныя обстоятельства дѣла, потому что признаніе судомъ за доказательство такого объясненія стороны, которое на самомъ дѣлѣ никакого сознанія въ себѣ не содержитъ, должно влечь именно къ неправильному распредѣленію между сторонами указанной обязанности.

Если взглядъ сената по занимающему насъ вопросу и возможно признать правильнымъ, то, тѣмъ не менѣе, нельзя также не признать, что рѣшеніями его вопросъ о нераздробляемости сложнаго признанія, во всей его полнотѣ, далеко еще не исчерпанъ, хотя въ одномъ изъ его рѣшеній сенатъ уже выдѣляетъ въ особую категорію такое сложное признаніе, въ которомъ вмѣстѣ съ признаніемъ фактовъ, служащихъ основаніемъ иску, дѣлается заявленіе о такихъ другихъ фактахъ съ цѣлью ослабленія правильности исковыхъ требованій, которые могутъ служить обоснованіемъ, однако же, только особаго возраженія противъ иска и которые, какъ основаніе возраженія, и должны быть самостоятельно доказаны. Въ такихъ случаяхъ, по объясненію сената, факты, первой частью признанія утвержденные, должны считаться доказанными, нисколько независимо отъ объясненій, выраженныхъ во второй части признанія, въ чемъ, затѣмъ, и нарушеніе принципа недѣлимости сознанія усматривать не слѣдуетъ (рѣш. 1878 года, № 191). Желательно было бы, чтобы сенатъ въ дальнѣйшемъ развитіи ученія о недѣлимости признанія не придавалъ слишкомъ безусловное значеніе этому положенію и усвоилъ тѣ ограниченія примѣненія его, которыя выработаны отчасти самой французской судебной практикой и юриспруденціей, а преимущественно современными германскими процессуалистами, ученія которыхъ придерживается и нашъ профессоръ Малышевъ. Указавши сперва тѣ нѣмецкія законодательства, которыя отвергаютъ начало недѣлимости сознанія, и объяснивши, что въ Германіи и юриспруденція вообще высказывается противъ него, Малышевъ признаетъ необходимость примѣненія начала нераздробляемости къ случаямъ такого сложнаго признанія, когда сторона, дѣлающая его, хотя и утверждаетъ существованіе фактовъ, дающихъ начало притязанію стороны противной, но

утверждаетъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, и существованіе фактовъ противоположныхъ, погашающихъ притязаніе, когда, слѣдовательно, показанія стороны касаются фактовъ, находящихся между собой въ извѣстной связи—capita connexa. Въ такомъ показаніи стороны Малышевъ считаетъ невозможнымъ видѣть признаніе и называетъ его непрямымъ отрицаніемъ иска (Курсъ гражд. суд., изд. 2, т. I, стр. 305). Напротивъ, въ тѣхъ случаяхъ сложнаго признанія, когда объясненіе стороны относится къ фактамъ, не имѣющимъ между собой никакой связи, когда сторона, признавая существованіе фактовъ, дающихъ начало притязанію противъ нея стороны противной, утверждаетъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, существованіе совершенно другихъ фактовъ, могущихъ служить къ утвержденію ея собственныхъ правъ противъ этой послѣдней стороны, начало недѣлимости сознанія, по самому существу этого способа доказательства, не должно имѣть никакого примѣненія, потому что за признаніе могутъ считаться только такія объясненія стороны, которыми она удостовѣряетъ существованіе фактовъ, могущихъ служить къ утвержденію правъ ея противника, но не фактовъ, могущихъ служить къ утвержденію ея собственныхъ правъ. Очевидно, что въ этомъ послѣднемъ случаѣ въ объясненіяхъ стороны нельзя также усмотрѣть и никакого, хотя бы непрямого отрицанія требованія стороны противной, вслѣдствіе чего, въ такомъ сложномъ признаніи объясненія стороны, которыми утверждается существованіе фактовъ, дающихъ начало притязанію стороны противной, должны быть отдѣлены отъ другихъ объясненій, клонящихся исключительно въ ея пользу, и, затѣмъ, имъ можетъ быть придано значеніе признанія, какъ доказательства. Такого же взгляда на примѣненіе начала недѣлимости признанія въ различныхъ случаяхъ сложнаго признанія придерживается, повидимому, и Побѣдоносцевъ. Я говорю повидимому—на томъ основаніи, что онъ своего взгляда на ученіе о нераздробляемости сознанія категорически, подобно Малышеву, не выразилъ и судить о немъ можно только по характеру тѣхъ примѣровъ, которые имъ приведены и въ которыхъ описаны случаи, когда, по его мнѣнію, возможно и когда невозможно раздроблять признаніе (Судебн. руков., тезисы 752 и 753). Современная французская юриспруденція также считаетъ возможнымъ допускать раздробленіе сознанія въ тѣхъ случаяхъ, когда объясненіе стороны относится до фактовъ, не имѣющихъ между собой никакой связи, по крайней мѣрѣ, въ пользу допустимости раздѣленія подобныхъ объясненій высказывается Бонье (Traité des preuves, изд. 4, т. I, стр. 451). Въ смыслѣ положеній, развитыхъ французской юриспруденціей по вопросу о примѣнимости начала недѣлимости признанія, высказался изъ нашихъ процессуалистовъ и Малининъ, объясненія котораго по этому предмету представляются даже еще болѣе опредѣлительными, чѣмъ объясненія Малышева. Такъ, по объясненію Малинина, начало недѣлимости признанія не должно имѣть примѣненія въ тѣхъ только случаяхъ сложнаго признанія, когда имъ утверждаются сперва факты, служащіе основаніемъ иску, а, затѣмъ, факты, служащіе основаніемъ возраженія противъ иска, но такого возраженія, которое представляется самостоятельнымъ средствомъ защиты и которое основано на такихъ фактахъ, которые не стоятъ въ связи съ фактами, служащими основаніемъ иску и не относятся къ тому же самому юридическому отношенію. Въ случаяхъ такого признанія, по мнѣнію Малинина, возраженія отвѣтчика должны быть отдѣлены отъ утвержденій его о фактахъ, служащихъ основаніемъ иску, и должны быть имъ самостоятельно доказаны. Напротивъ, въ тѣхъ случаяхъ сложнаго признанія, когда имъ утверждаются факты, служащіе основаніемъ иску, и, вмѣстѣ съ тѣмъ, факты, служащіе основаніемъ хотя и возраженію противъ иска, но факты, относящіеся къ тому же самому юридическому отношенію, безъ всякаго различія того— служатъ ли эти факты основаніемъ возраженію объ условіяхъ или обстоятельствахъ возникновенія и продолженія, а

также прекращенія и исполненія спорнаго отношенія,—начало недѣлимости сознанія, по мнѣнію Малинина, должно имѣть полное примѣненіе и признаніе должно быть принимаемо безъ раздробленія его въ полномъ объемѣ, т.-е. въ смыслѣ непрямого отрицанія иска (Судеб. призн., изд. 2, стр. 132—134). Еще точнѣе какъ эти положенія, такъ и объясненія Малышева по вопросу о примѣнимости начала недѣлимости признанія въ случаяхъ сложнаго признанія могутъ быть выражены, кажется, такъ: начало недѣлимости признанія не должно имѣть примѣненія въ тѣхъ случаяхъ признанія, когда оно относится, какъ къ фактамъ, служащимъ основаніемъ иску, такъ и фактамъ, служащимъ основаніемъ такого возраженія противъ иска, которое, какъ самостоятельное средство защиты противъ иска, можетъ быть предъявляемо не иначе, какъ или прямо въ видѣ встрѣчнаго иска, или же въ видѣ какъ такого иска, такъ и возраженія противъ иска, въ случаѣ, напр., возраженія о недѣйствительности обязательства по какой-либо причинѣ. Если этотъ выводъ правиленъ, то, далѣе, слѣдуетъ признать, что критеріемъ относительно опредѣленія тѣхъ случаевъ сложнаго признанія, когда начало недѣлимости сознанія должно имѣть примѣненіе, должно служить не то обстоятельство—касается ли сознаніе тѣхъ фактовъ, которые относятся къ тому же самому юридическому отношенію, какъ и факты, служащіе основаніемъ иску, но то обстоятельство—касается ли сознаніе какъ этихъ фактовъ, такъ и такихъ фактовъ, которые могутъ служить основаніемъ не только простого возраженія противъ иска, но и основаніемъ иска встрѣчнаго, совершенно уже независимо отъ того—долженъ ли вытекать этотъ послѣдній искъ изъ того же самаго юридическаго основанія, какъ и искъ первоначальный, или же изъ другого. На основаніи этого положенія начало недѣлимости признанія не должно имѣть примѣненія въ тѣхъ случаяхъ, когда, напр., признается долгъ по обязательству, но отвергается обязанность его платежа, на томъ основаніи, что истецъ долженъ въ свою очередь отвѣтчику по другому обязательству, или когда, при признаніи долга по обязательству, обязанность его платежа отвергается на основаніи такого неисполненія этого обязательства истцомъ, которое можетъ служить основаніемъ предъявленія къ нему самостоятельнаго требованія, напр., объ убыткахъ или даже о платежѣ. Въ силу непримѣнимости начала недѣлимости признанія въ этихъ случаяхъ, иски на основаніи признанія должны почитаться доказанными, а утвержденія отвѣтчика объ обстоятельствахъ, освобождающихъ его отъ обязанности платежа, должны быть выдѣлены изъ его сознанія и не должны быть принимаемы въ значеніи ограниченія его сознанія. Въ остальныхъ случаяхъ какъ сложнаго, такъ и квалифицированнаго сознанія принципъ его недѣлимости, напротивъ, долженъ имѣть полное его примѣненіе въ предѣлахъ тѣхъ оговорокъ, которыми ограничивается, или даже уничтожается утвержденіе фактовъ, служащихъ основаніемъ иску, или возраженію. Думашевскій, напротивъ, въ его замѣчаніяхъ на рѣшенія сената, относящихся до настоящаго способа доказательства, рѣшительно высказывается противъ примѣнимости этого начала и не допускаетъ возможности примѣненія его даже и въ тѣхъ случаяхъ, когда объясненія стороны имѣютъ характеръ непрямого отрицанія требованій стороны противной. Онъ утверждаетъ, что даже самый вопросъ о дѣлимости или недѣлимости признанія проистекаетъ изъ недоразумѣнія о самой сущности этого способа доказательства. „Признаніе“, говоритъ Думашевскій, „есть показаніе стороны въ пользу своего противника; изъ этой сущности признанія само собой вытекаетъ, что все, что̀ клонится къ пользѣ дающаго показаніе, а не противника его, не будетъ вовсе признаніемъ, а, потому, о недѣлимости здѣсь и рѣчи не можетъ быть“. Далѣе Думашевскій приводитъ примѣръ такого сложнаго сознанія, которымъ сторона утверждаетъ существованіе фактовъ, изъ которыхъ вытекаетъ долгъ ея противной сторонѣ, но утверждаетъ, вмѣстѣ

съ тѣмъ, объ уплатѣ долга. „Очевидно", продолжаетъ Думашевскій, „что признаніемъ въ изъясненномъ нами смыслѣ будетъ первая половина его показанія; вторая же половина, какъ не клонящаяся къ пользѣ противной стороны, вовсе не будетъ признаніемъ" (Сводъ, т. II, стр. 319). Въ виду изложеннаго, съ этимъ мнѣніемъ Думашевскаго согласиться нельзя, тѣмъ болѣе, что принятіе къ руководству безусловно начала, высказаннаго имъ, на практикѣ нерѣдко могло бы повести къ большой несправедливости, вслѣдствіе сообщенія силы доказательства такому объясненію стороны, которое не только не заключаетъ въ себѣ никакого признанія, но есть не болѣе, какъ косвенное отрицаніе правъ стороны противной. Несмотря на то, что раздѣленіе признанія на простое, квалифицированное и сложное вызывается, несомнѣнно, тѣми формами признанія, въ которыхъ оно на самомъ дѣлѣ обыкновенно выражается, являясь, такимъ образомъ, какъ бы схемой явленій дѣйствительности, указывающей отличительныя черты и значеніе каждаго изъ этихъ видовъ признанія, Гольмстенъ, въ его рецензіи на настоящій „Опытъ комментарія", признавая ученіе о квалифицированномъ признаніи за чахлое созданіе средневѣковой схоластической юриспруденціи, высказывается, слѣдуя взгляду нѣмецкихъ процессуалистовъ Рено и Эндемана, вообще и противъ примѣнимости принципа недѣлимости сознанія. По его мнѣнію, предложить какія-либо общія руководящія начала по отношенію опредѣленія доказательнаго значенія такого признанія, въ которомъ выражены одновременно и возраженія, представляется невозможнымъ, а слѣдуетъ въ каждомъ конкретномъ случаѣ, путемъ логическихъ соображеній, выяснять—содержитъ ли въ себѣ объясненіе стороны признаніе, или отрицаніе, или же утвержденіе какого-либо самостоятельнаго фактическаго обстоятельства (Журн. гражд. и угол. пр. 1880 г., кн. 3, стр. 153). Въ виду, однако же, того обстоятельства, что принципъ недѣлимости признанія и есть именно то общее начало, которое можетъ служить руководствомъ при опредѣленіи доказательнаго значенія признанія, соединеннаго съ возраженіемъ, въ различныхъ случаяхъ сложнаго признанія, приведенное утвержденіе Гольмстена и не можетъ быть признано основательнымъ.

Собственно процессуальное значеніе начала недѣлимости сознанія мной будетъ указано нѣсколько ниже, при опредѣленіи послѣдствій признанія, а пока я долженъ остановиться на разсмотрѣніи еще одного вопроса о томъ, требуетъ ли правило 480 ст., для того, чтобы признаніе могло быть принято въ значеніи доказательства, чтобы оно было выражено непремѣнно положительно, или же по нашему уставу возможно допустить признаніе, выраженное и другими способами? Если принять за основаніе къ разрѣшенію этого вопроса только правило разбираемой статьи, то, пожалуй, слѣдовало бы признать, что только признаніе, выраженное положительно, можетъ имѣть значеніе доказательства; если же, напротивъ, при разрѣшеніи этого вопроса обратить, главнымъ образомъ, вниманіе вообще на самый характеръ состязательнаго процесса, по духу котораго задача суда въ томъ только и заключается, чтобы разрѣшать споры, то понятно, что выводъ изъ этого положенія будетъ таковъ: что коль скоро спора о какихъ-либо фактахъ между сторонами процесса нѣтъ, коль скоро споръ устраненъ—положительнымъ ли признаніемъ фактовъ одною изъ нихъ, или непредставленіемъ возраженій, неоспариваніемъ существованія ихъ, самые факты должны считаться дѣйствительно послѣдовавшими, или другими словами, что при такихъ обстоятельствахъ, т.-е. при неоспариваніи стороной существованія извѣстныхъ фактовъ спора, за доказательство этихъ фактовъ можетъ быть признано молчаливое признаніе стороны. Возможность принятія въ нѣкоторыхъ случаяхъ за доказательство молчаливое признаніе стороны признаетъ и сенатъ, который, какъ мнѣ кажется, совершенно правильно объяснилъ, что: „судъ не можетъ отка-

зать истцу въ удовлетвореніи такого требованія, которое отвѣтчикомъ оставлено безъ всякаго возраженія, такъ какъ молчаніе въ подобномъ случаѣ равносильно признанію" (рѣш. 1869 года, № 1340). Наши процессуалисты: Малининъ (Судеб. призн., изд. 2, стр. 36), Гедримовичъ (Журн. гражд. и угол. пр. 1878 г., кн. 1, стр. 218) и Гольмстенъ (Учеб. гражд. суд., стр. 151), основываясь частью на буквальномъ смыслѣ правила 480 ст., а частью на правилахъ 722 и 335 ст., высказываются, напротивъ, за недопустимость принятія, какъ доказательства, молчаливаго признанія. Малышевъ о допустимости, какъ доказательства, молчаливаго признанія ничего не говоритъ; но зато онъ совершенно справедливо указываетъ на такого рода случаи (Курсъ гражд. суд., изд. 2, т. 1, стр. 301), когда признаніе можетъ быть принято въ значеніи доказательства даже и тогда, когда оно выражено не только словами, но и дѣйствіями, если дѣйствія, выражающія признаніе, имѣютъ характеръ дѣйствій конклюдентныхъ. О значеніи этого способа выраженія признанія я скажу нѣсколько ниже, когда буду говорить вообще о значеніи внѣсудебнаго признанія, какъ доказательства, потому что признаніе, выраженное дѣйствіями, кажется, можетъ встрѣчаться только какъ внѣсудебное признаніе. Здѣсь же я не могу не указать еще на одно, по моему мнѣнію, очень важное замѣчаніе Побѣдоносцева, который предлагаетъ не смѣшивать два различные случая признанія—случай, когда признаніе относится къ утвержденію фактовъ, выставляемыхъ противной стороной и случай, когда признаніе относится только къ доказательству, представленному этой стороной, напр., когда сторона признаетъ только подлинность документа, представленнаго противной стороной (Судебн. руков., тезисъ 741). Это замѣчаніе Побѣдоносцева имѣетъ, впрочемъ, практическое значеніе, преимущественно по отношенію опредѣленія послѣдствій признанія, къ разсмотрѣнію которыхъ я и перехожу.

Въ правилѣ 480 ст. относительно послѣдствій признанія мы имѣемъ только слѣдующее опредѣленіе: „то оно (т.-е. признанное обстоятельство) считается не требующимъ дальнѣйшихъ доказательствъ". Если признанное обстоятельство не требуетъ, въ силу этого опредѣленія, дальнѣйшихъ доказательствъ, то понятно, что прямымъ послѣдствіемъ признанія будетъ то, что тѣ факты, которые выставляются противной стороной въ основаніе ея требованій, чрезъ утвержденіе существованія ихъ стороной, дѣлающей признаніе, должны считаться дѣйствительно доказанными. Но понятно также, что все значеніе послѣдствій признанія для стороны, въ пользу которой оно сдѣлано, проявляется лишь въ томъ случаѣ, когда ею предварительно не было представлено никакихъ доказательствъ въ подтвержденіе признанныхъ фактовъ, потому что вся выгода признанія для нея въ томъ только и заключается, что она, черезъ признаніе, освобождается отъ тягости представлять другія доказательства, въ подтвержденіе этихъ фактовъ. Такимъ образомъ, другое, не менѣе существенное послѣдствіе признанія, какъ доказательства, заключается въ томъ, что имъ перемѣщается onus probandi съ одной стороны на другую, такъ какъ послѣ признанія, сторона, въ пользу которой оно сдѣлано, ipso facto освобождается отъ представленія доказательствъ, въ подтвержденіе признанныхъ фактовъ; изъ чего само собой слѣдуетъ, что сторона, сдѣлавшая признаніе и поддерживающая, несмотря на это, свои возраженія, обязана доказать ихъ; между тѣмъ, какъ до признанія она не была бы обязана доказывать свои возраженія, пока противной стороной не представлено доказательствъ въ подтвержденіе признанныхъ фактовъ. Впрочемъ, такое послѣдствіе признанія можетъ наступить прямо и непосредственно только въ случаѣ признанія простого; въ случаѣ же признанія квалифицированнаго, сторона, въ пользу которой такое признаніе сдѣлано, можетъ быть освобождена отъ представленія другихъ доказательствъ, въ подтвержденіе выставляемыхъ ею

фактовъ также условно и лишь настолько, насколько значеніе этихъ фактовъ не ограничивается и не видоизмѣняется послѣдовавшимъ признаніемъ, такъ что указанное послѣдствіе его въ этомъ случаѣ никогда не можетъ наступить въ полномъ объемѣ, и обязанность представленія другихъ доказательствъ со стороны, въ пользу которой оно послѣдовало, не можетъ быть снята вполнѣ. Что же касается перемѣщенія onus probandi, какъ послѣдствія признанія въ случаяхъ признанія сложнаго, то такое перемѣщеніе можетъ послѣдовать различно, смотря, во-первыхъ, по тому, въ какомъ видѣ является въ данномъ случаѣ сложное признаніе, а во-вторыхъ, смотря по тому, какое начало будетъ принято къ руководству судьей, при опредѣленіи значенія признанія. Если будетъ принято за руководство начало недѣлимости сознанія, ограниченное понятіемъ непрямого отрицанія требованій, то въ томъ случаѣ сложнаго признанія, когда сторона, дѣлающая его, утверждаетъ факты, служащіе къ утвержденію правъ ея противника, и въ то же время утверждаетъ о существованіи фактовъ противоположныхъ, уничтожающихъ всякое значеніе первыхъ, никакого перемѣщенія onus probandi послѣдовать не можетъ; напротивъ, въ другомъ случаѣ сложнаго признанія, когда стороной, сдѣлавшей признаніе, утверждается существованіе въ ея пользу другихъ такого рода фактовъ, имѣющихъ или не имѣющихъ связи съ фактами, ею признанными, и долженствующими служить къ утвержденію правъ стороны противной, которые могутъ служить основаніемъ къ предъявленію ею самостоятельныхъ требованій, перемѣщеніе onus probandi должно послѣдовать приблизительно такимъ же образомъ, какъ и въ случаѣ признанія простого. Отъ правильнаго перемѣщенія onus probandi въ случаяхъ признанія квалифицированнаго и сложнаго должно, конечно, во многомъ зависѣть и правильное разрѣшеніе дѣла; между тѣмъ, въ этихъ случаяхъ, согласно съ дѣйствительнымъ существомъ признанія, распредѣленіе onus probandi между сторонами можетъ представить иногда довольно значительныя затрудненія, вслѣдствіе затруднительности въ каждомъ случаѣ опредѣлить съ точностью самое значеніе признанія, что́ въ свою очередь во многомъ зависитъ отъ правильной оцѣнки тѣхъ ограниченій и условій, которыя нерѣдко вводятся въ признаніе сторонами. Послѣдствія признанія не фактовъ, а доказательствъ, приведенныхъ противной стороной, будутъ нѣсколько иныя, во всякомъ случаѣ они не могутъ имѣть такого неотразимаго значенія для стороны, сдѣлавшей признаніе, какое имѣютъ послѣдствія признанія простого. Въ этомъ послѣднемъ случаѣ сторона, признавшая существованіе извѣстныхъ фактовъ безъ всякихъ оговорокъ, по самой сущности этого способа доказательства, сама себя, конечно, вмѣстѣ съ тѣмъ, лишитъ возможности отвергать существованіе ихъ, потому что признаніе и отрицаніе суть понятія несовмѣстимыя, взаимно другъ друга исключающія; между тѣмъ, какъ въ случаѣ признанія только доказательства, сторона, сдѣлавшая признаніе, ни въ какомъ случаѣ не можетъ быть лишена права отвергать существованіе тѣхъ фактовъ, удостовѣреніемъ которыхъ служатъ представленныя доказательства. Когда, напр., сторона признаетъ подлинность представленнаго противъ нея заемнаго акта, она черезъ это не можетъ быть еще лишена права отвергать самый фактъ займа, посредствомъ представленія, напр., доказательствъ безденежности обязательства и проч.

Говоря о послѣдствіяхъ признанія, я по этому поводу не могу не сдѣлать еще одного замѣчанія о томъ, что въ силу того обстоятельства, что по нашему уставу главнѣйшее послѣдствіе признанія, какъ доказательства, выражается только въ томъ, что факты, окончательно признанные одной стороной, должны считаться доказанными въ пользу стороны противной, признаніе само по себѣ, какъ и всякій другой способъ доказательства, никакъ еще не можетъ вести непремѣнно къ кондемнаціи стороны, сдѣлавшей признаніе, т.-е. никакъ не можетъ вести къ разрѣшенію дѣла непремѣнно про-

тивъ нея; вслѣдствіе чего, нельзя не признать, что въ нашемъ процессѣ признаніе, по справедливому замѣчанію нашихъ процессуалистовъ: Малышева (Курсъ гражд. суд., изд. 2, т. 1, стр. 304) и Малинина (Судеб. призн., изд. 2, стр. 97), никакъ не можетъ считаться суррогатомъ рѣшенія, каковое значеніе оно имѣло въ римскомъ процессѣ, что̀ и выражалось у римлянъ формулой—confessus pro judicato habetur. Не придавая такого значенія признанію и ставя его тѣмъ самымъ просто въ разрядъ прочихъ способовъ доказательства, нашъ уставъ становится на точку зрѣнія вообще современныхъ законодательствъ во взглядѣ на значеніе признанія. Въ самомъ дѣлѣ, признаніе можетъ нерѣдко относиться къ такимъ фактамъ спора, доказанность или недоказанность которыхъ хотя и можетъ имѣть вліяніе на исходъ процесса, но которые, однако же, сами по себѣ не относятся къ категоріи фактовъ, служащихъ главнымъ основаніемъ требованій или возраженій и безъ доказательства которыхъ кондемнація невозможна, не говоря уже о тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ признаніе, какъ доказательство, не можетъ имѣть никакой силы и значенія.

Правила остальныхъ приведенныхъ статей указываютъ послѣдствія признанія, сдѣланнаго однимъ изъ соучастниковъ въ дѣлѣ, причемъ, постановленіе 482 ст. заключаетъ въ себѣ общее правило, которое вытекаетъ изъ самой сущности признанія и вполнѣ согласно съ природой этого способа доказательства. Въ силу правила этой статьи признаніе, какъ доказательство, можетъ имѣть значеніе только по отношенію того изъ тяжущихся, который сдѣлалъ признаніе, но никакъ не по отношенію прочихъ соучастниковъ въ дѣлѣ, когда въ дѣлѣ являются въ качествѣ сторонъ нѣсколько истцовъ или отвѣтчиковъ, т.-е. что признаніе, сдѣланное, положимъ, однимъ изъ соотвѣтчиковъ, никакъ не должно вредить интересамъ прочихъ отвѣтчиковъ по дѣлу. По этому же правилу, по справедливому замѣчанію Малинина (Судеб. призн., изд, 2, стр. 44), должны обсуждаться также и послѣдствія признанія, сдѣланнаго однимъ изъ третьихъ лицъ, привлеченныхъ къ дѣлу или вступившихъ въ него по своей иниціативѣ. Для правопреемниковъ стороны, сдѣлавшей признаніе, и, притомъ, одинаково, какъ для правопреемниковъ универсальныхъ, такъ и сингулярныхъ, послѣдствія признанія, по совершенно справедливому замѣчанію сената (рѣш. 1879 г., № 209), Гедримовича (Журн. гражд. и угол. пр., 1878 г., кн. 1, стр. 219) и Гольмстена (Учебн. гражд. суд., стр. 154), напротивъ, должны быть тѣ же, какъ и для самой стороны, на томъ основаніи, что производство по дѣлу переходитъ къ правопреемникамъ сторонъ въ томъ же видѣ и съ тѣми же доказательствами, съ которыми оно было въ моментъ возникновенія правопреемства, и, въ виду чего, не можетъ быть признано правильнымъ заключеніе Малинина о необязательности признанія для правопреемниковъ сторонъ (Судеб. призн., изд. 2, стр. 39). Изъ общаго правила объ обязательности признанія только для стороны, его сдѣлавшей, въ слѣдующей 483 ст. указанъ одинъ случай исключенія, когда признаніе, сдѣланное однимъ изъ соучастниковъ въ тяжбѣ, стоящимъ на сторонѣ истцовъ или отвѣтчиковъ, получаетъ значеніе и по отношенію прочихъ соистцовъ или соотвѣтчиковъ—это именно въ томъ случаѣ, если „они“ (т.-е. соучастники), какъ сказано въ правилѣ этой статьи, „обязались круговою съ нимъ порукою“. Выраженіе это показываетъ, что послѣдствіямъ признанія, сдѣланнаго однимъ изъ соучастниковъ, прочіе соучастники могутъ быть подвергнуты только въ томъ случаѣ, когда они ищутъ или отвѣчаютъ на основаніи солидарнаго обязательства; но при этомъ, я долженъ замѣтить еще, что точный смыслъ выраженія: „они обязались“, кажется, также съ достаточной ясностью показываетъ, что послѣдствіямъ признанія одного изъ соучастниковъ могутъ быть подвергнуты остальные только въ томъ случаѣ, когда они добровольно приняли на себя солидарную отвѣтственность по обя-

зательству. Извѣстно, между тѣмъ, что есть немало случаевъ, когда солидарную отвѣтственность на нѣсколькихъ лицъ возлагаетъ самъ законъ; это преимущественно въ случаяхъ возникновенія обязательства изъ деликта или quasi-деликта, вслѣдствіе чего, и возникаетъ вопросъ: какое значеніе въ этихъ случаяхъ признаніе, сдѣланное однимъ изъ соучастниковъ, должно имѣть по отношенію прочихъ? Если принять, во-первыхъ, во вниманіе то обстоятельство, что по правиламъ толкованія постановленію 483 ст., какъ исключенію, должно быть дано безусловно значеніе лимитативное, а во-вторыхъ, что по смыслу этой статьи дѣйствіе признанія, сдѣланнаго однимъ изъ соучастниковъ, по отношенію остальныхъ, обусловливается предварительнымъ удостовѣреніемъ передъ судомъ, конечно, другими доказательствами, существованія между ними самаго солидарнаго обязательства, каковыхъ доказательствъ, по самой природѣ тѣхъ фактовъ, которые порождаютъ солидарное обязательство, въ силу закона, въ настоящемъ случаѣ, и быть не можетъ; то уже вслѣдствіе одного этого обстоятельства, или невозможности выполненія сейчасъ указаннаго условія, слѣдуетъ придти, скорѣе, къ отрицательному отвѣту на поставленный вопросъ и признать, что послѣдствіямъ сознанія одного изъ соучастниковъ въ такомъ дѣяніи, которое даетъ, въ силу закона, начало солидарной отвѣтственности, не должны быть подвергаемы прочіе соучастники. Отвѣтъ утвердительный, или распространеніе дѣйствія правила 483 ст. и на случаи солидарной отвѣтственности соучастниковъ въ силу самого закона представляется невозможнымъ еще болѣе потому, что черезъ допущеніе признанія одного изъ соучастниковъ, какъ доказательства, въ подтвержденіе самаго факта участія другихъ лицъ въ дѣяніи, служащемъ по закону основаніемъ солидарной отвѣтственности, открылась бы возможность подвергать послѣдствіямъ сознанія, сдѣланнаго однимъ изъ соучастниковъ, прочихъ, единственно только въ силу этого сознанія, при отсутствіи какихъ-либо другихъ доказательствъ ихъ участія—результатъ невозможный. Поэтому, повторяю еще разъ, будетъ, какъ мнѣ кажется, согласнѣе съ закономъ и справедливѣе дать отрицательный отвѣтъ на поставленный вопросъ и признать, что дѣйствіе правила 483 ст. не должно быть распространяемо на случаи сознанія, сдѣланнаго однимъ изъ соучастниковъ такого дѣянія, за которое по закону соучастники подвергаются солидарной денежной отвѣтственности. Кромѣ того, по отношенію дѣйствія правила этой статьи, мнѣ кажется, слѣдуетъ также признать, что признаніе, сдѣланное однимъ соучастникомъ, не должно имѣть никакихъ вредныхъ послѣдствій для интересовъ прочихъ соучастниковъ въ томъ случаѣ, когда признаніе относится не къ фактамъ, а только къ доказательству, когда, напр., одинъ изъ соучастниковъ признаетъ подлинность акта, въ которомъ выражено солидарное обязательство, служащее основаніемъ спору. Я полагаю, что такое признаніе никоимъ образомъ не можетъ лишать прочихъ соучастниковъ права опровергать подлинность этого акта, посредствомъ заявленія сомнѣнія противъ подлинности акта, или посредствомъ предъявленія спора о подлогѣ. Это на томъ основаніи, что общее правило, выраженное въ 480 ст., говоритъ только о дѣйствіи сознанія, относящагося къ фактамъ, вслѣдствіе чего, необходимо заключить, что и исключеніе, выраженное въ разбираемой статьѣ, должно также относиться къ тому же самому виду признанія, о которомъ говорится въ правилѣ общемъ. По этому общему правилу, по справедливому замѣчанію Малинина (Судеб. приз., изд. 2, стр. 43), должны обсуждаться послѣдствія признанія, сдѣланнаго однимъ изъ соучастниковъ въ дѣлѣ, также и въ случаяхъ спора о какомъ-либо общемъ имуществѣ, или о какомъ-либо нераздѣльномъ правѣ, или нераздѣльномъ обязательствѣ, а тѣмъ болѣе въ случаяхъ спора о такомъ обязательствѣ, по которому каждый изъ соучастниковъ является отвѣтственнымъ въ извѣстной опредѣленной долѣ.

Еще недостаточно, конечно, опредѣлить самое понятіе того или другого способа доказательства; не менѣе важное значеніе имѣетъ, безъ сомнѣнія, кромѣ того, и точное указаніе въ законѣ условій доказательной силы его или опредѣленіе условій допустимости того или другого способа доказательства, между тѣмъ, на самомъ дѣлѣ относительно признанія мы имѣемъ въ слѣдующей статьѣ устава только отрывочное указаніе по этому предмету.

Ст. 484. Признаніе лица, объявленнаго несостоятельнымъ должникомъ, не имѣетъ силы въ дѣлахъ объ его имуществѣ съ того времени, какъ онъ признанъ несостоятельнымъ.

Въ настоящей статьѣ указанъ только одинъ случай, когда сознаніе, сдѣланное лицомъ неполноправнымъ, именно несостоятельнымъ должникомъ, не принимается за доказательство; между тѣмъ, какъ въ настоящее время всѣ почти западно-европейскія законодательства заключаютъ въ себѣ постановленія, въ видѣ общаго правила, требующія для дѣйствительности признанія, какъ доказательства, чтобы признаніе было сдѣлано лицомъ полноправнымъ и по закону способнымъ распоряжаться своимъ имуществомъ. Такъ, напр., итальянскій гражданскій кодексъ въ этомъ отношеніи прямо постановляетъ: „для того, чтобы быть дѣйствительнымъ, признаніе должно быть сдѣлано лицами, способными входить въ обязательства“ (ст. 1361). Начало это, или что для дѣйствительности признанія, какъ доказательства, необходимо, чтобы оно исходило отъ лица, обладающаго полной гражданской правои дѣеспособностью, или обладающаго способностью къ распоряженію—facultas disponendi, можно, кажется, признать и въ наукѣ въ настоящее время общепринятымъ. Начало это считается, вмѣстѣ съ тѣмъ, первымъ и самымъ необходимымъ условіемъ доказательной силы признанія, или условіемъ допустимости его, какъ доказательства. Это на томъ основаніи, что признаніе по самой сущности своей природы, а еще болѣе по послѣдствіямъ, отличается чертами, свойственными актамъ распоряженія, вслѣдствіе чего, и условія дѣйствительности его должны быть тѣ же самыя, какъ и условія дѣйствительности этого рода актовъ. Въ самомъ дѣлѣ, лицо, дѣлающее признаніе, въ особенности въ томъ случаѣ, когда противной стороной не представлено никакихъ доказательствъ ея требованій, дѣйствительно этимъ способомъ можетъ свободно уступить свои права на имущество, можетъ обременить себя долгомъ и проч., что лица неполноправныя дѣлать не въ правѣ и на основаніи постановленій нашего матеріальнаго права. Поэтому, отчасти на этомъ основаніи, а еще болѣе потому, что указанное условіе доказательной силы признанія есть основаніе логическое, вытекающее изъ самой природы этого способа доказательства, я и полагаю, что, несмотря на молчаніе объ этомъ условіи нашего устава, наличность его для допустимости признанія, какъ доказательства, необходима въ одинаковой мѣрѣ и у насъ, вслѣдствіе чего, необходимо, далѣе, признать, что признаніе, сдѣланное лицомъ неполноправнымъ, напр. несовершеннолѣтнимъ, состоящимъ подъ опекой по болѣзни и проч., и у насъ не можетъ имѣть никакой силы, какъ доказательство. Что въ этихъ случаяхъ, а равно что и вообще сознаніе, сдѣланное лицомъ неполноправнымъ, должно быть признаваемо недѣйствительнымъ даже по правиламъ нашего закона, признаютъ и наши процессуалисты: Малышевъ (Курсъ гражд. суд., изд. 2, т. 1, стр. 302), Малининъ (Судебн. приз., изд. 2, стр. 54) и Гольмстенъ (Учеб. гражд. суд., стр. 153). Но, мнѣ кажется, что даже сознаніе, сдѣланное лицомъ, состоящимъ подъ опекой за расточительность, безъ согласія опекуна, по совершенно справедливому замѣчанію Гедримовича (Журн. гражд. и угол. пр. 1878 г., кн. 1, стр. 221) и Гольмстена (Учеб. гражд. суд., стр. 153), не можетъ быть признаваемо въ силѣ доказательства, несмотря на то, что лица эти, на основаніи 20 ст. уст., не лишаются права искать и отвѣчать на судѣ, на томъ основаніи, что они правиломъ этой же

статьи лишены права, безъ согласія опекуна, предпринимать на судѣ не только важнѣйшія процессуальныя дѣйствія, но и акты распоряженія, какъ, напр., оканчивать дѣло миромъ, дѣлать какія-либо уступки и проч.; а, какъ послѣдствія признанія всегда бываютъ вредны для лица, сдѣлавшаго его, и всегда ведутъ къ какой-либо уступкѣ въ пользу стороны противной, то я и полагаю, что выраженное мной предположеніе относительно силы признанія лицъ, состоящихъ подъ опекой за расточительность, имѣетъ достаточное основаніе въ законѣ, вслѣдствіе чего, и не можетъ быть признано правильнымъ противоположное этому положенію заключеніе Малинина о допустимости признанія, какъ доказательства, сдѣланнаго расточителемъ (Судебн. призн., изд. 2, стр. 58). Также точно не можетъ быть придаваемо никакого значенія признанію несовершеннолѣтняго, данному безъ согласія его попечителя, какъ лица, неуправомоченнаго закономъ на полное распоряженіе его имуществомъ, за исключеніемъ только тѣхъ случаевъ, когда бы признаніе несовершеннолѣтнимъ было сдѣлано по спору о такой сдѣлкѣ, которая относилась бы къ управленію его имѣніемъ, какъ, напр., по спору о наймѣ рабочихъ, заборѣ припасовъ для имѣнія, отчужденія плодовъ имѣнія и тому подобныхъ, въ случаяхъ каковыхъ споровъ признаніе несовершеннолѣтняго, по совершенно справедливому замѣчанію Малинина (Судеб. призн., изд. 2, ст. 54) и Гольмстена (Учеб. гражд. суд., стр. 153), напротивъ, должно быть принимаемо за доказательство, на томъ основаніи, что несовершеннолѣтній правиломъ 220 ст. X т. 1 ч. уполномачивается на управленіе его имѣніемъ самостоятельно. Хотя положеніе о недѣйствительности сознанія, сдѣланнаго лицомъ неполноправнымъ, должно считаться за общее правило, но я не могу не указать здѣсь на одинъ случай исключенія изъ этого общаго правила, приводимый Бонье, —случай, который, какъ мнѣ кажется, можетъ имѣть значеніе и у насъ; именно Бонье, признавая, что признаніе, сдѣланное несовершеннолѣтнимъ, не имѣетъ никакого значенія, какъ доказательство, утверждаетъ затѣмъ, что и сознаніе несовершеннолѣтняго можетъ быть признано за доказательство, когда оно сдѣлано имъ въ подтвержденіе факта совершенія имъ деликта или quasi-деликта (Traité des preuves, изд. 4, т. I, стр. 442). Этого же мнѣнія придерживается и нашъ процессуалистъ Малининъ (Судебн. призн., изд. 2, стр. 55).

Во-вторыхъ, признаніе не можетъ быть допущено, какъ доказательство, какъ это справедливо замѣчаетъ Бонье, въ подтвержденіе фактовъ, которыми затрогивается высшій публичный интересъ и которые, собственно говоря, стоятъ внѣ воли частныхъ лицъ и не могутъ потому подлежать свободному ихъ распоряженію, какъ, напр., событія рожденія, смерти, принадлежности къ извѣстному сословію и проч., однимъ словомъ, какъ кажется, всѣ тѣ факты, существованіе которыхъ по закону удостовѣряется актами состоянія. Не можетъ быть, кажется, сомнѣнія, что признаніе въ доказательство этихъ фактовъ не можетъ быть допущено и въ нашемъ гражданскомъ процессѣ, потому что и это основаніе недопустимости сознанія, какъ доказательства, также логически вытекаетъ изъ самой природы этого способа доказательства; но, кромѣ этого, хотя на частный случай, тѣмъ не менѣе, мы имѣемъ и прямое воспрещеніе въ нашемъ гражданскомъ матеріальномъ правѣ принимать за доказательство, напр., возраста лица одно собственное показаніе его объ этомъ (т. X ч. 1 ст. 216). Я указалъ этотъ случай для примѣра; но, вѣроятно, въ сводѣ законовъ возможно найти подобное же воспрещеніе принимать признаніе за доказательство и другихъ фактовъ состоянія. Конечно, было бы гораздо лучше, еслибы воспрещеніе это было выражено въ законѣ прямо, въ видѣ общаго правила, во избѣжаніе могущихъ встрѣтиться на практикѣ недоумѣній, по поводу возможности принятія въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ только что указаннаго начала. Наши процессуалисты: Мали-

нинъ (Судебн. призн., изд. 2, стр. 83) и Гольмстенъ (Практика гражд. суда. Журн. гражд. и угол. пр. 1881 г., кн. 2, стр. 10) также признаютъ, что права состоянія, какъ права не отчуждаемыя и не подлежащія распоряженію по волѣ лицъ частныхъ, не могутъ подлежать доказыванію посредствомъ признанія и въ нашемъ процессѣ, въ силу чего, напр., въ искахъ о незаконности рожденія, предъявляемыхъ обыкновенно къ матери незаконнорожденнаго, доказательствомъ незаконности рожденія не можетъ быть принимаемо сознаніе матери ребенка, тѣмъ болѣе, что въ этихъ искахъ, какъ справедливо замѣтилъ Гольмстенъ, мать незаконнорожденнаго и не является, собственно говоря, отвѣтчицей по дѣлу, вслѣдствіе того, что опредѣленію въ дѣлѣ подлежатъ не ея права, но права ребенка. Кромѣ того, говоря о недопустимости признанія въ доказательство фактовъ состоянія, я не могу, при этомъ, не замѣтить еще, что въ силу того обстоятельства, что признаніе по самой природѣ его вообще можетъ быть допускаемо только въ доказательство такихъ фактовъ, которые могутъ подлежать свободному распоряженію частныхъ лицъ,—этотъ способъ доказательства не можетъ быть, кажется, допускаемъ въ подтвержденіе фактовъ судопроизводственныхъ, или вообще фактовъ, существованіе которыхъ по закону удостовѣряется актами присутственныхъ мѣстъ, потому что и эти факты нисколько не зависятъ отъ воли частныхъ лицъ. Такъ, мнѣ кажется, что единственно на основаніи признанія никоимъ образомъ не можетъ считаться доказаннымъ, напр., тотъ фактъ, что данное дѣло уже было въ производствѣ и рѣшено безъ представленія въ доказательство этого факта или копіи рѣшенія, или удостовѣренія о томъ надлежащаго судебнаго мѣста. Если это послѣднее замѣчаніе вѣрно, то, вмѣстѣ съ тѣмъ, необходимо признать, что признаніемъ могутъ быть доказываемы, какъ это указали и наши процессуалисты: Малининъ (Судеб. призн., изд. 2, стр. 83) и Гольмстенъ (Журн. гражд. и угол. пр. 1881 года, кн. 2, стр. 10), едва ли не исключительно только факты, относящіеся или къ договорнымъ соглашеніямъ, или факты, возникновеніе которыхъ вполнѣ зависитъ, по крайней мѣрѣ, отъ свободнаго распоряженія частныхъ лицъ, какъ напр., единоличныя дѣйствія, влекущія за собой гражданскую отвѣтственность и проч.

Что касается собственно доказательства признаніемъ фактовъ, относящихся къ договорнымъ соглашеніямъ, то въ этомъ отношеніи можетъ возникнуть нѣкоторое недоумѣніе о томъ—слѣдуетъ ли считать этотъ способъ доказательства допустимымъ, въ подтвержденіе фактовъ, существованіе которыхъ по закону должно быть удостовѣряемо не иначе, какъ актами крѣпостными; или, другими словами—фактовъ, установляющихъ переходъ или ограниченіе вещныхъ правъ на недвижимое имущество? Вопросъ этотъ долженъ быть разрѣшенъ, кажется, утвердительно, какъ это полагаетъ и Думашевскій, который въ пользу разрѣшенія его въ такомъ смыслѣ приводитъ слѣдующія соображенія. „Дѣйствительно“, говоритъ онъ, „хотя права эти могутъ быть установлены только указанными въ законѣ формальными актами, тѣмъ не менѣе споры о сихъ правахъ могутъ быть разрѣшены на основаніи сознанія. Это оправдывается какъ ролью суда въ процессѣ, такъ и сущностью признанія. Роль суда въ процессѣ ограничивается разрѣшеніемъ между сторонами спора. Слѣдовательно, коль скоро споръ между сторонами какимъ бы то ни было способомъ прекращенъ—въ цѣломъ или въ части—дѣятельность суда въ томъ же размѣрѣ устраняется. Съ другой стороны, сущность признанія въ томъ только и заключается, что оно дѣлаетъ данный предметъ—предметъ сознанія—безспорнымъ. Слѣдовательно, если предметъ процесса, путемъ сознанія, сдѣлался безспорнымъ, относительно этого предмета не остается никакого мѣста для дѣятельности суда. Припомнимъ еще“, говоритъ Думашевскій, „что всякій процессъ имѣетъ своею задачею не устано-

вленіе какихъ-либо правъ, а только разрѣшеніе спора о правахъ между двумя сторонами; слѣдовательно, коль скоро споръ этотъ между ними прекратился, суду остается только констатировать этотъ фактъ точно такъ же, какъ въ случаѣ примиренія" (Сводъ, т. II, стр. 319). Возможность разрѣшенія, на основаніи признанія, споровъ о правѣ собственности на недвижимое имущество признаетъ въ принципѣ и сенатъ, хотя высказанныя имъ по этому предмету соображенія и не заключаютъ въ себѣ опредѣлительныхъ указаній на основанія разрѣшенія вопроса въ этомъ смыслѣ (рѣш. 1869 года, № 1081). Малышевъ по занимающему насъ вопросу не высказывается категорически, а говоритъ только о невозможности допускать признаніе, какъ доказательство, въ подтвержденіе такихъ фактовъ, которые по закону могутъ быть удостовѣряемы не иначе, какъ формальными актами, когда въ доказательство выставляется внѣсудебное сознаніе (Курсъ гражд. суд., изд. 2, т. 1, стр. 303), но вопросъ о допустимости, какъ доказательства, собственно внѣсудебнаго сознанія имѣетъ совершенно другое значеніе, о чемъ я скажу при разсмотрѣніи правила 479 ст. Другіе наши процессуалисты Малининъ (Судеб. призн., изд. 2, стр. 87) и Гольмстенъ (Учеб. гражд. суд., стр. 154), напротивъ, прямо и категорически высказываются за недопустимость признанія въ доказательство правъ на недвижимое имущество, съ каковымъ заключеніемъ, въ виду соображеній, высказанныхъ Думашевскимъ, согласиться нельзя, тѣмъ болѣе, что права на недвижимыя имущества не изъяты изъ сферы правъ отчуждаемыхъ и подлежащихъ распоряженію по волѣ лицъ частныхъ. Несмотря на это, въ нашей судебной практикѣ также были попытки разрѣшить вопросъ о допустимости признанія, какъ доказательства, въ спорахъ о правахъ на недвижимыя имущества въ смыслѣ мнѣнія, высказаннаго по этому вопросу Малининымъ и Гольмстеномъ. Такъ, по крайней мѣрѣ, изъ одного рѣшенія Рязанскаго окружнаго суда по дѣлу Федотовыхъ съ Акимовыми видно, что по мнѣнію суда, въ искѣ о недвижимомъ имуществѣ при непредставленіи крѣпостного акта въ доказательство правъ на оное, оно не можетъ быть присуждено единственно на основаніи сознанія отвѣтчика о принадлежности его истцу (Судеб. Вѣст. 1868 г., № 92). Что же касается замѣчаній Думашевскаго, то нѣтъ сомнѣнія, что онъ, высказывая ихъ, имѣлъ въ виду исключительно сознаніе, дѣлаемое на судѣ, и съ мнѣніемъ его хотя и можно согласиться, и можно даже принять его за руководство, какъ общее правило, но не безусловно, потому что на самомъ дѣлѣ можно указать и нѣкоторые случаи исключенія, которые вытекаютъ также изъ самой сущности сознанія, какъ доказательства, когда сознаніе, сдѣланное даже на судѣ, не можетъ быть принимаемо за доказательство въ подтвержденіе факта перехода или ограниченія вещныхъ правъ на недвижимое имущество, которыя я и укажу нѣсколько ниже, когда буду говорить о силѣ сознанія, даваемаго не лично самими тяжущимися, а ихъ представителями. Теперь же я долженъ еще обратить вниманіе на содержаніе самаго правила разбираемой 484 ст., такъ какъ оно имѣетъ ближайшее отношеніе къ занимающему насъ вопросу, объ условіяхъ допустимости признанія, какъ доказательства.

Выше я уже замѣтилъ, что въ правилѣ этой статьи указанъ одинъ случай, когда сознаніе, сдѣланное лицомъ неполноправнымъ — несостоятельнымъ должникомъ, не принимается за доказательство, но это не болѣе, какъ только выводъ изъ правила 484 ст., на самомъ же дѣлѣ оно редактировано настолько неудачно, что можетъ давать поводъ къ предположенію о томъ, что сознаніе, сдѣланное несостоятельнымъ до объявленія его несостоятельности, можетъ подлежать пораженію недѣйствительностью, вслѣдствіе объявленія его несостоятельнымъ. Такое предположеніе, по справедливому замѣчанію Гольмстена, сдѣланному имъ въ его рецензіи на настоящій „Опытъ комментарія", ни въ какомъ случаѣ, однако же, допущено быть не можетъ,

на томъ основаніи, что принятіе его могло бы вести къ результатамъ совершенно несообразнымъ, напр., къ признанію недѣйствительными уже состоявшихся рѣшеній, основанныхъ на признаніи лица, объявленнаго несостоятельнымъ, вслѣдствіе чего, Гольмстенъ совершенно основательно полагаетъ, что недѣйствительнымъ должно считаться признаніе несостоятельнаго только въ томъ случаѣ, когда оно сдѣлано имъ послѣ момента объявленія его несостоятельнымъ, но никакъ не прежде (Журн. гражд. и угол. пр. 1880 г., кн. 3, стр. 155). Что только въ этихъ случаяхъ признаніе, сдѣланное несостоятельнымъ, не должно имѣть никакого значенія, признаютъ и другіе наши процессуалисты: Малининъ (Судеб. призн., изд. 2, стр. 63) и Гедримовичъ (Журн. гражд. и угол. пр. 1878 г., кн. 1, стр. 222). Малининъ, впрочемъ, полагаетъ, что признаніе несостоятельнаго, сдѣланное имъ даже послѣ объявленія его несостоятельнымъ, но до момента учрежденія конкурса, должно имѣть значеніе, какъ доказательство, противъ правильности какового положенія совершенно справедливо возражаетъ Гедримовичъ, основываясь на правилѣ разбираемой статьи. Если въ какихъ случаяхъ признаніе несостоятельнаго, сдѣланное послѣ объявленія несостоятельности, и можетъ имѣть значеніе доказательства, то развѣ только въ случаяхъ, указанныхъ Гольмстеномъ, и именно, или въ дѣлахъ личнаго свойства, напр. въ спорахъ о правахъ семейныхъ, или въ такихъ дѣлахъ объ имуществѣ, отъ веденія которыхъ конкурсное управленіе отказалось, предоставивъ веденіе ихъ самому несостоятельному (Учеб. гражд. суд., стр. 153).

Кромѣ сказаннаго объ условіяхъ допустимости признанія, какъ доказательства, я считаю здѣсь у мѣста сдѣлать нѣкоторыя замѣчанія, во-первыхъ, о томъ—можетъ ли признаніе, сдѣланное не сами тяжущимися лично, но ихъ законными или договорными представителями, быть допущено при тѣхъ же условіяхъ, и, во-вторыхъ, въ какой степени обязательно для нихъ сознаніе, сдѣланное этими представителями? Обращаясь къ разрѣшенію перваго вопроса, я остановлюсь сперва на опредѣленіи условій допустимости сознанія, какъ доказательства, исходящаго отъ законныхъ представителей тяжущихся, и именно опекуновъ. Мы видѣли уже, что признаніе, по самой сущности его, отличается чертами, свойственными актамъ распоряженія и что вслѣдствіе этого для дѣйствительности его необходима facultas disponendi и что, наконецъ, въ силу этого послѣдняго обстоятельства, оно можетъ быть допускаемо, какъ доказательство, только въ подтвержденіе фактовъ, зависящихъ отъ воли частнаго лица и, притомъ, въ предѣлахъ его facultatis disponendi. Примѣняя эти общія условія допустимости сознанія, какъ доказательства, къ занимающему насъ случаю, мы должны, конечно, признать, что сознаніе опекуна, какъ доказательство, можетъ быть допущено, какъ это совершенно справедливо замѣтилъ и Малининъ (Судеб. призн., изд. 2, стр. 74), только въ предѣлахъ его особой facultas disponendi имуществомъ подопечнаго. По законамъ гражданскимъ право опекуна на распоряженіе имуществомъ подопечнаго представляется ограниченнымъ во многихъ отношеніяхъ; такъ, въ огромномъ большинствѣ случаевъ, опекунъ не въ правѣ своею властью, безъ разрѣшенія опеки или даже сената, отчуждать движимое и недвижимое имущество малолѣтняго (277 ст. X т. 1 ч.); не въ правѣ также обременять имѣніе малолѣтняго залогомъ и выдавать отъ его имени заемныя обязательства (275 ст. по прод. 1863 г. и 281 ст. X т. 1 ч.) и проч. Если же признаніе, сдѣланное опекуномъ, можетъ быть признано за доказательство только въ томъ случаѣ, когда оно сдѣлано въ предѣлахъ его facultas disponendi, то изъ этого необходимо заключить, что во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда признаніе опекуна относится къ такимъ фактамъ, права распоряженія которыми самостоятельно онъ по законамъ гражданскимъ лишенъ, не должно имѣть, какъ доказательство, никакого значенія, въ особенности въ тѣхъ слу-

чаяхъ, когда опекунъ признаетъ въ пользу противной стороны такіе факты, въ подтвержденіе которыхъ не представлено ею никакихъ доказательствъ и когда, слѣдовательно, намѣреніе опекуна распорядиться имуществомъ малолѣтняго во вредъ его можетъ быть очевидно. Обращать вниманіе на недѣйствительность сознанія опекуна въ этихъ случаяхъ, кажется, судъ обязанъ ex officio, потому что постановленія, ограничивающія права опекуна на распоряженіе имуществомъ подопечныхъ, установлены въ интересѣ публичномъ, вслѣдствіе чего, и самъ опекунъ, въ силу своей опекунской обязанности, имѣющей свои основанія, конечно, въ правѣ публичномъ, обязанъ не выходить, относительно распоряженія имуществомъ подопечнаго, изъ предѣловъ, указанныхъ въ законѣ, а тѣмъ болѣе, конечно, обязанъ судъ охранять дѣйствіе такихъ постановленій закона, которыми затрогивается интересъ публичный и когда, притомъ, какъ въ настоящемъ случаѣ, невозможно и предполагать, чтобы на недѣйствительность сознанія опекуна было обращено вниманіе противной стороной, потому что сознаніе опекуна есть дѣйствіе полезное для нея. Изъ сказаннаго, такимъ образомъ, оказывается, что признаніе опекуновъ, какъ доказательство, должно быть допускаемо при тѣхъ же условіяхъ, какъ и сознаніе самихъ тяжущихся, но что только граница допустимости его нѣсколько уже, вслѣдствіе большей ограниченности ихъ facultas disponendi.

Небезъинтереснымъ, впрочемъ, при этомъ, мнѣ кажется, остановиться еще на одномъ вопросѣ о томъ: какое значеніе, какъ доказательство, можетъ имѣть сознаніе, сдѣланное опекуномъ, разумѣется въ указанныхъ выше предѣлахъ, въ томъ случаѣ, когда дѣлами подопечнаго завѣдуютъ нѣсколько опекуновъ, но когда сознаніе сдѣлано только однимъ изъ нихъ? Въ разрѣшеніе этого вопроса Петербургская судебная палата, въ рѣшеніи ея по дѣлу Кривоноговой, высказала, какъ мнѣ кажется, совершенно правильное положеніе, что сознаніе иска, сдѣланное однимъ опекуномъ, не имѣетъ никакой силы и значенія, какъ доказательство, при отрицаніи тѣхъ же фактовъ другимъ опекуномъ (Судебн. Вѣстн. 1873 года, № 139). Мотивы этого рѣшенія не вполнѣ опредѣлительны, но, тѣмъ не менѣе, нельзя не признать указанное положеніе совершенно правильнымъ на томъ основаніи, что распоряжаться имуществомъ подопечнаго всѣ опекуны должны не иначе, какъ совмѣстно и по общему согласію. Начало это, если и не высказано прямо въ законѣ, но можетъ быть, однако же, выведено изъ тѣхъ постановленій его, которыми отвѣтственность за упущенія по управленію дѣлами подопечнаго возлагается въ одинаковой мѣрѣ на всѣхъ опекуновъ (290 и 291 ст. X т. 1 ч.); кромѣ того, начало это вызывается дѣйствительной потребностью и оправдывается тѣмъ общимъ соображеніемъ, по которому необходимо признать, какъ это справедливо замѣчаетъ Думашевскій, что тамъ, гдѣ нѣсколько лицъ уполномочены къ одинаковымъ дѣйствіямъ, они могутъ дѣйствовать только совмѣстно, иначе въ ихъ дѣйствіяхъ необходимо обнаружится невообразимый хаосъ (Продол. къ I-му т. Свода, стр. 8). Поэтому, мнѣ кажется, необходимо признать, что только сознаніе, поддерживаемое всѣми опекунами, или по крайней мѣрѣ не отрицаемое прочими, когда оно сдѣлано однимъ изъ нихъ, можетъ быть принято въ значеніи доказательства. Въ самомъ дѣлѣ, нѣтъ, кажется, основанія не принимать за доказательство сознаніе одного изъ опекуновъ, напр., въ томъ случаѣ, когда остальные опекуны или не явились въ засѣданіе, или явились, но со своей стороны ничего не возражали противъ правильности сознанія. Согласно только что изложеннымъ началамъ должно, по замѣчанію Малинина (Судеб. призн., изд. 2, стр. 76), опредѣляться значеніе признанія, какъ доказательства, дѣлаемаго какъ однимъ, такъ и нѣсколькими другими законными представителями, какъ лицъ частныхъ физическихъ, напр., конкурсомъ, душеприкащикомъ и проч., такъ и предста-

вителями лицъ юридическихъ, напр. администраторами какого-либо торговаго товарищества, акціонерной компаніи и проч., а равно представителями различныхъ учрежденій государственныхъ и общественныхъ и проч., въ тѣхъ случаяхъ, когда они лично ведутъ дѣло. Такимъ образомъ, и по отношенію опредѣленія значенія признанія, какъ доказательства, дѣлаемаго этими послѣдними представителями, завѣдующими, въ силу закона, матеріальными гражданскими правоотношеніями тяжущихся, слѣдуетъ принимать всегда во вниманіе—относится ли сдѣланное ими признаніе до такого предмета, распоряженіе которымъ входитъ въ сферу ихъ facultatis disponendi, отведенную имъ закономъ, или договоромъ, или инымъ актомъ, устанавливающимъ существованіе юридическаго лица, или нѣтъ.

Что касается, далѣе, условій допустимости признанія, какъ доказательства, повѣренныхъ тяжущихся, то въ разрѣшеніе этого вопроса мы не имѣемъ никакихъ указаній въ уставѣ. Нѣкоторыя иностранныя законодательства, какъ, напр., французскій code civil и итальянскій гражданскій кодексъ требуютъ для дѣйствительности признанія повѣренныхъ существованіе въ выдаваемыхъ имъ довѣренностяхъ спеціальной прокураціи именно на этотъ предметъ; нашъ же уставъ, повидимому, никакого особаго уполномочія въ этомъ отношеніи не требуетъ, и мнѣ кажется, что обстоятельство это составляетъ существенный недостатокъ, потому что можетъ служить причиной многихъ злоупотребленій со стороны повѣренныхъ. Малышевъ идетъ, впрочемъ, еще далѣе и полагаетъ, что у насъ довѣритель, даже особой оговоркой въ довѣренности, не можетъ отнять у своего повѣреннаго права дѣлать на судѣ признаніе (Курсъ гражд. суд., изд. 2, т. I, стр. 239). Этого же мнѣнія придерживается и Гедримовичъ (Журн. гражд. и угол. пр. 1878 г., кн. 1, стр. 225), а Малининъ просто высказывается за право повѣренныхъ дѣлать признаніе (Судеб. призн., изд. 2, стр. 78), не указывая никакихъ границъ этому праву. Посмотримъ, однако же, можетъ ли быть на самомъ дѣлѣ признаніе, сдѣланное повѣреннымъ, имѣющимъ только обыкновенную довѣренность на веденіе дѣла, или даже на веденіе всѣхъ дѣлъ, всегда и во всѣхъ случаяхъ безусловно принимаемо за доказательство? Если для разрѣшенія этого вопроса мы примемъ во вниманіе, во-первыхъ, что признаніе, по самой сущности его, а еще болѣе по послѣдствіямъ, равносильно актамъ распоряженія; во-вторыхъ, что по законамъ гражданскимъ повѣренный считается достаточно уполномоченнымъ на совершеніе актовъ распоряженія, напр, отчужденіе имущества довѣрителя, выдачу отъ его имени обязательствъ и проч., только тогда, когда онъ уполномоченъ на совершеніе этихъ дѣйствій спеціальнымъ уполномочіемъ, положительно въ довѣренности выраженнымъ, безъ чего дѣйствія его считаются недѣйствительными (3326 ст. X т. 1 ч.) и, наконецъ, въ-третьихъ, что обыкновенной довѣренностью на веденіе дѣла повѣренный уполномачивается только на совершеніе отъ имени довѣрителя всѣхъ процессуальныхъ дѣйствій, но не на акты распоряженія, то, мнѣ кажется, на основаніи этихъ соображеній, скорѣе слѣдуетъ придти къ отрицательному отвѣту на поставленный вопросъ и признать, что сознаніе, сдѣланное повѣреннымъ, должно быть признаваемо, какъ доказательство, недѣйствительнымъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда бы черезъ сознаніе повѣреннаго и въ особенности, когда единственно черезъ сознаніе его, могло послѣдовать дѣйствительное отчужденіе имущества его довѣрителя или безосновательное обремененіе его какимъ-либо обязательствомъ, и тому подобное. Такимъ разрѣшеніемъ вопроса я, конечно, вовсе не имѣю въ виду утверждать, чтобы признаніе повѣреннаго безусловно не могло быть принимаемо за доказательство; мнѣ кажется только, что при обсужденіи доказательнаго значенія признанія, сдѣланнаго повѣреннымъ, должно всегда принимать во вниманіе — выступилъ ли повѣренный своимъ признаніемъ, на основаніи законовъ граж-

данскихъ, судя по тому событію, которое утверждается сознаніемъ его, изъ предѣловъ даннаго ему уполномочія или нѣтъ и, сообразно этому, принимать его признаніе за доказательство или отвергать. Мнѣ кажется также, что судъ, при обсужденіи допустимости признанія повѣреннаго, какъ доказательства, также точно, какъ и при обсужденіи значенія признанія опекуновъ, долженъ самъ ex officio, независимо отъ указанія сторонъ, обращать вниманіе на то, вышелъ ли повѣренный своимъ признаніемъ изъ границъ даннаго ему уполномочія, и если вышелъ, то, по своему усмотрѣнію, отвергать его признаніе, какъ доказательство. Выставляю я это положеніе на томъ основаніи, что какъ по общему духу нашего устава, такъ и по смыслу нѣкоторыхъ отдѣльныхъ постановленій его возможно, кажется, признать, что въ нашемъ уставѣ проводится то начало, въ силу котораго, за пространствомъ уполномочія повѣреннаго на совершеніе тѣхъ или другихъ дѣйствій, обязанъ слѣдить самъ судъ ex officio; такъ, напр., судъ по собственной иниціативѣ и независимо отъ отводовъ обязанъ не принимать къ производству дѣло, когда усмотритъ, что оно начато повѣреннымъ, не уполномоченнымъ на веденіе его (584 ст. устава); также точно судъ и безъ указанія сторонъ обязанъ не принимать отъ повѣреннаго апелляціонную жалобу, когда повѣренный не уполномоченъ на принесеніе ея (755 ст. уст.) и проч.

На второй вопросъ о степени обязательности признанія для тяжущихся, сдѣланнаго ихъ представителями, не колеблясь, кажется, можно отвѣчать, что признаніе, напр., опекуновъ, въ томъ случаѣ, когда оно сдѣлано въ предѣлахъ ихъ facultatis disponendi, безусловно обязательно для подопечнаго; также точно и признаніе повѣреннаго въ томъ случаѣ, когда оно сдѣлано въ границахъ даннаго ему уполномочія, обязательно для довѣрителя. Что же касается остальныхъ случаевъ признанія представителей тяжущихся, даннаго внѣ указанныхъ условій, то, скорѣе всего, слѣдовало бы признать, что послѣдствія такого признанія для тяжущихся необязательны. Если судъ самъ отвергаетъ такое признаніе, какъ доказательство, то о послѣдствіяхъ признанія для довѣрителей или подопечныхъ, конечно, и рѣчи не можетъ быть, такъ что вопросъ о степени обязательности признанія представителей для тяжущихся получаетъ интересъ собственно въ тѣхъ случаяхъ, когда бы судъ, несмотря на недѣйствительность признанія, принялъ его за доказательство и, затѣмъ, основалъ бы на немъ свое рѣшеніе. Вопросъ собственно объ отвѣтственности представителей передъ тяжущимися за такое незаконное съ ихъ стороны признаніе слѣдуетъ, по моему мнѣнію, выдѣлить, какъ вопросъ права матеріальнаго, а не процессуальнаго; а, затѣмъ, я считаю необходимымъ обратить здѣсь вниманіе исключительно на чисто процессуальный вопросъ о томъ—открываетъ ли нашъ уставъ тяжущимся какой-либо особый путь, посредствомъ котораго они могли бы отклонить отъ себя вредныя послѣдствія признанія, сдѣланнаго ихъ представителями? По отношенію признанія повѣреннаго и именно для отклоненія вредныхъ послѣдствій его и уничтоженія доказательной силы, Малышевъ считаетъ необходимымъ немедленное заявленіе протеста противъ такого признанія со стороны самого довѣрителя, причемъ Малышевъ считаетъ возможнымъ допустить разсмотрѣніе споровъ довѣрителей противъ сознанія, сдѣланнаго ихъ повѣренными, въ порядкѣ частномъ, тѣмъ же судомъ, въ которомъ сдѣлано признаніе и, именно, приблизительно въ томъ же порядкѣ, который установленъ по отношенію разсмотрѣнія этихъ споровъ въ уставѣ французскомъ и извѣстенъ подъ названіемъ procédure du désaveu incident (Курсъ гражд. суд., изд. 2, т. I, стр. 239). Этого же взгляда держится и Малининъ (Судеб. призн., изд. 2, стр. 79). Мнѣ кажется, однако же, что поставленный вопросъ по правиламъ нашего устава такимъ образомъ не можетъ быть разрѣшенъ, во-первыхъ, потому, что нашъ уставъ особаго производства du désaveu вовсе не

знаетъ; во-вторыхъ, еслибы допустить даже возможность разрѣшенія споровъ о признаніи въ общемъ частномъ порядкѣ, то для того, конечно, чтобы разрѣшеніе ихъ въ этомъ порядкѣ могло имѣть какія-либо практическія послѣдствія для тяжущагося и могло отклонить вредныя для него послѣдствія признанія, необходимо, чтобы разрѣшеніе подобныхъ споровъ всегда предшествовало постановленію рѣшенія по существу, но случиться это можетъ въ весьма рѣдкихъ случаяхъ, вслѣдствіе чего, этотъ путь опроверженія сознанія, въ огромномъ большинствѣ случаевъ, окажется для тяжущихся не только безполезнымъ, но даже и невозможнымъ. Въ самомъ дѣлѣ, еслибы допустить разрѣшеніе споровъ о признаніи тѣмъ же судомъ, въ которомъ оно сдѣлано, то что̀ могъ бы сдѣлать судъ, разрѣшая споръ въ тѣхъ случаяхъ, когда бы споръ былъ заявленъ послѣ постановленія имъ рѣшенія по существу дѣла, которое онъ самъ ни отмѣнить, ни измѣнить не въ правѣ; слѣдовательно, для того, чтобы особое частное производство по спору о признаніи могло имѣть какое-либо значеніе, необходимо, чтобы оно предшествовало постановленію рѣшенія по существу, а для этого необходимо, конечно, чтобы рѣшеніе по дѣлу не слѣдовало немедленно за признаніемъ, что̀ въ дѣйствительности можетъ случаться, однако же, далеко не часто, потому что признаніе дается нерѣдко только въ самомъ засѣданіи по дѣлу, при разсмотрѣніи его по существу, когда обыкновенно постановляется и самое рѣшеніе, вслѣдствіе чего, въ огромномъ большинствѣ случаевъ, по самому ходу процесса, частное производство по спору о признаніи будетъ невозможно. Но, еслибы даже до разрѣшенія дѣла по существу тяжущіеся и имѣли время заявить передъ судомъ протестъ противъ признанія своего представителя, то и въ такомъ случаѣ, для устраненія признанія изъ числа доказательствъ, никакой надобности въ особомъ частномъ производствѣ по спору о признаніи не предстоитъ, потому что заявленіе тяжущагося противъ законности признанія его представителя можетъ быть принято судомъ просто во вниманіе при постановленіи рѣшенія по существу дѣла. Во всякомъ случаѣ подобнымъ средствомъ для опроверженія признанія представителей можетъ воспользоваться только лицо полноправное, которое само въ правѣ совершать на судѣ всѣ процессуальныя дѣйствія, для котораго, поэтому, открытъ, конечно, и другой путь въ этомъ отношеніи—это путь опроверженія признанія, какъ доказательства, посредствомъ принесенія на рѣшенія судебныхъ мѣстъ апелляціонныхъ и кассаціонныхъ жалобъ, еслибы пришлось ему во̀время узнать о признаніи повѣреннаго; но для лицъ подопечныхъ всѣ эти пути для опроверженія признанія, конечно, закрыты, между тѣмъ, справедливость требуетъ, чтобы законъ открывалъ и этимъ послѣднимъ лицамъ, а равно и лицамъ полноправнымъ, когда они не могли узнать во́-время о противозаконномъ признаніи ихъ повѣренныхъ, какой-либо путь для опроверженія признанія ихъ представителей. Мнѣ кажется, что, согласно правиламъ нашего устава, можно указать въ этомъ случаѣ одинъ только путь—это принесеніе просьбы о пересмотрѣ вступившаго въ окончательную законную силу судебнаго рѣшенія по вновь открывшимся обстоятельствамъ. Допустить возможность опровергать этимъ путемъ силу рѣшенія, какъ основаннаго на незаконномъ доказательствѣ, а слѣдовательно опровергать и самое признаніе, необходимо, какъ мнѣ кажется, еще, тѣмъ болѣе, потому, что только этотъ путь можетъ дать возможность лично самимъ подопечнымъ, по пріобрѣтеніи ими полной гражданской правоспособности, отклонять отъ себя вредныя послѣдствія признанія ихъ представителей. Впрочемъ, я указываю на возможность допущенія этимъ путемъ опровергать силу признанія представителей только въ видѣ предположенія; ожидать же вполнѣ правильнаго и авторитетнаго разрѣшенія занимающаго насъ вопроса слѣдуетъ, безъ сомнѣнія, отъ

кассаціоннаго суда, потому что прямыхъ указаній на этотъ случай въ уставѣ нѣтъ.

Перехожу къ разсмотрѣнію слѣдующей статьи.

Ст. 481. Сторона, учинившая признаніе, можетъ опровергать его въ томъ только случаѣ, когда признаніе относилось не къ личнымъ ея дѣйствіямъ и когда она можетъ доказать, что была введена въ заблужденіе невѣдѣніемъ такого обстоятельства, которое открылось лишь впослѣдствіи.

Въ правилѣ настоящей статьи указываются случаи и опредѣляются условія, при которыхъ въ этихъ случаяхъ можетъ быть опровергаемо разъ сдѣланное на судѣ сознаніе. Редактировано это правило такимъ образомъ, что точный смыслъ его, по моему мнѣнію, съ надлежащей ясностью указываетъ на то, что оно есть не болѣе, какъ исключеніе изъ общаго правила, которое хотя и нигдѣ въ уставѣ положительно не выражено, но которое, тѣмъ не менѣе, по аргументу a contrario само собой вытекаетъ изъ самаго этого исключенія. Заключается же это общее правило въ томъ, что разъ сдѣланное на судѣ сознаніе навсегда остается въ силѣ доказательства въ томъ видѣ, какъ оно сдѣлано и не можетъ быть тяжущимся, давшимъ его, ни взято назадъ, ни измѣняемо во вредъ противной сторонѣ въ дальнѣйшемъ ходѣ процесса, ни, кажется, даже опровергаемо какими-либо другими доказательствами, съ цѣлью ослабить его дѣйствіе. Само собой разумѣется также, что сознаніе, какъ это справедливо замѣчаетъ Побѣдоносцевъ, покрываетъ собой всѣ прежнія объясненія, данныя тяжущимся по тому же предмету и нисколько не ослабляется противорѣчіями съ ними (Судеб. руков., тезисъ 744). Сенатъ же, въ противность общему правилу о безповоротности признанія, какъ это можно видѣть изъ одного рѣшенія его, допускаетъ, повидимому, возможность измѣненія признанія во вредъ противной сторонѣ послѣдующими объясненіями, даже при отсутствіи условій, въ 481 ст. указанныхъ (рѣш. 1867 года, № 465). Безусловное примѣненіе начала безповоротности во всѣхъ случаяхъ сознанія могло бы, конечно, вести при нѣкоторыхъ исключительныхъ обстоятельствахъ къ большой несправедливости, вслѣдствіе чего уставъ и указываетъ въ правилѣ разбираемой статьи, въ видѣ исключеній, тѣ случаи, когда должно быть сдѣлано отступленіе отъ правила общаго и дозволяетъ опровергать значеніе разъ сдѣланнаго признанія.

Посмотримъ, однако же, при какихъ условіяхъ правило 481 ст. дозволяетъ опровергать признаніе. Редакція этой статьи въ отношеніи опредѣленія условій хотя представляется и не совсѣмъ точной, но, тѣмъ не менѣе, по смыслу содержащагося въ ней правила, возможно признать, что уставъ допускаетъ опроверженіе признанія при наличности двухъ условій: а) чтобы признаніе не относилось къ личнымъ дѣйствіямъ тяжущагося, сдѣлавшаго признаніе, и б) чтобы было доказано, что тяжущійся, дѣлая сознаніе по отношенію извѣстныхъ фактовъ, былъ, при этомъ, введенъ въ заблужденіе невѣдѣніемъ такого обстоятельства, которое ему стало извѣстнымъ лишь впослѣдствіи, т.-е. уже по сдѣланіи имъ признанія. Для возможности опроверженія признанія правило разбираемой статьи требуетъ, кажется, какъ замѣтили Малининъ (Судеб. призн., изд. 2, стр. 107) и Гольмстенъ (Учебн. гражд. суд., стр. 154), въ каждомъ конкретномъ случаѣ наличности обоихъ этихъ условій. Разсмотримъ значеніе каждаго изъ нихъ въ отдѣльности. Въ силу перваго изъ нихъ, тяжущійся въ правѣ опровергать свое сознаніе только въ томъ случаѣ, когда сознаніе его относится къ такимъ юридическимъ фактамъ, возникновеніе которыхъ никоимъ образомъ не можетъ быть приписано личнымъ его дѣйствіямъ, т.-е. дѣйствіямъ, лично имъ совершеннымъ, какъ замѣтилъ Малининъ (Судебн. призн., изд. 2, стр. 105). На этомъ основаніи возможно, кажется, допустить опроверженіе сознанія, напр., въ

томъ случаѣ, когда сознаніе относилось къ дѣйствіямъ правопередатчика тяжущагося, когда тяжущійся является истцомъ или отвѣтчикомъ въ качествѣ наслѣдника, или когда сознаніе относилось къ дѣйствіямъ, напр., опекуна или управляющаго и проч. Хотя лица эти являются собственно представителями тяжущагося, дѣйствія которыхъ обязательны для него, но выраженіе статьи—„относились не къ личнымъ дѣйствіямъ“, даетъ право, кажется, заключить, что тяжущійся въ правѣ опровергать свое сознаніе, сдѣланное и въ отношеніи дѣйствій этихъ лицъ. Также точно тяжущемуся должно быть предоставлено право опровергать сознаніе и въ томъ случаѣ, когда бы оно относилось къ фактамъ природы, возникшимъ независимо отъ его воли, хотя бы даже и воспринятымъ имъ посредствомъ внѣшнихъ его чувствъ, какъ замѣтилъ Малининъ (Судебн. призн., изд. 2, стр. 107), вслѣдствіе того, что такого рода факты могли быть восприняты и ошибочно и проч. Но коль скоро признаніе относится къ фактамъ, вызваннымъ къ существованію личными дѣйствіями самого тяжущагося, то такое признаніе ни въ какомъ случаѣ не можетъ быть имъ опровергаемо, когда бы, напр., имъ были признаны факты, возникшіе по личной иниціативѣ его, дающіе начало договорному или деликтному обязательству и проч. Нѣтъ сомнѣнія, что, кромѣ этого, тяжущійся, желающій опровергать свое сознаніе, обязанъ доказать, что сдѣланное имъ сознаніе не относилось къ личнымъ дѣйствіямъ его.

По выполненіи тяжущимся перваго условія, т.-е. послѣ доказательства того, что сознаніе относилось не къ фактамъ, возникшимъ вслѣдствіе его личной иниціативы, онъ обязанъ, кромѣ того, доказать наличность второго условія, указаннаго въ разбираемой статьѣ, для того, чтобы достигнуть послѣдствій опроверженія сознанія; или обязанъ доказать, что признаніе имъ фактовъ, возникшихъ не по его иниціативѣ и помимо его воли, но вслѣдствіе дѣйствій другихъ лицъ или даже силъ природы, было сдѣлано имъ вслѣдствіе фактическаго заблужденія. Но въ чемъ, по смыслу правила разбираемой статьи, должно заключаться фактическое заблужденіе, дающее тяжущемуся право на опроверженіе сознанія его? Заблужденіе, какъ это можно заключить по буквальному смыслу выраженій статьи, должно заключаться въ невѣдѣніи тяжущимся такого обстоятельства, которое открылось впослѣдствіи, т.-е. по сдѣланіи имъ сознанія. Выраженіе это не совсѣмъ точно и возбуждаетъ недоумѣніе въ двухъ отношеніяхъ: во-первыхъ, какія собственно обстоятельства должны быть доказаны для того, чтобы возможно было опровергать сознаніе, и во-вторыхъ, обязанъ ли тяжущійся, кромѣ того, доказать, что выставляемые имъ факты въ опроверженіе сознанія дѣйствительно сдѣлались ему извѣстны впослѣдствіи? Что касается обстоятельствъ, могущихъ вліять на сдѣланное уже сознаніе, то не можетъ быть, кажется, сомнѣнія въ томъ, что обстоятельства эти должны имѣть весьма тѣсную связь съ признанными фактами и, притомъ, должны быть такого свойства, что самое существованіе ихъ должно служить достаточнымъ доказательствомъ тому, что признанные факты или вовсе не могли послѣдовать, или если и послѣдовали, то совершенно въ другомъ видѣ. Однимъ словомъ, мнѣ кажется, что только такія обстоятельства могутъ уничтожить доказательную силу разъ сдѣланнаго сознанія, которы по самому существу ихъ, могутъ служить яснымъ указаніемъ на то, что сдѣланное сознаніе не соотвѣтствуетъ дѣйствительности, что сторона, слѣдовательно, по заблужденію, признала существованіе такихъ фактовъ, которые въ дѣйствительности или вовсе не послѣдовали, или совершились въ другомъ видѣ. Что обязанность доказать самые факты, приводимые въ опроверженіе сознанія, должна быть возложена на сторону, сдѣлавшую сознаніе и, затѣмъ, домогающуюся отмѣны его, то въ этомъ не можетъ быть сомнѣнія; но, далѣе, мнѣ кажется, не предстоитъ никакой необходимости требовать отъ нея, кромѣ этого, еще

доказательствъ въ подтвержденіе того, что факты эти сдѣлались ей извѣстны впослѣдствіи, по сдѣланіи сознанія. Я полагаю, что сторона эта имѣетъ, и безъ представленія доказательствъ, достаточную за себя презумпцію въ томъ, что по самой природѣ вещей слѣдуетъ скорѣе полагать, что сторона эта, еслибы знала прежде, до сдѣланія сознанія о существованіи такихъ фактовъ, которые уничтожаютъ соотвѣтствіе ея сознанія съ дѣйствительностью, то навѣрное не сдѣлала бы его, потому что сознаніе должно относительно ея влечь послѣдствія во всякомъ случаѣ вредныя. Въ силу такого предположенія, которое, хотя и является только презумпціей hominis, мнѣ кажется, однако же, возможнымъ ограничиться, въ отношеніи стороны, опровергающей свое признаніе, однимъ только требованіемъ о представленіи доказательствъ въ подтвержденіе приводимыхъ ею фактовъ, долженствующихъ удостовѣрить въ томъ, что сознаніе дано дѣйствительно вслѣдствіе фактическаго заблужденія ея. Изъ разсужденій, высказанныхъ по этому поводу Малининымъ, возможно, кажется, вывести то заключеніе, что по его мнѣнію, напротивъ, въ случаѣ опроверженія сознанія слѣдуетъ требовать отъ тяжущагося также доказательствъ и въ подтвержденіе того, что приводимыя имъ обстоятельства, введшія его въ заблужденіе при заявленіи сознанія, сдѣлались ему извѣстны именно послѣ сдѣланія имъ признанія; буквально же Малининъ говоритъ слѣдующее: „Заблужденіе считается по уставу извинительнымъ, когда оно произошло отъ извинительнаго невѣдѣнія; невѣдѣніе же будетъ извинительнымъ тогда, когда произошло не отъ нерадѣнія и невниманія, но когда самое обстоятельство, предметъ невѣдѣнія, было во время производства внѣ матеріаловъ, подлежавшихъ воспріятію признавшаго, и открылось, т.-е. стало возможнымъ матеріаломъ для воспріятія со стороны признавшагося только впослѣдствіи, т.-е. послѣ сдѣланнаго признанія“; а нѣсколько выше этого мѣста Малининъ сказалъ:„ когда признавшійся докажетъ, что онъ былъ введенъ въ заблужденіе“ и проч. (Судеб. призн., изд. 2, стр. 107). Положеніе это согласно съ мыслью, высказанной въ правилѣ разбираемой статьи, и не противорѣчитъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, и положенію, высказанному мной, вслѣдствіе того, что презумпціи могутъ служить иногда, при наличности извѣстныхъ условій, доказательствомъ, въ случаяхъ возникновенія каковыхъ презумпцій въ пользу тяжущагося, сдѣлавшаго сознаніе, онъ, конечно, только и можетъ быть освобожденъ отъ представленія доказательствъ въ подтвержденіе того, что обстоятельства, введшія его въ заблужденіе, сдѣлались ему извѣстны послѣ сдѣланія имъ сознанія. Въ остальныхъ случаяхъ, когда никакое предположеніе не доказываетъ, что обстоятельства эти сдѣлались ему извѣстны послѣ сдѣланія имъ признанія, напротивъ, согласно заключенію Малинина, отъ него необходимо должны быть требуемы доказательства въ подтвержденіе того, что обстоятельства эти сдѣлались ему извѣстны дѣйствительно послѣ сдѣланія имъ сознанія.

Изъ сравненія правила разбираемой статьи съ аналогическими постановленіями законодательствъ иностранныхъ оказывается, что оно, по примѣру прочихъ западно-еввопейскихъ законодательствъ, допускаетъ возможность опроверженія разъ сдѣланнаго признанія только въ случаѣ фактическаго заблужденія (error facti), но никакъ не юридическаго (error juris), хотя это положительно въ немъ не выражено, но что, тѣмъ не менѣе, слѣдуетъ признать по самому характеру выраженнаго въ немъ исключенія. Допуская опроверженіе сознанія въ случаяхъ фактическаго заблужденія, нашъ уставъ ставитъ, при этомъ, еще извѣстныя ограниченія, даже по отношенію этихъ случаевъ, дозволяя опровергать сознаніе лишь тогда, когда оно относилось къ фактамъ, возникшимъ помимо воли сдѣлавшаго сознаніе и независимо отъ его личныхъ дѣйствій, какового ограниченія въ нѣкоторыхъ иностранныхъ законодательствахъ мы не находимъ: такъ, напр., итальянскій кодексъ (ст.

1360) дозволяетъ вообще опровергать сознаніе во всѣхъ случаяхъ, когда оно было дано вслѣдствіе фактическаго заблужденія. Изъ этого сравненія нельзя не усмотрѣть, что нашъ уставъ считаетъ необходимымъ по возможности тверже охранять начало безповоротности сознанія, посредствомъ болѣе строгаго ограниченія случаевъ допустимости опроверженія его. Изъ того обстоятельства, что правило разбираемой статьи говоритъ о допустимости опроверженія сознанія только стороной, его сдѣлавшей, никоимъ образомъ не слѣдуетъ выводить то заключеніе, чтобы право опроверженія сознанія и на самомъ дѣлѣ могло принадлежать только лично сторонѣ, его сдѣлавшей, а никакъ не ея правопреемникамъ, какъ это утверждаетъ Гольмстенъ (Учебн. гражд. суд., стр. 154); напротивъ, на основаніи того общаго начала, въ силу котораго преемникамъ въ процессѣ должны принадлежать всѣ тѣ процессуальныя права, которыя закономъ предоставлены и первоначальнымъ тяжущимся, ихъ правопередатчикамъ, непремѣнно слѣдуетъ, какъ это объяснили Малининъ (Судеб. призн., изд. 2, стр. 39) и Гедримовичъ (Журн. гражд. и угол. пр. 1878 г., кн. 1, стр. 219), признать, что правопреемникамъ тяжущихся, сдѣлавшихъ признаніе, и, притомъ, безразлично, какъ ихъ правопреемникамъ универсальнымъ, такъ и сингулярнымъ, должно принадлежать право опровергать признаніе, сдѣланное ихъ правопередатчикомъ, на общемъ основаніи, но разумѣется, въ тѣхъ же случаяхъ и при наличности тѣхъ же условій, какъ и ихъ правопередатчикамъ, какъ замѣтилъ Гедримовичъ, а никакъ еще не въ тѣхъ случаяхъ, когда сознаніе правопередатчика представляется вообще несогласнымъ съ обстоятельствами дѣла, какъ утверждаетъ Малининъ. Далѣе, Малининъ разсматриваетъ еще вопросъ о правѣ одного изъ консортовъ опровергать сознаніе, сдѣланное другимъ, въ случаяхъ солидарной отвѣтственности ихъ по иску и разрѣшаетъ этотъ вопросъ въ томъ смыслѣ, что консортамъ должно принадлежать право опровергать сознаніе, сдѣланное ихъ сотоварищемъ вообще во всѣхъ случаяхъ, когда они могутъ доказать, что признаніе не соотвѣтствуетъ дѣйствительнымъ обстоятельствамъ дѣла, и, потому, является актомъ произвольнымъ. Такое разрѣшеніе вопроса Малининъ основываетъ, между прочимъ, на томъ обстоятельствѣ, что правило 483 ст. говоритъ, что соучастники въ дѣлѣ „*не подвергаются*“, но только „*могутъ быть подвергнуты* послѣдствіямъ признанія, сдѣланнаго однимъ изъ нихъ“ (Судеб. призн., изд. 2, стр. 42). Разрѣшеніемъ вопроса въ такомъ смыслѣ Малининъ, однако же, очевидно лишаетъ правило 483 ст. всякаго значенія и уничтожаетъ всякую обязательность признанія, сдѣланнаго однимъ изъ солидарныхъ консортовъ, для другихъ, вслѣдствіе чего, напротивъ, скорѣе слѣдуетъ согласиться съ толкованіемъ правила этой статьи Гедримовича, по мнѣнію котораго оно должно быть понимаемо именно въ томъ смыслѣ, какъ еслибы оно было редактировано такъ: „соучастники въ дѣлѣ *подвергаются* послѣдствіямъ сознанія, сдѣланнаго однимъ изъ нихъ“ и проч. (Журн. гражд. и угол. пр. 1878 г., кн. 1, стр. 220), въ виду того, что только при такомъ толкованіи оно получаетъ надлежащее значеніе и смыслъ совершеннаго закона. Если, однако же, считать правильнымъ это послѣднее объясненіе, то и въ разрѣшеніе вопроса о правѣ солидарныхъ соучастниковъ опровергать сознаніе, сдѣланное однимъ изъ нихъ, скорѣе слѣдуетъ признать, что право это, если и можетъ имъ принадлежать, то только въ тѣхъ же границахъ и въ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ право это предоставлено правиломъ разбираемой статьи самой сторонѣ процесса, сдѣлавшей сознаніе, на томъ основаніи, что всѣ соучастники въ процессѣ, обязанные солидарной отвѣтственностью, по отношенію пользованія предоставленными имъ правами, должны разсматриваться, какъ одно лицо. Наконецъ, не можетъ быть никакого сомнѣнія въ томъ, что въ случаяхъ и при условіяхъ, въ правилѣ разбираемой статьи указанныхъ, право опровергать разъ сдѣланное сознаніе должно при-

надлежать не только лично самимъ тяжущимся, но и ихъ представителямъ, а также, что право это должно принадлежать тяжущимся и въ случаяхъ сдѣланія признанія не ими лично, но и ихъ представителями. Срока или момента въ производствѣ, до наступленія котораго заявленіе объ опроверженіи сознанія должно считаться допустимымъ, а равно и порядка разсмотрѣнія этого опроверженія уставъ не указываетъ, въ виду чего, представляется возможнымъ по отношенію времени заявленія этого опроверженія, вмѣстѣ съ Малининымъ (Судеб. призн., изд. 2, стр. 107), признать, что предъявленіе его должно считаться допустимымъ въ теченіе всего производства по дѣлу, до момента постановленія рѣшенія второй инстанціей суда, а, слѣдовательно, допустимымъ, между прочимъ, и въ апелляціи; а по отношенію порядка разсмотрѣнія этого опроверженія признать, что оно должно быть разсматриваемо обыкновеннымъ порядкомъ, установленнымъ относительно производства по доказательствамъ.

Не могу не замѣтить еще по поводу правила разбираемой статьи того, что въ немъ ничего не говорится о послѣдствіяхъ опроверженія сознанія. Впрочемъ, послѣдствія эти могутъ быть легко указаны по соображеніи той цѣли, съ которой установлено правило 481 ст., — цѣли, заключающейся, конечно, въ томъ, что законъ, дозволяя опровергать сознаніе, имѣлъ тѣмъ самымъ въ виду дать сторонѣ, сдѣлавшей сознаніе, возможность уничтожить его доказательное значеніе и устранить, такимъ образомъ, изъ числа доказательствъ; изъ чего необходимо заключить, что, по выполненіи стороной, опровергающей свое сознаніе, условій, требуемыхъ для этого правиломъ 481 ст., самое сознаніе, какъ доказательство, должно быть устранено, послѣ чего дѣло, конечно, возвращается въ то же положеніе, въ какомъ оно было до сдѣланія сознанія. Слѣдовательно, послѣдствіе устраненія сознанія изъ числа докозательствъ, въ концѣ-концовъ, заключается въ томъ, что оно ведетъ опять къ новому распредѣленію между сторонами обязанности доказывать спорныя обстоятельства дѣла. Если сознаніе было опровергнуто въ цѣломъ, то обязанность доказать тѣ факты, до которыхъ относилось сознаніе, должна снова упадать на сторону противную, въ пользу которой сдѣлано было сознаніе. Если же сознаніе было опровергнуто въ части, то, сообразно этому и обязанность доказать отвергнутые факты должна быть перенесена на сторону противную также только въ части. Все сказанное о безповоротности сознанія и о случаяхъ опроверженія его должно относиться, впрочемъ, только къ сознанію, сдѣланному на судѣ; что же касается до условій оспариванія внѣсудебнаго сознанія, то они будутъ указаны при разборѣ слѣдующей статьи.

Ст. 479. Признаніе можетъ быть сдѣлано передъ судомъ письменно въ одной изъ бумагъ, на судъ подаваемыхъ, или словесно, во время словеснаго состязанія. Въ послѣднемъ случаѣ, если противная сторона желаетъ воспользоваться признаніемъ, то по ея просьбѣ оно должно быть записано въ протоколъ.

По поводу правила приведенной статьи я не могу, прежде всего, не замѣтить, что редактировано оно такимъ образомъ, что содержаніе его очень легко можетъ подать поводъ предполагать, что нашъ уставъ допускаетъ только принятіе судебнаго признанія, какъ доказательства, потому что правило этой статьи прямо говоритъ только о признаніи, которое можетъ быть сдѣлано передъ судомъ, такъ что при толкованіи его по аргументу a contrario придти къ указанному предположенію весьма возможно. Но, возможно ли, однако же, допустить такое толкованіе правила 479 ст. на самомъ дѣлѣ и допустить, конечно, вмѣстѣ съ тѣмъ, что нашъ уставъ совершенно отвергаетъ, какъ доказательство, внѣсудебное признаніе? Еслибы въ правилѣ 479 ст. заключалось опредѣленіе самаго понятія признанія, какъ доказательства, которымъ

бы ставился моментъ заявленія его на судѣ такимъ необходимымъ условіемъ допустимости его, какъ доказательства, при отсутствіи котораго оно не могло бы имѣть никакой силы и значенія, то, конечно, толкованіе по аргументу a contrario могло бы еще вести къ указанному предположенію; но, такъ какъ, правило 479 ст. ничего подобнаго въ себѣ не заключаетъ, а говоритъ только о способахъ заявленія, или, лучше сказать, о способахъ констатированія признанія, даваемаго на судѣ, то и толкованіе по аргументу a contrario ни къ чему подобному вести не можетъ; а, слѣдовательно, правило этой статьи и не даетъ никакого повода утверждать, что нашъ уставъ безусловно исключаетъ внѣсудебное признаніе изъ числа доказательствъ—онъ только ничего не говоритъ о немъ, не нормируетъ его доказательное значеніе въ ряду другихъ доказательствъ, и только, но это есть не болѣе, какъ пробѣлъ въ уставѣ, который можетъ быть восполненъ судебной практикой, а не безусловное отрицаніе доказательства. Сенатъ дѣйствительно и восполнилъ этотъ пробѣлъ, а, вмѣстѣ съ тѣмъ, указалъ и настоящее значеніе правила разбираемой статьи, объяснивъ, что заключающееся въ 479 ст. постановленіе опредѣляетъ только порядокъ заявленія признанія передъ судомъ, но что оно вовсе не имѣетъ того значенія, чтобы признаніе, учиненное внѣ суда, не могло быть имъ принято за доказательство; „подобное правило", говоритъ сенатъ, „въ новомъ уставѣ нигдѣ не выражено и оно даже невозможно, такъ какъ уставъ предоставляетъ самому суду опредѣлять силу и значеніе всѣхъ доказательствъ, за исключеніемъ лишь нѣкоторыхъ доказательствъ формальныхъ, сила которыхъ опредѣлена самимъ закономъ" (рѣш. 1868 года, № 371). Положеніе это, хотя и не безъ противорѣчій, сенатъ подтвердилъ, однако же, и во многихъ другихъ рѣшеніяхъ. Нельзя не признать такое толкованіе сената вполнѣ правильнымъ, тѣмъ болѣе, что внѣсудебное признаніе относится въ настоящее время къ числу доказательствъ, какъ наукой судопроизводства, такъ равно и современными западно-европейскими законодательствами; считалось оно за доказательство, между прочимъ, и нашими прежними законами о судопроизводствѣ гражданскомъ, которые прямо дозволяли принимать за доказательство признаніе, выраженное внѣ суда на письмѣ (317 ст. X т. 2 ч.). За допустимость въ нашемъ процессѣ, какъ доказательства, внѣсудебнаго признанія, совершенно въ смыслѣ приведенныхъ положеній сената высказался и Малышевъ (Курсъ гражд. суд., изд. 2, т. 1, стр. 301); Юреневъ же въ его практическихъ замѣткахъ высказывается за допустимость, какъ доказательства, внѣсудебнаго признанія, согласно съ нашими прежними законами, только въ тѣхъ случаяхъ, когда оно было выражено на письмѣ, а не на словахъ (Журн. гражд. и торг. пр. 1872 г., кн. 5, стр. 879).

Прежде, впрочемъ, чѣмъ перейти къ указанію силы и значенія внѣсудебнаго признанія, какъ доказательства, я долженъ еще остановиться нѣсколько на объясненіи самаго содержанія правила разбираемой статьи. Я сказалъ уже, что оно опредѣляетъ порядокъ заявленія сознанія передъ судомъ и способы констатированія сознанія. Нѣтъ сомнѣнія, что признаніе можетъ быть заявлено передъ судомъ во всякомъ положеніи дѣла, въ теченіе всего производства, до постановленія рѣшенія во второй инстанціи и можетъ быть заявлено: или письменно въ одной изъ подаваемыхъ въ судъ по дѣлу бумагъ, или словесно, но словесно только въ самомъ засѣданіи по дѣлу во время словеснаго состязанія; изъ чего возможно заключить, что еслибы сознаніе было заявлено, хотя бы и въ судѣ, положимъ, предсѣдателю суда, или одному изъ членовъ, но внѣ засѣданія по дѣлу, то заявленное такимъ способомъ признаніе не можетъ, однако же, имѣть никакого значенія и не можетъ считаться за доказательство. Въ случаѣ словеснаго заявленія сознанія, правило разбираемой статьи требуетъ, чтобы оно было записано въ протоколѣ. Такимъ образомъ, правило это устанавливаетъ два способа констатированія судебнаго

сознанія: а) самой стороной, дѣлающей сознаніе, въ одной изъ подаваемыхъ ею по дѣлу бумагъ, и б) судомъ посредствомъ занесенія словеснаго сознанія въ протоколъ, который ведется обыкновенно по всякому дѣлу. Внесеніе словеснаго сознанія въ протоколъ и, притомъ, по возможности точная и дословная записка самыхъ выраженій, въ которыхъ было сдѣлано сознаніе, представляется, по совершенно справедливому замѣчанію Малинина (Судеб. призн., изд. 2, стр. 21), конечно, необходимой, въ виду правильнаго констатированія сознанія и во избѣжаніе искаженія точнаго его смысла и значенія, такъ какъ допущеніе малѣйшей неправильности въ этомъ отношеніи можетъ имѣть весьма вредныя послѣдствія для интересовъ той или другой стороны процесса. Но, кто же изъ сторонъ долженъ болѣе заботиться о правильномъ и точномъ констатированіи сознанія посредствомъ записки его въ протоколъ? Хотя признаніе затрогиваетъ интересы обѣихъ сторонъ, но, тѣмъ не менѣе, констатированіе правильности его врядъ ли не болѣе представляетъ интереса для стороны, сдѣлавшей сознаніе, чѣмъ для стороны противной, потому что всякое признаніе должно имѣть вредныя послѣдствія именно для ея интересовъ, а признаніе, неправильно оцѣненное, легко можетъ послѣдствія эти сдѣлать для нея еще болѣе тяжкими. Между тѣмъ, правило разбираемой статьи всѣ заботы о запискѣ признанія въ протоколъ возлагаетъ на ту сторону, въ пользу которой признаніе послѣдовало; суду же не только не вмѣняетъ въ обязанность записывать въ протоколъ словесное сознаніе тяжущихся, но даже ничего положительнаго не говоритъ объ его иниціативѣ въ этомъ отношеніи. Правило разбираемой статьи редактировано даже такимъ образомъ, что изъ него можно, пожалуй, сдѣлать такой выводъ, что если сторона, въ пользу которой признаніе сдѣлано, не озаботится констатировать его посредствомъ заявленія суду просьбы о запискѣ признанія въ протоколъ, то, вмѣстѣ съ тѣмъ, и самымъ признаніемъ она воспользоваться уже не въ правѣ; или, другими словами, что при отсутствіи записки признанія въ протоколъ сознаніе не должно имѣть никакого значенія, какъ доказательство, въ ея пользу. Но съ такимъ выводомъ врядъ ли можно согласиться, во-первыхъ, потому, что къ такому выводу приводитъ только толкованіе правила 479 ст. по аргументу a contrario; между тѣмъ, какъ въ самомъ правилѣ заключающееся въ выводѣ послѣдствіе незаписки признанія въ протоколъ положительно не указано, и, во-вторыхъ, въ какомъ бы положеніи находился судъ, который, имѣя въ виду признаніе, утверждающее права противной стороны, въ то же время обязанъ былъ бы, несмотря на это, отказать въ требованіяхъ ея единственно на томъ основаніи, что отъ нея не было заявленія о запискѣ признанія въ протоколъ — положеніе неестественное и несообразное съ самымъ назначеніемъ суда въ процессѣ. Поэтому, мнѣ кажется рѣшительно невозможнымъ отвергать право суда принимать во вниманіе при разрѣшеніи дѣла, какъ доказательство, признаніе, по собственной его иниціативѣ и безъ указанія противной стороны, и въ этомъ случаѣ я вполнѣ согласенъ съ тѣми рѣшеніями сената по занимающему насъ вопросу, въ которыхъ сенатъ объяснилъ, что отсутствіе со стороны тяжущагося требованія о занесеніи въ протоколъ признанія противной стороны не лишаетъ судъ права основывать свое рѣшеніе на этомъ признаніи (рѣш. 1867 года, № 233 и друг.). Но и въ томъ случаѣ, когда сторона не просила о запискѣ признанія въ протоколъ и когда самъ судъ принимаетъ его въ соображеніе, оно, какъ это правильно объяснилъ сенатъ въ другихъ рѣшеніяхъ, для того, чтобы могло служить основаніемъ рѣшенію, также должно быть констатировано судомъ, или посредствомъ записки въ протоколъ, или, по крайней мѣрѣ, посредствомъ прописанія его въ рѣшеніи (рѣш. 1869 года, № 1043). Хотя правило разбираемой статьи и не требуетъ, чтобы по запискѣ словеснаго сознанія въ протоколъ показаніе стороны, заключающее въ себѣ признаніе, было подписано этой стороной, но

мнѣ кажется, судъ поступитъ правильнѣе, если предложитъ протоколъ для подписи сознанія, потому что при существованіи подписи стороны, сдѣлавшей сознаніе, оно будетъ лучше и безспорнѣе констатировано. Въ смыслѣ только что приведенныхъ положеній сената по вопросу о правѣ суда ex officio и безъ просьбы стороны противной, какъ пользоваться признаніемъ, сдѣланнымъ передъ судомъ во время словесныхъ объясненій, такъ и констатировать признаніе судебнымъ протоколомъ, или рѣшеніемъ, высказался и Малининъ, который, кромѣ того, совершенно основательно объяснилъ, что въ случаяхъ незаписки признанія въ протоколъ, а констатированія по иниціативѣ суда только въ мотивахъ рѣшенія, сторонѣ, сдѣлавшей признаніе, должно неотъемлемо принадлежать право опровергать правильность изложенія въ рѣшеніи содержанія и, притомъ, не только передъ судомъ апелляціоннымъ, но и кассаціоннымъ, и передъ послѣднимъ на томъ основаніи, что такое опроверженіе не можетъ быть относимо къ объясненію по существу дѣла, такъ какъ, имъ можетъ быть доказываемо, что судомъ было принято во вниманіе, вопреки правиламъ устава о признаніи въ значеніи признанія такое заявленіе, которое на самомъ дѣлѣ не совмѣщаетъ въ себѣ установленныхъ закономъ признаковъ признанія, какъ доказательства (Судеб. призн., изд. 2, стр. 20).

Кромѣ того, разбирая правило 479 ст., я не могу не обратить вниманія еще на одно недоумѣніе, которое даетъ поводъ къ возбужденію слѣдующаго вопроса: въ немъ говорится только о такомъ словесномъ признаніи, которое дается во время словеснаго состязанія; словесное же состязаніе происходитъ обыкновенно послѣ доклада дѣла въ засѣданіи передъ цѣлымъ судомъ, между тѣмъ, объясненія между сторонами по нѣкоторымъ вопросамъ могутъ иногда слѣдовать, хотя также въ засѣданіи, но не передъ цѣлымъ судомъ, а передъ однимъ членомъ при исполненіи имъ нѣкоторыхъ порученій суда, или по повѣркѣ доказательствъ, или по допросу свидѣтелей и проч.— можетъ ли сознаніе, послѣдовавшее при такихъ объясненіяхъ сторонъ, быть принимаемо за доказательство, въ значеніи судебнаго признанія? Отвѣтъ на этотъ вопросъ зависитъ отъ разрѣшенія въ томъ или другомъ смыслѣ другого вопроса — о томъ: какое признаніе, согласно точному смыслу правилъ устава, относящихся до этого способа доказательства, слѣдуетъ считать за судебное признаніе? Мнѣ кажется, что, по точному смыслу правила разбираемой статьи, необходимо признать, что нашъ уставъ подъ судебнымъ признаніемъ разумѣетъ только такое признаніе, сдѣланное передъ судомъ письменно или словесно, которое дано именно при производствѣ въ судѣ того самаго дѣла, къ которому сознаніе относится. Если это положеніе вѣрно, то и отвѣтъ на вышепоставленный вопросъ долженъ послѣдовать утвердительный, а, затѣмъ, необходимо будетъ, конечно, признать, что и признаніе, сдѣланное въ засѣданіи передъ членомъ суда въ указанныхъ случаяхъ, также точно должно считаться за признаніе судебное, потому что оно дается при производствѣ того самаго дѣла, къ которому относится. Что значеніе судебнаго признанія вообще можетъ имѣть только признаніе, послѣдовавшее передъ судомъ при производствѣ того самаго дѣла, къ которому признаніе относится, признаетъ отчасти и Побѣдоносцевъ, который, провѣряя взглядъ сената на судебное признаніе, несогласный съ его мнѣніемъ, высказываетъ въ опроверженіе его слѣдующія соображенія: „Признаніе, на судѣ сдѣланное“ (или все равно судебное признаніе), говоритъ Побѣдоносцевъ, „невозможно отдѣлить отъ цѣлаго состязанія и отъ всего производства, а вынувъ изъ дѣла—перенесть въ иное состязаніе и въ иное производство“ (Судебн. руков., примѣчаніе къ тезису 760). Невозможнымъ переносить сознаніе изъ одного производства въ другое Побѣдоносцевъ считаетъ на томъ основаніи, что вѣрную оцѣнку сознанія возможно сдѣлать не иначе, какъ только въ связи съ тѣмъ состязаніемъ, при которомъ оно послѣдовало и что внѣ его оно мо-

жетъ получить совсѣмъ иной смыслъ. Мнѣ кажется, что невозможность перенесенія судебнаго сознанія изъ одного производства въ другое по этимъ соображеніямъ имѣетъ одинаковое значеніе какъ по отношенію словеснаго, такъ и письменнаго сознанія; между тѣмъ, Побѣдоносцевъ, считая возможнымъ принимать сознаніе, сдѣланное письменно въ одной изъ бумагъ по одному дѣлу, за судебное признаніе по другому, въ томъ же замѣчаніи относитъ все сказанное имъ только къ словесному сознанію. Въ этомъ послѣднемъ отношеніи согласиться съ замѣчаніемъ Побѣдоносцева нельзя, по крайней мѣрѣ, ни правило 479 ст., ни самое понятіе судебнаго признанія не даютъ никакого права дѣлать различіе между письменнымъ и словеснымъ сознаніемъ, даваемымъ на судѣ, потому что какъ то, такъ и другое для того, чтобы имѣть значеніе признанія судебнаго, одинаково должны быть заявлены при производствѣ въ судѣ того самаго дѣла, къ которому относятся, и, затѣмъ, все различіе между словеснымъ и письменнымъ судебнымъ признаніемъ заключается только въ способахъ констатированія его; но такое чисто внѣшнее различіе не даетъ, конечно, никакого права одной формѣ сознанія придавать значеніе судебнаго, а другой—несудебнаго признанія, когда признаніе послѣдовало при другомъ производствѣ. Другіе наши процессуалисты: Юреневъ (Журн. гражд. и торг. пр. 1872 г., кн. 5, стр. 876), Малининъ (Судеб. призн., изд. 2, стр. 13) и Гольмстенъ (Учеб. гражд. суд., стр. 151) совершенно основательно еще категоричнѣе выставляютъ за признакъ судебнаго признанія именно заявленіе его передъ судомъ и, притомъ, непремѣнно во время производства по тому дѣлу, къ которому оно относится. Послѣ такого указанія непонятнымъ, конечно, представляется утвержденіе Малинина о томъ, чтобы сознаніе, сдѣланное передъ судомъ некомпетентнымъ, могло имѣть значеніе судебнаго признанія при производствѣ по этому дѣлу въ другомъ судѣ компетентномъ.

Признавая за отличительный признакъ судебнаго сознанія моментъ заявленія его именно при производствѣ того самаго дѣла, къ которому оно относится, я, по противоположенію этому началу, прихожу къ тому заключенію, что всякое признаніе, заявленное инымъ образомъ, должно быть отнесено къ признанію внѣсудебному. Изъ этого начала вытекаетъ, далѣе, самъ собой слѣдующій выводъ: признаніемъ внѣсудебнымъ слѣдуетъ считать не только признаніе, данное дѣйствительно внѣ суда, хотя бы оно было заявлено передъ общественной властью, напр., полиціей, нотаріусомъ, какимъ-либо административнымъ учрежденіемъ и проч., но и признаніе, сдѣланное передъ судомъ—письменно или словесно—безразлично, только въ томъ случаѣ, когда оно было заявлено, или при производствѣ другого дѣла, все равно, гражданскаго, или уголовнаго, хотя бы и между тѣми же самыми лицами, какъ это указалъ Малининъ (Судеб. призн., изд. 2, стр. 16), или хотя и того же, но по которому производство было прекращено, положимъ, по неподсудности, или, все равно, по иному отводу. По мнѣнію Малинина, внѣсудебнымъ признаніе должно быть признаваемо также и въ томъ случаѣ, когда оно было сдѣлано по дѣлу, производство по которому было сперва пріостановлено, а, затѣмъ, уничтожено, но когда на него дѣлается ссылка при новомъ производствѣ по этому же дѣлу. Строго говоря, это мнѣніе должно бы быть признано правильнымъ, но въ виду спеціальнаго правила на этотъ случай, выраженнаго въ 691 ст., по которому признаніе, записанное въ уничтоженномъ производствѣ, не утрачиваетъ его значенія и въ новомъ производствѣ, нельзя, напротивъ, не признать совершенно правильнымъ заключеніе Гедримовича о необходимости считать въ этомъ случаѣ признаніе, хотя и взятое изъ другого производства, за признаніе судебное (Журн. гражд. и угол. пр. 1878 г., кн. 1, стр. 216). Нельзя также согласиться и съ другимъ замѣчаніемъ Малинина (Судеб. приз., изд. 2, стр. 15) о томъ, что признаніе, сдѣланное въ

теченіе производства по дѣлу, должно утрачивать значеніе судебнаго признанія по отмѣнѣ рѣшенія сенатомъ въ производствѣ по отмѣнѣ, на томъ основаніи, что по отмѣнѣ рѣшенія самое производство по дѣлу, въ силу правила 810 ст., не уничтожается, вслѣдствіе чего, скорѣе слѣдуетъ согласиться съ противоположнымъ заключеніемъ Малышева (Курсъ гражд. суд., т. 2, стр. 330) и Гедримовича (Журн. гражд. и угол. пр. 1878 г., кн. 1, стр. 215), полагающихъ, что признаніе и по отмѣнѣ рѣшенія сенатомъ должно сохранять полную его силу, за исключеніемъ развѣ только того случая, когда бы рѣшеніе было отмѣнено именно за нарушеніемъ правилъ о доказательномъ значеніи сдѣланнаго признанія. Нельзя, наконецъ, согласиться, какъ съ замѣчаніемъ Малинина (Судеб. призн., изд. 2, стр. 15) о томъ, что признаніе, сдѣланное въ одной изъ бумагъ, подаваемыхъ въ кассаціонный судъ, не можетъ имѣть значенія судебнаго признанія при послѣдующемъ производствѣ, такъ и съ замѣчаніемъ Гольмстена (Учеб. гражд. суд., стр. 151) о томъ, что значеніе судебнаго признанія не должно имѣть признаніе, сдѣланное въ одной изъ бумагъ, подаваемыхъ въ теченіе того времени, когда производство по дѣлу было пріостановлено, на томъ простомъ основаніи, что въ обоихъ этихъ случаяхъ признаніе дѣлается именно во время производства по дѣлу и, потому, совмѣщаетъ въ себѣ главный признакъ судебнаго признанія.

Изъ сказаннаго, такимъ образомъ, оказывается, что внѣшнее различіе между судебнымъ и внѣсудебнымъ признаніемъ—различіе по способу выраженія признанія, заключается въ томъ, что первое заявляется непремѣнно передъ судомъ и констатируется тѣмъ самымъ производствомъ, въ которомъ оно принимается за доказательство по дѣлу; напротивъ, внѣсудебное признаніе можетъ быть выражено и не передъ судомъ, а если даже выражается и передъ судомъ, то переносится, затѣмъ, какъ доказательство, въ другое производство. Это внѣшнее различіе; но въ чемъ собственно заключается внутреннее различіе между этими обоими видами признанія, какъ доказательствами? По существу оба эти вида признанія, какъ справедливо замѣчаетъ Бонье (Traité des preuves, изд. 4, т. I, стр. 456), имѣютъ совершенно одинаковое значеніе, такъ что и внѣсудебное признаніе, если только оно точно констатировано, должно служить доказательствомъ противъ лица, сдѣлавшаго признаніе; но въ силу того обстоятельства, что на самомъ дѣлѣ внѣсудебное признаніе, въ особенности когда оно дѣлается словесно, весьма рѣдко констатируется надлежащимъ образомъ, Бонье признаетъ, что оно, какъ доказательство, ни въ какомъ случаѣ не можетъ имѣть той силы и значенія, какъ судебное признаніе, и не можетъ влечь за собой тѣхъ послѣдствій, которыя законъ устанавливаетъ по отношенію этого послѣдняго вида признанія. Нашъ уставъ, какъ я уже сказалъ, о внѣсудебномъ признаніи ничего не говоритъ, вслѣдствіе чего, мнѣ кажется, нельзя не предположить, что у насъ различіе между обоими видами признанія по ихъ внутреннему значенію должно быть еще болѣе рѣзкое, чѣмъ то, на которое указываетъ Бонье, потому что французскій code civil такъ или иначе, но приписываетъ внѣсудебному признанію положительно извѣстное доказательное значеніе, между тѣмъ, какъ нашъ уставъ только не отрицаетъ доказательное значеніе внѣсудебнаго признанія, вслѣдствіе чего, я и полагаю, что въ нашемъ гражданскомъ процессѣ этому послѣднему виду признанія можетъ быть присвоено не болѣе, какъ значеніе доказательства, устанавливающаго презумпцію противъ лица, сдѣлавшаго признаніе и, притомъ, такого рода презумпцію, которая можетъ быть опровергаема всякимъ другимъ способомъ доказательства. Слѣдовательно, внутреннее различіе между судебнымъ и внѣсудебнымъ признаніемъ заключается, какъ это совершенно справедливо объяснили наши процессуалисты: Юреневъ (Журн. гражд. и торг. пр. 1872 г., кн. 5, стр. 877) и Малининъ (Судеб. призн., изд. 2, стр. 17), въ томъ, что первое есть совершенное доказательство тѣхъ фактовъ,

которые удостовѣрены признаніемъ, даже до такой степени, что факты эти послѣ признанія, за исключеніемъ одного только случая, не могутъ быть опровергаемы другими доказательствами; между тѣмъ, какъ внѣсудебное признаніе далеко не составляетъ само по себѣ полнаго доказательства, а устанавливаетъ не болѣе, какъ только презумпцію противъ лица, сдѣлавшаго его, и, притомъ, такого рода презумпцію, которая можетъ быть опровергаема имъ самимъ всякими другими доказательствами.

Понятно, что вслѣдствіе такого различія обоихъ этихъ видовъ сознанія по внутреннему ихъ значенію и послѣдствія ихъ должны быть далеко не одинаковы. Во-первыхъ, о безповоротности внѣсудебнаго признанія и рѣчи не можетъ быть, потому что устанавливаемое имъ предположеніе, которое ни въ какомъ случаѣ не есть презумпція juris et de jure, по самой природѣ его, допускаетъ всегда возможность опровергать предположеніе всякими другими средствами доказательствъ. Во-вторыхъ, послѣдствія внѣсудебнаго признанія никогда не могутъ быть столь неотразимы, какъ послѣдствія сознанія, даннаго на судѣ, которыя, какъ мы видѣли, заключаются въ томъ, что факты, утвержденные сознаніемъ, не требуютъ, для удостовѣренія ихъ, никакихъ дальнѣйшихъ доказательствъ, между тѣмъ, какъ при внѣсудебномъ признаніи очень часто возможны и такіе случаи, когда признаніе не можетъ служить достаточнымъ доказательствомъ тѣхъ фактовъ, къ которымъ оно относится и когда для полнаго удостовѣренія ихъ необходимо представленіе другихъ доказательствъ. Кромѣ того, внѣсудебное признаніе, какъ это правильно призналъ и сенатъ въ вышеприведенныхъ рѣшеніяхъ, должно быть еще само доказано на судѣ или письменными доказательствами, или показаніями свидѣтелей; между тѣмъ, какъ сознаніе, даваемое на судѣ, для удостовѣренія своего, конечно, не требуетъ никакихъ другихъ доказательствъ.

Что касается условій допустимости внѣсудебнаго признанія, какъ доказательства, то кромѣ тѣхъ условій, указанныхъ мной выше, при которыхъ допускается сознаніе судебное и наличность которыхъ необходима въ одинаковой мѣрѣ и по отношенію допустимости внѣсудебнаго признанія, какъ доказательства, по природѣ одинаковаго съ сознаніемъ судебнымъ, по отношенію допустимости собственно внѣсудебнаго сознанія, существуютъ и нѣкоторыя другія особыя условія. Мной только-что было замѣчено, что внѣсудебное признаніе, прежде всего, само должно быть доказано; но въ нашемъ уставѣ, не заключающемъ въ себѣ никакихъ постановленій о силѣ внѣсудебнаго сознанія, ничего также не говорится и о томъ, какими доказательствами и въ какихъ случаяхъ можетъ быть доказываемо внѣсудебное признаніе; между тѣмъ, законодательства иностранныя, которыя внѣсудебное признаніе относятъ прямо къ числу доказательствъ, какъ законодательства французское и итальянское, воспрещаютъ принимать за доказательство внѣсудебнаго признанія свидѣтельскія показанія въ тѣхъ случаяхъ, когда сознаніе относится до такихъ фактовъ, которые могутъ быть удостовѣряемы не иначе, какъ только письменными доказательствами. Очевидно, что приведенныя постановленія законодательствъ иностранныхъ о недопустимости въ указанныхъ случаяхъ свидѣтельскихъ показаній въ доказательство внѣсудебнаго признанія суть не что иное, какъ развитіе общихъ существующихъ въ нихъ правилъ, аналогическихъ постановленіямъ 409 и 410 ст. нашего устава, воспрещающихъ въ извѣстныхъ случаяхъ принимать, какъ доказательство, показанія свидѣтелей, вслѣдствіе чего, мнѣ кажется возможнымъ у насъ руководствоваться этими постановленіями, какъ заключающимися въ принципѣ и въ приведенныхъ статьяхъ нашего устава, изъ которыхъ, посредствомъ толкованія, они и могутъ быть извлечены, какъ логическое послѣдствіе. Допустить такой выводъ изъ правилъ 409 и 410 ст. мнѣ кажется тѣмъ болѣе необходимымъ еще и потому, что только воспрещеніемъ прини-

мать показанія свидѣтелей въ доказательство внѣсудебнаго признанія въ тѣхъ случаяхъ, когда оно относится до фактовъ, которые должны быть удостовѣряемы по закону письменными доказательствами, возможно предупредить случаи принятія показаній свидѣтелей въ обходъ закона, когда бы, напр., сторона, зная, что извѣстные факты по закону не могутъ быть доказываемы показаніями свидѣтелей, домагалась, однако же, допроса свидѣтелей не въ подтвержденіе самыхъ фактовъ, но въ подтвержденіе того, что существованіе ихъ было признаваемо противной стороной. Поэтому, мнѣ кажется, что сенатъ совершенно правильно призналъ, что признаніе, сдѣланное внѣ суда одною изъ сторонъ, тогда только можетъ быть доказываемо показаніями свидѣтелей, когда оно относится до такого событія, которое по закону можетъ быть удостовѣряемо этимъ способомъ доказательства, но что показанія свидѣтелей ни въ какомъ случаѣ не могутъ служить доказательствомъ дѣйствительности признанія такихъ обстоятельствъ, для которыхъ законъ требуетъ письменнаго удостовѣренія (рѣш. 1871 года, № 205 и др.). Другія противорѣчивыя этому рѣшенія сената должны быть отвергнуты. Кромѣ того, мнѣ кажется, сенатъ совершенно правильно призналъ, что внѣсудебное признаніе, удостовѣренное даже и письменными доказательствами, не всегда можетъ служить достаточнымъ доказательствомъ тѣхъ фактовъ, къ которымъ оно относится,—именно, когда оно удостовѣряется актами неформальными, но выставляется какъ доказательство въ подтвержденіе такихъ событій, которыя по закону могутъ быть удостовѣрены не иначе, какъ только актами крѣпостными, или когда внѣсудебное признаніе, удостовѣренное неформальными актами, выставляется въ опроверженіе событій, уже удостовѣренныхъ актами крѣпостными (рѣш. 1871 года, № 546). Изъ всего сказаннаго по поводу условій допустимости, какъ доказательства, внѣсудебнаго признанія оказывается, что оно можетъ быть принимаемо въ удостовѣреніе различныхъ фактовъ въ той именно мѣрѣ, въ какой оно само удостовѣряется установленными въ законѣ способами доказательствъ для удостовѣренія тѣхъ фактовъ, къ которымъ относится.

Нѣкоторыя иностранныя законодательства дѣлаютъ далѣе еще различіе даже между случаями самаго внѣсудебнаго признанія, смотря по тому, было ли сознаніе изъявлено непосредственно передъ противникомъ, или передъ третьими посторонними лицами, и въ обоихъ этихъ случаяхъ придаютъ сознанію различное доказательное значеніе. Дѣлать такое различіе у насъ, мнѣ кажется, не представляется никакого основанія, потому что сознаніе по самой сущности его остается все тѣмъ же доказательствомъ — было ли оно сдѣлано непосредственно передъ противникомъ или передъ третьимъ лицомъ; по отношенію доказательной силы его то обстоятельство, было ли, напр., письмо, заключающее въ себѣ признаніе, адресовано къ противнику или къ постороннему лицу, въ дѣйствительности представляется безразличнымъ. Побѣдоносцевъ, повидимому, также хотѣлъ установить какое-то различіе между внѣсудебнымъ сознаніемъ, изъявленнымъ непосредственно передъ противникомъ, и сознаніемъ, заявленнымъ передъ посторонними лицами, но сказалъ только, что сознаніе, заявленное передъ постороннимъ лицомъ, если и можетъ быть принято судомъ въ соображеніе вмѣстѣ съ другими доказательствами, то ни въ какомъ случаѣ не можетъ имѣть силы сознанія судебнаго и, такимъ образомъ, Побѣдоносцевъ, вмѣсто указанія дѣйствительнаго значенія внѣсудебнаго признанія, заявленнаго передъ посторонними лицами, высказалъ на самомъ дѣлѣ такую аксіому, о которой не стоило и говорить (Судеб. руков., тезисъ 756).

Нѣкоторое различіе между судебнымъ и внѣсудебнымъ признаніемъ проявляется, наконецъ, и въ отношеніи формы выраженія того и другого. Въ то время, какъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ и молчаніе стороны на судѣ можетъ быть иногда принимаемо за признаніе, молчаливаго внѣсудебнаго

признанія, конечно, допустить невозможно; такъ что еслибы, положимъ, одна сторона внѣ суда опрашивала другую о долгѣ и эта послѣдняя ничего не отвѣчала на вопросъ и не отрицала долга, то такое молчаніе ея ни въ какомъ случаѣ не можетъ быть истолковано въ смыслѣ признанія. За то внѣсудебное признаніе можетъ выражаться иногда въ дѣйствіяхъ, и если эти дѣйствія являются конклюдентными по отношенію доказываемыхъ фактовъ, то и самые факты возможно, на этомъ основаніи, считать признанными стороной. Случаи такого признанія могутъ быть весьма разнообразны, но какъ на самый характеристическій примѣръ такого сознанія можно указать на случай ratihabitio, когда хозяинъ своими дѣйствіями признаетъ дѣйствія своего повѣреннаго, выходящія за предѣлы даннаго уполномочія или вообще совершенныя имъ безъ достаточнаго уполномочія. Кромѣ того, возможно указать и другіе случаи подобнаго признанія; напр. иногда дѣйствія стороны по исполненію договора могутъ быть приняты за признаніе ею факта вступленія въ сдѣлку и проч., но, вообще, къ выводу признанія изъ дѣйствій слѣдуетъ относиться съ крайней осторожностью, строго оцѣнивая каждый разъ, главнымъ образомъ, намѣреніе дѣйствующаго и цѣль дѣйствій; поэтому, нельзя не признать совершенно правильнымъ указаніе Петербургскаго окружнаго суда, который въ рѣшеніи его по дѣлу Бѣлосельскаго съ Матюшкинымъ объяснилъ, что внесеніе отвѣтчикомъ во время производства по дѣлу въ кассу суда искомыхъ съ него денегъ само по себѣ не должно быть разсматриваемо, какъ признаніе долга, если не была выяснена съ точностью цѣль этого дѣйствія (Судеб. Вѣст. 1867 г., № 192). Внѣсудебное признаніе можетъ быть выражено также, какъ и признаніе, дѣлаемое на судѣ, какъ лично самими сторонами, такъ, безъ сомнѣнія, и ихъ законными или договорными представителями; но дѣло въ томъ, отъ кого бы изъ этихъ лицъ внѣсудебное признаніе ни исходило, необходимо, чтобы въ немъ былъ ясно выраженъ animus confitendi. Когда сознаніе дается на судѣ, то невозможно почти представить себѣ такіе случаи, когда бы оно дѣлалось безъ намѣренія и противъ свободной воли тяжущагося; напротивъ, внѣсудебное сознаніе можетъ быть даваемо нерѣдко подъ различными вліяніями, вслѣдствіе чего, и споръ противъ внѣсудебнаго признанія долженъ быть допущенъ, по моему мнѣнію, не только въ случаѣ фактическаго заблужденія, но и въ случаяхъ, напр., обмана, насилія и проч.

Что касается, наконецъ, оцѣнки, какъ доказательства, судебнаго и внѣсудебнаго признанія, то, какъ это правильно признаетъ сенатъ во множествѣ рѣшеній, оцѣнка признанія по внутреннему его содержанію, или, лучше сказать, оцѣнка внутренняго содержанія тѣхъ объясненій сторонъ, въ которыхъ заключается признаніе, должна быть предоставлена усмотрѣнію суда, рѣшающаго дѣло по существу; но, что при обсужденіи условій допустимости сознанія и послѣдствій его судъ, конечно, обязанъ руководствоваться правилами, указанными въ законѣ, и нарушеніе имъ этихъ правилъ можетъ служить для заинтересованной стороны кассаціоннымъ поводомъ, въ чемъ собственно и заключаются послѣдствія нарушенія.

Не безъ основанія, конечно, средневѣковые юристы считали признаніе однимъ изъ лучшихъ и совершеннѣйшихъ способовъ доказательства—probatio probatissima; но дѣло въ томъ, что на самомъ дѣлѣ достигнуть отъ стороны полнаго и искренняго признанія существованія тѣхъ фактовъ, которые служатъ основаніемъ возникновенія противъ нея права, сторонѣ противной чрезвычайно трудно, въ особенности если процессъ ведется исключительно черезъ повѣренныхъ; между тѣмъ, нашъ уставъ не предлагаетъ никакихъ способовъ и не устанавливаетъ никакого особаго производства для провокаціи сознанія. Изъ мотивовъ, помѣщенныхъ въ изданіи государственной канцеляріи, видно (изд. 2, т. I, стр. 247), что при составленіи уставовъ и у

насъ, между прочимъ, предполагалось ввести въ него, по примѣру иностранныхъ законодательствъ, особыя правила о разспросѣ на судѣ лично самихъ тяжущихся, а не ихъ повѣренныхъ, но, что, затѣмъ, предположеніе это оставлено—на томъ, во-первыхъ, основаніи, что нашъ уставъ содержитъ въ себѣ, какъ общее начало, правило, дающее тяжущимся безусловное право замѣнять себя на судѣ повѣренными, а во-вторыхъ, потому, что введеніе въ уставъ разспроса самихъ тяжущихся на судѣ противорѣчило бы основнымъ началамъ состязательнаго процесса и придало бы ему характеръ процесса слѣдственнаго. Эти соображенія составителей уставовъ, по моему мнѣнію, не выдерживаютъ критики. Хотя дѣйствительно нашъ уставъ вообще дозволяетъ тяжущимся вести дѣло черезъ повѣренныхъ, но, вмѣстѣ съ тѣмъ, ничто не мѣшало составителямъ уставовъ принять и небольшое отступленіе отъ этого начала, тѣмъ болѣе, что правила объ обязательной явкѣ самихъ сторонъ на судъ для личнаго ихъ разспроса, еслибы разспросъ былъ, притомъ, допускаемъ дѣйствительно только въ случаяхъ крайней необходимости, когда бы, напр., оказалось, что повѣренный такъ мало знакомъ съ фактической стороной дѣла, что не въ состояніи дать необходимыя по дѣлу разъясненія, или когда повѣренный уклонялся бы отъ дачи прямыхъ и точныхъ отвѣтовъ относительно спорныхъ фактовъ,—очевидно, нисколько не нарушили бы общаго начала и не лишили бы тяжущихся права замѣнять себя на судѣ для веденія дѣла повѣренными. Затѣмъ, если личный разспросъ тяжущихся на судѣ и напоминаетъ собой инквизиціонный процессъ, то одно это основаніе къ недопущенію его у насъ мнѣ кажется недостаточнымъ, а примѣръ иностранныхъ законодательствъ, которыя всѣ почти опредѣляютъ извѣстные случаи, когда тяжущіеся могутъ быть лично потребованы въ судъ для дачи объясненій, мнѣ кажется настолько убѣдительнымъ, что составителямъ уставовъ не слѣдовало бы, въ виду приведенныхъ ими основаній, останавливаться введеніемъ и въ нашъ уставъ правилъ о личномъ разспросѣ самихъ тяжущихся на судѣ, въ извѣстныхъ, опредѣленныхъ случаяхъ. Въ практикѣ, насколько мнѣ извѣстно, нерѣдко встрѣчаются такіе случаи, когда разспросъ самихъ тяжущихся на судѣ приноситъ большую пользу и въ значительной степени содѣйствуетъ раскрытію матеріальной истины въ процессѣ. Подобные случаи наичаще встрѣчаются, конечно, въ практикѣ мировыхъ учрежденій, гдѣ, по бо̀льшей части, тяжущіеся ведутъ свои дѣла лично. Объясненія ихъ въ отношеніи фактической стороны дѣла всегда бываютъ полнѣе, обстоятельнѣе и искреннѣе, чѣмъ объясненія повѣренныхъ, отличающіяся въ большинствѣ случаевъ большой уклончивостью, что́, быть можетъ, нерѣдко происходитъ отъ ихъ недостаточнаго знакомства съ обстоятельствами дѣла, которыя лично самимъ тяжущимся извѣстны, безъ сомнѣнія, гораздо лучше. Поэтому-то, мнѣ и кажется, что отсутствіе въ нашемъ уставѣ указаній на способы провокаціи признанія нельзя не считать за довольно ощутительный пробѣлъ, дѣлающій случаи признанія явленіемъ весьма рѣдкимъ, по крайней мѣрѣ, въ практикѣ общихъ судебныхъ установленій и устраняющій, такимъ образомъ, изъ процесса одинъ изъ надежнѣйшихъ способовъ доказательства. Въ томъ обстоятельствѣ, что нашъ уставъ предоставляетъ суду правиломъ 335 ст. право предлагать тяжущимся вопросы, въ случаяхъ представленія ими неясныхъ или неопредѣлительныхъ объясненій, нельзя еще видѣть средства, установленнаго какъ бы съ цѣлью провокаціи сознанія, каковымъ оно является, по мнѣнію Малинина (Судеб. призн., изд. 2, стр. 22), на томъ основаніи, какъ справедливо замѣтилъ Гедримовичъ, что въ силу 335 ст. разспросъ тяжущихся судомъ имѣетъ только характеръ объяснительнаго допроса, допущеннаго только съ цѣлью выясненія двусмысленныхъ и неточныхъ заявленій сторонъ, а никакъ не съ цѣлью провокаціи сознанія (Журн. гражд. и угол. пр. 1878 г., кн. 1, стр. 217).

Въ заключеніе обзора правилъ о признаніи представляется необходимымъ еще остановиться на разсмотрѣніи вопроса о томъ — какое значеніе, какъ доказательство, должно имѣть признаніе въ случаяхъ коллизіи его съ другими доказательствами, напр., показаніями свидѣтелей, различными документами, осмотромъ на мѣстѣ, экспертизой и проч., т.-е. въ тѣхъ случаяхъ, когда признаніемъ спорные факты констатируются не въ томъ видѣ, какъ другими доказательствами? Нельзя, кажется, не согласиться съ разрѣшеніемъ этого вопроса, предложеннымъ Малининымъ, по мнѣнію котораго въ случаяхъ коллизіи признанія съ другими доказательствами безусловное предпочтеніе должно быть отдаваемо признанію передъ всякими другими доказательствами, даже документами, установленнымъ порядкомъ совершенными, и присягой, т.-е. что спорные факты должны быть признаваемы судомъ въ томъ видѣ, въ какомъ они констатируются признаніемъ, а не другими доказательствами (Судеб. призн., изд. 2, стр. 95—97), но разумѣется, конечно, только въ тѣхъ случаяхъ, когда само признаніе, какъ доказательство, можетъ считаться по закону допустимымъ. Основаніе такому рѣшенію вопроса Малининъ справедливо выводитъ изъ права свободнаго распоряженія сторонъ объектомъ спора, по ихъ усмотрѣнію, передъ каковымъ правомъ должны уступать всѣ доказательства, противныя волѣ сторонъ.

§ 6. Присяга.

Присяга есть одинъ изъ древнѣйшихъ способовъ доказательства, все болѣе и болѣе, впрочемъ, выходящій въ настоящее время изъ употребленія и въ нашемъ уставѣ, какъ въ законоположеніи болѣе новомъ, сравнительно съ кодексами судопроизводства большинства народовъ Запада, оставленъ, какъ доказательство, по справедливому замѣчанію нашихъ процессуалистовъ: Малышева (Курсъ гражд. суд., изд. 2, т. 1, стр. 306) и Гольмстена (Учеб. гр. суд., стр. 155), всего только одинъ видъ присяги — именно присяги, основанной на добровольномъ соглашеніи сторонъ—juramentum voluntarium, или такъ называемой рѣшительной присяги; между тѣмъ, какъ во многихъ западно-европейскихъ законодательствахъ еще и въ настоящее время допускается принудительная присяга — juramentum necessarium, возлагаемая по усмотрѣнію самого суда на одного изъ тяжущихся, на истца (добавочная присяга—jur. suppletorium) или на отвѣтчика (очистительная присяга—jur. purgatorium). Мотивы, приведшіе составителей нашихъ уставовъ къ исключенію изъ числа доказательствъ двухъ послѣднихъ видовъ принудительной присяги, нельзя не признать вполнѣ убѣдительными; что же касается добровольной присяги, то нѣтъ основанія не допускать ее, какъ доказательство, имѣющее основаніе во взаимномъ соглашеніи сторонъ. Какъ доказательство, присяга, допускаемая нашимъ уставомъ, по существу ея есть доказательство прямо противоположное признанію. Послѣднее, какъ мы видѣли, есть такое показаніе одной изъ сторонъ, которое всегда служитъ въ пользу стороны противной, потому что имъ утверждается существованіе фактовъ, служащихъ основаніемъ требованій этой послѣдней стороны; напротивъ, присягой каждая сторона утверждаетъ обыкновенно такія свои показанія, которыя служатъ именно къ удостовѣренію фактовъ, служащихъ основаніемъ ея собственному требованію или возраженію, такъ что здѣсь ея собственное показаніе принимается за доказательство ея же правъ. На этомъ-то преимущественно основаніи никакой другой присяги, какъ доказательства, кромѣ присяги добровольной, не нарушая справедливости, и допускать нельзя, потому что, какимъ же образомъ, въ самомъ дѣлѣ, возможно принуждать сторону подчиняться послѣдствіямъ такого доказательства, какъ собственное показаніе ея противника, даваемое имъ въ свою пользу; другое дѣло, если сторона принимаетъ

добровольно такое доказательство и заранѣе изъявляетъ готовность подчиниться послѣдствіямъ его, какъ и при присягѣ добровольной. Такимъ образомъ, основаніе доказательной силы этой послѣдней присяги заключается въ довѣріи одной стороны къ другой въ томъ, что сторона, принимающая присягу, когда она притомъ призываетъ Бога во свидѣтели правильности ея клятвы, не захочетъ затѣмъ дать ложное показаніе. Наши прежніе законы о судопроизводствѣ гражданскомъ допускали употребленіе и принудительной присяги, какъ доказательства, допускаетъ ее и теперь уставъ торговый, кромѣ того, указаны еще нѣкоторые случаи въ самихъ законахъ гражданскихъ, когда дѣло должно рѣшиться на основаніи принудительной присяги; напр., законъ возлагаетъ на отвѣтчика-поклажепринимателя подтверждать по требованію истца присягой его показаніе о томъ, что принятое имъ на сохраненіе имущество дѣйствительно сгорѣло, утратилось, или похищено и проч. (2106 ст. X т. 1 ч.). По отношенію допущенія принудительной присяги въ этихъ послѣднихъ случаяхъ, при дѣйствіи новаго устава, сенатъ совершенно правильно указалъ, что, несмотря на то, что случаи эти указаны въ законахъ гражданскихъ, судъ, на основаніи правилъ устава вообще, не въ правѣ допускать принудительную присягу (рѣш. 1869 года, № 689). На основаніи такого разъясненія сената необходимо также признать, что судъ не въ правѣ допускать употребленіе принудительной присяги и по дѣламъ торговымъ въ тѣхъ случаяхъ, когда употребленіе ея допускается уставомъ торговымъ, какъ способъ доказательства, вовсе новымъ уставомъ изъ системы доказательствъ исключенный. Переходя, затѣмъ, къ разсмотрѣнію отдѣльныхъ постановленій устава о присягѣ, я остановлюсь сперва на комментированіи тѣхъ статей, въ которыхъ указаны условія допустимости этого способа доказательства.

Ст. 485. Тяжущимся не запрещается, по взаимному ихъ соглашенію, просить судъ о рѣшеніи дѣла на основаніи принимаемой однимъ изъ нихъ присяги; но судъ не можетъ ни принудить тяжущихся къ принятію присяги, ни предлагать ее отъ себя истцу или отвѣтчику.

Ст. 497. Присяга не допускается:

1) по дѣламъ о правахъ состоянія или о законности рожденія;

2) по дѣламъ о правѣ собственности на недвижимое имущество;

3) по дѣламъ обществъ, товариществъ и компаній;

4) по дѣламъ, въ коихъ имѣютъ участіе несовершеннолѣтніе и вообще лица, коимъ не дозволяется свободное распоряженіе имуществомъ;

5) по обстоятельствамъ, состоящимъ въ связи съ какимъ-либо преступленіемъ или проступкомъ;

6) въ дѣлахъ казенныхъ управленій, земскихъ учрежденій, городскихъ и сельскихъ обществъ;

7) въ опроверженіе прямаго смысла актовъ, незаподозрѣнныхъ въ подлинности.

Правило, заключающееся въ 485 ст., ясно указываетъ на то, что по нашему уставу допускается, какъ доказательство, только добровольная и, притомъ, рѣшительная присяга; но, и въ отношеніи допущенія даже этого вида присяги правило статьи редактировано такимъ образомъ, что даетъ поводъ думать, что уставъ, допуская употребленіе добровольной присяги, только терпитъ этотъ видъ доказательства, не болѣе, каковая мысль ясно проглядываетъ въ словахъ статьи: „тяжущимся не запрещается“ и проч., а правило 490 ст., предписывающее предсѣдателю суда склонять тяжущихся до принятія присяги къ примиренію, показываетъ, что составители уставовъ, допуская этотъ видъ доказательства, желали, однако же, сдѣлать случаи рѣшенія дѣла, на основаніи присяги, по возможности болѣе рѣдкими. Въ правилѣ разбираемой статьи нельзя не видѣть, прежде всего, указанія на положительное условіе допустимости присяги, какъ доказательства, каковымъ условіемъ и является взаимное соглашеніе сторонъ; правило же 497 ст., на-

противъ, перечисленіемъ случаевъ, когда употребленіе присяги не допускается, указываетъ отрицательныя условія допустимости этого способа доказательства, изъ которыхъ нѣкоторыя, впрочемъ, являются прямымъ послѣдствіемъ условія положительнаго. Вслѣдствіе того, что добровольная рѣшительная присяга допускается не иначе, какъ по предварительному на то соглашенію сторонъ, ее всегда считали, поэтому, не чѣмъ инымъ, какъ видомъ мировой сдѣлки, и еще римскій юристъ Павелъ говорилъ, что рѣшительная присяга *speciem transactionis continet*. Что добровольная присяга и по нашему уставу также отличается чертами, свойственными мировой сдѣлкѣ, то на это ясно указываютъ тѣ мотивы, на которыхъ вообще основаны правила нашего устава о присягѣ. Поэтому-то, какъ мировая сдѣлка ведетъ къ окончанію спора, такъ точно и добровольная рѣшительная присяга, которая должна быть принята судомъ за основаніе рѣшенія; различіе же между этими двумя способами окончанія спора состоитъ въ томъ, что мировая сдѣлка оканчиваетъ споръ сама по себѣ, безъ вскякаго судебнаго рѣшенія, между тѣмъ, для окончанія спора на основаніи присяги необходимо, чтобы извѣстное правоотношеніе между тяжущимися, доказываемое присягой, было, такъ сказать, освящено и укрѣплено судебнымъ рѣшеніемъ. Во всякомъ случаѣ положительное условіе допустимости присяги, какъ доказательства, заключается именно въ предварительномъ на то соглашеніи самихъ сторонъ, безъ чего добровольная присяга, собственно говоря, и немыслима; поэтому-то, правило, заключающееся во второй половинѣ разбираемой статьи, и есть не что иное, какъ прямое послѣдствіе этого условія; правило же это собственно воспрещаетъ самому суду всякое вмѣшательство въ соглашеніе сторонъ о принятіи присяги; оно воспрещаетъ суду предлагать отъ себя принятіе присяги истцу или отвѣтчику, а тѣмъ болѣе принуждать ихъ къ тому. Понятно, что такія дѣйствія со стороны суда допустимы только тамъ, гдѣ существуетъ принудительная присяга. Но, затѣмъ, представляется необходимымъ разрѣшить еще вопросъ о томъ—должна ли считаться допустимой присяга въ тѣхъ случаяхъ, когда въ дѣлѣ участвуютъ нѣсколько истцовъ, или отвѣтчиковъ, но когда на рѣшеніе дѣла присягой изъявляютъ согласіе только нѣкоторые изъ нихъ? Хотя о допустимости рѣшенія дѣла на основаніи присяги только въ части между нѣкоторыми истцами, или отвѣтчиками правило 485 ст. ничего не говоритъ, но изъ того обстоятельства, что присяга самими составителями устава, по ея послѣдствіямъ, приравнивается мировой сдѣлкѣ, заключеніе которой уставъ правиломъ 1358 ст. допускаетъ въ случаѣ участія въ дѣлѣ нѣсколькихъ истцовъ, или отвѣтчиковъ и между нѣкоторыми изъ нихъ, нельзя, по аналогіи, и по отношенію допустимости присяги только по соглашенію между нѣкоторыми истцами и отвѣтчиками, не вывести то заключеніе, что присяга вообще въ этихъ случаяхъ должна считаться допустимой. Само собой разумѣется, впрочемъ, что присяга должна считаться допустимой, по соглашенію между нѣкоторыми истцами и отвѣтчиками, лишь только въ тѣхъ случаяхъ, когда отвѣтственность по иску между этими истцами и отвѣтчиками представляется долевой и когда, вслѣдствіе этого, на основаніи присяги и дѣло можетъ получить разрѣшеніе въ части не въ томъ видѣ, какъ по отношенію другихъ истцовъ и отвѣтчиковъ, на присягу не согласившихся, но не въ тѣхъ случаяхъ, когда споръ касается такого нераздѣльнаго права, или обязанности, что дѣло не можетъ быть рѣшено особо по отношенію правъ нѣкоторыхъ истцовъ, или обязанностей нѣкоторыхъ отвѣтчиковъ, въ каковыхъ случаяхъ, напротивъ, присяга должна считаться допустимой, какъ это прямо указано въ уставѣ германскомъ (§ 434), только при согласіи на рѣшеніе дѣла присягой всѣхъ истцовъ и отвѣтчиковъ, на томъ основаніи, что допущеніе принятія присяги въ этихъ случаяхъ по согласію только нѣкоторыхъ изъ нихъ было бы совершенно без-

полезно, вслѣдствіе того, что рѣшеніе дѣла на основаніи присяги все равно представлялось бы невозможнымъ. Согласно этимъ положеніямъ долженъ разрѣшиться вопросъ о допустимости присяги, въ случаяхъ согласія на ея принесеніе только между нѣкоторыми изъ тяжущихся, также и тогда, когда въ дѣлѣ участвуютъ и третьи лица, только въ самостоятельной роли стороны процесса, а не въ качествѣ пособниковъ одной изъ сторонъ, согласіе, или несогласіе которыхъ по отношенію допустимости присяги, напротивъ, не должно имѣть никакого значенія, вслѣдствіе того, что ихъ права, или обязанности по отношенію истцовъ, или отвѣтчиковъ рѣшеніемъ по дѣлу регулированію не подлежатъ.

Что касается, далѣе, отрицательныхъ условій допустимости присяги, указанныхъ въ 497 ст., то нѣкоторыя изъ нихъ, какъ я уже сказалъ, являются прямымъ послѣдствіемъ условія положительнаго—необходимости взаимнаго соглашенія сторонъ окончить ихъ споръ присягой. Такъ какъ для дѣйствительности всякаго соглашенія необходимо, прежде всего, чтобы стороны, вступающія въ сдѣлку, обладали полной гражданской право- и дѣеспособностью, при отсутствіи какового условія немыслимо и самое соглашеніе, то на этомъ основаніи, какъ совершенно справедливо замѣтили Малышевъ (Курсъ гражд. суд., изд. 2, т. 1, стр. 310) и Гольмстенъ (Учеб. гражд. суд., стр. 155), пунктъ 4-й разбираемой статьи совершенно правильно не допускаетъ употребленія присяги, какъ доказательства, „по дѣламъ, въ коихъ имѣютъ участіе несовершеннолѣтніе и вообще лица, коимъ не дозволяется свободное распоряженіе имуществомъ“. На основаніи этого правила присяга не должна быть допускаема не только въ дѣлахъ, въ которыхъ участвуютъ малолѣтніе, состоящіе подъ опекой, но и въ дѣлахъ, въ которыхъ участвуютъ лица несовершеннолѣтнія, состоящія подъ попечительствомъ, потому что въ немъ содержится общее воспрещеніе допускать присягу въ дѣлахъ, въ которыхъ принимаютъ участіе несовершеннолѣтніе, безъ всякаго различія того—являются ли въ дѣлѣ въ качествѣ стороны малолѣтніе или несовершеннолѣтніе, хотя эти послѣдніе по закону, съ согласія попечителя, признаются сами способными искать и отвѣчать на судѣ. Не должна быть допускаема присяга также въ тѣхъ дѣлахъ, въ которыхъ, въ качествѣ стороны, участвуютъ лица, состоящія подъ опекой не только по душевнымъ или физическимъ недугамъ, какъ, напр., сумасшедшіе, глухонѣмые и проч., но и лица, состоящія подъ опекой за расточительность, потому что и эти послѣднія ограничиваются до извѣстной степени въ ихъ правоспособности относительно свободнаго распоряженія имуществомъ, а также лица, объявленныя несостоятельными должниками, какъ это указалъ Гольмстенъ (Учеб. гражд. суд., стр. 155). Кромѣ того, и въ другихъ случаяхъ, вообще коль скоро на судѣ обнаружится, что въ качествѣ стороны участвуетъ лицо, ограниченное въ правоспособности, присяга не должна быть допускаема. Далѣе, на основаніи правила, заключающагося въ 4-мъ пунктѣ разбираемой статьи, слѣдуетъ, кажется, признать, что присяга не должна быть допускаема даже и въ тѣхъ случаяхъ, когда бы въ дѣлѣ участвовало на каждой сторонѣ по нѣскольку истцовъ или отвѣтчиковъ и когда бы между ними оказался неполноправнымъ хотя бы одинъ, за исключеніемъ, впрочемъ, развѣ только тѣхъ случаевъ, когда бы права неполноправнаго могли быть регулированы рѣшеніемъ особо и независимо отъ правъ прочихъ соучастниковъ въ дѣлѣ, на томъ основаніи, что въ этихъ случаяхъ присяга никакого отношенія къ неполноправному имѣть не можетъ.

Воспрещеніе допускать присягу, какъ доказательство, въ случаяхъ, указанныхъ въ 3-мъ и 6-мъ пунктахъ разбираемой статьи, имѣетъ свое основаніе въ томъ общемъ началѣ, въ силу котораго по нашему уставу представительство въ принятіи присяги не допускается и тяжущіеся обязаны прися-

гать всегда сами лично; вслѣдствіе чего, допущеніе присяги, конечно, и немыслимо въ тѣхъ дѣлахъ, въ которыхъ въ качествѣ стороны участвуютъ лица юридическія, которыя по закону могутъ искать и отвѣчать на судѣ не иначе, какъ въ лицѣ особыхъ повѣренныхъ. На этомъ основаніи правилами, заключающимися въ указанныхъ пунктахъ, и воспрещается допускать присягу по дѣламъ обществъ, товариществъ, компаній, а также по дѣламъ казенныхъ управленій, земскихъ учрежденій, городскихъ и сельскихъ обществъ.

Что касается, наконецъ, воспрещенія допускать присягу въ случаяхъ, указанныхъ въ остальныхъ пунктахъ 497 ст., то основанія къ воспрещенію во всѣхъ этихъ случаяхъ различны: такъ—основаніе къ воспрещенію допускать присягу по дѣламъ о правахъ состоянія или о законности рожденія, указанное въ 1-мъ пунктѣ, слѣдуетъ, кажется, видѣть въ томъ, что правильное констатированіе этихъ фактовъ надлежащими, установленными въ законѣ, доказательствами необходимо не только въ частномъ интересѣ самихъ тяжущихся, но въ равной, если даже не въ большей мѣрѣ, и въ интересѣ публичномъ; вслѣдствіе чего, законъ и не считалъ возможнымъ допустить констатированіе этихъ фактовъ единственно на основаніи показаній самихъ сторонъ, хотя бы и данныхъ даже подъ присягой. Основаніе недопущенія присяги по обстоятельствамъ, состоящимъ въ связи съ какимъ-либо преступленіемъ или проступкомъ (пунктъ 5), слѣдуетъ, какъ мнѣ кажется, видѣть отчасти въ томъ, что законъ, недопущеніемъ въ этихъ случаяхъ присяги, имѣлъ въ виду, главнымъ образомъ, предупредить случаи клятвопреступленій, потому что дѣйствительно довольно трудно предположить, чтобы кто-либо рѣшился вполнѣ искренно раскрыть такія дѣйствія свои, которыя находятся въ связи съ преступленіемъ или проступкомъ и подвергнуть, быть можетъ, тѣмъ самымъ участь свою большой опасности. Если правило, выраженное въ 5-мъ пунктѣ, воспрещаетъ допускать присягу по обстоятельствамъ, находящимся только въ связи съ преступленіемъ или проступкомъ, то тѣмъ болѣе, конечно, слѣдуетъ признать, что присяга не должна быть допускаема въ доказательство такихъ дѣйствій, которыя составляютъ самое преступленіе или проступокъ; такъ что еслибы, напр., былъ предъявленъ отдѣльно искъ гражданскій объ убыткахъ, происшедшихъ даже отъ какого-либо самаго легкаго проступка, когда искъ по волѣ сторонъ можетъ быть начатъ и безъ возбужденія уголовнаго преслѣдованія, то такой искъ, мнѣ кажется, ни въ какомъ бы случаѣ не могъ подлежать разрѣшенію на основаніи присяги одной изъ сторонъ, которая бы утверждала или отрицала самый фактъ проступка. Вообще же сужденіе о томъ, насколько тѣ факты, которые стороны домогаются утвердить присягой, находятся въ связи съ преступленіемъ или проступкомъ, должно быть, кажется, предоставлено усмотрѣнію суда, разрѣшающаго дѣло по существу, потому что въ самомъ законѣ никакого опредѣленія подобныхъ фактовъ не содержится; да и не можетъ законъ предусмотрѣть и нормировать всѣ случаи, когда тѣ или другіе факты должны быть признаваемы за факты, имѣющіе болѣе или менѣе близкую связь съ преступленіемъ или проступкомъ. Значеніе подобныхъ фактовъ можетъ обнаружиться въ каждомъ данномъ случаѣ только при разсмотрѣніи дѣла по существу; напр., можетъ случиться, что стороны будутъ домогаться утвердить присягой такіе факты, сопровождавшіе, положимъ, выдачу обязательства, которые, при ближайшей оцѣнкѣ значенія ихъ, могутъ оказаться фактами, имѣющими болѣе или менѣе близкую связь съ преступнымъ обманомъ или мошенничествомъ, посредствомъ котораго одна изъ сторонъ была вовлечена въ заключеніе невыгодной для нея сдѣлки. Также точно, мнѣ кажется, на основаніи присяги, какъ доказательства, не могутъ быть разрѣшаемы вопросы о подлогѣ акта, когда бы стороны, по заявленіи одной изъ нихъ спора о подлогѣ, безъ прямого обвиненія кого-либо въ самомъ подлогѣ,

домогались утвердить присягой факты, служащіе къ обнаруженію подлога, потому что подобные факты могутъ имѣть весьма близкое отношеніе къ преступленію.

Указать съ точностью другое какое-либо основаніе воспрещенію допускать присягу, какъ доказательство, по дѣламъ о правѣ собственности на недвижимое имущество, указанному во 2-мъ пунктѣ разбираемой статьи, помимо основанія историческаго, довольно трудно, потому что еслибы законъ безусловно считалъ невозможнымъ въ интересѣ публичномъ допустить разрѣшеніе споровъ о правѣ собственности на недвижимое имущество на основаніи какихъ-либо другихъ доказательствъ, помимо актовъ крѣпостныхъ, совершенныхъ установленнымъ порядкомъ, то и воспрещеніе разрѣшать подобные споры на основаніи присяги было бы понятно; между тѣмъ, на самомъ дѣлѣ, законъ не воспрещаетъ разрѣшать споры о правѣ собственности, какъ мы видѣли нѣсколько выше, напр., на основаніи признанія, которое точно также, какъ и присяга, есть не болѣе, какъ показаніе, исходящее отъ самихъ сторонъ процесса и, потому, какъ доказательство, не могущее имѣть какого-либо преимущества передъ присягой, въ отношеніи замѣны имъ актовъ крѣпостныхъ въ подобныхъ спорахъ. Если же принять во вниманіе историческое основаніе разсматриваемаго воспрещенія, указанное составителями уставовъ въ изданіи государственной канцеляріи, въ которомъ сказано, что правило, содержащееся во 2-мъ пунктѣ 497 ст., основано на постановленіи 684 ст. X т. 2 ч., то, мнѣ кажется, скорѣе слѣдуетъ этому правилу устава дать нѣсколько распространительное толкованіе и допустить, что воспрещеніе допускать присягу, какъ доказательство, должно относиться не только къ спорамъ о правѣ собственности на недвижимое имущество, но и къ спорамъ о какомъ-либо другомъ вещномъ правѣ на недвижимость, а равно къ спорамъ объ ограниченіяхъ, относящихся до права собственности, потому что въ 684 ст. прямо сказано, что въ дѣлахъ о крѣпостномъ правѣ на недвижимое имущество не должно основывать рѣшенія на присягѣ. Подъ крѣпостнымъ правомъ въ этой статьѣ разумѣется, кажется, всякое право на недвижимое имущество, которое должно быть укрѣпляемо посредствомъ актовъ крѣпостныхъ, и на этомъ основаніи, если только признать, что и правило устава, содержащееся въ разбираемомъ пунктѣ 497 ст., имѣетъ то же значеніе, слѣдуетъ придти къ тому заключенію, что на основаніи присяги не могутъ быть разрѣшаемы, напр., споры о залоговомъ правѣ на недвижимость, споры о сервитутахъ, о правахъ участія частнаго и проч.

Наконецъ, основаніе воспрещенію допускать присягу, какъ доказательство, въ опроверженіе прямого смысла актовъ, незаподозрѣнныхъ въ подлинности, выраженному въ 7-мъ пунктѣ 497 ст., заключается, безъ сомнѣнія, въ томъ, что законъ подобнымъ воспрещеніемъ желалъ по возможности оградить твердость и силу актовъ, какъ доказательства. Понимать правило, содержащее въ себѣ это воспрещеніе, не слѣдуетъ, однако же, по моему мнѣнію, слишкомъ въ строго буквальномъ смыслѣ, и мнѣ кажется, что ему должно быть придаваемо приблизительно то же значеніе, какое имѣетъ правило 410 ст., по отношенію воспрещенія опровергать содержаніе актовъ, установленнымъ порядкомъ совершенныхъ или засвидѣтельствованныхъ, показаніями свидѣтелей, и на этомъ основаніи я полагаю, что присяга, какъ доказательство, не должна быть допускаема только въ опроверженіе прямого смысла содержанія акта, но что въ доказательство обстоятельствъ, сопровождавшихъ или слѣдовавшихъ за заключеніемъ сдѣлки, присяга можетъ быть допускаема. Однимъ словомъ, если только и воспрещенію, относящемуся до допущенія присяги, придавать то же значеніе, какое имѣетъ воспрещеніе, указанное въ 410 ст., то слѣдуетъ признать, что и присяга должна быть допускаема въ подтвержденіе всѣхъ тѣхъ фактовъ, которые могутъ быть

доказываемы въ этомъ случаѣ показаніями свидѣтелей и которые указаны мной подробно при комментированіи правила этой послѣдней статьи, напр. фактовъ симуляціи, несоотвѣтствія содержанія акта дѣйствительности и проч. Вся разница межлу воспрещеніемъ, относящимся до допущенія показаній свидѣтелей, и воспрещеніемъ, относящимся до допущенія присяги, заключается въ томъ, что правило разбираемой статьи въ этомъ отношеніи не дѣлаетъ никакого различія между актами, установленнымъ порядкомъ совершенными или засвидѣтельствованными, и актами домашними, и одинаково не допускаетъ опровергать присягой смыслъ тѣхъ и другихъ актовъ, если только актъ не заподозрѣнъ въ его подлинности. Послѣднее выраженіе прибавлено въ текстъ статьи, впрочемъ, кажется съ той только цѣлью, чтобы указать, что въ тѣхъ случаяхъ, когда актъ былъ бы уже заподозрѣнъ въ подлинности, присяга являлась бы доказательствомъ излишнимъ и безполезнымъ, потому что въ такихъ случаяхъ актъ или вовсе исключается изъ числа доказательствъ, или должна имѣть мѣсто повѣрка подлинности акта, при каковомъ производствѣ присяга, какъ доказательство, немыслима.

Вотъ всѣ случаи ограниченій относительно допущенія присяги, какъ доказательства, въ гражданскомъ процессѣ, прямо въ уставѣ указанные; но, затѣмъ, возникаетъ, вопросъ: имѣетъ ли правило 497 ст. въ этомъ отношеніи исчерпывающее значеніе, или же можно указать и другіе случаи, когда присяга не должна быть допускаема въ доказательство тѣхъ или другихъ спорныхъ фактовъ? Если для разрѣшенія этого вопроса мы обратимъ вниманіе только на самую сущность и значеніе рѣшительной присяги, какъ доказательства, то и тогда уже мы должны будемъ придти къ отрицательному отвѣту на него. Сущность добровольной рѣшительной присяги въ томъ именно и заключается, что присяга эта, будучи разъ допущена, служитъ такимъ доказательствомъ, на основаніи котораго и какъ бы въ отвѣтъ присягѣ, должно быть постановлено и самое рѣшеніе, которымъ исковыя требованія должны быть или удовлетворены, или отвергнуты, если не непремѣнно въ цѣломъ, то въ части, смотря по тому, въ какомъ видѣ спорные факты удостовѣрены присягой, вслѣдствіе чего, необходимо заключить, что рѣшительная присяга должна быть допускаема въ доказательство только такихъ фактовъ, которые составляютъ прямое и непосредственное основаніе исковыхъ требованій или возраженій и которые имѣютъ, поэтому, такое существенное въ дѣлѣ значеніе, что доказательство ихъ должно оказывать прямое вліяніе на исходъ дѣла въ пользу той или другой стороны. Изъ этого положенія, конечно, само собой вытекаетъ еще одно ограниченіе, въ силу котораго присяга не должна быть допускаема, какъ доказательство, въ подтвержденіе фактовъ второстепенныхъ, которые могутъ имѣть значеніе или только для разрѣшенія частныхъ вопросовъ, при производствѣ дѣла возникающихъ, или фактовъ, которые если и могутъ оказывать вліяніе на разрѣшеніе спора по существу, то только вліяніе косвенное. Далѣе, изъ того обстоятельства, что присяга, подобно тому, какъ и признаніе, можетъ считаться допустимой, какъ доказательство, по справедливому замѣчанію Малышева (Курсъ гражд. суд., изд. 2, т. 1, стр. 310), только въ тѣхъ случаяхъ, когда предметъ присяги можетъ подлежать свободному распоряженію лицъ частныхъ, нельзя не вывести еще и другое ограниченіе по отношенію допустимости присяги, какъ доказательства,—ограниченіе, заключающееся въ томъ, что присяга не должна быть допускаема въ доказательство такихъ фактовъ, возникновеніе которыхъ не зависитъ отъ воли лицъ частныхъ, какъ напр. фактовъ судопроизводственныхъ, которые удостовѣряются не иначе, какъ актами присутственныхъ мѣстъ, факта истеченія давности и тому подобныхъ. Если только примѣненіе присяги, какъ способа доказательства, должно дѣйствительно ограничиваться, помимо случаевъ недопустимости его, въ законѣ прямо указан-

ныхъ, и сейчасъ приведенными ограниченіями, то, затѣмъ, остается, кажется, только одна или двѣ группы фактовъ, въ подтвержденіе которыхъ присяга свободно можетъ быть допускаема—это именно факты, относящіеся къ договорнымъ соглашеніямъ, да и тѣ, за исключеніемъ случаевъ, когда договоромъ устанавливается переходъ или ограниченіе какого-либо вещнаго права на недвижимое имущество и факты, имѣющіе характеръ quasi-деликта, дающіе начало гражданской отвѣтственности. Въ подтвержденіе, или опроверженіе этихъ послѣднихъ фактовъ присяга должна быть допускаема одинаково, какъ со стороны того тяжущагося, послѣдствіемъ дѣйствій котораго были эти факты, такъ и со стороны его противника, на томъ основаніи, что въ отношеніи допущенія къ принятію присяги этой послѣдней стороной уставъ никакихъ ограниченій не указываетъ, да и установить такое ограниченіе не представляется никакихъ теоретическихъ основаній; по крайней мѣрѣ, уставъ германскій содержитъ въ себѣ даже прямое дозволеніе принимать присягу въ подтвержденіе, или опроверженіе подобныхъ фактовъ, какъ той, такъ и другой стороной (§ 424), а также и въ разсужденіяхъ составителей устава, предпосланныхъ правиламъ разбираемыхъ статей въ изданіи государственной канцеляріи, прямо указано, что суду нѣтъ дѣла входить въ обсужденіе вопроса о томъ—почему присягу желаетъ принять та, или другая сторона.

Разсмотрѣвши условія допустимости рѣшительной присяги, какъ доказательства, я обращусь къ комментированію тѣхъ статей устава, которыми опредѣляется самый порядокъ принятія судомъ этого способа доказательства и остановлюсь сперва на разсмотрѣніи слѣдующихъ статей, опредѣляющихъ порядокъ заявленія просьбъ о допущеніи присяги.

Ст. 486. Тяжущіеся, согласившіеся на присягу, должны подать о семъ въ судъ прошеніе, за общею ихъ подписью.

Ст. 487. Въ просьбѣ о допущеніи къ присягѣ излагается съ точностью:

1) кто изъ тяжущихся принимаетъ на себя присягу;

2) какія именно дѣйствія или обстоятельства должны быть подтверждены присягою;

3) время, когда тяжущійся обязывается явиться для принятія присяги.

Ст. 488. Прошеніе о присягѣ должно быть подписано самими тяжущимися, а не ихъ повѣренными.

Ст. 489. При прошеніи представляется заранѣе изготовленный тяжущимися присяжный листъ, съ точнымъ означеніемъ обстоятельствъ, по коимъ присяга предоставлена одному изъ тяжущихся, и самыхъ выраженій и словъ, подтверждаемыхъ присягою.

На основаніи правила первой изъ этихъ статей необходимо признать, что производство въ судѣ о допущеніи присяги можетъ быть начато не иначе, какъ только вслѣдствіе подачи тяжущимися непремѣнно письменной о томъ просьбы за общимъ подписомъ согласившихся на рѣшеніе дѣла на основаніи присяги, и, притомъ, за общей подписью, сдѣланной, на основаніи правила 488 ст., непремѣнно лично самими тяжущимися, а не ихъ повѣренными. Впрочемъ, мнѣ кажется, что судъ не допуститъ никакой неправильности, если откроетъ производство о допущеніи присяги и вслѣдствіе словеснаго заявленія тяжущихся, напр., при такихъ обстоятельствахъ: тяжущіеся, явясь лично къ докладу дѣла въ засѣданіе, заявляютъ суду, что они желаютъ окончить дѣло на основаніи присяги, и если, вслѣдствіе такого заявленія, судъ, не приступая къ разрѣшенію дѣла по существу, отложитъ засѣданіе и назначитъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, тяжущимся срокъ на подачу письменной просьбы о допущеніи присяги.

Принадлежности прошенія тяжущихся о допущеніи присяги по его содержанію указаны въ правилѣ 487 ст. довольно точно, именно, оно требуетъ указанія въ прошеніи трехъ предметовъ: а) кто изъ тяжущихся обязывается принять присягу; б) какія обстоятельства или дѣйствія должны быть

подтверждены присягой и в) время принятія присяги. Правило 489 ст. требуетъ, кромѣ того, приложенія при прошеніи присяжнаго листа, составленнаго самими тяжущимися, съ точнымъ означеніемъ въ немъ тѣхъ обстоятельствъ, которыя имѣютъ быть утверждены присягой. Никакой формы присяжнаго листа, по которому тяжущіеся должны принять присягу, уставъ не предлагаетъ; на практикѣ же, насколько мнѣ извѣстно, присяжные листы составляются въ этомъ случаѣ примѣнительно къ формѣ, установленной для присяги свидѣтелей, съ прописаніемъ въ нихъ дословно тѣхъ выраженій, которыми описываются обстоятельства, утвержденныя присягой. Не указываетъ уставъ также и никакихъ послѣдствій на случай несоблюденія тяжущимися въ точности установленнаго порядка, по отношенію заявленія просьбы о допущеніи присяги. Мнѣ кажется, впрочемъ, что единственнымъ послѣдствіемъ несоблюденія тяжущимися наиболѣе существенныхъ правилъ закона должно быть оставленіе судомъ такой просьбы безъ послѣдствій, но никакъ не оставленіе безъ движенія, потому что никакихъ распоряженій по направленію просьбы тяжущихся о допущеніи присяги единоличной власти предсѣдателя суда уставъ не предоставляетъ. Какъ на болѣе существенныя нарушенія, могущія вести къ оставленію просьбы безъ послѣдствій, можно указать, напримѣръ, на слѣдующія: а) неподписаніе прошенія тяжущимися; б) неприложеніе присяжнаго листа, или неточное изложеніе въ немъ тѣхъ обстоятельствъ, которыя имѣютъ быть утверждены присягой; в) неозначеніе въ прошеніи предметовъ, указанныхъ въ первыхъ двухъ пунктахъ 497 ст. и проч. Неозначеніе въ прошеніи времени принятія присяги не должно, кажется, считаться существеннымъ нарушеніемъ, могущимъ влечь оставленіе прошенія безъ послѣдствій, потому что время принятія присяги можетъ быть назначено самимъ судомъ при постановленіи опредѣленія о допущеніи присяги. Оставленіе безъ послѣдствій прошенія о допущеніи присяги единственно только вслѣдствіе формальныхъ нарушеній ни въ какомъ случаѣ, конечно, не должно преграждать тяжущимся путь къ возобновленію ходатайства о допущеніи присяги, что должно быть допускаемо еще болѣе потому, что присяга, какъ доказательство, можетъ быть принята во всякомъ положеніи дѣла. Слѣдующія, затѣмъ, статьи опредѣляютъ порядокъ разрѣшенія судомъ просьбъ о допущеніи присяги.

Ст. 490. Предсѣдатель суда, по полученіи просьбы о присягѣ, дѣлаетъ прежде всего внушеніе тяжущимся, чтобы они помирились, не вступая въ клятву.

Ст. 491. Въ опредѣленіи о допущеніи присяги означаются:

1) имена тяжущихся, согласившихся на присягу одного изъ нихъ;

2) время, когда тяжущійся долженъ явиться для исполненія сего обряда;

3) обстоятельства, въ подтвержденіе коихъ присяга принимается.

Ст. 492. Опредѣленіе сіе сообщается тяжущимся, съ вызовомъ ихъ въ установленный срокъ и съ предупрежденіемъ согласившагося на принятіе присяги, что неявка его къ назначенному сроку или отказъ отъ принятія присяги будутъ приняты за признаніе въ отношеніи того обстоятельства, по которому присяга была назначена.

Правило 490 ст. вмѣняетъ предсѣдателю суда въ обязанность склонять тяжущихся, просящихъ о допущеніи присяги, къ примиренію, немедленно по полученіи просьбы ихъ о томъ. Точный смыслъ этого правила, кажется, съ достаточной ясностью показываетъ, что обязанность эта возлагается на предсѣдателя суда не какъ на предсѣдателя присутствія суда, а относится къ его единоличнымъ распоряженіямъ, потому что, судя по мѣсту, занимаемому 490 ст., слѣдуетъ признать, что внушеніе тяжущимся о примиреніи должно быть сдѣлано предсѣдателемъ до доклада ихъ просьбы въ засѣданіи и немедленно по принятіи прошенія отъ тяжущихся. Но такъ какъ предсѣдатель суда обыкновенно самъ довольно рѣдко принимаетъ прошенія, под-

лежащія разсмотрѣнію суда и не требующія его единоличныхъ распоряженій, то обязанность склоненія тяжущихся къ примиренію за предсѣдателя должна быть выполняема или дежурнымъ членомъ, принимающимъ прошенія, или предсѣдательствующимъ въ отдѣленіи, а фактъ склоненія къ примиренію долженъ быть констатированъ тѣми же лицами, или отмѣткой о томъ на самомъ прошеніи тяжущихся, или въ общемъ по дѣлу протоколѣ. Нельзя не замѣтить, впрочемъ, что строгое соблюденіе требованія 490 ст., во всѣхъ безъ исключенія случаяхъ подачи просьбъ о допущеніи присяги, врядъ ли представляется возможнымъ. Очевидно, что выполненіе обряда, установленнаго этой статьей, возможно только въ тѣхъ случаяхъ, когда тяжущіеся, просящіе о присягѣ, всѣ бы явились въ судъ для подачи прошенія; но просьба можетъ быть ими прислана по почтѣ, подача просьбы можетъ быть довѣрена одному изъ нихъ, или даже лицу постороннему,—какимъ же образомъ при подобныхъ обстоятельствахъ можетъ быть соблюдено требованіе 490 ст.? Уставъ не предписываетъ въ такихъ случаяхъ дѣлать особый вызовъ тяжущихся, просящихъ о допущеніи присяги, въ судъ собственно для склоненія ихъ къ примиренію, вслѣдствіе чего, и обрядъ, установленный правиломъ 490 ст., по самому положенію вещей въ такихъ случаяхъ, долженъ остаться безъ исполненія.

Просьба о допущеніи присяги, по принятіи ея, должна быть доложена, затѣмъ, въ публичномъ судебномъ засѣданіи, въ порядкѣ частномъ, т.-е. безъ вызова сторонъ, и разрѣшена судебнымъ опредѣленіемъ, въ которомъ, согласно правилу 491 ст. и какъ бы въ отвѣтъ на просьбу тяжущихся, должны быть означены всѣ тѣ предметы, которые указываются въ прошеніи, т.-е. въ немъ должны быть означены: а) имена тяжущихся, согласившихся на присягу; б) обстоятельства, которыя тяжущіеся домогаются утвердить присягой и в) время принятія присяги. Мнѣ кажется, что судъ, при постановленіи опредѣленія, не въ правѣ отказать въ допущеніи присяги, коль скоро всѣ условія, при которыхъ по закону присяга, какъ доказательство, допускается, на лицо; по крайней мѣрѣ, правила устава о присягѣ такого права суду не предоставляютъ. Судъ обязанъ только обсудить—можетъ ли по закону, при данныхъ обстоятельствахъ, быть допущена присяга или нѣтъ, и, затѣмъ, когда бы судъ усмотрѣлъ, что всѣхъ условій, указанныхъ выше, при которыхъ присяга принимается за доказательство, на лицо не имѣется, тогда только и въ правѣ отказать въ допущеніи присяги. Что судъ не въ правѣ оставлять просьбы тяжущихся о допущеніи присяги безъ послѣдствій всегда и исключительно по своему усмотрѣнію, то въ этомъ убѣждаетъ меня еще болѣе правило предъидущей статьи, предписывающее, какъ мы только что видѣли, предсѣдателю суда немедленно по полученіи просьбы склонять тяжущихся къ примиренію и тѣмъ, конечно, стараться, по возможности, отклонять ихъ отъ принятія присяги; изъ чего слѣдуетъ заключить, что отказаться отъ принятія присяги могутъ добровольно только сами тяжущіеся, согласившіеся на рѣшеніе дѣла присягой, но что судъ отказать имъ въ этомъ, безъ законныхъ на то основаній, единственно по его усмотрѣнію, не въ правѣ. Еслибы судъ отказалъ въ допущеніи присяги, то такое опредѣленіе суда, какъ и всякое частное опредѣленіе по предмету принятія доказательствъ, можетъ быть обжаловано тяжущимися, конечно, не иначе, какъ по постановленіи рѣшенія по существу дѣла и вмѣстѣ съ апелляціей, въ которой они въ правѣ ходатайствовать вновь о допущеніи присяги во второй инстанціи.

Опредѣленіе суда объ отказѣ въ допущеніи присяги должно быть объявлено тяжущимся на общемъ основаніи и въ порядкѣ, установленномъ для объявленія частныхъ опредѣленій вообще, потому что тотъ исключительный порядокъ объявленія опредѣленія, который указанъ въ правилѣ слѣдующей статьи, установленъ только для объявленія опредѣленій о допущеніи при-

сяги, въ случаѣ удовлетворенія просьбы. Въ этихъ же послѣднихъ случаяхъ опредѣленіе суда, на основаніи 492 ст., должно быть особо сообщено тяжущимся, согласившимся на рѣшеніе дѣла присягой и должно быть сообщено обѣимъ сторонамъ—какъ тяжущемуся, принимающему присягу, такъ и сторонѣ противной. Опредѣленіе должно быть послано тяжущимся, на общемъ основаніи, при повѣсткахъ, хотя объ этомъ и не говорится прямо въ правилѣ 492 ст., но такой порядокъ долженъ быть соблюдаемъ на основаніи общихъ правилъ о порядкѣ сношенія суда съ тяжущимися. Въ повѣсткѣ долженъ быть означенъ и срокъ, или, лучше сказать, день, въ который тяжущіеся обязаны явиться въ судъ для принятія присяги; кромѣ того, въ повѣсткѣ тому тяжущемуся, который согласился присягнуть, должны быть указаны и послѣдствія, на случай неявки его въ назначенный судомъ день для принятія присяги. Такъ какъ, по предмету принятія присяги, какъ доказательства, судъ входитъ въ непосредственныя сношенія съ самими тяжущимися лично, помимо ихъ повѣренныхъ, то слѣдуетъ, кажется, полагать, что опредѣленіе суда о допущеніи присяги должно быть сообщено имъ по ихъ дѣйствительному мѣстожительству, если они не заявили суду объ избранномъ ими мѣстопребываніи въ томъ городѣ, гдѣ находится судъ. Опредѣленіе это должно быть сообщено имъ по ихъ дѣйствительному мѣстожительству даже и въ томъ случаѣ, если первоначально они вели дѣло черезъ повѣренныхъ, которыми было сдѣлано суду заявленіе о мѣстопребываніи ихъ въ томъ городѣ, гдѣ находится судъ.

Что касается, наконецъ, послѣдствій неявки въ судъ тяжущагося, согласившагося принять присягу въ срокъ, судомъ назначенный для принятія присяги, то въ этомъ отношеніи въ 492 ст. постановлено слѣдующее: „неявка его (т.-е. тяжущагося, согласившагося принять присягу) къ назначенному сроку или отказъ отъ принятія присяги будутъ приняты за признаніе въ отношеніи того обстоятельства, по которому присяга была назначена". Неявка къ принятію присяги или положительный отказъ отъ принятія ея при явкѣ суть дѣйствія, конечно, равнозначущія, долженствующія, поэтому, влечь за собой и одинаковыя послѣдствія, но какъ понимать правило разбираемой статьи собственно въ отношеніи опредѣленія послѣдствій неявки или отказа отъ принятія присяги? Еслибы опредѣлить послѣдствія неявки или отказа отъ принятія присяги по буквальному смыслу только что цитированнаго выраженія статьи, въ которомъ указываются послѣдствія этихъ дѣйствій, т.-е. еслибы принять какъ бы въ возмездіе за эти дѣйствія самый фактъ отказа отъ принятія присяги за признаніе того обстоятельства, подтвержденіемъ которому должна бы служить присяга, то пришлось бы придти къ результатамъ самымъ невозможнымъ. При такомъ толкованіи правила 492 ст. оказалось бы, что послѣдствія неявки или отказа отъ принятія присяги на самомъ дѣлѣ должны быть не только невредныя, но даже полезныя для интересовъ стороны, отказавшейся отъ принесенія присяги. При такомъ толкованіи, послѣдствія отказа были бы слѣдующія: напр., истецъ согласился принять присягу въ подтвержденіе того факта, что отвѣтчикъ ему долженъ извѣстную сумму; за неявкой его къ принятію присяги обстоятельство это должно бы считаться какъ бы за признанное, или другими словами, фактъ существованія долга долженъ бы считаться дѣйствительно доказаннымъ; что же побуждало бы послѣ этого истца являться для принятія присяги, если отказъ отъ принятія ея долженъ влечь за собой тѣ же выгодныя для него послѣдствія, какъ и принятіе ея. Составители уставовъ, при редактированіи правила разбираемой статьи, повидимому, упустили изъ виду то обстоятельство, что присяга, какъ доказательство, по самой сущности ея, есть не что иное, какъ показаніе стороны, даваемое ею въ свою пользу, а не въ пользу стороны противной, какъ признаніе, вслѣдствіе чего, и самое опре-

дѣленіе послѣдствій неявки или отказа отъ принятія присяги, въ томъ видѣ, какъ оно сдѣлано въ текстѣ статьи, является искаженнымъ и несоотвѣтствующимъ самому понятію присяги, какъ доказательства, что въ свою очередь должно вести къ тому, что буквальное толкованіе правила этой статьи, въ отношеніи опредѣленія послѣдствій неявки или отказа отъ принятія присяги, должно быть положительно оставлено, какъ невозможное. На самомъ дѣлѣ, послѣдствія этихъ дѣйствій должны быть непремѣнно невыгодныя для стороны, уклоняющейся отъ принятія присяги; невыгодными же они могутъ быть только въ томъ случаѣ, когда отказъ отъ принятія присяги будетъ принимаемъ за признаніе въ отношеніи фактовъ, какъ разъ противоположныхъ тѣмъ, которые предполагалось утвердить присягой, фактовъ, долженствующихъ служить къ утвержденію правъ стороны противной. Поэтому, послѣдствія неявки истца къ принятію присяги, какъ въ вышеприведенномъ случаѣ, должны заключаться не въ признаніи факта существованія долга, а, напротивъ, въ отрицаніи этого факта, или въ признаніи факта противоположнаго—несуществованія долга—факта, полезнаго для интересовъ противной стороны—отвѣтчика. Что таковы должны быть послѣдствія отказа отъ принятія присяги, какъ соотвѣтствующія самому понятію присяги, какъ доказательства, то подтвержденіемъ этому могутъ служить также аналогическія правилу 492 ст. постановленія законодательствъ иностранныхъ, изъ которыхъ, напр., итальянскій гражданскій кодексъ говоритъ, что въ случаѣ отказа истца или отвѣтчика отъ принятія присяги искъ или возраженіе рѣшаются судомъ противъ лица, отказавшагося отъ присяги (ст. 1367), а уставъ германскій еще точнѣе постановляетъ, что послѣдствіемъ отказа отъ принятія присяги должно быть признаніе какъ разъ противнаго тому, что предполагалось утвердить присягой (§ 429). Въ виду этихъ указаній и не можетъ быть признано, конечно, правильнымъ утвержденіе нашихъ процессуалистовъ: Малышева (Курсъ гражд. суд., изд. 2, т. 1, стр. 311)и Гольмстена (Учеб. гражд. суд., стр. 270), что послѣдствіемъ отказа отъ принятія присяги должно быть признаніе тѣхъ обстоятельствъ, или фактовъ, въ подтвержденіе которыхъ присяга была назначена. Не во всѣхъ, безъ сомнѣнія, случаяхъ тяжущійся, обязавшійся принять присягу, можетъ быть подвергнутъ сейчасъ указаннымъ послѣдствіямъ неявки; неявка можетъ быть законная, можетъ, напримѣръ, послѣдовать или вслѣдствіе болѣзни тяжущагося, или вслѣдствіе поздняго полученія повѣстки о вызовѣ для принятія присяги и тому подобное. Имѣя въ виду подобныя причины неявки, судъ долженъ будетъ, кажется, назначить тяжущимся новый срокъ для принятія присяги и послать вновь вызовъ, потому что при такихъ обстоятельствахъ въ фактѣ неявки никакъ нельзя видѣть отказа со стороны тяжущагося отъ принесенія присяги.

Но, кромѣ того, по отношенію наступленія послѣдствій отказа отъ принятія присяги возникаетъ еще одинъ вопросъ, имѣющій болѣе серьёзное значеніе—вопросъ о томъ, всегда ли и безусловно во всѣхъ случаяхъ отказа, въ какой бы моментъ производства о допущеніи присяги отказъ ни послѣдовалъ, должны наступить сейчасъ указанныя послѣдствія? Отвѣтъ на этотъ вопросъ зависитъ отъ разрѣшенія въ томъ или другомъ смыслѣ другого вопроса о томъ, въ правѣ ли одна сторона, безъ согласія другой, послѣ подачи прошенія о допущеніи присяги, отказываться отъ разъ состоявшагося между ними соглашенія о рѣшеніи дѣла на основаніи присяги, или отказываться отъ принятія ея, и если въ правѣ, то до какого момента? Соглашеніе о рѣшеніи дѣла присягой есть, конечно, не что иное, какъ видъ мировой сдѣлки, или своего рода договоръ, который, какъ справедливо замѣчаетъ Побѣдоносцевъ, можетъ быть расторгнутъ или уничтоженъ не иначе, какъ по взаимному согласію сторонъ, порѣшившихъ окончить дѣло присягой, вслѣдствіе чего, само собой вытекаетъ то положеніе, что коль скоро согла-

шеніе о рѣшеніи дѣла на основаніи присяги между сторонами разъ окончательно состоялось, ни одна изъ нихъ не въ правѣ, по одностороннему желанію, отказываться отъ исполненія договора, или отказываться отъ принятія присяги. Но дѣло, далѣе, въ томъ, въ какой моментъ производства о допущеніи присяги соглашеніе сторонъ о рѣшеніи дѣла на основаніи присяги должно быть признано окончательно состоявшимся? По разрѣшеніи этого послѣдняго вопроса опредѣлится, конечно, и тотъ моментъ, по наступленіи котораго стороны не въ правѣ отказываться отъ принятія присяги, а въ случаѣ отказа должны, слѣдовательно, подвергнуться указаннымъ выше послѣдствіямъ отказа. Мнѣ кажется, что Побѣдоносцевъ совершенно правильно опредѣляетъ моментъ, когда соглашеніе о принятіи присяги должно считаться окончательно состоявшимся, моментомъ постановленія судомъ опредѣленія о допущеніи присяги (Судебн. руков., тезисъ 956). Въ самомъ дѣлѣ, хотя на первый взглядъ и можетъ показаться, что соглашеніе сторонъ на принятіе присяги выражается ими уже окончательно въ самомъ прошеніи о допущеніи присяги, или въ моментъ подачи прошенія въ судъ, но въ дѣйствительности прошеніе само по себѣ, въ отношеніи дѣйствія соглашенія, никакого значенія не имѣетъ, и все въ этомъ отношеніи зависитъ отъ утвержденія или неутвержденія соглашенія судомъ, каковое утвержденіе производится имъ посредствомъ постановленія опредѣленія о допущеніи присяги; такъ что съ этого только момента соглашеніе вступаетъ въ силу и становится окончательно обязательнымъ для сторонъ; съ этого, слѣдовательно, момента стороны, по одностороннему ихъ желанію, должны быть признаны лишенными права отказываться отъ принятія присяги. Если такъ, то понятно, что вышепоставленный вопросъ долженъ быть разрѣшенъ въ томъ смыслѣ, что односторонній отказъ стороны отъ принятія присяги, послѣдовавшій лишь послѣ постановленія судомъ опредѣленія о допущеніи присяги, долженъ влечь за собой указанныя выше послѣдствія отказа. По взаимному соглашенію отказъ отъ принятія присяги можетъ быть заявленъ сторонами, безъ сомнѣнія, и послѣ этого момента; до этого же момента, какъ это само собой слѣдуетъ изъ всего сказаннаго, можетъ быть допущенъ и односторонній отказъ, въ случаѣ заявленія котораго суду письменно одной изъ сторонъ послѣ подачи прошенія о допущеніи присяги, или словесно въ самомъ засѣданіи, судъ не въ правѣ уже будетъ постановлять опредѣленіе о допущеніи присяги, а долженъ будетъ первоначальное прошеніе тяжущихся объ этомъ оставить безъ послѣдствій, такъ что въ этомъ случаѣ односторонній отказъ тяжущагося отъ принятія присяги долженъ повлечь только устраненіе присяги, какъ доказательства, но не послѣдствія, указанныя въ 492 ст.

Въ слѣдующихъ статьяхъ заключается описаніе обряда присяги и правила, опредѣляющія порядокъ принесенія ея.

Ст. 493. Тяжущіеся приводятся къ присягѣ въ церкви или молитвенномъ мѣстѣ ихъ исповѣданія. Лица Православнаго исповѣданія присягаютъ предъ Святымъ Евангеліемъ, а лица другихъ вѣроисповѣданій по ихъ закону. Тяжущіеся духовнаго званія, вмѣсто присяги, даютъ показанія по иноческому обѣщанію или по священству.

Ст. 494. Явившемуся въ назначенный день тяжущемуся Священникъ или духовное лицо его исповѣданія напоминаетъ о святости присяги и о наказаніяхъ, положенныхъ въ законахъ за лживую присягу. Тяжущіеся присягаютъ всегда сами и представительство въ присягѣ не допускается.

Ст. 495. Присяга должна быть изустная, на основаніи изготовленнаго тяжущимися присяжнаго листа, который подписывается приведеннымъ къ присягѣ тяжущимся и Священникомъ или духовнымъ лицомъ его исповѣданія.

Для выполненія обряда принятія присяги необходима, конечно, только явка, въ назначенный судомъ срокъ, той стороны, которая согласилась при-

сягнуть, поэтому, уставъ и ничего не говоритъ о томъ, чтобы неявка, въ назначенный судомъ день для принятія присяги, стороны противной могла служить препятствіемъ къ выполненію обряда принятія присяги, изъ чего необходимо заключить, что неявка этой послѣдней стороны никакого значенія не имѣетъ и присяга можетъ быть исполнена въ ея отсутствіи. Если же бы въ томъ случаѣ, когда присягу согласились принять на себя нѣсколько истцовъ или отвѣтчиковъ, но не явились для принятія ея въ назначенный судомъ день нѣкоторые изъ нихъ, то неявка ихъ также не должна служить препятствіемъ приводу къ присягѣ остальныхъ явившихся тяжущихся.

Собственно правила приведенныхъ статей сами по себѣ, по ихъ содержанію, не могутъ, кажется, при примѣненіи ихъ, возбудить какихъ-либо особыхъ недоумѣній, но установленныя ими формальности, обязательныя при исполненіи обряда присяги, даютъ матеріалъ для вывода нѣкоторыхъ положеній, которыя, какъ мы сейчасъ увидимъ, должны въ бóльшей или меньшей степени ограничивать допустимость присяги, какъ доказательства. Такъ, правило 493 ст. безусловно требуетъ, чтобы приводъ тяжущихся къ присягѣ совершался всегда въ церкви, или молитвенномъ мѣстѣ; безусловность этого требованія дѣлается особенно очевидной, если обратить вниманіе на мотивы, послужившіе основаніемъ къ составленію правила этой статьи, изъ которыхъ видно, что сперва предполагалось допускать присягу въ судѣ, но что, затѣмъ, предположеніе это было отвергнуто и, вмѣстѣ съ тѣмъ, положено было сохранить въ этомъ отношеніи порядокъ, установленный въ прежнихъ законахъ о судопроизводствѣ гражданскомъ. Изъ этого требованія разбираемой статьи самъ собой слѣдуетъ, конечно, тотъ выводъ, что если въ томъ городѣ, гдѣ находится судъ, нѣтъ молитвеннаго мѣста того исповѣданія, къ которому принадлежитъ тяжущійся, принимающій присягу, то и самое принятіе присяги невозможно. Точно также выполненіе обряда присяги оказывается невозможнымъ и въ томъ случаѣ, когда въ томъ городѣ, гдѣ находится судъ, нѣтъ духовнаго лица того вѣроисповѣданія, къ которому принадлежитъ тяжущійся, принимающій присягу, потому что приводить къ присягѣ самихъ тяжущихся, за неимѣніемъ духовнаго лица ихъ вѣроисповѣданія, предсѣдателю суда законъ не разрѣшаетъ. Кромѣ того, нельзя не обратить вниманія и на то, что въ правилахъ приведенныхъ статей не содержится никакого дозволенія въ отношеніи возможности замѣны присяги простымъ обѣщаніемъ показать по чистой совѣсти для лицъ, принадлежащихъ къ такимъ вѣроисповѣданіямъ и сектамъ, которыя отвергаютъ присягу, между тѣмъ, какъ подобное дозволеніе заключалось какъ въ нашихъ прежнихъ законахъ о судопроизводствѣ гражданскомъ (436 ст. X т. 2 ч.), такъ равно содержится и въ настоящемъ уставѣ, по отношенію свидѣтелей; но именно въ силу того обстоятельства, что подобнаго дозволенія въ правилахъ разбираемыхъ статей не содержится, мнѣ кажется, скорѣе слѣдуетъ придти къ тому заключенію, что по уставу вообще замѣна присяги простымъ обѣщаніемъ показать по совѣсти для тяжущихся должна быть признана невозможной, потому что тамъ, гдѣ такая замѣна допускается, законъ считалъ необходимымъ выразить положительное на то дозволеніе, чего въ настоящемъ случаѣ нѣтъ. На этомъ основаніи слѣдуетъ, далѣе, признать, что рѣшеніе дѣла на основаніи присяги между тяжущимися, изъ которыхъ хотя одинъ принадлежитъ къ вѣроисповѣданію, не допускающему ее, невозможно; такъ что этотъ способъ доказательства для тяжущихся, не пріемлющихъ присяги, долженъ считаться какъ бы несуществующимъ. Единственный случай исключенія, когда присяга замѣняется простымъ обѣщаніемъ, указанный въ правилѣ 493 ст., относится только до священно-и церковнослужителей и монашествующихъ, которые, вмѣсто присяги, даютъ показанія по иноческому

обѣщанію, но и эти лица должны давать ихъ показанія также въ церкви, а не въ судѣ.

По прежнимъ законамъ обрядъ присяги долженъ былъ совершаться въ присутствіи секретаря суда и повытчика, въ настоящее же время слѣдуетъ, кажется, полагать, что присяга должна быть исполняема, если не въ присутствіи цѣлаго суда, то, по крайней мѣрѣ, одного изъ членовъ. Присутствіе при приводѣ къ присягѣ, по крайней мѣрѣ, члена суда необходимо еще болѣе потому, что кѣмъ-нибудь долженъ быть констатированъ фактъ выполненія при приводѣ къ присягѣ всѣхъ формальностей, закономъ установленныхъ; констатировать же все это возможно не иначе, какъ только чрезъ члена суда, на котораго должна быть возложена обязанность занесенія въ протоколъ всего происходившаго. Такъ, въ протоколъ должно быть занесено, что присягу принялъ тяжущійся самъ лично, потому что представительство въ присягѣ, на основаніи правила 494 ст., не допускается; что тяжущемуся передъ приводомъ къ присягѣ было сдѣлано священникомъ надлежащее увѣщаніе о святости присяги и напоминаніе о наказаніяхъ за ложную присягу, на основаніи той же статьи и проч. Констатировать протоколомъ выполненіе этихъ формальностей необходимо потому, что онѣ имѣютъ существенное значеніе, какъ установленныя съ той цѣлью, чтобы по возможности гарантировать правильность показаній и предупредить случаи лжеприсяги, вслѣдствіе чего, и нельзя согласиться съ положеніемъ Гольмстена, что выполненіе обряда присяги можетъ имѣть мѣсто въ отсутствіи члена суда (Учеб. гражд. суд., стр. 99). Присяга производится на основаніи присяжнаго листа, изготовленнаго самими тяжущимися: никакихъ измѣненій самъ судъ въ этомъ листѣ, и въ особенности въ словахъ и выраженіяхъ, которыми описываются обстоятельства, подтверждаемыя присягой, дѣлать не въ правѣ. Въ виду того обстоятельства, что присяга должна быть принимаема тяжущимися всегда лично и нельзя, кажется, не признать, что въ случаяхъ принятія присяги лицомъ, не владѣющимъ русскимъ языкомъ, должно быть допускаемо, какъ составленіе присяжнаго листа на языкѣ иностранномъ, съ переводомъ, разумѣется, его на русскій языкъ, такъ и произнесеніе самой формулы присяги на языкѣ иностранномъ. По приводѣ тяжущагося къ присягѣ дѣло должно, конечно, получить дальнѣйшее движеніе въ установленномъ порядкѣ.

Невыполненіе обряда присяги, или непринятіе присяги можетъ, впрочемъ, иногда послѣдовать вовсе не вслѣдствіе отказа тяжущагося, но отъ событій, не зависящихъ отъ воли сторонъ, и вотъ уставъ, предвидя возможность такихъ случаевъ, въ слѣдующей статьѣ указываетъ послѣдствія непринятія присяги по одной изъ причинъ, дѣлающихъ принятіе ее невозможнымъ.

Ст. 496. Если присяга не состоится за смертію того, кто долженъ былъ ее выполнить, то дѣло рѣшится по имѣющимся въ немъ доказательствамъ и объясненіямъ сторонъ.

Соглашеніе о рѣшеніи дѣла на основаніи присяги есть, конечно, такого рода договоръ, который устанавливаетъ между тяжущимися только личное обязательство, не переходящее на ихъ преемниковъ и исполненіе котораго для нихъ необязательно, вслѣдствіе чего, правило приведенной статьи, за смертью тяжущагося, согласившагося принять на себя выполненіе обряда присяги, считаетъ самое соглашеніе сторонъ о рѣшеніи дѣла присягой какъ бы несостоявшимся и не обязываетъ преемниковъ умершаго принять за него присягу. Послѣ этого понятно, что правило этой статьи и не могло установить въ этомъ случаѣ никакихъ другихъ послѣдствій непринятія присяги, какъ только то, что дѣло должно послѣ этого рѣшиться на основаніи другихъ, имѣющихся въ немъ, данныхъ. Недостатокъ же правила настоящей

статьи заключается, главнымъ образомъ, въ томъ, что въ немъ говорится только о послѣдствіяхъ непринятія присяги въ одномъ случаѣ—въ случаѣ смерти той стороны, которая обязана была выполнить обрядъ присяги; между тѣмъ, какъ на самомъ дѣлѣ возможны и другіе случаи, когда послѣдствія непринятія присяги должны быть тѣ же самыя; такъ, напр., въ силу того обстоятельства, что соглашеніе о рѣшеніи дѣла присягой есть обязательство личное, нельзя, кажется, не признать, что указанныя въ 496 ст. послѣдствія должны имѣть мѣсто одинаково и въ случаѣ смерти другой стороны до принятія присяги, преемники которой также точно, какъ и преемники стороны, согласившейся принять присягу, въ правѣ не согласиться на рѣшеніе дѣла посредствомъ этого способа доказательства. Мнѣ кажется, что въ этомъ случаѣ, еслибы судъ узналъ до исполненія обряда присяги о смерти этой послѣдней стороны, онъ обязанъ былъ бы не допустить принятія присяги, и за смертью одного изъ тяжущихся, на основаніи 681 ст., немедленно пріостановить дальнѣйшее производство дѣла. Разумѣется, еслибы смерть тяжущагося послѣдовала внезапно, положимъ, послѣ порученія ему опредѣленія о допущеніи присяги, и еслибы вѣсть объ этомъ своевременно не дошла до суда, то принятая другой стороной присяга должна оставаться въ силѣ и должна влечь за собой извѣстныя послѣдствія, о которыхъ я скажу при разборѣ слѣдующей статьи, и для преемниковъ умершаго тяжущагося. Помимо сейчасъ разсмотрѣннаго случая, когда должны наступить послѣдствія непринятія присяги, указанныя въ 496 ст., примѣненіе заключающагося въ ней правила должно быть распространяемо и на нѣкоторые другіе случаи, хотя и по другимъ основаніямъ, такъ что вообще заключающемуся въ ней правилу должно быть дано нѣсколько распространительное толкованіе. Такъ, напр., на томъ основаніи, что принятіе присяги вообще не допускается чрезъ представителей, необходимо признать, что тяжущіеся, согласившіеся окончить дѣло присягой, должны обладать полной гражданской правоспособностью, не только въ моментъ соглашенія, но и въ моментъ исполненія обряда присяги, изъ какового положенія вытекаетъ, далѣе, самъ собою тотъ выводъ, что коль скоро одинъ изъ тяжущихся,—безразлично, тотъ ли, который обязался принять присягу, или сторона противная,—въ моментъ принятія присяги, ограниченъ въ способности свободно распоряжаться своимъ имуществомъ, напр., объявленъ несостоятельнымъ должникомъ, или лишенъ всѣхъ правъ состоянія, присяга не должна быть допускаема, а, затѣмъ, должны, конечно, наступить и послѣдствія непринятія ея, въ 496 ст. указанныя. Я сказалъ, что и въ этомъ случаѣ по отношенію допустимости присяги, безразлично—кто бы изъ тяжущихся ни былъ ограниченъ въ свободномъ распоряженіи имуществомъ, на томъ основаніи, что и въ этихъ случаяхъ они на судѣ замѣняются ихъ преемниками, для которыхъ соглашеніе о присягѣ, какъ обязательство личное, является къ исполненію необязательнымъ. Уставъ германскій въ отношеніи опредѣленія причинъ, по которымъ принятіе присяги должно быть признаваемо законно несостоявшимся, совершенно основательно указываетъ вообще, что причиной, когда присяга можетъ законно не состояться должно служить вообще наступленіе обстоятельства неспособности принять присягу (§ 433), въ силу какового постановленія къ категоріи такихъ причинъ могутъ быть отнесены не только всѣ, только что указанныя, но также, напр., сумасшествіе тяжущагося и проч. Въ слѣдующей статьѣ, напротивъ, указываются послѣдствія состоявшейся присяги.

Ст. 498. Присяга принимается за доказательство того, въ чемъ она учинена, и не можетъ быть опровергаема никакими другими доказательствами.

Послѣдствіе принятія присяги, въ силу правила настоящей статьи, заключается въ томъ, что присяга должна быть принята за полное доказатель-

ство тѣхъ фактовъ или дѣйствій, которые присягой утверждены и, притомъ, за такое доказательство, которое впослѣдствіи не можетъ быть опровергаемо никакими другими доказательствами; изъ чего возможно заключить, что законъ придаетъ этому способу доказательства, по крайней мѣрѣ, въ отношеніи процессуальномъ, значеніе презумпціи juris et de jure, и, такимъ образомъ, присваиваетъ присягѣ значеніе какъ бы равносильное вошедшему въ законную силу рѣшенію. При такомъ значеніи присяги, какъ доказательства, суду послѣ окончанія обряда присяги остается только одно—или присудить, или отказать въ цѣломъ искѣ или въ части, судя по тому, какое значеніе для рѣшенія дѣла имѣютъ факты, утвержденные присягой; понятно также, что при такомъ значеніи присяги никакому усмотрѣнію суда, въ отношеніи оцѣнки доказательной силы ея, не должно быть мѣста и судъ обязанъ принять въ соображеніе буквальное содержаніе показанія, утвержденнаго присягой—и только. Это не значитъ, впрочемъ, чтобы судъ вовсе былъ лишенъ права вдаваться въ оцѣнку присяги по внутреннему содержанію утверждаемаго ею показанія; дѣло только въ томъ, что судъ обязанъ оцѣнить значеніе присяги не послѣ принятія ея, но прежде, при постановленіи первоначальнаго опредѣленія о допущеніи присяги. Судъ въ этотъ моментъ обязанъ строго обсудить и взвѣсить—могутъ ли тѣ факты, которые стороны желаютъ утвердить присягой, имѣть существенное значеніе для рѣшенія дѣла въ пользу той или другой стороны, и если, затѣмъ, судъ при постановленіи опредѣленія о допущеніи присяги призналъ за утверждаемыми присягой фактами такое значеніе и допустилъ присягу, то впослѣдствіи, при рѣшеніи дѣла, онъ обязанъ слѣдовать разъ выраженному имъ взгляду на значеніе фактовъ и принять ихъ въ томъ видѣ, какъ они утверждаются присягой.

Что касается, наконецъ, послѣдствій нарушенія правилъ устава, относящихся до настоящаго способа доказательства, то послѣдствія эти, какъ мнѣ кажется, должны быть различны, смотря по значенію тѣхъ правилъ, которыя являются нарушенными. Я полагаю, что только нарушенія правилъ, имѣющихъ наиболѣе существенное значеніе, или въ отношеніи допустимости присяги, какъ доказательства, или въ отношеніи тѣхъ или другихъ формальностей, установленныхъ съ тою цѣлью, чтобы по возможности лучше гарантировать правильность и достовѣрность показанія, даваемаго подъ присягой,—могутъ влечь за собой отмѣну рѣшенія; нарушенія же прочихъ правилъ, имѣющихъ только обрядовое значеніе и которыми опредѣляется только порядокъ принятія судомъ присяги, какъ доказательства, не должны по моему мнѣнію, въ большинствѣ случаевъ, оказывать никакого вліянія на рѣшеніе. Такъ, напр., допущеніе присяги не вслѣдствіе письменнаго о томъ прошенія тяжущихся, но вслѣдствіе словеснаго заявленія ихъ о томъ въ самомъ засѣданіи по дѣлу, несклоненіе тяжущихся предсѣдателемъ суда къ примиренію, по полученіи отъ нихъ просьбы о допущеніи присяги, и тому подобныя нарушенія правилъ несущественныхъ не должны оказывать никакого вліянія. Мнѣ кажется даже, что еслибы предложеніе о принятіи присяги было сдѣлано тяжущимся самимъ судомъ, если только, затѣмъ, предложеніе это было принято тяжущимися по взаимному ихъ соглашенію и исполненіе обряда присяги дѣйствительно послѣдовало, то и такое нарушеніе не должно имѣть никакихъ послѣдствій, потому что дѣйствіе суда, хотя и является неправильнымъ, но покрывается послѣдующимъ соглашеніемъ тяжущихся, вслѣдствіе чего, и присяга является присягой добровольной, а не принудительной, нашимъ закономъ недопускаемой. Не должно имѣть, по моему мнѣнію, никакого вліянія также допущеніе судомъ исправленія присяжнаго листа, представленнаго тяжущимися, если только исправленіе касалось формы присяги, но не самыхъ словъ, относящихся до описанія обстоятельствъ, имѣющихъ быть подтвержденными присягой; или составленіе тяжущимися присяжнаго

листа, при участіи суда въ самомъ засѣданіи, когда бы присяга была допущена вслѣдствіе словесной просьбы тяжущихся, заявленной въ засѣданіи. Напротивъ, допущеніе присяги, напр., въ тѣхъ случаяхъ, когда присяга вовсе не допускается, какъ способъ доказательства, должно считаться нарушеніемъ безусловно существеннымъ, долженствующимъ влечь отмѣну рѣшенія. Также точно къ числу существенныхъ нарушеній должны быть относимы, напримѣръ: допущеніе принятія присяги черезъ представителя; приводъ тяжущагося къ присягѣ не черезъ священника, а предсѣдателемъ суда, что́ призналъ и сенатъ (рѣш. 1866 г., № 4); приводъ тяжущагося къ присягѣ не въ церкви или молитвенномъ мѣстѣ, а въ самомъ судѣ, что́ также призналъ сенатъ (рѣш. 1873 г., № 1035); допущеніе къ принятію присяги обѣихъ сторонъ, какъ истца, такъ и отвѣтчика и проч. Впрочемъ, въ допущеніи къ присягѣ обѣихъ сторонъ можетъ иногда и не оказаться никакого нарушенія, когда бы стороны были допущены къ подтвержденію присягой совершенно различныхъ фактовъ и, притомъ, такихъ фактовъ, которые имѣютъ совершенно самостоятельное значеніе и которые должны влечь самостоятельныя послѣдствія; напр., въ случаѣ совмѣстнаго разсмотрѣнія исковъ, вытекающихъ изъ разныхъ основаній, или въ случаѣ заявленія встрѣчнаго иска, когда бы истецъ былъ допущенъ подтвердить присягой факты, служащіе основаніемъ его иску, или нѣкоторымъ исковымъ требованіямъ, а отвѣтчикъ былъ допущенъ подтвердить присягой другіе факты, или служащіе основаніемъ его встрѣчному иску, или фактовъ, служащихъ основаніемъ возраженіямъ противъ нѣкоторыхъ исковыхъ требованій, не утверждаемыхъ присягой истца; потому что въ этихъ случаяхъ дѣло будетъ рѣшаться, собственно говоря, на основаніи присяги, принимаемой одной стороной; если же въ дѣйствительности и будутъ допущены къ присягѣ обѣ стороны, то только потому, что въ одномъ производствѣ смѣшано нѣсколько дѣлъ.

§ 7. Общія правила о повѣркѣ доказательствъ.

Кромѣ разсмотрѣнныхъ мной способовъ доказательствъ, въ нашемъ уставѣ имѣются еще правила объ осмотрѣ на мѣстѣ и о заключеніи свѣдущихъ людей. Способамъ этимъ уставъ, однако же, не придаетъ значенія самостоятельныхъ способовъ доказательствъ, а видитъ въ нихъ не болѣе какъ способы повѣрки другихъ доказательствъ. Насколько правиленъ въ этомъ отношеніи взглядъ нашего устава и насколько правильна дѣлаемая имъ квалификація этихъ способовъ доказательствъ, мы видѣли выше, въ началѣ главы о деказательствахъ, гдѣ мы указали, что какъ осмотръ на мѣстѣ, такъ и заключеніе свѣдущихъ людей въ существѣ суть не что иное, какъ самостоятельные способы доказательствъ, наравнѣ съ прочими, одинаково могущіе вести къ раскрытію матеріальной истины въ дѣлѣ, и что все отличіе осмотра на мѣстѣ и заключенія свѣдущихъ людей отъ прочихъ способовъ заключается только въ томъ, что эти способы прямѣе и непосредственнѣе ведутъ къ раскрытію истины, чѣмъ всѣ остальные. Мы видѣли также, что по отношенію осмотра на мѣстѣ взглядъ этотъ усвоенъ и сенатомъ (рѣш. 1873 года, № 1639), который указалъ, что осмотръ на мѣстѣ можетъ имѣть значеніе самостоятельнаго способа доказательства.

Что касается значенія, какъ доказательства, заключенія свѣдущихъ людей, то въ подкрѣпленіе высказаннаго мной взгляда на значеніе этого способа, какъ способа самостоятельнаго, я могу сослаться на мнѣніе Побѣдоносцева, который въ своемъ Судебномъ руководствѣ разсматриваетъ заключеніе свѣдущихъ людей въ ряду съ прочими самостоятельными способами доказательствъ, хотя онъ, при этомъ, по моему мнѣнію, совершенно на-

прасно какъ бы раздвояетъ этотъ способъ доказательства и значеніе способа самостоятельнаго присваиваетъ только заключенію свѣдущихъ людей въ томъ случаѣ, когда оно дается по просьбѣ сторонъ; когда же оно требуется судомъ ex officio оно, по мнѣнію Побѣдоносцева, самостоятельнаго значенія не имѣетъ (Судебн. рук., тезисъ 935). О несостоятельности такого раздвоенія нечего и говорить, потому что ничто не можетъ быть очевиднѣе того, что заключеніе свѣдущихъ людей въ обоихъ случаяхъ остается по природѣ своей все тѣмъ же способомъ доказательства.

Судя по тѣмъ мотивамъ, которые помѣщены въ изданіи государственной канцеляріи подъ 499 ст., возможно предположить, что правила о повѣркѣ, помѣщенныя подъ рубрикой общихъ правилъ, имѣютъ отношеніе только къ осмотру на мѣстѣ и къ заключенію свѣдущихъ людей, но на самомъ дѣлѣ, какъ мнѣ кажется, правила эти, какъ правила общія по отношенію повѣрки доказательствъ, могутъ быть принимаемы судомъ въ соображеніе и при повѣркѣ письменныхъ доказательствъ, несмотря на то, что по отношенію повѣрки этихъ доказательствъ въ уставѣ имѣются другія правила, которыя также названы правилами общими, но которыя, однако же, какъ это мы увидимъ въ своемъ мѣстѣ, сами по себѣ, во многихъ отношеніяхъ, далеко недостаточны и безъ пополненія ихъ правилами, помѣщенными въ настоящемъ отдѣленіи, не могутъ служить во многихъ случаяхъ достаточнымъ руководствомъ. Еслибы относить эти послѣднія правила только къ осмотру на мѣстѣ и къ заключенію свѣдущихъ людей, то и самое заглавіе отдѣленія: „общія правила“—нельзя бы признать правильнымъ и скорѣе слѣдовало бы назвать „спеціальныя правила“, какъ правила, не могущія имѣть значенія дѣйствительно общихъ правилъ по отношенію всѣхъ способовъ повѣрки доказательствъ. Самыя же правила, подлежащія разсмотрѣнію въ настоящемъ параграфѣ, касаются трехъ предметовъ: а) условій допустимости, какъ доказательства, осмотра на мѣстѣ и заключенія свѣдущихъ людей, или условій допустимости, выражаясь словами устава, вообще повѣрки доказательствъ; б) порядка производства повѣрки, и в) порядка повѣрки черезъ другой судъ. Условія допустимости повѣрки выражены въ слѣдующей статьѣ:

Ст. 499. Повѣрка доказательствъ производится или по просьбѣ тяжущихся, или по усмотрѣнію суда. Судъ можетъ назначить повѣрку тѣхъ только доказательствъ, по которымъ объявленъ споръ.

Я обращусь сперва къ разсмотрѣнію правила, заключающагося во второй половинѣ статьи, въ которомъ и указывается собственно условіе допустимости повѣрки доказательствъ. На основаніи относящагося къ этому предмету выраженія статьи: „судъ можетъ назначить повѣрку тѣхъ только доказательствъ, по которымъ объявленъ споръ“,—выраженія, которое хотя и не совсѣмъ точно, но по смыслу котораго, тѣмъ не менѣе, возможно заключить, что какъ осмотръ на мѣстѣ, такъ и заключеніе свѣдущихъ людей, а равно и повѣрка письменныхъ доказательствъ могутъ быть допущены лишь въ томъ случаѣ, когда противъ тѣхъ фактовъ, которые должны бы быть удостовѣрены этими способами доказательствъ, или противъ вѣрности или подлинности представленныхъ документовъ объявленъ споръ. Слѣдовательно, существенное условіе допустимости этихъ способовъ доказательствъ или вообще повѣрки доказательствъ заключается въ заявленіи противной стороной спора; но коль скоро спора, противъ выставленныхъ одной стороной въ основаніе ея требованій фактовъ, нѣтъ, когда, напр., противная сторона не споритъ противъ извѣстнаго положенія вещей, положимъ, не оспариваетъ существованія извѣстныхъ поврежденій въ имуществѣ истца, за которыя предъявленъ искъ объ убыткахъ и которыя могли бы быть удостовѣрены осмотромъ, но за-

являетъ свои возраженія противъ иска совершенно на другихъ основаніяхъ, напр. на правѣ произвести указанныя истцомъ измѣненія въ его имуществѣ, не отрицая существованія самыхъ измѣненій, то понятно, что въ подобномъ случаѣ осмотръ будетъ излишенъ и судъ будетъ не въ правѣ назначить его. Правило 499 ст. для допустимости повѣрки доказательствъ положительно требуетъ заявленія спора, изъ чего также слѣдуетъ заключить, что повѣрка можетъ быть назначена не только тогда, когда противная сторона положительно признаетъ существованіе извѣстныхъ фактовъ, но и тогда, когда она молчитъ или не возражаетъ противъ утвержденій другой стороны, относящихся до этихъ фактовъ. Мнѣ кажется, что при отсутствіи сейчасъ указаннаго условія, судъ, въ особенности ex officio, не въ правѣ назначить повѣрку доказательствъ, какъ дѣйствіе безполезное и, притомъ, обременительное для тяжущихся, какъ въ отношеніи издержекъ, такъ равно и проволочки въ движеніи процесса. Но при существованіи спора, заявленнаго одной стороной противъ вѣрности утвержденія другой стороны, относящихся до извѣстныхъ фактовъ, когда эти факты такого свойства, что могутъ быть раскрыты и надлежащимъ образомъ констатированы посредствомъ осмотра на мѣстѣ или заключеніемъ свѣдущихъ людей, то эти способы доказательствъ могутъ быть допущены, на основаніи правила, выраженнаго въ первой половинѣ 499 ст., какъ по просьбѣ сторонъ, такъ и по усмотрѣнію самого суда ex officio, который въ правѣ самъ, и безъ просьбы сторонъ, если найдетъ, что эти способы могутъ вести къ лучшему раскрытію матеріальной истины, назначить осмотръ на мѣстѣ или потребовать заключенія отъ свѣдущихъ людей. Въ предоставленіи суду такого права нельзя не видѣть, какъ это я уже имѣлъ случай замѣтить въ началѣ главы о доказательствахъ, нѣкотораго отступленія отъ началъ состязательнаго процесса, но основаніе такого отступленія, по словамъ составителей уставовъ, заключается въ томъ, что „судъ“, какъ сказано въ мотивахъ, помѣщенныхъ въ изданіи государственной канцеляріи подъ разбираемой статьей, „есть достиженіе правды, и рѣшеніе суда будетъ тогда только справедливо, когда судьи, при возникающемъ сомнѣніи относительно факта, могутъ сами лично, или посредствомъ заключенія экспертовъ, убѣдиться въ дѣйствительности событія, къ которому они должны приложить законъ и разрѣшить предметъ спора на основаніи не формальной, но матеріальной истины“. Для того, чтобы осмотръ на мѣстѣ или заключеніе свѣдущихъ людей были, какъ доказательства, приняты судомъ по просьбѣ сторонъ, конечно, безразлично, которая изъ сторонъ заявляетъ суду просьбу объ этомъ, т.-е. та ли сторона, которая надѣется этимъ способомъ доказательства удостовѣрить существованіе фактовъ, служащихъ основаніемъ ея требованію, или сторона противная, которая этимъ способомъ надѣется разрушить утвержденія другой стороны, относящіяся до этихъ фактовъ, въ особенности когда факты эти являются уже хотя отчасти удостовѣренными другими доказательствами, этой стороной представленными. Но какъ собственно понимать выраженіе статьи: „судъ можетъ назначить“, т.-е. слѣдуетъ ли признавать, что уставъ предоставляетъ полному и безконтрольному усмотрѣнію суда назначать или не назначать повѣрку доказательствъ, въ особенности когда о повѣркѣ просятъ стороны, или же судъ при извѣстныхъ условіяхъ обязанъ удовлетворять просьбы тяжущихся въ этомъ отношеніи? По отношенію назначенія по просьбѣ тяжущихся осмотра на мѣстѣ, сенатъ, въ вышеприведенномъ рѣшеніи по дѣлу Швебига, призналъ, что судъ не въ правѣ отказать въ производствѣ осмотра въ тѣхъ случаяхъ, когда этотъ способъ доказательства является въ дѣлѣ единственнымъ доказательствомъ, могущимъ служить къ утвержденію правъ просителя и, вмѣстѣ съ тѣмъ, является единственнымъ средствомъ, могущимъ вести къ обнаруженію истины. Это положеніе сената нельзя, какъ мнѣ кажется, не признать безусловно правильнымъ,

между прочимъ, на томъ основаніи, что выраженіе „судъ можетъ", какъ объяснилъ Малышевъ (Курсъ гражд. суд., изд. 2, т. 1, стр. 300), нисколько не оправдываетъ мнѣніе противоположное и не можетъ дать въ настоящемъ случаѣ никакого повода утверждать, чтобы уставъ дѣйствительно предоставлялъ полному и безконтрольному усмотрѣнію суда назначеніе повѣрки доказательствъ, потому что въ смыслѣ права публичнаго выраженію „судъ можетъ" должно быть придаваемо такое значеніе, что судъ, какъ органъ общественной власти, имѣя извѣстное право, въ то же время и обязанъ къ совершенію тѣхъ дѣйствій, на которыя онъ управомоченъ. На этомъ основаніи я полагаю, что судъ *не въ правѣ* отказать въ назначеніи повѣрки доказательствъ, или не въ правѣ отказать въ назначеніи, напр., осмотра на мѣстѣ, когда, во-первыхъ, условія допустимости повѣрки на лицо, и, во-вторыхъ, когда принятіе подобнаго доказательства представляется необходимымъ, какъ единственно возможное средство къ раскрытію дѣйствительнаго значенія или даже къ констатированію самаго существованія спорныхъ фактовъ.

Просьба о допущеніи повѣрки можетъ быть заявлена какъ письменно, или въ самомъ исковомъ прошеніи, или въ одной изъ состязательныхъ бумагъ, или, наконецъ, въ отдѣльномъ частномъ прошеніи, такъ и словесно, въ засѣданіи по дѣлу. Разрѣшена же судомъ просьба эта должна быть на общемъ основаніи въ порядкѣ частномъ, но не прежде, однако же, какъ по сообщеніи копіи просьбы сторонѣ противной и по истеченіи срока, назначеннаго ей для явки въ судъ. Приступить къ разрѣшенію просьбы о допущеніи повѣрки, какъ и вообще всякой просьбы о принятіи того или другого доказательства, судъ въ правѣ какъ въ то время, когда дѣло готово къ слушанію, такъ и тогда, когда оно находится еще въ состояніи предварительной письменной подготовки. Что же касается того, въ какой моментъ судопроизводства судъ въ правѣ распорядиться назначеніемъ повѣрки ex officio, то для того, чтобы опредѣлить этотъ моментъ, мнѣ кажется, слѣдуетъ принять во вниманіе то обстоятельство, что пока дѣло находится въ состояніи предварительной письменной подготовки, оно суду неизвѣстно, вслѣдствіе чего, въ этотъ моментъ судопроизводства судъ не въ состояніи убѣдиться въ томъ, необходима ли повѣрка; становится же извѣстнымъ суду дѣло не прежде, какъ по докладѣ его въ засѣданіи, по просьбѣ которой-либо изъ сторонъ, вслѣдствіе чего необходимо признать, что судъ ex officio тогда только можетъ назначить повѣрку, когда дѣло вышло изъ состоянія предварительной подготовки и заслушано уже судомъ въ засѣданіи.

Обращусь къ комментированію правилъ, опредѣляющихъ въ общихъ чертахъ порядокъ повѣрки, изложенныхъ въ слѣдующихъ статьяхъ.

Ст. 500. Повѣрка доказательствъ происходитъ въ открытомъ засѣданіи суда, за исключеніемъ указанныхъ въ законѣ случаевъ, когда она можетъ быть поручена одному изъ Членовъ суда.

Ст. 501. О времени и мѣстѣ повѣрки извѣщаются стороны и отъ нихъ зависитъ присутствовать при оной лично или черезъ повѣренныхъ.

Ст. 502. Неприбытіе сторонъ къ повѣркѣ не останавливаетъ ея, развѣ бы присутствіе ихъ оказалось необходимымъ для удостовѣренія въ подлинности и тождествѣ предметовъ повѣрки.

Ст. 503. О повѣркѣ составляется протоколъ, съ означеніемъ всего происходившаго и оказавшагося. Онъ подписывается сторонами, присутствующими при повѣркѣ.

Ст. 504. Въ отношеніи правъ Члена суда, производящаго повѣрку, и подаваемыхъ на него жалобъ соблюдаются правила, установленныя въ статьяхъ 388 и 389.

Что касается правила первой изъ этихъ статей, предписывающаго, во-первыхъ, производить повѣрку доказательствъ въ открытомъ засѣданіи суда, то мнѣ кажется, что подобное правило является совершенно излишнимъ,

какъ ненужное повтореніе усвоеннаго нашимъ уставомъ, въ видѣ общаго правила, начала публичности, по отношенію всѣхъ дѣйствій, долженствующихъ совершиться въ засѣданіи суда, вслѣдствіе чего, и безъ этого предписанія, но при неимѣніи въ виду того, чтобы уставомъ было сдѣлано исключеніе изъ этого общаго начала по отношенію производства повѣрки, мнѣ кажется, что повѣрка доказательствъ, и при отсутствіи правила 500 ст., всегда производилась бы въ открытомъ засѣданіи во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда повѣрка имѣла бы мѣсто передъ цѣлымъ присутствіемъ суда. Если же въ текстъ разбираемой статьи включено положительное предписаніе о производствѣ повѣрки въ открытомъ засѣданіи, то развѣ съ тою только цѣлью, чтобы уяснить значеніе исключенія, выраженнаго въ дальнѣйшемъ содержаніи той же статьи, по смыслу котораго, если только основываться, при этомъ, на буквѣ выраженія правила статьи, возможно предположить, что въ тѣхъ случаяхъ, когда бы повѣрка была поручена одному изъ членовъ суда, она можетъ быть производима тайно; но для этого не стоило включать указанное предписаніе, потому что, какъ мы это сейчасъ увидимъ, на самомъ дѣлѣ исключеніе это не имѣетъ вовсе того значенія, которое бы ему можно придать, основываясь только на буквѣ правила этой статьи. На самомъ дѣлѣ, и при производствѣ повѣрки членомъ суда могутъ присутствовать, на основаніи правила 501 ст., во-первыхъ, стороны или ихъ повѣренные, а во-вторыхъ, по смыслу 22 ст. основн. положеній даже и постороннія лица, такъ что, слѣдовательно, и производство повѣрки въ тѣхъ случаяхъ, когда оно по закону можетъ быть поручено члену суда, никакъ не должно быть тайное, а, напротивъ, должно быть точно также публичное, какъ и производство повѣрки въ присутствіи цѣлаго суда. Выводъ изъ этого очевиденъ: если производство повѣрки черезъ члена суда не должно быть тайное, то понятно, что и нельзя признать, чтобы въ правилѣ 500 ст. на самомъ дѣлѣ содержалось въ этомъ отношеніи какое-либо исключеніе, а если такъ, то и все правило этой статьи является не только излишнимъ, но включеніе его въ уставъ должно быть признано даже вреднымъ, на томъ основаніи, что по содержанію его оно можетъ вести только къ ложнымъ предположеніямъ. Если, впрочемъ, и могутъ быть указаны нѣкоторые случаи повѣрки, какъ случаи, составляющіе исключеніе изъ общаго правила о публичности повѣрки, то вовсе не случаи, когда повѣрка по закону поручается одному изъ членовъ суда, но случаи, когда повѣрка, по самому свойству ея, несовмѣстима съ публичностью, безо всякаго отношенія къ тому, поручено ли производство повѣрки члену. Такъ, напр., производство изслѣдованія свѣдущими людьми — поручено ли члену суда или нѣтъ, во всякомъ случаѣ есть такое дѣйствіе, которое требуетъ спокойнаго и сосредоточеннаго вниманія со стороны свѣдущихъ людей, вслѣдствіе чего, по самому свойству этого дѣйствія, совершеніе его публично представляется невозможнымъ, такъ какъ, присутствіе публики только напрасно отвлекало бы вниманіе экспертовъ. Но и по поводу подобныхъ случаевъ повѣрки нельзя не замѣтить, что если ихъ и можно считать за исключеніе, то не вполнѣ, потому что присутствіе самихъ сторонъ процесса должно быть допущено и при указанныхъ производствахъ повѣрки на основаніи правила 501 ст.

Правило 501 ст. предписываетъ о времени и мѣстѣ повѣрки извѣщать стороны. Безъ сомнѣнія, стороны должны быть извѣщаемы объ этомъ одинаково въ обоихъ случаяхъ, т.-е. какъ въ случаѣ производства повѣрки въ присутствіи суда, такъ и въ случаѣ производства повѣрки членомъ. Ниже мы увидимъ, что всякій способъ повѣрки можетъ быть назначенъ не иначе, какъ постановленіемъ о томъ судебнаго опредѣленія, въ которомъ, между прочимъ, должно быть указываемо какъ время, такъ и мѣсто повѣрки, такъ что о времени и мѣстѣ повѣрки тяжущіеся имѣютъ полную возможность

узнать собственно уже изъ этого опредѣленія; между тѣмъ, правило разбираемой статьи предписываетъ, какъ кажется, посылать сторонамъ объ этомъ особое извѣщеніе, въ чемъ еще болѣе убѣждаетъ ссылка, сдѣланная въ мотивахъ, помѣщенныхъ подъ правиломъ разбираемой статьи, на 18 ст. основн. положеній, которая дѣйствительно предписываетъ вызывать стороны къ производству повѣрки установленнымъ порядкомъ, т.-е. посредствомъ посылки имъ особыхъ повѣстокъ. Требованіе о посылкѣ особаго извѣщенія установлено, какъ кажется, вслѣдствіе того, что законъ считалъ необходимымъ, чтобы производство повѣрки происходило по возможности въ присутствіи тяжущихся, хотя неявка ихъ къ повѣркѣ не останавливаетъ, на основаніи правила 502 ст., самаго производства повѣрки, но не останавливаетъ, безъ сомнѣнія, въ тѣхъ случаяхъ, когда извѣщеніе имъ о времени и мѣстѣ повѣрки дѣйствительно было послано и когда повѣстки о вызовѣ были дѣйствительно имъ вручены. Если же неявка которой-либо изъ сторонъ была законная и послѣдовала или вслѣдствіе неврученія во-время повѣстки, или вслѣдствіе несоблюденія судомъ правила 501 ст., т.-е. вслѣдствіе непосылки имъ установленнаго извѣщенія, то и самое производство повѣрки должно быть отложено. Кромѣ того, въ правилѣ 502 ст. указывается въ видѣ исключенія еще одинъ случай, когда производство повѣрки за неявкой сторонъ должно быть отложено,—это именно въ томъ случаѣ, когда бы присутствіе сторонъ оказалось необходимымъ для удостовѣренія въ подлинности и тождествѣ предметовъ повѣрки. Не можетъ быть, кажется, сомнѣнія въ томъ, что въ этомъ случаѣ производство повѣрки должно быть откладываемо не только за неявкой обѣихъ сторонъ къ производству, но даже за неявкой одной изъ нихъ, именно той, отъ которой только и возможно получить надлежащія указанія въ отношеніи предметовъ повѣрки. Я полагаю однако же, что и въ подобныхъ случаяхъ судъ не въ правѣ требовать непремѣнно личной явки самихъ тяжущихся къ повѣркѣ, но можетъ только требовать ихъ повѣренныхъ, потому что правиломъ 501 ст. предоставляется вполнѣ на волю сторонъ присутствовать при повѣркѣ лично или черезъ повѣренныхъ, если дѣло ведется при посредствѣ представителей. По смыслу правила 502 ст. слѣдуетъ заключить, что разрѣшеніе вопроса о томъ, слѣдуетъ ли требовать непремѣннаго присутствія сторонъ, или, по крайней мѣрѣ, одной изъ нихъ при производствѣ повѣрки, въ случаѣ необходимости имѣть отъ нихъ надлежащія указанія въ отношеніи предметовъ повѣрки, а равно—должно ли быть отложено на этомъ основаніи производство повѣрки, за неявкой сторонъ въ этихъ случаяхъ,—должно быть предоставлено усмотрѣнію суда, потому что въ статьѣ сказано: „развѣ бы присутствіе ихъ оказалось необходимымъ“ и проч.; изъ каковыхъ словъ положительно явствуетъ, что, коль скоро оказывается необходимость въ присутствіи сторонъ при повѣркѣ, судъ сейчасъ же въ правѣ отложить производство и потребовать явки сторонъ. Мнѣ кажется только, что въ случаѣ отсрочки повѣрки на этомъ основаніи судъ обязанъ при посылкѣ тяжущимся извѣщенія о назначеніи повѣрки на другой срокъ увѣдомить ихъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, о причинѣ, по которой повѣрка была отложена.

Присутствіе при повѣркѣ, по крайней мѣрѣ, кого-либо изъ тяжущихся въ дѣйствительности можетъ оказываться необходимымъ весьма часто, въ особенности въ случаѣ производства осмотра на мѣстѣ, когда членъ суда безъ надлежащихъ указаній самихъ тяжущихся о предметѣ и самомъ мѣстѣ осмотра нерѣдко можетъ быть поставленъ въ физическую невозможность выполнить возложенное на него порученіе. Въ правилѣ разбираемой статьи не указываются, впрочемъ, послѣдствія неявки сторонъ къ повѣркѣ въ тѣхъ случаяхъ, когда бы присутствіе ихъ при повѣркѣ было признано необходи-

мымъ и ничего не говорится о вліяніи неявки на самое производство повѣрки, между тѣмъ, какъ на самомъ дѣлѣ обстоятельство это не можетъ оставаться безъ всякихъ послѣдствій, потому что за неявкой къ повѣркѣ въ этихъ случаяхъ, по крайней мѣрѣ, одной стороны, какъ мы только что видѣли, судъ можетъ быть поставленъ въ физическую невозможность приступить къ производству повѣрки, за невозможностью получить надлежащія указанія въ отношеніи предмета повѣрки. При такихъ результатахъ неявки, мнѣ кажется, что по самому ходу вещей неявка въ этихъ случаяхъ къ повѣркѣ должна влечь за собой, какъ единственное и необходимое послѣдствіе, отказъ въ самомъ производствѣ повѣрки. Мнѣ кажется, что отказъ со стороны суда въ производствѣ повѣрки будетъ въ подобныхъ случаяхъ вполнѣ справедливымъ возмездіемъ за неявку и за уклоненіе тяжущихся дать суду необходимыя свѣдѣнія и разъясненія, безъ которыхъ невозможна и самая повѣрка. Послѣдствіе это, т.-е. отказъ въ повѣркѣ, какъ возмездіе за неявку, одинаково должно имѣть мѣсто, какъ въ тѣхъ случаяхъ, когда повѣрка была назначена по просьбѣ сторонъ, такъ и въ тѣхъ случаяхъ, когда повѣрка была назначена по усмотрѣнію суда, потому что въ обоихъ этихъ случаяхъ повѣрка доказательствъ предпринимается въ интересѣ сторонъ. Въ силу, однако же, того обстоятельства, что въ большинствѣ случаевъ повѣрка можетъ имѣть послѣдствія выгодныя для интересовъ только одной изъ сторонъ, судъ, какъ мнѣ кажется, при постановленіи опредѣленія объ отказѣ въ повѣркѣ вслѣдствіе неявки сторонъ къ производству повѣрки, долженъ принимать во вниманіе еще и то, насколько отказъ можетъ вредить именно интересамъ той стороны, которая не явилась къ производству. Такъ, напр., въ томъ случаѣ, когда повѣрка была предпринята въ интересѣ той стороны, которая явилась къ производству, но когда болѣе важныя и необходимыя объясненія въ отношеніи предметовъ повѣрки можно было бы получить отъ стороны противной, къ повѣркѣ не явившейся, судъ, какъ мнѣ кажется, никакъ не долженъ отказать въ производствѣ повѣрки, но долженъ произвести повѣрку, насколько это окажется возможнымъ, по указаніямъ явившейся стороны.

Далѣе, правило 503 ст. требуетъ, чтобы производство повѣрки было надлежащимъ образомъ констатировано протоколомъ, съ означеніемъ въ немъ всего происходившаго и оказавшагося при повѣркѣ. Если повѣрка имѣла мѣсто въ присутствіи цѣлаго суда, то протоколъ повѣрки долженъ быть составленъ секретаремъ; а въ случаѣ производства повѣрки членомъ, протоколъ долженъ быть составленъ имъ самимъ. Затѣмъ протоколъ долженъ быть, конечно, прочитанъ и, согласно правилу настоящей статьи, подписанъ сторонами, присутствовавшими при повѣркѣ. Что касается самаго содержанія протокола, то объ этомъ мы будемъ имѣть случай сказать нѣсколько подробнѣе, при комментированіи правилъ, относящихся до того или другого способа повѣрки въ отдѣльности. Правило 504 ст., опредѣляющее права члена суда, производящаго повѣрку, и порядокъ обжалованія его дѣйствій, не требуетъ никакихъ разъясненій, потому что и въ этомъ случаѣ члену суда предоставляются тѣ же права и устанавливается тотъ же порядокъ обжалованія его дѣйствій, какъ и при допросѣ свидѣтелей, на что и было мной обращено вниманіе въ своемъ мѣстѣ и были даны въ этомъ отношеніи надлежащія разъясненія. Такъ какъ повѣрку доказательствъ, въ особенности въ случаѣ необходимости произвести повѣрку на мѣстѣ, судъ, въ которомъ заведено дѣло и который дѣйствуетъ въ предѣлахъ извѣстнаго района, не всегда въ состояніи выполнить самъ непосредственно, по отдаленности мѣста, въ которомъ должно послѣдовать производство повѣрки, то правила слѣдующихъ статей указываютъ порядокъ производства повѣрки въ подобныхъ случаяхъ.

Ст. 505. Для производства повѣрки доказательствъ въ округѣ другого суда, сему послѣднему сообщается копія опредѣленія о повѣркѣ и ему же предоставляется назначеніе срока для производства повѣрки.

Ст. 506. Судъ, получившій означенную копію, обязанъ исполнить изложенное въ ней постановленіе и протоколъ о повѣркѣ доказательствъ препроводить въ судъ, разсматривающій дѣло.

На основаніи постановленій приведенныхъ статей, въ случаѣ необходимости произвести повѣрку въ округѣ другого суда, судъ, въ которомъ заведено дѣло, въ правѣ поручить производство повѣрки другому мѣстному суду, въ округѣ котораго повѣрка только и можетъ послѣдовать, и этотъ послѣдній судъ обязанъ порученіе это выполнить согласно опредѣленію о томъ перваго суда, только опредѣленіе времени повѣрки предоставляется самому суду, обязанному исполнить порученіе. Конечно, и назначеніе члена суда для производства повѣрки должно также зависѣть отъ этого послѣдняго суда, но самая повѣрка должна быть произведена не иначе, какъ по предварительномъ извѣщеніи сторонъ о времени повѣрки. Въ этомъ случаѣ особое извѣщеніе сторонъ представляется дѣйствительно необходимымъ, потому что безъ этого стороны дѣйствительно не имѣютъ возможности получить свѣдѣнія о времени повѣрки. Повѣстки о вызовѣ къ производству повѣрки должны быть посланы, какъ объяснилъ и сенатъ (рѣш. 1882 года, № 22), по избранному тяжущимися мѣстопребыванію въ томъ городѣ, гдѣ находится судъ, имѣющій въ производствѣ самое дѣло. Относительно, затѣмъ, случаевъ необходимости производства повѣрки доказательствъ или въ такихъ мѣстахъ, гдѣ дѣйствуютъ старыя судебныя учрежденія, или заграницей, слѣдуетъ признать, что порученіе о производствѣ повѣрки должно быть дѣлаемо тѣмъ лицамъ и учрежденіямъ, которымъ должно быть поручаемо и производство допроса свидѣтелей, въ случаяхъ необходимости допроса ихъ въ этихъ мѣстахъ и которыя были указаны мной при объясненіи правилъ о допросѣ свидѣтелей.

Таковы общія правила устава о повѣркѣ доказательствъ; понятно, что правила эти могутъ имѣть примѣненіе никакъ не сами по себѣ, но не иначе, какъ въ связи съ спеціальными постановленіями, относящимися до того или другого способа повѣрки въ отдѣльности и только при производствѣ повѣрки по какому-либо опредѣленному способу, вслѣдствіе чего, и о послѣдствіяхъ нарушенія этихъ правилъ я считаю за лучшее сказать при разсмотрѣніи правилъ спеціальныхъ.

§ 8. Осмотръ на мѣстѣ.

Нельзя, кажется, не признать вполнѣ вѣрнымъ взглядъ тѣхъ процессуалистовъ, которые считаютъ осмотръ на мѣстѣ, какъ способъ доказательства, однимъ изъ лучшихъ и наиболѣе совершеннѣйшихъ способовъ, потому что посредствомъ осмотра, который, по правиламъ современныхъ кодексовъ судопроизводства, долженъ быть производимъ всегда не иначе, какъ самими лицами, облеченными судебной властью, судья дѣйствительно можетъ de visu самъ непосредственно убѣдиться въ извѣстномъ положеніи вещей. Несмотря, однако же, на такое значеніе осмотра, какъ способа доказательства, въ практикѣ, насколько мнѣ извѣстно, суды, къ сожалѣнію, довольно рѣдко прибѣгаютъ къ этому способу раскрытія истины. Объясняется это отчасти слабостью рабочихъ силъ нашихъ судовъ, личный составъ большинства которыхъ весьма недостаточенъ, а отчасти, кажется, и практикой сената, который до конца 1873 года предоставлялъ постоянно полному и безконтрольному усмотрѣнію суда право назначенія осмотра, неправильно толкуя постановленіе 499 ст., въ которомъ сказано, что повѣрку доказательствъ судъ мо-

жетъ назначать по своему усмотрѣнію. Кромѣ того, нельзя также не замѣтить, что этотъ способъ доказательства въ искахъ малоцѣнныхъ является мало доступнымъ и по дороговизнѣ его, въ особенности въ тѣхъ случаяхъ, когда осмотръ долженъ быть произведенъ въ мѣстности, отдаленной отъ того города, гдѣ находится судъ, такъ какъ издержки, хотя бы на выѣздъ одного члена суда для осмотра, доходятъ до довольно значительной цифры, при дальности разстоянія и при обширности районовъ нашихъ судовъ вообще. Самый порядокъ назначенія осмотра очень несложенъ и опредѣляется правилами слѣдующихъ статей.

Ст. 507. Судъ можетъ, по просьбѣ тяжущагося или по своему усмотрѣнію, назначить осмотръ на мѣстѣ, съ участіемъ или безъ участія свѣдущихъ людей.

Ст. 508. Для производства осмотра судъ назначаетъ одного или нѣсколькихъ изъ своихъ Членовъ.

Ст. 509. Въ опредѣленіи суда объ осмотрѣ означаются: мѣсто осмотра, предметъ его и время, когда онъ долженъ быть произведенъ.

Правило 507 ст. повторяетъ, прежде всего, общее постановленіе, выраженное въ 499 ст., въ силу котораго, какъ мы видѣли, повѣрка дозазательствъ вообще, а слѣдовательно и осмотръ на мѣстѣ, можетъ быть назначена какъ по просьбѣ сторонъ, такъ и по усмотрѣнію суда; но, затѣмъ, въ правилѣ 507 ст. содержится, по моему мнѣнію, весьма важное и полезное постановленіе, допускающее соединеніе обоихъ способовъ доказательствъ, или, по терминологіи устава, обоихъ способовъ повѣрки, при изслѣдованіи однихъ и тѣхъ же фактовъ, какъ способовъ, взаимно другъ друга дополняющихъ. Заключеніе свѣдущихъ людей и въ томъ случаѣ, когда оно, какъ способъ повѣрки, присоединяется къ осмотру, должно быть, безъ сомнѣнія, требуемо не иначе, какъ въ томъ же порядкѣ, который особо установленъ по отношенію принятія этого способа доказательства и по тѣмъ же правиламъ, которыя установлены на случаи, когда заключеніе свѣдущихъ людей требуется, какъ самостоятельное доказательство. Нашъ уставъ не опредѣляетъ собственно случаи, когда осмотръ на мѣстѣ долженъ бы быть назначаемъ въ соединеніи съ экспертизой и когда отдѣльно; судя же по буквальному смыслу правила 507 ст. можно, пожалуй, предполагать, что соединеніе этихъ двухъ способовъ доказательствъ зависитъ вполнѣ отъ усмотрѣнія суда, отъ котораго зависитъ назначить осмотръ съ участіемъ или безъ участія свѣдущихъ людей. На самомъ дѣлѣ, однако же, какъ мнѣ кажется, и въ этомъ отношеніи не все можетъ быть предоставлено исключительно усмотрѣнію суда, и здѣсь могутъ быть предложены для руководства извѣстныя правила, вытекающія, какъ логическое послѣдствіе, изъ самой сущности обоихъ этихъ способовъ доказательствъ, на основаніи которыхъ возможно сдѣлать нѣкоторыя указанія относительно того, когда осмотръ можетъ быть предпринимаемъ не иначе, какъ въ соединеніи съ экспертизой, и когда отдѣльно, безъ участія свѣдущихъ людей. Правила эти, въ силу того, что они имѣютъ свое основаніе въ самой природѣ этихъ способовъ доказательствъ, должны, по моему мнѣнію, имѣть обязательное значеніе, несмотря на то, что въ положительномъ законѣ они и не указаны. Въ чемъ же заключаются эти правила? Нельзя, мнѣ кажется, не согласиться съ мнѣніемъ Бонье, который утверждаетъ, что осмотръ на мѣстѣ, какъ доказательство, можетъ быть полезнымъ только въ тѣхъ случаяхъ, когда онъ предпринимается съ цѣлью удостовѣриться въ извѣстномъ положеніи вещей, существующемъ въ данный моментъ, или съ цѣлью удостовѣриться въ существованіи фактовъ очевидныхъ, оцѣнка значенія которыхъ можетъ быть сдѣлана безъ всякихъ спеціальныхъ свѣдѣній, которыми судья обладать не можетъ (Traité des preuves, изд. 4, т. 1, стр. 117). Если принять положеніе это къ руководству, то въ немъ мы именно и можемъ найти

необходимыя указанія тому—когда осмотръ на мѣстѣ можетъ быть назначаемъ самъ по себѣ и когда въ соединеніи съ экспертизой. Положеніе это указываетъ, что осмотръ на мѣстѣ долженъ быть назначаемъ съ участіемъ свѣдущихъ людей во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда для оцѣнки значенія фактовъ, хотя и очевидныхъ, или для оцѣнки выводовъ изъ даннаго положенія вещей, необходимы, однако же, спеціальныя свѣдѣнія по какой-либо отрасли наукъ, искусствъ или ремеслъ, когда факты представляютъ не болѣе, какъ матеріальные элементы, настоящее значеніе, а равно и послѣдствія которыхъ могутъ быть указаны не иначе, какъ съ помощью спеціальныхъ свѣдѣній. Понятно, что во всѣхъ подобныхъ случаяхъ осмотръ на мѣстѣ безъ экспертизы не можетъ привести самъ по себѣ ни къ какимъ результатамъ, вслѣдствіе чего, и назначеніе его безъ присоединенія этого послѣдняго способа доказательства представляется безполезнымъ и, потому, невозможнымъ. Поэтому, сейчасъ указанное положеніе, которымъ судъ обязанъ руководствоваться при назначеніи осмотра съ участіемъ или безъ участія свѣдущихъ людей, какъ положеніемъ, имѣющимъ свое основаніе въ самой природѣ обоихъ этихъ способовъ доказательствъ, и есть, вмѣстѣ съ тѣмъ, то правило, которое должно служить ограниченіемъ усмотрѣнію суда, при назначеніи осмотра въ соединеніи съ экспертизой или отдѣльно отъ нея. Такъ, осмотръ на мѣстѣ безъ участія свѣдущихъ людей можетъ быть назначенъ въ тѣхъ случаяхъ, когда суду необходимо удостовѣриться только въ извѣстномъ положеніи вещей, послѣдствія какового положенія могутъ быть безъ затрудненія опредѣлены и надлежащимъ образомъ оцѣнены самимъ судомъ. Поэтому, осмотръ на мѣстѣ можетъ служить хорошимъ способомъ доказательства и самъ по себѣ, когда посредствомъ осмотра суду необходимо убѣдиться, напр., въ поднятіи уровня воды въ рѣкѣ, въ устройствѣ въ извѣстномъ мѣстѣ прохода или проѣзда, и тому подобное. Напротивъ, во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда значеніе извѣстныхъ фактовъ можетъ быть опредѣлено не иначе, какъ съ помощью спеціальныхъ свѣдѣній, напр. техническихъ или хозяйственныхъ, то безуспѣшность, а, слѣдовательно, и невозможность осмотра въ этихъ случаяхъ безъ участія свѣдущихъ людей признавали и составители уставовъ, какъ это видно изъ мотивовъ, помѣщенныхъ въ изданіи государственной канцеляріи подъ разбираемой статьей.

Законъ не опредѣляетъ самые случаи, когда осмотръ безъ участія свѣдущихъ людей долженъ быть назначаемъ и не указываетъ факты, существованіе которыхъ должно бы быть удостовѣряемо не иначе, какъ посредствомъ осмотра, изъ чего возможно заключить, что въ нашемъ гражданскомъ процессѣ тѣ факты, которые могутъ быть удостовѣрены посредствомъ осмотра, могутъ быть удостовѣряемы не только посредствомъ этого способа доказательства, но и другими способами, напр., показаніями свидѣтелей, письменными доказательствами и проч. Такъ, напр., положеніе границъ владѣнія можетъ быть удостовѣряемо какъ осмотромъ, такъ равно и письменными доказательствами—планами и межевыми книгами; существованіе тѣхъ или другихъ поврежденій въ имуществѣ можетъ быть доказываемо показаніями свидѣтелей и тому подобное; такъ что въ нашемъ процессѣ осмотръ на мѣстѣ, какъ доказательство, не только не исключаетъ возможности доказыванія однихъ и тѣхъ же фактовъ другими способами, но можетъ быть даже или вполнѣ замѣняемъ этими послѣдними способами, или можетъ быть употребляемъ совмѣстно съ ними, въ доказательство тѣхъ же самыхъ фактовъ, можетъ быть употребляемъ, напр., совмѣстно съ допросомъ свидѣтелей, или съ дознаніемъ черезъ окольныхъ людей, при допросѣ ихъ въ мѣстѣ осмотра и дознанія, какъ это указалъ Волжинъ (Журн. гр. и угол. пр. 1883 г., кн. 5, стр. 27, замѣтки). Мнѣ кажется, что составители уставовъ поступили весьма раціонально, не давши никакихъ опредѣленій относительно случаевъ, когда

бы осмотръ только и могъ быть назначаемъ, потому что такія опредѣленія, во всякомъ случаѣ, ограничили бы примѣненіе этого способа доказательства, хотя изъ мотивовъ, помѣщенныхъ въ изданіи государственной канцеляріи подъ 507 ст., видно, что при составленіи предшествовавшихъ проектовъ имѣлось въ виду съ точностью опредѣлить случаи допустимости осмотра, именно предполагалось допустить осмотръ въ двухъ случаяхъ: а) для повѣрки положенія какого-либо мѣста и б) для опредѣленія суммы ущерба. Я остановился на указаніи этого мѣста мотивовъ для того, чтобы показать, что и составителямъ проектовъ нашего устава не чужда была мысль о возможности доказывать количество убытковъ посредствомъ производства осмотра, т.-е. не чужда была мысль о предоставленіи, по крайней мѣрѣ, въ нѣкоторыхъ случаяхъ опредѣленія количества убытковъ усмотрѣнію суда, каковая мысль съ особенной силой отталкивается нашей судебной практикой, требующей всегда самыхъ точныхъ доказательствъ въ подтвержденіе количества убытковъ. Осмотръ на мѣстѣ можетъ быть, кажется, назначаемъ не только въ тѣхъ случаяхъ, когда необходимо констатировать извѣстное положеніе вещей въ имуществѣ недвижимомъ, но и въ случаяхъ необходимости удостовѣрить, хотя бы, напр., существованіе тѣхъ или другихъ поврежденій въ имуществѣ движимомъ. У насъ, во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда представляется необходимость въ изслѣдованіи поврежденій, произведенныхъ въ движимомъ или недвижимомъ имуществѣ, съ цѣлью опредѣленія количества ущерба, обыкновенно назначается осмотръ на мѣстѣ не иначе, какъ съ участіемъ свѣдущихъ людей, показанія которыхъ и принимаются за доказательство количества убытковъ, хотя въ очень многихъ случаяхъ объемъ ущерба можетъ быть настолько очевиденъ, что могъ бы быть безъ затрудненія опредѣленъ и самымъ судомъ, по своему усмотрѣнію. Не могу, впрочемъ, не замѣтить, что въ дѣйствительности могутъ встрѣчаться и такіе случаи, когда необходимо производить осмотръ при участіи свѣдущихъ людей, даже для удостовѣренія такихъ фактовъ, значеніе которыхъ, по ихъ существу, легко могло бы быть опредѣлено и самимъ судомъ; такъ, напр., для опредѣленія границъ владѣнія при неопредѣлительности у насъ поземельной собственности, вслѣдствіе черезполосности поземельнаго владѣнія, необходимо иногда производить осмотръ не иначе, какъ при участіи, въ качествѣ свѣдущаго лица, землемѣра, потому что для этого можетъ иногда потребоваться употребленіе такихъ пріемовъ, для которыхъ необходимы спеціальныя свѣдѣнія землемѣра. Что касается мѣста осмотра, то безъ сомнѣнія осмотръ долженъ быть производимъ въ томъ именно мѣстѣ, гдѣ находятся вещи, подлежащія осмотру; если же это вещи движимыя и легко могутъ быть перенесены въ судъ, то осмотръ можетъ быть производимъ и въ самомъ судѣ, хотя уже одно названіе этого способа доказательства „осмотръ на мѣстѣ“ какъ бы указываетъ на то, что осмотръ иначе и не можетъ быть производимъ, какъ внѣ суда, но непремѣнно въ томъ мѣстѣ, гдѣ находится имущество.

Далѣе, я не могу не остановиться еще на одномъ выводѣ, который самъ собой вытекаетъ изъ самой сущности осмотра на мѣстѣ, какъ способа доказательства. По нашему уставу осмотръ на мѣстѣ, какъ способъ доказательства, въ томъ именно и заключается, что посредствомъ этого способа самъ судъ лично и непосредственно удостовѣряется въ извѣстномъ положеніи вещей, или въ существованіи извѣстныхъ фактовъ, вслѣдствіе чего, по нашему уставу, только осмотръ, произведенный самимъ судомъ, и можетъ имѣть значеніе и силу, этому способу доказательства присвоенную. Понятно, что при такомъ значеніи осмотра, какъ доказательства, никакой осмотръ, произведенный не самимъ судомъ, но другимъ какимъ-либо административнымъ учрежденіемъ или лицомъ, напр., полиціей, учрежденіемъ по крестьянскимъ дѣламъ и другими, хотя бы даже и по порученію суда, не мо-

жетъ имѣть, какъ доказательство, никакого значенія. Поэтому, я въ настоящемъ случаѣ вполнѣ согласенъ съ мнѣніемъ Побѣдоносцева, который говоритъ: „замѣною осмотра, производимаго судомъ, не можетъ служить письменное удостовѣреніе по осмотру, внѣ суда и независимо отъ него произведенному другимъ правительственнымъ учрежденіемъ“ (Судебн. руков., тезисъ 962). Сенатъ также объяснилъ, что принятіе судомъ за доказательство осмотра, произведеннаго полиціей, или инымъ административнымъ учрежденіемъ, составляетъ существенное нарушеніе правилъ объ осмотрѣ на мѣстѣ (рѣш. 1875 года, №№ 22 и 953). Но, далѣе, я не могу согласиться съ положеніемъ Побѣдоносцева, высказаннымъ имъ тутъ же, о томъ, что удостовѣреніе правительственнаго учрежденія объ осмотрѣ можетъ быть, однако же, принимаемо, какъ письменный актъ или какъ письменное доказательство, въ совокупности съ другими обстоятельствами, въ удостовѣреніе спорнаго событія или состоянія. Мнѣ кажется, что такое удостовѣреніе правительственнаго установленія никоимъ образомъ не можетъ имѣть значенія письменнаго доказательства, потому что въ такомъ удостовѣреніи слѣдуетъ видѣть не что иное, какъ письменное свидѣтельство постороннихъ лицъ, каковыя удостовѣренія, какъ мы видѣли въ главѣ о письменныхъ доказательствахъ, никакого доказательнаго значенія, присвоеннаго актамъ, имѣть не могутъ. Я полагаю, что показанія лицъ, производившихъ осмотръ и выдавшихъ въ томъ удостовѣреніе, могутъ только имѣть значеніе свидѣтельскаго показанія, еслибы лица эти были дѣйствительно спрошены потомъ на судѣ въ качествѣ свидѣтелей, а значеніе осмотра такой актъ можетъ имѣть развѣ только въ томъ случаѣ, когда бы сами стороны просили судъ принять его за доказательство осмотра, взамѣнъ осмотра судебнаго.

Осмотръ на мѣстѣ можетъ быть назначаемъ, въ силу правила 509 ст., не иначе, какъ по особому частному опредѣленію, постановленному въ публичномъ судебномъ засѣданіи, въ которомъ должно быть означено: а) мѣсто осмотра, б) предметы, подлежащіе осмотру, и в) время, когда осмотръ долженъ быть произведенъ. Если же осмотръ долженъ быть произведенъ въ округѣ другого суда, то въ опредѣленіи объ осмотрѣ должны быть указаны только два первые предмета, потому что назначеніе времени производства осмотра предоставляется, какъ мы видѣли, правиломъ 505 ст. этому послѣднему суду. Въ опредѣленіи объ осмотрѣ, когда онъ имѣетъ быть произведенъ въ округѣ того же самаго суда, указываются обыкновенно и имена тѣхъ членовъ суда, которымъ производство осмотра поручается. Судъ для производства осмотра, какъ сказано въ правилѣ 508 ст., назначаетъ одного или нѣсколькихъ изъ своихъ членовъ, такъ что производство осмотра, смотря по важности и сложности осмотра, какъ доказательства, можетъ быть дѣлаемо не только однимъ, но двумя и даже бо́льшимъ числомъ членовъ. Въ силу такого дозволенія возможно, кажется, не колеблясь признать, что судъ въ правѣ производить осмотры и въ цѣломъ составѣ присутствія, напр., въ цѣломъ составѣ того гражданскаго отдѣленія суда, въ производствѣ котораго находится дѣло, по которому необходимъ осмотръ. Изъ практики нашихъ судовъ я не знаю, впрочемъ, ни одного примѣра, когда бы осмотръ былъ производимъ цѣлымъ присутствіемъ суда, хотя на самомъ дѣлѣ, по самому существу этого способа доказательства, только осмотръ, произведенный цѣлымъ присутствіемъ суда, можетъ имѣть дѣйствительно значеніе осмотра, когда бы всѣ судьи, долженствующіе разрѣшить дѣло по существу, сами лично и непосредственно убѣдились въ извѣстномъ положеніи вещей. Правда, что такой осмотръ недоступенъ, какъ по дороговизнѣ его, такъ равно невозможенъ и по малочисленности состава нашихъ судовъ, вслѣдствіе чего, на практикѣ производство осмотра поручается обыкновенно одному члену.

Въ правилѣ слѣдующей статьи указываются права сторонъ при производствѣ осмотра.

Ст. 510. Тяжущіеся, присутствующіе при осмотрѣ, могутъ обращать вниманіе лица, производящаго осмотръ, на предметы, требующіе осмотра.

Мнѣ кажется правило настоящей статьи почти излишнимъ, потому что стороны, по самому духу состязательнаго процесса, въ правѣ, впродолженіе всего производства, обращать вниманіе суда на все то, что̀ имѣетъ какое-либо отношеніе къ обстоятельствамъ дѣла и на что́ они считаютъ необходимымъ указать суду въ своихъ интересахъ. Само по себѣ правило это также не возбуждаетъ никакихъ недоумѣній, которыя бы требовали какихъ-либо разъясненій, вслѣдствіе чего, я и перехожу къ комментированію слѣдующихъ статей.

Ст. 511. Къ протоколу осмотра прилагаются, въ случаѣ надобности, планы и чертежи.

Ст. 512. Протоколъ осмотра прочитывается въ засѣданіи суда, причемъ тяжущіеся допускаются къ представленію словесныхъ объясненій безъ права возраженія противъ того, что актомъ осмотра удостовѣрено и что при составленіи онаго сторонами оговорено не было.

Ст. 513. Актъ осмотра не можетъ быть оспариваемъ свидѣтелями, въ производствѣ осмотра не участвовавшими, или хотя и бывшими при осмотрѣ, но не оговорившими въ актѣ своихъ замѣчаній.

Правилами настоящихъ статей опредѣляется только порядокъ констатированія осмотра, а равно значеніе протокола осмотра. Собственно же порядокъ самаго производства осмотра долженъ опредѣляться общими правилами о повѣркѣ доказательствъ и долженъ заключаться въ томъ, что о времени и мѣстѣ осмотра должны быть сперва оповѣщены стороны, а, затѣмъ, ко времени, назначенному въ опредѣленіи суда для производства осмотра, членъ суда обязанъ прибыть въ мѣсто осмотра и приступить къ производству въ день, указанный въ опредѣленіи. Время осмотра въ опредѣленіи суда можетъ быть указано только въ отношеніи начала производства, самый же осмотръ можетъ быть производимъ и нѣсколько дней, потому что правила нашего устава объ осмотрѣ не требуютъ окончанія его непремѣнно въ одинъ день, въ опредѣленіи суда означенный. Если членъ суда, прибывъ на мѣсто и, въ случаѣ неявки которой-либо изъ сторонъ до производства осмотра, изъ дѣла усмотритъ, что стороны или вовсе не были вызваны, или что неявка которой-либо изъ нихъ произошла вслѣдствіе уважительныхъ причинъ, обязанъ, кажется, производство осмотра отложить на другое время, причемъ, онъ въ правѣ будетъ, кажется, самъ назначить новый срокъ для производства осмотра, о чемъ должно быть послано тяжущимся новое извѣщеніе. Если же членъ суда, прибывъ на мѣсто осмотра и, въ случаѣ неявки сторонъ, убѣдится, что осмотръ можетъ быть произведенъ не иначе, какъ при ихъ участіи, или убѣдится, что безъ ихъ указаній и объясненій самый осмотръ невозможенъ, и если въ самомъ опредѣленіи суда о назначеніи осмотра не было упомянуто уже о томъ, что осмотръ долженъ быть произведенъ не иначе, какъ при непремѣнномъ участіи сторонъ, членъ суда въ правѣ будетъ также отложить производство осмотра и потребовать, чтобы стороны явились сами лично къ осмотру или прислали повѣренныхъ, предупредивъ ихъ при новомъ вызовѣ, что безъ ихъ участія осмотръ невозможенъ. Послѣдствія неявки сторонъ къ производству осмотра въ этихъ послѣднихъ случаяхъ должны опредѣляться по основаніямъ, указаннымъ мной при разсмотрѣніи правила 502 ст. По мнѣнію Гольмстена, высказанному имъ въ его рецензіи на настоящій „Опытъ комментарія“, члену суда, въ случаяхъ неявки сторонъ къ производству осмотра, можетъ принадлежать право откладывать его производство, напротивъ, лишь только тогда, когда объясненія сторонъ необходимы въ отношеніи опредѣленія подлинности или тождества предметовъ, подлежащихъ осмотру,

согласно правилу 502 ст., а не въ тѣхъ, когда производство осмотра безъ указанія сторонъ вообще представляется невозможнымъ и когда членъ суда, напротивъ, будто бы положительно обязанъ произвести осмотръ, несмотря на то, что его осмотръ могъ бы выйти неполнымъ и неудовлетворительнымъ (Журн. гражд. и угол. пр. 1880 г., кн. 3, стр. 155). Но къ чему, спрашивается, фабриковать такое неудовлетворительное доказательство, ради соблюденія буквы 502 ст.? Да и на что нужно такое узко-буквальное толкованіе правила этой статьи? Не лучше ли, въ видахъ достиженія истины, дать нѣсколько распространительное примѣненіе случаямъ допустимости отсрочки повѣрки доказательствъ, въ правилѣ этой статьи указаннымъ?

Производство осмотра должно быть констатировано, на основаніи правила 503 ст., протоколомъ, составленнымъ членомъ суда, въ которомъ должно быть означено не только все происходившее при производствѣ осмотра, т.-е. должны быть указаны подробно всѣ дѣйствія члена суда и порядокъ, въ которомъ осмотръ былъ произведенъ, но должно быть также сдѣлано подробное описаніе оказавшагося при осмотрѣ положенія вещей, или состояніе предметовъ, подлежавшихъ осмотру. Кромѣ того, въ протоколѣ должны быть записаны по просьбѣ сторонъ ихъ замѣчанія и заявленія, и, затѣмъ, протоколъ, по окончаніи осмотра, долженъ быть подписанъ членомъ суда и тяжущимися, участвовавшими въ производствѣ осмотра, которые, при подписаніи протокола, въ правѣ сдѣлать тѣ замѣчанія и оговорки, которыя они найдутъ необходимыми для охраненія своихъ интересовъ, и въ этихъ замѣчаніяхъ въ правѣ указать тѣ неправильности, которыя, по ихъ мнѣнію, были допущены членомъ суда при производствѣ осмотра. Къ протоколу осмотра должны быть приложены, „въ случаѣ надобности“, какъ сказано въ 511 ст., „планы и чертежи“. На основаніи выраженія „въ случаѣ надобности“, возможно, кажется, придти къ тому заключенію, что составленіе и приложеніе плановъ и чертежей можетъ послѣдовать какъ по усмотрѣнію суда, такъ и по просьбѣ сторонъ, если судъ признаетъ необходимымъ констатировать и имѣть передъ собой, посредствомъ плановъ и чертежей, наглядное обозрѣніе извѣстнаго положенія вещей, въ отношеніи, напр., спорной мѣстности или произведенныхъ поврежденій и тому подобное. Поэтому, о приложеніи плановъ и чертежей можетъ быть упомянуто какъ въ самомъ опредѣленіи суда о назначеніи осмотра, если судъ заранѣе убѣдится въ необходимости констатировать положеніе вещей этими способами, съ указаніемъ въ опредѣленіи самыхъ предметовъ, подлежащихъ снятію на планъ, такъ равно приложеніе плановъ и чертежей можетъ послѣдовать и по собственной иниціативѣ члена суда, производящаго осмотръ, когда онъ, при отсутствіи требованія о приложеніи плановъ въ опредѣленіи суда, самъ найдетъ необходимымъ констатировать положеніе вещей планами и чертежами. Не могу не замѣтить, впрочемъ, что въ силу того обстоятельства, что для составленія хорошихъ и точныхъ плановъ и чертежей необходимы болѣе или менѣе спеціальныя технической свѣдѣнія, возлагать составленіе таковыхъ врядъ ли возможно, съ пользой для дѣла, всегда на самого члена суда, производящаго осмотръ; поэтому, во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда необходимость констатированія положенія вещей этими способами представляется настоятельной и когда необходимы сложные планы или чертежи, будетъ, по моему мнѣнію, гораздо цѣлесообразнѣе назначать осмотръ при участіи свѣдущихъ людей, которымъ и поручать составленіе необходимыхъ плановъ, хотя собственно по буквѣ 511 ст. представляется вполнѣ возможнымъ возлагать составленіе плановъ и чертежей и на самого члена суда, потому что назначеніе производства осмотра и въ этихъ случаяхъ непремѣнно съ участіемъ свѣдущихъ людей для суда необязательно.

По окончаніи осмотра и при докладѣ затѣмъ дѣла въ засѣданіи суда,

протоколъ осмотра, на основаніи правила 512 ст., не докладывается, но прочитывается, причемъ, какъ сказано въ этой статьѣ: „тяжущіеся допускаются къ представленію словесныхъ объясненій безъ права возраженія противъ того, что актомъ осмотра удостовѣрено". На основаніи такого постановленія необходимо заключить, что стороны, въ своихъ словесныхъ объясненіяхъ, въ правѣ только разъяснять суду значеніе тѣхъ фактовъ, которые протоколомъ осмотра удостовѣрены, или дѣлать изъ нихъ тѣ или другіе выводы; но что отвергать факты, удостовѣренные осмотромъ, или утверждать, что факты констатированы осмотромъ неправильно, не въ томъ видѣ, какъ они существуютъ на самомъ дѣлѣ, постановленіемъ этимъ положительно воспрещается. Такое воспрещеніе внесено въ уставъ, какъ это видно изъ мотивовъ, помѣщенныхъ въ изданіи государственной канцеляріи подъ 512 ст., съ тою цѣлью, чтобы побудить тяжущихся представлять всѣ ихъ возраженія и замѣчанія при самомъ производствѣ осмотра, но не по окончаніи его. Имѣя въ виду эту цѣль, нельзя не признать и самое воспрещеніе, включенное въ текстъ разбираемой статьи, вполнѣ разумнымъ, потому что и на самомъ дѣлѣ всѣ возраженія и замѣчанія тяжущихся могутъ принести гораздо болѣе пользы и могутъ лучше содѣйствовать правильности и полнотѣ осмотра, когда они будутъ сдѣланы во-время, т.-е. при производствѣ осмотра, а не послѣ, когда тяжущіеся своими возраженіями противъ правильности осмотра нерѣдко будутъ имѣть въ виду единственно подорвать значеніе осмотра, когда осмотръ, какъ доказательство, будетъ вредить ихъ интересамъ. Однако же, сейчасъ указанное воспрещеніе, какъ это можно заключить на основаніи послѣднихъ словъ 512 ст.—„и что при составленіи онаго сторонами оговорено не было", не безусловно, а изъ сопоставленія этихъ словъ со всѣмъ предъидущимъ содержаніемъ статьи возможно заключить, что правиломъ, въ ней заключающимся, дозволяется тяжущимся представлять возраженія противъ фактовъ, констатированныхъ протоколомъ въ предѣлахъ сдѣланныхъ ими, при составленіи его, замѣчаній и оговорокъ. Значеніе этого дозволенія заключается, кажется, въ томъ, что тяжущимся предоставляется право поддерживать сдѣланныя ими на протоколѣ оговорки и замѣчанія, при словесныхъ объясненіяхъ въ засѣданіи суда, и представлять свои возраженія противъ правильности осмотра и вѣрности констатированныхъ имъ фактовъ во всемъ томъ, въ чемъ они уже представили въ этомъ отношеніи возраженія при самомъ производствѣ осмотра, возраженія, заключающіяся въ ихъ замѣчаніяхъ на протоколѣ. Но, съ какою цѣлью уставъ предоставляетъ тяжущимся въ этомъ случаѣ право опровергать вѣрность протокола, или все равно правильность осмотра, и какія, затѣмъ, могутъ быть практическія послѣдствія такого дозволенія для интересовъ тяжущагося, оппонирующаго противъ вѣрности протокола? Можетъ ли быть протоколъ въ предѣлахъ замѣчаній или возраженій сторонъ признанъ лишеннымъ доказательнаго значенія? Никакихъ матеріаловъ для отвѣта на эти вопросы, въ постановленіяхъ устава объ осмотрѣ на мѣстѣ, мы не находимъ и мнѣ кажется, что вопросы эти могутъ быть такъ или иначе разрѣшены на основаніи общихъ правилъ о значеніи судебныхъ протоколовъ вообще и о силѣ протокола осмотра въ частности. Комментируя правила устава о показаніяхъ свидѣтелей, мы видѣли, что судебный протоколъ вообще служитъ доказательствомъ выполненія всѣхъ тѣхъ судебныхъ дѣйствій, о совершеніи которыхъ имѣются отмѣтки въ протоколѣ, но что сторонамъ, въ огражденіе ихъ интересовъ, предоставляется право, по заключеніи протокола, дѣлать на немъ свои замѣчанія о различнаго рода упущеніяхъ, допущенныхъ судомъ, а равно замѣчанія противъ вѣрности протокола по его содержанію, которыя получаютъ полное значеніе во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда правильность ихъ удостовѣряется, въ свою очередь, судомъ въ постановленіи его на замѣчанія, сдѣланныя на протоколѣ. Мнѣ кажется, что на основаніи

этихъ общихъ правилъ закона о значеніи протокола, какъ судебнаго акта, и по отношенію протокола осмотра, составляемаго, въ большинствѣ случаевъ, однимъ членомъ суда, слѣдуетъ признать, что онъ, по содержанію его, долженъ вообще служить полнымъ доказательствомъ всего того, что въ немъ записано. Если же противъ вѣрности протокола или правильности осмотра были сдѣланы сторонами возраженія въ ихъ замѣчаніяхъ на протоколѣ, то возраженія эти, въ отношеніи основательности ихъ, могутъ быть принимаемы судомъ во вниманіе лишь настолько, насколько правильность ихъ, въ свою очередь, удостовѣрена постановленіемъ члена суда, производившаго осмотръ, составленнымъ имъ вслѣдствіе этихъ замѣчаній, конечно, съ подробнымъ указаніемъ въ немъ тѣхъ соображеній, по которымъ тѣ или другія заявленія или возраженія сторонъ, сдѣланныя ими при производствѣ осмотра, были оставлены имъ безъ уваженія. Допустить противное, или дозволить тяжущимся опровергать вѣрность протокола единственно на основаніи сдѣланныхъ ими на протоколѣ замѣчаній и оговорокъ и по всему содержанію этихъ замѣчаній даже во всемъ томъ, что не удостовѣрено въ вѣрности постановленіемъ члена суда,—невозможно уже потому, что подобнымъ дозволеніемъ уничтожилось бы, единственно по волѣ сторонъ, всякое доказательное значеніе протокола осмотра, потому что стоило бы имъ только сдѣлать какія-либо замѣчанія или оговорки на протоколѣ, даже самыя неосновательныя, чтобы вѣрность протокола могла быть опровергнута. Ничего подобнаго нельзя допустить также и потому, что если въ силу правила слѣдующей статьи воспрещается опровергать протоколъ осмотра по его содержанію показаніями свидѣтелей, лицъ въ дѣлѣ нисколько не заинтересованныхъ, то, тѣмъ болѣе, нельзя, конечно, и предположить, чтобы законъ, который въ такой мѣрѣ охраняетъ твердость протокола, какъ судебнаго акта, допускалъ возможность опроверженія протокола возраженіями самихъ сторонъ процесса, которыя, во всякомъ случаѣ, заслуживаютъ менѣе довѣрія, чѣмъ показанія свидѣтелей. Право констатировать вѣрность замѣчаній сторонъ, дѣлаемыхъ ими на протоколѣ осмотра, постановленіемъ должно быть, по моему мнѣнію, предоставлено члену суда въ тѣхъ же предѣлахъ, въ которыхъ законъ даетъ это право и самому суду, на томъ основаніи, что правиломъ 388 ст., которымъ членъ суда, на основаніи 504 ст., обязанъ руководствоваться и при производствѣ осмотра, ему предоставляется право самому разрѣшать пререканія и недоумѣнія, возникающія при допросѣ свидѣтелей; разрѣшаемы же подобныя пререканія и недоумѣнія, или все равно замѣчанія и возраженія, могутъ быть, конечно, не иначе, какъ постановленіемъ члена, которымъ членъ и можетъ констатировать правильность или неправильность возраженій и замѣчаній. Члену суда должно быть даже предоставлено не только право своимъ постановленіемъ констатировать вѣрность замѣчаній, сдѣланныхъ на протоколѣ, но даже должно быть положительно вмѣнено ему въ обязанность, потому что безъ этого постановленія судъ былъ бы лишенъ всякой возможности обсудить степень основательности замѣчаній и, потому, я полагаю даже, что коль скоро судъ усмотритъ, что постановленія члена на протоколъ нѣтъ, то обязанъ предписать ему изложить надлежащее постановленіе и, затѣмъ, постановленіе это прочитать въ засѣданіи по дѣлу. На основаніи всего сказаннаго я прихожу къ тому заключенію, что опроверженія тяжущихся противъ содержанія протокола осмотра должны быть принимаемы судомъ во вниманіе лишь въ той мѣрѣ, насколько правильность ихъ констатирована постановленіемъ члена суда, и я полагаю, что въ этой же именно мѣрѣ возраженія сторонъ могутъ оказывать вліяніе на доказательное значеніе протокола. Этимъ выводомъ мы приходимъ, наконецъ, къ отвѣту на поставленные вопросы и должны признать, что въ такомъ собственно вліяніи замѣчаній сторонъ, сдѣланныхъ на протоколѣ, и слѣдуетъ видѣть послѣдствія заключающагося въ правилѣ раз-

бираемой статьи дозволенія тяжущимся представлять возраженія ихъ противъ протокола осмотра въ засѣданіи по дѣлу. Насколько же велико можетъ быть вліяніе возраженій сторонъ на доказательное значеніе протокола, или насколько существенны могутъ быть послѣдствія возраженій въ отношеніи ослабленія силы протокола, то это будетъ зависѣть, въ каждомъ данномъ случаѣ, какъ отъ существа и основательности самыхъ возраженій, такъ равно и отъ взгляда суда на значеніе возраженій съ одной стороны и на степень полноты и правильности самаго протокола съ другой. Во всякомъ случаѣ, послѣдствія возраженій сторонъ могутъ быть иногда настолько существенны, что самый протоколъ осмотра, если и можетъ быть принятъ за доказательство, то въ значительно измѣненномъ видѣ. Если таковы должны быть послѣдствія возраженій сторонъ противъ протокола, разумѣется послѣдствія тѣхъ возраженій, которыя уже были заявлены сторонами при самомъ производствѣ осмотра въ ихъ замѣчаніяхъ на протоколѣ и вѣрность которыхъ была удостовѣрена, затѣмъ, постановленіемъ члена суда, производившаго осмотръ, то становится очевидной и та цѣль, съ которой установлено правило разбираемой статьи, по отношенію права сторонъ представлять возраженія ихъ противъ вѣрности протокола въ засѣданіи по дѣлу. Очевидно, что уставъ предоставленіемъ сторонамъ этого права имѣлъ въ виду, съ одной стороны, обезпечить болѣе правильное производство самаго осмотра, а съ другой стороны имѣлъ въ виду лучше оградить интересы сторонъ отъ неправильныхъ дѣйствій лица, производящаго осмотръ. Все сказанное о послѣдствіяхъ возраженій сторонъ противъ протокола относится, впрочемъ, только къ возраженіямъ противъ самаго акта осмотра по его содержанію, но не къ возраженіямъ противъ правильности самаго порядка назначенія и производства осмотра, послѣдствія каковыхъ возраженій должны быть совершенно иныя и о которыхъ я скажу нѣсколько ниже, когда буду говорить вообще о послѣдствіяхъ несоблюденія правилъ устава о порядкѣ производства осмотра.

Нѣсколько выше при разсмотрѣніи правила 410 ст. я имѣлъ уже случай замѣтить, что показанія свидѣтелей не могутъ быть допускаемы въ опроверженіе содержанія актовъ присутственныхъ мѣстъ; между тѣмъ, изъ правила 513 ст., хотя и по аргументу a contrario, но возможно вывести то заключеніе, что, по крайней мѣрѣ, въ одномъ случаѣ свидѣтельскія показанія могутъ быть допускаемы въ опроверженіе акта осмотра, это именно въ томъ случаѣ, когда бы свидѣтели, присутствовавшіе при осмотрѣ, при подписаніи протокола осмотра сдѣлали оговорки о тѣхъ или другихъ неправильностяхъ осмотра. Это, впрочемъ, только выводъ изъ правила 513 ст. по аргументу a contrario; на самомъ же дѣлѣ и оно вообще воспрещаетъ оспаривать актъ осмотра показаніями свидѣтелей, и, притомъ, безразлично, какъ показаніями свидѣтелей, присутствовавшихъ при осмотрѣ, такъ и другихъ, въ производствѣ осмотра никакого участія не принимавшихъ. Только что указанный случай исключенія, когда показаніями свидѣтелей, присутствовавшихъ при осмотрѣ, допускается оспариваніе содержанія акта осмотра, не можетъ не показаться весьма страннымъ, въ виду того обстоятельства, какъ замѣтилъ Гольмстенъ въ его рецензіи на настоящей „Опытъ комментарія“ (Журн. гражд. и угол. пр. 1880 г., кн. 3, стр. 156), что правила устава объ осмотрѣ вовсе не требуютъ производства его въ присутствіи свидѣтелей; но страннымъ этотъ случай можетъ показаться только на первый взглядъ; на самомъ же дѣлѣ допущеніе опроверженія показаніями свидѣтелей, участвовавшихъ въ производствѣ осмотра, содержанія протокола осмотра представляется вполнѣ возможнымъ и основательнымъ, но, разумѣется, только въ тѣхъ случаяхъ, когда бы осмотръ на мѣстѣ былъ назначенъ не самъ по себѣ, а въ соединеніи съ допросомъ свидѣтелей, какъ объяснилъ Гольмстенъ, каковое

соединеніе представляется, какъ мы указали нѣсколько выше, вполнѣ допустимымъ. Однако же, и посредствомъ показаній этихъ свидѣтелей, допрашиваемыхъ во время производства осмотра, правило 513 ст. допускаетъ опровергать актъ осмотра лишь въ томъ случаѣ, когда бы эти свидѣтели оговорили въ актѣ ихъ замѣчанія. Какъ слѣдуетъ понимать это послѣднее требованіе и въ какихъ, затѣмъ, границахъ можетъ быть допущено опроверженіе акта осмотра показаніями свидѣтелей? Извѣстно, что по правиламъ о допросѣ свидѣтелей, показаніямъ ихъ долженъ быть составляемъ особый протоколъ, въ которомъ должны быть, конечно, записаны ихъ показанія, и несогласныя съ актомъ осмотра. Протоколъ этотъ долженъ быть, конечно, присоединяемъ къ акту осмотра. Для чего, спрашивается, послѣ этого, требовать еще констатированія несогласія свидѣтелей съ актомъ осмотра особыми ихъ замѣчаніями на актѣ, когда обстоятельство это и безъ того достаточно констатировано протоколомъ допроса, составленнымъ тѣмъ же членомъ суда? Въ виду совершенной безполезности и ненадобности исполненія этого требованія представляется возможнымъ, кажется, допустить опроверженіе акта осмотра показаніями свидѣтелей, констатированными также протоколомъ, и въ случаѣ отсутствія ихъ замѣчаній на актѣ осмотра. Замѣчанія эти представлялись бы ненужными и въ томъ случаѣ, когда бы членъ суда составилъ одинъ протоколъ какъ осмотра, такъ и допроса и внесъ показанія свидѣтелей въ этотъ актъ, еслибы показанія были свидѣтелями подписаны. Если эти замѣчанія вѣрны, то требованіе правила 513 ст. о необходимости замѣчаній свидѣтелей на актѣ осмотра для допустимости его опроверженія слѣдуетъ, скорѣе, понимать въ томъ смыслѣ, что имъ имѣлось въ виду указать, что для допустимости опроверженія акта осмотра показаніями свидѣтелей необходимо только, чтобы несогласіе ихъ показаній съ актомъ осмотра было надлежащимъ образомъ констатировано въ самый моментъ производства осмотра. Затѣмъ, послѣ сказаннаго, разрѣшеніе вопроса о границахъ допустимости оспариванія показаніями свидѣтелей содержанія акта осмотра не можетъ представить никакихъ затрудненій и выразиться должно въ слѣдующемъ положеніи: оспариваніе акта осмотра должно быть допускаемо въ границахъ показаній свидѣтелей, данныхъ ими при производствѣ осмотра въ томъ видѣ, какъ они записаны въ протоколѣ. Само собой разумѣется, конечно, что въ случаяхъ неопредѣлительности или неясности ихъ показаній, они, по просьбѣ которой-либо изъ сторонъ, могутъ быть вызываемы въ судъ для передопроса, съ цѣлью выясненія ихъ показаній. Хотя въ правилѣ 513 ст. и не указаны послѣдствія допущенія опроверженія показаніями свидѣтелей акта осмотра, но изъ этого обстоятельства никоимъ образомъ не слѣдуетъ выводить то заключеніе, чтобы судъ обязанъ былъ, въ случаѣ несогласія показаній свидѣтелей съ актомъ осмотра, отдавать непремѣнно предпочтеніе показаніямъ свидѣтелей, а, напротивъ, слѣдуетъ признать только, что разрѣшеніе вопроса о преимущественномъ значеніи показаній свидѣтелей передъ актомъ осмотра, или наоборотъ, должно зависѣть отъ усмотрѣнія суда. Относительно, затѣмъ, тѣхъ случаевъ, когда правиломъ этой статьи опроверженіе акта осмотра показаніями свидѣтелей вовсе не допускается, слѣдуетъ признать, что въ этихъ случаяхъ судъ, напротивъ, обязанъ безусловно или отвергать показанія свидѣтелей, несогласныя съ актомъ осмотра, если свидѣтели были допрошены ранѣе производства осмотра, или же не допускать ихъ допроса, когда бы которая-либо изъ сторонъ домогалась ихъ допроса именно съ цѣлью опроверженія акта осмотра.

Въ слѣдующей и послѣдней статьѣ говорится только объ издержкахъ по производству осмотра.

Ст. 514. Издержки на производство осмотра исчисляются всякій разъ особо судомъ и представляются въ канцелярію суда, порядкомъ, указаннымъ въ статьѣ 864.

На практикѣ издержки, необходимыя для производства осмотра, т.-е., главнымъ образомъ, сумма, потребная на прогоны для выѣзда члена суда въ мѣсто осмотра, а равно и суточныя, вычисляются обыкновенно заранѣе членомъ-докладчикомъ по справкѣ съ почтовымъ дорожникомъ и, затѣмъ, въ самомъ опредѣленіи суда о назначеніи осмотра указывается обыкновенно какъ срокъ, къ которому издержки на производство осмотра должны быть представлены не въ канцелярію собственно, какъ сказано въ разбираемой статьѣ, а въ кассу суда, такъ равно и количество издержекъ съ означеніемъ, кто изъ тяжущихся и сколько именно обязанъ внести. Распредѣленіе издержекъ, необходимыхъ для производства осмотра, между тяжущимися дѣлается сообразно указанію, имѣющемуся на этотъ предметъ въ правилѣ 864 ст., согласно которому издержки эти возлагаются или на обѣ стороны поровну, когда осмотръ былъ назначенъ по просьбѣ обѣихъ сторонъ или по усмотрѣнію суда, или на того изъ тяжущихся, который просилъ судъ о назначеніи осмотра. Но каковы должны быть собственно послѣдствія непредставленія тяжущимися или однимъ изъ нихъ въ срокъ, назначенный въ опредѣленіи суда, издержекъ въ кассу суда? Послѣдствія эти, мнѣ кажется, должны быть различны, смотря по тому, былъ ли назначенъ осмотръ по просьбѣ сторонъ или одной изъ нихъ, или по иниціативѣ самого суда. Въ первомъ случаѣ послѣдствіемъ непредставленія издержекъ на производство осмотра долженъ быть, кажется, отказъ со стороны суда въ производствѣ осмотра, потому что судъ лишается въ этомъ случаѣ возможности произвести осмотръ по винѣ самихъ сторонъ, и неисполненіе ими опредѣленія суда о представленіи издержекъ можетъ быть сочтено какъ бы за отказъ ихъ отъ первоначальнаго домогательства разъяснить дѣло посредствомъ этого способа доказательства. Мнѣ кажется, что отказъ въ производствѣ осмотра за непредставленіемъ необходимыхъ издержекъ, по указанному основанію, одинаково долженъ имѣть мѣсто и въ томъ случаѣ, когда издержки были возложены на обѣ стороны, но когда отъ представленія ихъ уклоняется только одна сторона, если только другая не исправитъ это упущеніе своего противника и не представитъ за него своевременно упадающихъ на его долю издержекъ. Напротивъ, непредставленіе тяжущимися издержекъ на производство осмотра въ томъ случаѣ, когда осмотръ былъ назначенъ по усмотрѣнію суда, должно влечь за собой, по моему мнѣнію, только отсрочку осмотра и предварительное взысканіе издержекъ черезъ судебнаго пристава съ тяжущагося, уклоняющагося отъ представленія таковыхъ; потому что нельзя, какъ мнѣ кажется, допустить такого положенія, какъ несообразнаго съ авторитетомъ суда, какъ бр̀гана общественной власти, при которомъ стороны, или даже одинъ изъ тяжущихся, получали бы право, единственно по ихъ желанію и черезъ ихъ уклоненіе отъ исполненія предписанія суда, отмѣнять это опредѣленіе его о назначеніи осмотра. Въ случаѣ отсрочки производства осмотра, напр., за неявкой по уважительнымъ причинамъ одной изъ сторонъ къ осмотру, издержки, необходимыя для производства въ другой срокъ, должны быть представляемы тяжущимися въ кассу суда, въ томъ же порядкѣ, какъ и въ первый разъ, въ срокъ, назначенный членомъ суда въ постановленіи его объ отсрочкѣ осмотра.

Что касается, наконецъ, вообще послѣдствій несоблюденія правилъ устава, опредѣляющихъ порядокъ назначенія и производства осмотра на мѣстѣ, то нашъ уставъ, по обыкновенію, не содержитъ въ себѣ никакихъ постановленій, которыя должны были бы санкціонировать установленный ими порядокъ. Не можетъ быть, кажется, сомнѣнія въ томъ, что нарушеніе не всѣхъ правилъ устава объ осмотрѣ должно влечь отмѣну рѣшенія суда; только нарушенія наиболѣе существенныхъ правилъ, которыми гарантируются или основныя начала процесса, или наиболѣе существенныя права тяжущихся, должны служить кассаціоннымъ поводомъ для заинтересованной

стороны, да и то не всегда: иногда и такого рода нарушенія могутъ быть покрыты или послѣдующими дѣйствіями сторонъ, или непредставленіемъ своевременно возраженій противъ допущенныхъ неправильностей. Я укажу сперва на тѣ упущенія, которыя призналь и сенатъ существенными и потому долженствующими влечь отмѣну рѣшенія. Во-первыхъ, принятіе судомъ за доказательство осмотра, произведеннаго не самимъ судомъ, но по порученію суда полиціей или все равно и другимъ какимъ-либо административнымъ установленіемъ (рѣш. 1870 года, № 1914). Выше мы видѣли уже, что по самому понятію и существу этого способа доказательства нельзя допустить возможности производства осмотра не самимъ судомъ, но черезъ какое-либо другое установленіе, вслѣдствіе чего, сейчасъ указанныя отступленія отъ коренныхъ правилъ устава, опредѣляющихъ существо осмотра, какъ доказательства, нельзя не признать вполнѣ существенными, долженствующими служить достаточнымъ поводомъ къ отмѣнѣ рѣшенія. Во-вторыхъ, въ вышеприведенномъ рѣшеніи по дѣлу Швебига, сенатъ совершенно основательно призналъ прямымъ и существеннымъ нарушеніемъ правила 507 ст. безосновательный отказъ со стороны суда въ производствѣ осмотра въ томъ случаѣ, когда осмотръ, какъ доказательство, представляется необходимымъ и притомъ единственнымъ средствомъ, могущимъ вести къ раскрытію истины въ дѣлѣ. Въ-третьихъ, сенатъ призналъ, что производство осмотра безъ вызова тяжущихся или безъ увѣдомленія ихъ о времени и мѣстѣ производства осмотра также составляетъ существенное нарушеніе, долженствующее влечь отмѣну рѣшенія (рѣш. 1870 года, № 1571). Хотя дѣйствительно нельзя не признать, что производство осмотра безъ вызова тяжущихся нарушаетъ ихъ права, предоставленныя имъ 501 ст., и, притомъ, права, имѣющія довольно существенное значеніе для ихъ интересовъ, но, несмотря на это, нарушеніе это не всегда можетъ имѣть значеніе существеннаго нарушенія. Такъ, невызовъ сторонъ къ производству осмотра не долженъ имѣть никакого значенія, если, несмотря на это, стороны присутствовали при осмотрѣ, или хотя и не присутствовали, но знали о времени осмотра изъ опредѣленія суда о назначеніи осмотра и въ особенности, когда это послѣднее обстоятельство подтверждается фактомъ внесенія ими издержекъ на производство осмотра въ срокъ, въ опредѣленіи суда указанный, не говоря уже о томъ случаѣ, когда стороны находились въ самомъ засѣданіи суда, когда было постановлено имъ опредѣленіе о назначеніи осмотра и когда, слѣдовательно, они не могли не знать о времени и мѣстѣ осмотра, или, наконецъ, когда они даже и не знали о времени осмотра, но, несмотря на это, въ дальнѣйшемъ производствѣ по дѣлу на это нарушеніе не указывали и не обжаловали его. Однимъ словомъ, мнѣ кажется, что неизвѣщеніе сторонъ о времени осмотра, посредствомъ посылки имъ о томъ особаго увѣдомленія, должно считаться существеннымъ нарушеніемъ только въ тѣхъ случаяхъ, когда стороны не знали о времени осмотра, когда, напр., осмотръ былъ назначенъ по иниціативѣ самого суда и въ особенности, если опредѣленіе о назначеніи осмотра было составлено не въ публичномъ, а въ распорядительномъ засѣданіи и когда, притомъ, несмотря на указаніе сторонъ на это нарушеніе, судъ принялъ бы произведенный безъ вызова тяжущихся осмотръ за доказательство. Существеннымъ нарушеніемъ правъ сторонъ, мнѣ кажется, долженъ быть признаваемъ и тотъ случай, когда бы членъ суда, несмотря на признанную судомъ необходимость производства осмотра непремѣнно въ присутствіи сторонъ, сдѣлалъ осмотръ безъ ихъ участія, или вообще, несмотря на присутствіе ихъ, не допустилъ бы ихъ дѣлать надлежащія указанія въ отношеніи предметовъ осмотра и когда бы обстоятельство это было констатировано протоколомъ осмотра, а самый актъ осмотра оказался недостаточнымъ и неполнымъ по его содержанію. Производство осмотра хотя бы и членомъ суда,

но не вслѣдствіе опредѣленія суда о назначеніи осмотра, а по собственной иниціативѣ члена, хотя бы, напр., по частной просьбѣ о томъ одной изъ сторонъ процесса и безъ соблюденія порядка, для производства осмотра въ уставѣ указаннаго, также должно считаться нарушеніемъ до такой степени существеннымъ, что и рѣшеніе суда, еслибы оно было основано на протоколѣ осмотра, составленномъ такимъ образомъ негласно членомъ суда, должно подлежать отмѣнѣ. Французская судебная практика, какъ это видно изъ рѣшеній, приведенныхъ у Рогрона, считаетъ, по крайней мѣрѣ, такія дѣйствія со стороны судей недозволительными, а принятіе протоколовъ осмотра, составленныхъ ими негласно, безъ соблюденія установленныхъ закономъ правилъ, за доказательство—существеннымъ нарушеніемъ (Code de procéd. civ. exp., изд. 10, т. I, стр. 783). Въ нашей судебной практикѣ подобныхъ случаевъ нарушенія до сихъ поръ, кажется, не встрѣчалось.

Это нарушенія, относящіяся до самаго порядка назначенія и производства осмотра; но кромѣ этого, судомъ могутъ быть допущены нарушенія болѣе или менѣе существенныя и при принятіи и оцѣнкѣ самаго протокола, какъ судебнаго акта. Такъ существеннымъ нарушеніемъ въ этомъ отношеніи, по моему мнѣнію, должно считаться оставленіе судомъ безъ всякаго разсмотрѣнія возраженій сторонъ противъ вѣрности протокола, когда правильность замѣчаній ихъ была констатирована надлежащимъ образомъ; или, напротивъ, допущеніе опровергать содержаніе протокола показаніями свидѣтелей, не бывшихъ при производствѣ осмотра и непризнаніе, затѣмъ, протокола въ силѣ доказательствъ; или, наконецъ, непризнаніе осмотра за доказательство, единственно на основаніи голословныхъ возраженій самихъ сторонъ, не заявленныхъ ими при производствѣ осмотра и въ правильности ничѣмъ не констатированныхъ.

Такимъ образомъ, нарушенія правилъ устава объ осмотрѣ на мѣстѣ могутъ быть допущены, или въ отношеніи порядка производства осмотра, или въ отношеніи принятія этого способа доказательства, когда, вслѣдствіе нарушенія правилъ этой послѣдней категоріи, актъ осмотра или неправильно будетъ отвергнутъ судомъ, какъ доказательство, или, наоборотъ, будетъ неправильно принятъ имъ за совершенное доказательство, какъ опровергнутое, по его содержанію, въ цѣломъ или части. Конечно, тѣ и другія нарушенія существенно могутъ вліять на интересы которой-либо изъ сторонъ и, потому, должны, во многихъ случаяхъ, влечь отмѣну рѣшенія, какъ основаннаго или на неправильномъ доказательствѣ, или не на всѣхъ доказательствахъ, имѣвшихся въ виду при разрѣшеніи дѣла. Но въ чемъ собственно можетъ заключаться цѣль жалобы на нарушеніе? Несомнѣнно, что и въ этомъ случаѣ цѣль жалобы можетъ заключаться не въ чемъ иномъ, какъ въ исправленіи допущеннаго судомъ нарушенія. Исправленіе нарушеній не представитъ никакихъ затрудненій въ тѣхъ случаяхъ, когда судомъ былъ отвергнутъ, какъ доказательство, протоколъ правильно составленный, вслѣдствіе, положимъ, неосновательныхъ опроверженій самихъ сторонъ, потому что въ этихъ случаяхъ слѣдуетъ только принять протоколъ во вниманіе при постановленіи новаго рѣшенія, и упущеніе будетъ исправлено. Напротивъ, въ другихъ случаяхъ упущенія могутъ быть исправлены не иначе, какъ посредствомъ производства новаго или дополнительнаго осмотра, поэтому, и возможность исправленія упущеній въ этихъ случаяхъ зависитъ отъ разрѣшенія вопроса о томъ: допускаетъ ли нашъ уставъ вообще повтореніе осмотра? Въ правилахъ, относящихся собственно до осмотра, нѣтъ ни положительнаго дозволенія, ни положительнаго воспрещенія въ этомъ отношеніи; но, если мы примемъ во вниманіе, какъ это видно изъ правилъ, относящихся до другихъ способовъ доказательствъ, то обстоятельство, что нашъ уставъ, по отношенію многихъ изъ нихъ, допускаетъ повтореніе производства, напр., по отношенію допроса сви-

дѣтелей, по отношенію заключенія свѣдущихъ людей, какъ это мы увидимъ ниже, то разрѣшая поставленный вопросъ по общему духу правилъ устава о доказательствахъ, мнѣ кажется, скорѣе слѣдуетъ придти къ утвердительному отвѣту на этотъ вопросъ и признать, что повтореніе и осмотра на мѣстѣ возможно, а, вмѣстѣ съ тѣмъ, также признать, что исправленіе упущеній возможно и въ тѣхъ случаяхъ, когда для этого окажется необходимымъ произвести новый осмотръ. Дѣло только въ томъ, что въ дѣйствительности исправленіе упущеній посредствомъ вторичнаго производства осмотра во многихъ случаяхъ можетъ оказаться невозможнымъ вслѣдствіе того, что извѣстное состояніе или положеніе вещей, существовавшее въ моментъ производства перваго осмотра, черезъ довольно значительный промежутокъ времени, когда будетъ признано необходимымъ для исправленія упущенія произвести новый осмотръ, можетъ измѣниться настолько, что производство новаго осмотра окажется невозможнымъ и безполезнымъ, такъ что упущеніе, по самому ходу вещей, должно будетъ остаться безъ исправленія, чрезъ что заинтересованная сторона лишится, конечно, полезнаго для нея доказательства. Поэтому, выгоднѣе будетъ для тяжущагося, заинтересованнаго въ производствѣ осмотра, просить тотъ самый судъ, въ которомъ производится дѣло, въ первомъ же засѣданіи по окончаніи осмотра, если таковой былъ произведенъ неправильно, объ исправленіи допущенныхъ нарушеній и о назначеніи другого дополнительнаго осмотра, и судъ, мнѣ кажется, въ случаѣ основательности этого домогательства тяжущагося, обязанъ будетъ самъ удовлетворить его, если только признаетъ, что по нашему уставу повтореніе осмотра, въ виду допущенныхъ нарушеній, вообще возможно.

Я счелъ необходимымъ остановиться здѣсь только на указаніи послѣдствій нарушенія судомъ тѣхъ правилъ о порядкѣ производства осмотра, которыми опредѣляется производство его безъ участія свѣдущихъ людей, потому что, разсматривая эти правила устава, я имѣлъ въ виду указать исключительно порядокъ производства самаго осмотра, какъ самостоятельнаго способа (по терминологіи устава) повѣрки доказательствъ безъ кумуляціи его съ экспертизой. Послѣдствія же нарушенія порядка производства осмотра при участіи свѣдущихъ людей должны быть, конечно, разнообразнѣе, потому что въ этомъ случаѣ, кромѣ указанныхъ нарушеній, могутъ быть еще допущены нарушенія правилъ, относящихся спеціально до этого послѣдняго способа доказательства.

§ 9. Заключеніе свѣдущихъ людей.

Хотя экспертиза, какъ способъ доказательства, имѣетъ гораздо большее значеніе и болѣе разнообразное примѣненіе въ процессѣ уголовномъ, но въ настоящее время показанія свѣдущихъ людей, при значительномъ усложненіи условій гражданскаго оборота, требующихъ для болѣе яснаго уразумѣнія ихъ нерѣдко спеціальныхъ знаній, получившихъ, какъ извѣстно, въ настоящее время такое большое развитіе и столь могущественное вліяніе, безъ сомнѣнія, могутъ въ очень многихъ случаяхъ и въ значительной степени содѣйствовать раскрытію истины и въ процессѣ гражданскомъ. Но что это за способъ доказательства въ его существѣ? Нетрудно замѣтить даже на первый взглядъ, что показанія свѣдущихъ людей также точно, какъ и показанія свидѣтелей, суть не что иное, какъ объясненія третьихъ, постороннихъ или не заинтересованныхъ въ тяжбѣ лицъ объ извѣстныхъ фактахъ, такъ что оба эти способа доказательствъ, по крайней мѣрѣ, съ внѣшней стороны, могутъ показаться одинаковыми, вслѣдствіе чего, во избѣжаніе смѣшенія ихъ на практикѣ, и необходимо, прежде всего, съ надлежащей точностью установить различіе между ними по ихъ существу. Различіе это, какъ мы сей-

часъ увидимъ, дѣйствительно велико; но трудъ установленія его облегчается для комментатора въ значительной степени тѣмъ, что различіе между этими способами доказательствъ выяснено довольно удовлетворительно въ мотивахъ, помѣщенныхъ въ изданіи государственной канцеляріи подъ 525 ст., которые, впрочемъ, по содержанію суть не что иное, какъ почти дословный переводъ относящагося сюда мѣста изъ книги Бонье о доказательствахъ. Въ мотивахъ сказано слѣдующее: „Свидѣтель есть историкъ, который обязанъ сказать о прошедшемъ безъ всякихъ выводовъ и умозаключеній; экспертъ изслѣдуетъ настоящее положеніе предмета и дѣлаетъ изъ него выводы и умозаключенія. Свидѣтель указывается силою вещей прежде, чѣмъ возникло судебное производство и указывается именно потому, что онъ видѣлъ совершеніе событія и не можетъ быть замѣненъ никакимъ другимъ лицомъ; экспертъ не имѣлъ никакихъ свѣдѣній о совершившемся событіи и никакого отношенія къ дѣлу; онъ избирается послѣ того, когда событіе совершилось, послѣ того, когда возникло судебное производство и избирается только потому, что онъ имѣетъ спеціальныя свѣдѣнія о предметѣ, подлежащемъ изслѣдованію, дающія ему право дѣлать выводы и умозаключенія“. На основаніи этихъ разсужденій нельзя не придти къ тому заключенію, что существенное различіе, какъ объяснили и наши процессуалисты: Малышевъ (Курсъ граж. суд., изд. 2, т. 1, стр. 323) и Гольмстенъ (Учебн. гражд. суд., стр. 182), между показаніями свидѣтелей и показаніями свѣдущихъ людей заключается, во-первыхъ, въ томъ, что свидѣтель своими показаніями констатируетъ только факты въ томъ видѣ, какъ они были восприняты имъ посредствовъ органовъ чувствъ; напротивъ, экспертъ анализируетъ, изслѣдуетъ уже факты констатированные другими доказательствами, или факты, имѣющіеся непосредственно передъ нимъ; онъ разсматриваетъ данное положеніе вещей или настоящее состояніе предметовъ; во-вторыхъ, свидѣтель только констатируетъ факты, экспертъ же, по надлежащемъ изслѣдованіи фактовъ, оцѣниваетъ ихъ значеніе, дѣлаетъ изъ нихъ выводы и умозаключенія, и, наконецъ, въ-третьихъ, экспертъ для своей работы долженъ имѣть спеціальныя свѣдѣнія, на основаніи которыхъ онъ только и можетъ оцѣнить значеніе фактовъ, сдѣлать изъ нихъ надлежащіе выводы, свидѣтелемъ же можетъ быть всякій, кто только въ состояніи воспринимать своими чувствами внѣ его происходящее. Изъ этого сравненія дѣлается, такимъ образомъ, очевиднымъ, насколько глубоко принципіальное различіе лежитъ въ существѣ обоихъ этихъ способовъ доказательствъ, хотя показанія какъ свидѣтелей, такъ и свѣдущихъ людей, съ внѣшней стороны, суть не что иное, какъ объясненія третьихъ, не заинтересованныхъ въ тяжбѣ, лицъ объ извѣстныхъ фактахъ. Изъ этого сравненія также достаточно выясняются и существенные признаки экспертизы, какъ доказательства, которая, по весьма остроумному замѣчанію Бонье, есть нѣчто въ родѣ увеличительнаго стекла, которое помогаетъ суду съ бо̀льшей точностью распознавать предметы, подлежащіе его изслѣдованію. Экспертиза, слѣдовательно, по самому существу ея, какъ объяснили и наши процессуалисты: Малышевъ (Курсъ гражд. суд., изд. 2, т. 1, стр. 323) и Гольмстенъ (Учеб. гражд. суд., стр. 158), есть не что иное, какъ средство, долженствующее дополнять личный опытъ и знанія судьи, она помогаетъ ему распознать значеніе такихъ предметовъ, которые представляются ему неясными и помогаетъ дѣлать надлежащіе выводы изъ такихъ фактовъ, настоящее значеніе которыхъ, единственно съ помощью своихъ собственныхъ знаній, судья опредѣлить не въ состояніи. Если таково значеніе экспертизы, какъ доказательства, то необходимо также признать, что въ тѣхъ случаяхъ, когда личный опытъ самого судьи достаточенъ, когда онъ самъ, безъ посторонней помощи, въ состояніи оцѣнить надлежащимъ образомъ значеніе спорныхъ фактовъ и сдѣлать изъ нихъ необходимые выводы и умозаключенія, возможно обойтись и безъ

истребованія заключенія отъ свѣдущихъ людей, которое въ подобныхъ случаяхъ будетъ излишне и безполезно, хотя бы спорные факты на первый взглядъ и представлялись имѣющими такія свойства, значеніе которыхъ можетъ быть опредѣлено не иначе, какъ съ помощью спеціальныхъ свѣдѣній. Прибѣгать въ подобныхъ случаяхъ къ экспертизѣ и требовать отъ судьи, чтобы онъ не приступалъ къ разрѣшенію дѣла безъ истребованія заключенія отъ свѣдущихъ людей — это, по справедливому замѣчанію Бонье, значитъ компрометтировать достоинство судьи. Какъ напримѣръ, когда экспертиза, несмотря даже на положительное предписаніе закона объ истребованіи заключенія отъ свѣдущихъ людей, можетъ оказаться излишней, Бонье указываетъ на случай, когда въ искѣ объ уничтоженіи договора купли-продажи, вслѣдствіе назначенія въ договорѣ слишкомъ низкой цѣны проданному имуществу, цѣна дѣйствительно была бы указана настолько ничтожная, что самъ судъ былъ бы въ состояніи, и безъ оцѣнки имущества черезъ экспертовъ, опредѣлить, что продажная цѣна далеко не соотвѣтствуетъ дѣйствительной стоимости проданнаго имущества. При этомъ Бонье приводитъ и другіе примѣры изъ практики французскаго кассаціоннаго суда, который придерживается въ этомъ случаѣ взгляда Бонье и также признаетъ безполезнымъ прибѣгать къ экспертизѣ въ тѣхъ случаяхъ, когда самъ судъ и безъ помощи свѣдущихъ людей въ состояніи оцѣнить настоящее значеніе спорныхъ фактовъ и сдѣлать изъ нихъ надлежащіе выводы и умозаключенія. Подобные случаи возможны и у насъ: напр., покупщикъ недвижимости, вступая во владѣніе имѣніемъ, находитъ его обремененнымъ арендными контрактами, по которымъ имѣніе отдано въ наемъ за ничтожную цѣну, напр., по рублю за десятину въ такой мѣстности, гдѣ земля отдается не ниже, положимъ, пяти рублей за десятину, каковое обстоятельство извѣстно всѣмъ и каждому, и на этомъ основаніи предъявляетъ искъ объ уничтоженіи арендныхъ контрактовъ, какъ заключенныхъ во вредъ третьихъ лицъ съ цѣлью подложнаго переукрѣпленія имущества во избѣжаніе платежа долговъ. Мнѣ кажется, что въ подобномъ случаѣ ничтожность наемной платы настолько очевидна, что судъ, и безъ истребованія заключенія отъ свѣдущихъ людей о наемной платѣ, въ правѣ самъ уничтожить арендные контракты. Изъ нашихъ процессуалистовъ Побѣдоносцевъ повидимому признаетъ за судомъ право производить въ нѣкоторыхъ случаяхъ оцѣнку и безъ истребованія заключенія отъ свѣдущихъ людей, хотя категорически по занимающему насъ вопросу онъ не высказывается и не указываетъ никакихъ основаній высказанному имъ положенію, а говоритъ только: „мировой съѣздъ можетъ, если признаетъ достаточнымъ, и самъ произвести оцѣнку непосредственно“ (Судеб. рук., тезисъ 966). Сенатъ также ничего опредѣленнаго по этому вопросу до сихъ поръ не высказалъ.

Мы только что видѣли, насколько существенно различіе между экспертизой и показаніями свидѣтелей, какъ доказательствами, вслѣдствіе чего, и казалось бы, что совмѣщеніе въ одномъ и томъ же лицѣ качествъ свидѣтеля и эксперта, или, лучше сказать, допросъ его, какъ свидѣтеля и въ то же время эксперта, рѣшительно немыслимъ и недопустимъ; между тѣмъ, на самомъ дѣлѣ, насколько мнѣ извѣстно изъ практики, свидѣтели нерѣдко допрашиваются и въ качествѣ свѣдущихъ людей, хотя случаи подобнаго смѣшенія въ особенности часто допускаются въ практикѣ мировыхъ учрежденій. Но допустимо ли однако же подобное смѣшеніе? Сенатъ, хотя и не высказался по этому вопросу категорически, но допускаетъ, повидимому, допросъ свидѣтелей и въ качествѣ экспертовъ, для доказательства и оцѣнки количества убытковъ (рѣш. 1871 года, № 498). Я съ своей стороны также полагаю, что нѣтъ основанія не допускать, по крайней мѣрѣ, въ нѣкоторыхъ случаяхъ и при извѣстныхъ условіяхъ, соединенія въ одномъ и томъ же лицѣ качествъ свидѣтеля и эксперта. Такъ, можетъ случиться, что свидѣ-

тель, во-первыхъ, не только былъ очевидцемъ извѣстнаго происшествія, но и видѣлъ данное положеніе вещей, подлежащее разслѣдованію черезъ экспертовъ и, во-вторыхъ, имѣетъ необходимыя познанія для оцѣнки даннаго состоянія предметовъ, съ помощью которыхъ въ состояніи сдѣлать надлежащіе выводы и умозаключенія. Коль скоро оба эти условія на лицо, мнѣ кажется, судъ не допуститъ никакого нарушенія закона, если допроситъ свидѣтелей въ качествѣ свѣдущихъ людей, потому, во-первыхъ, что свидѣтели при подобныхъ условіяхъ будутъ обладать всѣми качествами свѣдущихъ людей, а во-вторыхъ, потому, что гарантіи, установленныя закономъ по отношенію полученія возможно правильныхъ показаній отъ тѣхъ и другихъ, почти одинаковы, если даже не бо́льшія въ отношеніи отобранія показаній отъ свидѣтелей. Тѣмъ болѣе, конечно, не будетъ никакого нарушенія закона въ допросѣ свидѣтелей въ качествѣ свѣдущихъ людей въ томъ случаѣ, когда это будетъ допущено или съ согласія самихъ тяжущихся, положительно выраженнаго, или когда ими не будетъ представлено никакихъ возраженій противъ такого порядка производства экспертизы. Во всякомъ случаѣ допросъ свидѣтелей, въ качествѣ экспертовъ, въ дѣйствительности нерѣдко можетъ принести, при вышеуказанныхъ условіяхъ, весьма существенную практическую пользу въ двухъ отношеніяхъ: во-первыхъ, такой порядокъ производства экспертизы долженъ въ значительной степени содѣйствовать скорѣйшему разрѣшенію дѣла по существу и, во-вторыхъ, долженъ вести къ значительному сокращенію издержекъ производства, что́ чрезвычайно важно для интересовъ сторонъ, въ особенности въ дѣлахъ малоцѣнныхъ. Нельзя, однако же, при этомъ, не замѣтить, что если допросъ свидѣтелей въ качествѣ экспертовъ еще и возможно считать, въ нѣкоторыхъ случаяхъ и при извѣстныхъ условіяхъ, дѣйствіемъ допустимымъ, то, наоборотъ, допросъ экспертовъ въ качествѣ свидѣтелей никоимъ образомъ нельзя признать дѣйствіемъ дозволеннымъ и возможнымъ уже по самой природѣ этого способа доказательства, и, главнымъ образомъ, на томъ основаніи, что экспертъ, какъ сказано въ мотивахъ, не имѣетъ никакихъ свѣдѣній о совершившемся событіи и никакого отношенія къ дѣлу и избирается уже послѣ того, когда событіе совершилось.

Что касается, наконецъ, самаго порядка разсмотрѣнія правилъ устава о производствѣ экспертизы, то я не могу не замѣтить, что правила эти, вслѣдствіе того, что они размѣщены въ уставѣ безъ всякой системы, никоимъ образомъ не могутъ быть, по моему мнѣнію, интерпретированы въ порядкѣ нумераціи статей устава. Для того, чтобы лучше выяснить значеніе каждаго отдѣльнаго постановленія, самыя постановленія должны быть, конечно, сгруппированы такимъ образомъ, чтобы правила однородныя, относящіяся къ одному какому-либо опредѣленному моменту производства, были разсмотрѣны совмѣстно, для чего я и считаю необходимымъ правила эти, по содержанію ихъ и смотря по различію моментовъ производства экспертизы, разсмотрѣть въ слѣдующемъ порядкѣ, сообразно естественному ходу производства: во-1-хъ, правила, опредѣляющія условія допустимости экспертизы, какъ доказательства, и порядокъ назначенія экспертизы; во-2-хъ, правила, опредѣляющія порядокъ избранія свѣдущихъ людей; въ-3-хъ, правила, опредѣляющія обязанности свѣдущихъ людей, и правила, гарантирующія выполненіе возложенной на нихъ обязанности; въ-4-хъ, правила объ отводахъ свѣдущихъ людей; въ-5-хъ, правила о порядкѣ дачи ими заключенія и о средствахъ исправленія заключенія; въ-6-хъ, правила о вознагражденіи свѣдущихъ людей за исполненіе ими обязанности экспертовъ, и, наконецъ, въ-7-хъ, правила объ оцѣнкѣ заключенія свѣдущихъ людей.

Къ первой категоріи правилъ относятся слѣдующія статьи:

Ст. 515. Судъ можетъ, по просьбѣ тяжущагося или по своему усмотрѣнію, потребовать заключенія свѣдущихъ людей о такомъ предметѣ, коего разсмотрѣніе или оцѣнка требуетъ особыхъ ученыхъ, техническихъ или хозяйственныхъ свѣдѣній.

Ст. 516. Въ постановленіи объ изслѣдованіи черезъ свѣдущихъ людей судъ означаетъ: по какимъ предметамъ требуется ихъ заключеніе, какія лица избраны и къ какому сроку обязаны они явиться въ засѣданіе суда для объявленія своего заключенія.

Ст. 517. Въ дѣлахъ, требующихъ пространнаго и сложнаго изслѣдованія, судъ можетъ назначить одного изъ своихъ Членовъ для наблюденія за его ходомъ.

Ст. 524. Члену суда, назначенному для производства изслѣдованія черезъ свѣдущихъ людей не въ томъ мѣстѣ, гдѣ судъ находится, судъ можетъ предоставить и самое избраніе свѣдущихъ людей, если тяжущіеся не избрали ихъ по взаимному согласію.

Что касается, прежде всего, условій, при наличности которыхъ по нашему уставу экспертиза, какъ доказательство, можетъ имѣть мѣсто и при которыхъ какъ судъ, такъ и стороны въ правѣ прибѣгать къ этому способу для разъясненія спорныхъ фактовъ дѣла, то правило 515 ст. постановляетъ, что заключеніе свѣдущихъ людей можетъ быть потребовано о такомъ предметѣ, коего разсмотрѣніе или оцѣнка требуетъ особыхъ ученыхъ, техническихъ или хозяйственныхъ свѣдѣній. Изъ этого постановленія статьи нельзя не усмотрѣть, что нашъ уставъ ставитъ условіемъ допустимости экспертизы, какъ доказательства, только одно обстоятельство, — это, чтобы спорный фактъ или предметъ имѣлъ такія свойства, которыя могутъ быть изслѣдованы и оцѣнены не иначе, какъ съ помощью спеціальныхъ свѣдѣній. Это условіе положительное, но оно въ самомъ дѣлѣ заключаетъ и другое, отрицательное условіе допустимости экспертизы—это недостаточность знанія самого судьи, въ отношеніи свойствъ предмета, подлежащаго изслѣдованію. Нѣсколько выше я уже имѣлъ случай упомянуть объ этомъ условіи, причемъ, мной было указано на безполезность экспертизы въ тѣхъ случаяхъ, когда самъ судъ въ состояніи, и безъ помощи свѣдущихъ людей, оцѣнить значеніе спорныхъ фактовъ и сдѣлать изъ нихъ надлежащіе выводы и заключенія. Я сказалъ, что экспертиза, согласно правилу 515 ст., должна быть допускаема во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда спорные факты или предметы могутъ быть изслѣдованы и оцѣнены не иначе, какъ съ помощью спеціальныхъ свѣдѣній и, мнѣ кажется, что собственно въ отношеніи допустимости экспертизы, какъ доказательства, совершенно безразлично, какія бы спеціальныя свѣдѣнія для оцѣнки спорныхъ фактовъ ни требовались, хотя бы даже свѣдѣнія, въ текстѣ статьи прямо не поименованныя, напр., свѣдѣнія по части изящныхъ искусствъ и тому подобное. Поэтому, правило 515 ст., въ этомъ отношеніи, необходимо понимать такимъ образомъ, что сдѣланное въ немъ указаніе на нѣкоторыя спеціальныя свѣдѣнія сдѣлано только въ видѣ примѣра и что ему, въ этомъ отношеніи, значеніе лимитативное придавать ни въ какомъ случаѣ не слѣдуетъ.

Экспертиза, какъ доказательство, на основаніи правила разбираемой статьи, можетъ быть допускаема какъ по просьбѣ одной изъ сторонъ, такъ и по усмотрѣнію самого суда; очевидно, что въ этомъ отношеніи правило это есть не что иное, какъ повтореніе общаго постановленія, выраженнаго въ 499 ст. Нечего, кажется, и говорить о томъ, что усмотрѣніе суда въ отношеніи назначенія экспертизы, также точно, какъ и въ отношеніи назначенія осмотра на мѣстѣ, никакъ не можетъ быть безгранично и что судъ въ правѣ отказывать сторонамъ въ допущеніи этого способа доказательства только при тѣхъ же условіяхъ, при которыхъ онъ въ правѣ не допускать тотъ или другой способъ доказательства и которыя указаны при комментированіи правилъ объ осмотрѣ на мѣстѣ. Внѣ этихъ условій, во всѣхъ остальныхъ случаяхъ, судъ обязанъ требовать, по просьбѣ сторонъ, заключенія отъ свѣдущихъ людей, въ особенности, когда заключеніе ихъ представляется

единственнымъ способомъ, могущимъ вести къ раскрытію матеріальной истины, какъ это объяснилъ и сенатъ (рѣш. 1877 года, № 241). На основаніи же выраженія 515 ст.—„коего разсмотрѣніе или оцѣнка требуетъ“ и проч., возможно, кажется, заключить, что заключеніе свѣдущихъ людей можетъ быть потребовано не только въ тѣхъ случаяхъ, когда изслѣдованіе и оцѣнка значенія спорныхъ фактовъ могутъ быть произведены не иначе, какъ съ помощью спеціальныхъ свѣдѣній, но и тогда, когда даже просто оцѣнка стоимости извѣстныхъ вещей, или оцѣнка произведенныхъ поврежденій, или причиненныхъ убытковъ можетъ быть произведена не иначе, какъ съ помощью спеціальныхъ знаній.

Самый порядокъ назначенія экспертизы, указанный въ слѣдующей 516 ст., весьма простъ: именно производству по истребованію заключенія отъ свѣдущихъ людей должно предшествовать судебное опредѣленіе, постановленное хотя въ частномъ порядкѣ, но въ публичномъ засѣданіи, которымъ собственно судъ и допускаетъ принятіе этого способа доказательства. Далѣе, правило этой статьи указываетъ, что̀ собственно должно содержать въ себѣ опредѣленіе суда объ истребованіи заключенія отъ свѣдущихъ людей. Такъ, прежде всего, оно требуетъ точнаго означенія въ опредѣленіи тѣхъ предметовъ, по которымъ необходимо заключеніе свѣдущихъ людей, или, конечно, все равно — указаніе тѣхъ фактовъ, которые должны подлежать ихъ изслѣдованію. Нельзя, впрочемъ, по поводу требованія правила разбираемой статьи въ этомъ отношеніи, не замѣтить, что ему ни въ какомъ случаѣ не должно быть придаваемо слишкомъ буквальное значеніе; нельзя, какъ мнѣ кажется, признать, чтобы судъ, въ силу правила этой статьи, въ правѣ былъ въ своемъ опредѣленіи указывать только тѣ предметы, по которымъ необходимо заключеніе свѣдущихъ людей, или другими словами, чтобы судъ вообще въ правѣ былъ требовать заключеніе свѣдущихъ людей только относительно извѣстныхъ предметовъ; напротивъ, мнѣ кажется, скорѣе слѣдуетъ согласиться въ этомъ случаѣ съ толкованіемъ Побѣдоносцева, который утверждаетъ, что судъ въ своемъ опредѣленіи о назначеніи экспертизы въ правѣ не только означить тѣ предметы, по которымъ необходимо заключеніе свѣдущихъ людей, но что отъ суда должно зависѣть также и ближайшее опредѣленіе тѣхъ вопросовъ, не только частныхъ, но и общихъ, по которымъ необходимо заключеніе (Судебн. руков., тезизы 935 и 944). Побѣдоносцевъ указываетъ тутъ же и необходимые предѣлы, далѣе которыхъ судъ не въ правѣ заходить при постановкѣ въ опредѣленіи его вопросовъ, подлежащихъ изслѣдованію свѣдущихъ людей, именно онъ говоритъ: „но при семъ судъ долженъ воздерживаться отъ указанія имъ ближайшихъ путей, способовъ и пріемовъ изслѣдованія; ибо сіи способы и пріемы зависятъ уже отъ особливыхъ свѣдѣній, предполагаемыхъ въ свѣдущихъ людяхъ, коимъ должна быть въ семъ отношеніи предоставлена полная свобода“. Въ силу того обстоятельства, что производство экспертизы можетъ быть назначено, какъ по иниціативѣ самого суда, такъ и по просьбѣ сторонъ, мнѣ кажется нельзя не согласиться и съ другимъ положеніемъ Побѣдоносцева, который утверждаетъ, что означеніе въ опредѣленіи суда предметовъ и вопросовъ, подлежащихъ изслѣдованію свѣдущихъ людей, можетъ быть дѣлаемо не только по усмотрѣнію самого суда, но и по указаніямъ стороны, просящей о назначеніи экспертизы (Судеб. рук., тезисъ 938). Къ этому положенію Побѣдоносцева я долженъ, впрочемъ, добавить, что означеніе предметовъ и вопросовъ, подлежащихъ изслѣдованію свѣдущихъ людей, можетъ быть, по моему мнѣнію, дѣлаемо судомъ не только по указанію стороны, просящей о назначеніи экспертизы, но вообще по указанію обѣихъ сторонъ и по выслушаніи ихъ словеснаго состязанія по предмету назначенія экспертизы въ засѣданіи суда, если обѣ стороны присутствовали

въ томъ засѣданіи, въ которомъ судомъ было постановлено опредѣленіе объ истребованіи заключенія отъ свѣдущихъ людей, и притомъ безразлично — было ли судомъ постановлено это опредѣленіе по собственной иниціативѣ, или по просьбѣ которой-либо изъ сторонъ процесса.

Кромѣ означенія въ опредѣленіи предметовъ, подлежащихъ изслѣдованію, правило разбираемой статьи требуетъ еще означенія въ немъ лицъ, избранныхъ въ качествѣ экспертовъ и срока, къ которому свѣдущіе люди обязаны явиться въ засѣданіе суда для объявленія ихъ заключенія. Въ отношеніи перваго изъ этихъ требованій я долженъ замѣтить, что судъ, въ опредѣленіи своемъ о назначеніи экспертизы, въ состояніи будетъ означить имена экспертовъ только въ томъ случаѣ, если тяжущіеся заранѣе, до постановленія опредѣленія, уже избрали, по взаимному согласію, свѣдущихъ людей; въ противномъ же случаѣ судъ, согласно правилу 518 ст., долженъ будетъ въ опредѣленіи своемъ назначить только срокъ, къ которому тяжущіеся обязаны избрать свѣдущихъ людей. Объ избраніи экспертовъ тяжущіеся обязаны, конечно, заявить суду, который, по полученіи заявленія, долженъ будетъ, кажется, постановить дополнительное опредѣленіе о допущеніи избранныхъ тяжущимися свѣдущихъ людей къ производству экспертизы; въ противномъ же случаѣ, т.-е. когда никакого заявленія объ этомъ отъ тяжущихся въ срокъ, судомъ назначенный, не послѣдуетъ, судъ долженъ будетъ также постановить дополнительное опредѣленіе о назначеніи свѣдущихъ людей по своему усмотрѣнію. Что же касается второго требованія правила разбираемой статьи—объ означеніи въ опредѣленіи суда срока, къ которому свѣдущіе люди обязаны явиться въ засѣданіе суда для объявленія ихъ заключенія, то и это указаніе можетъ быть сдѣлано судомъ въ первоначальномъ опредѣленіи о назначеніи экспертизы развѣ только въ томъ случаѣ, когда тяжущимися свѣдущіе люди были избраны заранѣе, прежде постановленія опредѣленія; въ противномъ же случаѣ назначеніе срока также можетъ быть сдѣлано не иначе, какъ во второмъ дополнительномъ постановленіи. Хотя назначеніе того или другого срока, въ который свѣдущіе люди должны явиться въ засѣданіе суда для объявленія ихъ заключенія, правиломъ разбираемой статьи и предоставлено усмотрѣнію суда, но, несмотря на это, судъ, при опредѣленіи размѣра этого срока, въ каждомъ данномъ случаѣ, долженъ, однако же, принимать въ соображеніе какъ степень трудности и сложности экспертизы, такъ равно и другія обстоятельства дѣла, могущіе вліять на продолжительность производства изслѣдованія и, сообразно этимя моментамъ, назначать болѣе короткій или болѣе длинный срокъ.

Правило разбираемой статьи требуетъ означенія только сейчасъ указанныхъ предметовъ въ опредѣленіи суда о назначеніи экспертизы; между тѣмъ, если сопоставить правило этой статьи съ постановленіями слѣдующихъ, цитированныхъ уже мною статей, то нетрудно убѣдиться, что перечисленіе, сдѣланное въ правилѣ 516 ст., далеко неполно; такъ, напр., когда судъ признаетъ необходимымъ произвести экспертизу подъ наблюденіемъ члена, то понятно, что онъ обязанъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, въ опредѣленіи своемъ указать и то — кому изъ членовъ дается это порученіе. Также точно судъ обязанъ указать въ опредѣленіи о назначеніи экспертизы члена суда и въ томъ случаѣ, когда производство изслѣдованія должно послѣдовать не въ томъ мѣстѣ, гдѣ судъ находится и когда члену суда поручается произвести изслѣдованіе черезъ свѣдущихъ людей, или въ соединеніи съ осмотромъ на мѣстѣ, или, хотя и самостоятельно, но внѣ суда.

Неполно, какъ мнѣ кажется, постановленіе 516 ст. также и въ отношеніи заключающагося въ немъ требованія объ указаніи въ опредѣленіи суда срока, къ которому свѣдущіе люди обязаны явиться въ засѣданіе суда, для объявленія ихъ заключенія. Очевидно, что указаніемъ въ опредѣленіи этого

срока судъ означитъ не что иное, какъ только день окончанія производства экспертизы; такъ какъ заключеніе свѣдущими людьми, какъ это совершенно понятно само собой, можетъ быть объявлено только по производствѣ изслѣдованія, между тѣмъ, какъ для тяжущихся, которые, въ силу общихъ правилъ о повѣркѣ доказательствъ, въ правѣ присутствовать при производствѣ экспертизы, во многихъ случаяхъ можетъ быть чрезвычайно важно и необходимо имѣть точныя свѣдѣнія именно о времени начала производства; вслѣдствіе чего, мнѣ кажется, судъ, въ своемъ опредѣленіи о назначеніи экспертизы, обязанъ означать не только срокъ, указанный въ 516 ст., но и срокъ, въ который свѣдущіе люди обязаны явиться въ судъ для производства изслѣдованія, чтобы не лишить тяжущихся права, предоставленнаго имъ 501 ст. Если же производство изслѣдованія черезъ свѣдущихъ людей было бы поручено члену суда, то и въ этомъ случаѣ судъ въ опредѣленіи своемъ о назначеніи экспертизы обязанъ указать не только срокъ, въ который членъ суда долженъ приступить къ производству изслѣдованія, но означить и мѣсто производства экспертизы. Нельзя, кромѣ того, не замѣтить, что и самое выраженіе статьи: „къ какому сроку обязаны они явиться въ засѣданіе суда для объявленія своего заключенія“, далеко не точно. Судя по тому, въ какой формѣ и какимъ порядкомъ эксперты, согласно правиламъ нашего устава, обязаны давать ихъ заключеніе въ обоихъ случаяхъ, т.-е. какъ въ случаѣ истребованія отъ нихъ письменнаго заключенія, такъ и словеснаго, какъ это мы увидимъ ниже, нетрудно усмотрѣть, что въ явкѣ экспертовъ въ засѣданіе суда только для объявленія ими ихъ заключенія, собственно говоря, и никакой надобности представиться не можетъ, потому что эксперты обязаны составить актъ заключенія, который и долженъ быть прочитываемъ въ засѣданіи суда, при разсмотрѣніи дѣла по существу. Для чего же, спрашивается, при такомъ порядкѣ отобранія заключенія необходима еще явка экспертовъ въ засѣданіе, какой смыслъ и значеніе можетъ имѣть ихъ объявленіе и въ чемъ оно должно заключаться? Составленный ими актъ заключенія и безъ ихъ объявленія долженъ быть прочитанъ въ засѣданіи; предположить же, что законъ требуетъ явки экспертовъ въ засѣданіе собственно для того, чтобы они объявили суду, что они окончили порученное имъ изслѣдованіе и составили актъ заключенія, невозможно, по безполезности подобнаго дѣйствія. Кромѣ того, нельзя также не усмотрѣть, что въ дѣйствительности нерѣдко могутъ встрѣтиться и такіе случаи, когда обязанность явки въ засѣданіе будетъ для экспертовъ или излишнимъ и безполезнымъ стѣсненіемъ, именно когда они окончатъ изслѣдованіе и составятъ актъ заключенія ранѣе того засѣданія, въ которомъ они обязаны были бы объявить его и когда, слѣдовательно, они напрасно должны были бы оставаться и ожидать дня засѣданія, или даже будетъ вовсе невыполнимой, когда изслѣдованіе поручается члену суда. Объяснить же то обстоятельство, что составители уставовъ для опредѣленія срока окончанія экспертизы употребили именно цитированное выраженіе, возможно, мнѣ кажется, именно тѣмъ, что составители уставовъ, редактируя правило разбираемой статьи, имѣли въ виду наиболѣе обыкновенные и наичаще могущіе встрѣчаться случаи простого и несложнаго изслѣдованія, когда не только производство изслѣдованія, но и составленіе самаго акта заключенія могутъ быть окончены въ одинъ день—въ день того засѣданія, въ который эксперты обязаны представить суду составленный ими актъ заключенія.

По постановленіи судомъ опредѣленія объ истребованіи заключенія отъ свѣдущихъ людей, о времени начала производства экспертизы и о мѣстѣ производства, на основаніи правила 501 ст., должны быть увѣдомлены стороны. Самое производство изслѣдованія, какъ это можно заключить по общему смыслу правилъ вышеприведенныхъ статей, взятыхъ въ совокупности, должно, въ большинствѣ случаевъ, происходить въ присутствіи цѣлаго суда. Поло-

женіе это должно быть принято, какъ мнѣ кажется, за общее правило, и хотя оно прямо въ уставѣ не высказано, но вѣрность его подтверждается: во-первыхъ, толкованіемъ по аргументу a contrario постановленій 517 и 524 ст., въ которыхъ выражены случаи исключеній, когда законъ допускаетъ производство изслѣдованія въ присутствіи члена суда, и которые, вмѣстѣ съ тѣмъ, указываютъ на существованіе противоположнаго положенія, сейчасъ указаннаго, долженствующаго имѣть значеніе правила общаго, и, во-вторыхъ, сравненіемъ постановленій разбираемыхъ статей съ аналогическими правилами устава уголовнаго судопроизводства, въ которомъ правила эти редактированы точнѣе и въ которыхъ указывается, что эксперты, если только возможно, должны производить свои дѣйствія по изслѣдованію въ засѣданіи суда (ст. 692).

Признавая, такимъ образомъ, что производство экспертизы должно происходить вообще въ засѣданіи, въ присутствіи цѣлаго суда и въ процессѣ гражданскомъ, я долженъ еще обратить вниманіе на случаи исключенія, выраженные въ 517 и 524 ст., и указать, когда правилами этихъ статей дозволяется суду поручать производство изслѣдованія члену суда.

Во-первыхъ, въ силу правила послѣдней изъ этихъ статей судъ въ правѣ поручить производство изслѣдованія черезъ свѣдущихъ людей члену суда въ томъ случаѣ, когда необходимо произвести изслѣдованіе не въ томъ мѣстѣ, гдѣ судъ находится. Исключеніе это, мнѣ кажется, слѣдуетъ понимать такимъ образомъ, что суду должно быть предоставлено право поручать производство изслѣдованія члену не только въ тѣхъ случаяхъ, когда представляется необходимымъ произвести изслѣдованіе внѣ того города, гдѣ находится судъ, но и въ тѣхъ случаяхъ, когда изслѣдованіе должно быть произведено въ томъ же городѣ, но внѣ зданія суда, когда, напр., представится необходимымъ произвести обозрѣніе, при участіи свѣдущихъ людей, книгъ какого-либо торговаго товарищества или общества, когда книги эти не могутъ быть доставлены въ судъ и тому подобное. Выраженіе же 524 ст. „не въ томъ мѣстѣ, гдѣ судъ находится“, имѣетъ еще значеніе въ другомъ отношеніи, и я сейчасъ укажу, по отношенію собственно какого процессуальнаго момента производства экспертизы оно должно имѣть примѣненіе по буквальному смыслу его. Дѣло въ томъ, что производство экспертизы черезъ члена суда внѣ того города, гдѣ находится судъ, въ большинствѣ случаевъ, за немногими развѣ исключеніями, когда члену суда поручается только наблюденіе за ходомъ производства изслѣдованія, на самомъ дѣлѣ соединяется съ производствомъ осмотра на мѣстѣ, когда для болѣе правильнаго изслѣдованія нерѣдко могутъ быть необходимы такія свѣдѣнія, которыми могутъ обладать только свѣдущіе люди, взятые по возможности или изъ мѣстныхъ жителей, или изъ мѣстностей близъ лежащихъ, вслѣдствіе чего, правило 524 ст., отчасти для достиженія этой цѣли, т.-е. въ виду необходимости избранія экспертовъ изъ мѣстныхъ жителей, а отчасти, быть можетъ, и въ видахъ удешевленія производства, предоставляетъ суду право поручать члену суда даже самое избраніе свѣдущихъ людей въ томъ случаѣ, когда производство изслѣдованія должно послѣдовать *„не въ томъ мѣстѣ, гдѣ находится судъ“* и когда тяжущіеся не избрали ихъ по взаимному соглашенію, потому что въ подобныхъ случаяхъ только членъ суда и въ состояніи избрать свѣдущихъ людей именно изъ мѣстныхъ жителей, но никакъ не самъ судъ. Мнѣ кажется, что правило разбираемой статьи установлено именно съ указанной цѣлью, потому что еслибы не имѣлось въ виду достиженія этой цѣли, то и не предстояло бы, собственно говоря, никакой необходимости предоставлять избраніе свѣдущихъ людей члену суда въ тѣхъ случаяхъ, когда изслѣдованіе должно быть произведено не въ томъ мѣстѣ, гдѣ находится судъ, такъ какъ избрать экспертовъ не изъ мѣстныхъ жителей съ одинаковымъ удобствомъ могъ бы и самъ судъ. Въ правильности такого толкованія убѣждаетъ, впро-

чемъ, еще болѣе, во-первыхъ, то обстоятельство, что правило 524 ст. не предоставляетъ суду права поручать члену избраніе свѣдущихъ людей въ тѣхъ случаяхъ, когда изслѣдованіе имѣетъ быть произведено въ томъ же самомъ городѣ, гдѣ находится судъ и когда, слѣдовательно, обязанность избранія ихъ остается на самомъ судѣ, а во-вторыхъ, то, что правило 524 ст. даже въ случаяхъ, въ немъ указанныхъ, предоставляетъ суду только право поручать члену избраніе экспертовъ, но не вмѣняетъ это ему въ непремѣнную обязанность, изъ чего возможно заключить, что законъ, предоставленіемъ суду этого права, имѣлъ въ виду, что онъ будетъ пользоваться имъ только въ случаяхъ необходимости или въ случаяхъ, когда изслѣдованіе можетъ быть произведено правильнѣе и дешевле не иначе, какъ экспертами, взятыми на мѣстѣ производства изслѣдованія. Законъ, конечно, и не долженъ былъ вмѣнять суду въ непремѣнную обязанность поручать члену суда избраніе свѣдущихъ людей во всѣхъ случаяхъ производства экспертизы не въ томъ мѣстѣ, гдѣ находится судъ, потому что нерѣдко и въ этихъ случаяхъ для производства изслѣдованія могутъ потребоваться люди съ такими знаніями, что подходящихъ экспертовъ на мѣстѣ и отыскать будетъ невозможно и когда, слѣдовательно, не будетъ никакой цѣли поручать избраніе ихъ члену. Во всѣхъ же остальныхъ случаяхъ, когда производство изслѣдованія можетъ быть произведено лучше и дешевле черезъ мѣстныхъ экспертовъ, судъ, мнѣ кажется, поступитъ согласнѣе съ точнымъ смысломъ правила разбираемой статьи и съ той цѣлью, съ которой оно установлено, если поручитъ избраніе свѣдущихъ людей члену суда, который въ состояніи избрать ихъ изъ мѣстныхъ жителей. Имѣя въ виду, главнымъ образомъ, эту цѣль правила 524 ст., мнѣ кажется, нельзя не признать, что суду, въ силу правила этой статьи, должно быть также предоставлено право поручать избраніе экспертовъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда и самое производство изслѣдованія поручается другому суду, сему послѣднему.

Во-вторыхъ, судъ, въ силу правила 517 ст., можетъ поручить наблюденіе за производствомъ экспертизы одному изъ своихъ членовъ въ случаяхъ, какъ сказано въ текстѣ статьи, „требующихъ пространнаго и сложнаго изслѣдованія“. Цѣль установленія этого исключенія понятна: законъ, въ видахъ экономіи наличныхъ рабочихъ силъ суда и дабы не обременять излишне весь судъ обязанностью слѣдить за ходомъ экспертизы, дозволяетъ ему возложить эту обязанность на одного изъ членовъ. Пользоваться правомъ этимъ предоставляется однако же суду въ случаяхъ, требующихъ пространнаго и сложнаго изслѣдованія, т.-е. когда изслѣдованіе должно занять болѣе или менѣе продолжительный промежутокъ времени, или, говоря точнѣе, когда оно никоимъ образомъ не можетъ быть окончено въ одинъ пріемъ въ одномъ засѣданіи. При такихъ обстоятельствахъ судъ, согласно правилу разбираемой статьи, въ правѣ поручить слѣдить за ходомъ изслѣдованія одному изъ своихъ членовъ во всѣхъ случаяхъ экспертизы, безъ всякаго различія того, гдѣ должно имѣть мѣсто самое производство экспертизы: внѣ ли того города, гдѣ судъ находится, или въ томъ городѣ, или даже, наконецъ, въ самомъ судѣ; по крайней мѣрѣ, правило 517 ст., говоря о правѣ суда поручать изслѣдованіе члену, никакого различія въ этомъ отношеніи,—различія, которымъ бы обусловливалось самое право суда, не дѣлаетъ.

Правила сейчасъ разсмотрѣнныхъ статей, какъ это ясно видно по самому изложенію ихъ, отличаются вполнѣ характеромъ факультативнымъ; въ нихъ говорится: „судъ можетъ назначить“, „судъ можетъ предоставить“, такъ что ими предоставляется суду только право въ указанныхъ случаяхъ исключеній поручать изслѣдованіе члену, изъ чего необходимо заключить, что судъ и въ этихъ случаяхъ въ правѣ, если признаетъ необходимымъ, не поручая производства изслѣдованія члену, назначить производство экспер-

тизы въ присутствіи цѣлаго суда даже и тогда, когда бы предстояло произвести изслѣдованіе внѣ того города, въ которомъ находится судъ.

О правахъ сторонъ при производствѣ изслѣдованія, ни въ приведенныхъ, ни въ другихъ статьяхъ устава объ изслѣдованіи черезъ свѣдущихъ людей, ничего не говорится; общими же правилами о повѣркѣ доказательствъ имъ предоставляется только право присутствовать при производствѣ экспертизы. Мнѣ кажется, что стороны въ правѣ не только присутствовать при изслѣдованіи, но и въ правѣ обращать вниманіе экспертовъ на тѣ или другія свойства предметовъ, подлежащихъ изслѣдованію и на тѣ или другія стороны вопросовъ, по которымъ они призваны дать заключеніе; по крайней мѣрѣ, пользоваться этимъ правомъ сторонамъ уставъ положительно предоставляетъ при производствѣ осмотра на мѣстѣ и, мнѣ кажется, нѣтъ основанія не предоставить имъ это право и при производствѣ экспертизы, потому что нельзя, какъ кажется, предположить, чтобы законъ, дозволяя сторонамъ присутствовать при производствѣ изслѣдованія, имѣлъ въ виду одно только пассивное ихъ присутствіе и не дозволялъ имъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, ограждать ихъ интересы посредствомъ контроля и содѣйствія производству экспертизы, такъ какъ безъ этого и самое присутствіе ихъ при изслѣдованіи было бы почти излишне. Я думаю только, что производство экспертизы въ тѣхъ случаяхъ, когда необходимо пространное и сложное изслѣдованіе и когда производство изслѣдованія подъ наблюденіемъ члена должно имѣть мѣсто не въ засѣданіи суда, оно хотя и должно быть производимо въ присутствіи сторонъ, но можетъ быть и не публичное. Не допускать присутствіе публики при производствѣ экспертами изслѣдованія необходимо иногда именно въ виду достиженія большей полноты и правильности заключенія свѣдущихъ людей, потому что всякое изслѣдованіе, а въ особенности изслѣдованіе сложное, требуетъ сосредоточенности и глубокаго вниманія, для чего конечно необходима и такая обстановка, при которой не отвлекалось бы вниманіе лицъ, производящихъ изслѣдованіе; достигнуть же этого при публичности экспертизы почти невозможно. На этомъ основаніи уставъ уголовнаго судопроизводства, кажется, и дозволяетъ непубличное производство изслѣдованія внѣ засѣданія (ст. 692); и я полагаю, что нѣтъ основанія не придерживаться этого правила и въ процессѣ гражданскомъ, тѣмъ болѣе, что въ допущеніи непубличнаго производства экспертизы нельзя видѣть слишкомъ рѣзкаго отступленія отъ основного начала судопроизводства, потому что изслѣдованіе во всякомъ случаѣ должно быть производимо въ присутствіи сторонъ. Права сторонъ и при производствѣ изслѣдованія въ тѣхъ случаяхъ, когда оно поручается члену суда, должны быть, конечно, тѣ же самыя, какъ и при производствѣ экспертизы въ присутствіи суда, а права члена суда, согласно правилу 504 ст., должны быть тѣ же, которыя ему предоставляетъ законъ въ отношеніи производства по допросу свидѣтелей.

Наконецъ, въ отношеніи порядка производства экспертизы я долженъ еще сказать, что, согласно правилу 503 ст., производство это во всѣхъ случаяхъ—имѣло ли оно мѣсто передъ цѣлымъ судомъ, или было поручено члену, должно быть констатировано протоколомъ, помимо акта заключенія, составленнаго экспертами, въ которомъ и должно быть записано все, происходившее при производствѣ, или другими словами—долженъ быть описанъ весь ходъ и порядокъ изслѣдованія. Протоколъ этотъ долженъ быть подписанъ всѣми лицами, участвовавшими въ производствѣ, причемъ, стороны имѣютъ право дѣлать на протоколѣ свои замѣчанія и оговорки. Право это имѣетъ для сторонъ большое значеніе, въ особенности въ отношеніи обжалованія дѣйствій по производству изслѣдованія какъ суда, такъ и члена, на дѣйствія котораго онѣ, согласно правилу 504 ст., также въ правѣ приносить жалобы суду. Изъ сказаннаго становится, такимъ образомъ, очевид-

нымъ, что нашъ уставъ ни въ какомъ случаѣ не предоставляетъ производства экспертизы единственно самимъ свѣдущимъ людямъ, но всегда ставитъ производство изслѣдованія или подъ наблюденіе цѣлаго присутствія суда или, по крайней мѣрѣ, подъ наблюденіе одного изъ членовъ.

Перехожу къ разсмотрѣнію статей, опредѣляющихъ порядокъ избранія свѣдущихъ людей.

Ст. 518. Свѣдущіе люди назначаются по взаимному согласію тяжущихся, а если согласіе, въ опредѣленный судомъ срокъ, не послѣдуетъ, то избираются самимъ судомъ.

Ст. 519. Свѣдущіе люди назначаются въ числѣ трехъ. Впрочемъ, съ согласія сторонъ или по малоцѣнности иска, можетъ быть назначено для производства изслѣдованія одно только лицо.

Нашъ уставъ, какъ это видно изъ правила 518 ст., выборъ экспертовъ предоставляетъ, прежде всего, самимъ тяжущимся, которые обязаны, однако же, воспользоваться этимъ правомъ не иначе, какъ въ срокъ, назначенный судомъ въ опредѣленіи его о допущеніи экспертизы и, притомъ, обязаны избирать экспертовъ каждый разъ не иначе, какъ по взаимному соглашенію. По отношенію допустимости назначенія экспертовъ по соглашенію тяжущихся въ тѣхъ случаяхъ, когда бы въ дѣлѣ принимали участіе третьи лица въ самостоятельной роли стороны процесса, слѣдуетъ считать необходимымъ и ихъ согласіе на назначеніе экспертовъ, на томъ основаніи, что эти лица должны пользоваться всѣми правами сторонъ въ процессѣ. Въ случаяхъ участія въ дѣлѣ третьихъ лицъ только пособниковъ одной изъ сторонъ, необходимость ихъ согласія на избраніе экспертовъ для допустимости ихъ назначенія, напротивъ, ничѣмъ не вызывается, вслѣдствіе того, что отъ разрѣшенія дѣла въ пользу той или другой стороны могутъ зависѣть только ихъ интересы, а не права. Правило разбираемой статьи не ставитъ никакихъ ограниченій праву тяжущихся въ отношеніи избранія свѣдущихъ людей, вслѣдствіе чего, и избраніе ихъ самими тяжущимися, по нашему уставу, должно быть признано за правило общее, такъ что тяжущимся право это должно быть предоставлено, какъ это справедливо замѣчаетъ Побѣдоносцевъ, одинаково, какъ въ томъ случаѣ, когда производство экспертизы назначено по ихъ просьбѣ, такъ и въ томъ, когда оно назначено по усмотрѣнію самого суда. Вѣрно, какъ мнѣ кажется, также и другое замѣчаніе Побѣдоносцева, который утверждаетъ, что судъ не долженъ входить въ повѣрку правильности избранія экспертовъ, когда оно послѣдовало по взаимному согласію самихъ тяжущихся, на томъ основаніи, что ихъ собственный интересъ состоитъ въ выборѣ благонадежныхъ и знающихъ людей для безпристрастнаго и основательнаго заключенія (Судебн. руков., тезисъ 936). Но, такъ какъ, на самомъ дѣлѣ могутъ встрѣчаться нерѣдко и такіе случаи, когда взаимнаго соглашенія между тяжущимися по предмету избранія свѣдущихъ людей можетъ и не послѣдовать, то для выхода изъ этого затрудненія правило разбираемой статьи постановляетъ, что если согласія тяжущихся на избраніе экспертовъ, въ опредѣленный судомъ срокъ, не послѣдуетъ, то они избираются въ такомъ случаѣ самимъ судомъ. Такимъ образомъ, нашъ уставъ предоставляетъ суду право избранія экспертовъ только какъ бы въ видѣ исключенія или субсидіарно, какъ замѣтилъ Гольмстенъ (Учеб. гражд. суд., стр. 292), въ тѣхъ случаяхъ, когда сами стороны не воспользуются этимъ правомъ. Право же сторонъ на избраніе свѣдущихъ людей, какъ я только что сказалъ, ограничено извѣстнымъ срокомъ, и, такъ какъ, отъ сторонъ требуется въ настоящемъ случаѣ положительное заявленіе о согласіи на выборъ экспертовъ въ извѣстный срокъ, то, вслѣдствіе этого, слѣдуетъ признать, что коль скоро никакого заявленія отъ нихъ въ указанный срокъ о лицахъ, избранныхъ ими въ качествѣ свѣдущихъ людей, въ судъ подано

не будетъ, то обстоятельство это должно быть сочтено за отказъ ихъ воспользоваться предоставленнымъ имъ правомъ, послѣ чего судъ, какъ мнѣ кажется, самъ, безъ просьбы которой-либо изъ сторонъ, обязанъ заслушать дѣло въ засѣданіи по вопросу объ избраніи экспертовъ и обязанъ самъ назначить таковыхъ отъ себя, о чемъ и постановить въ частномъ порядкѣ опредѣленіе. Въ такомъ же точно порядкѣ обязанъ приступить къ избранію экспертовъ, по своему усмотрѣнію, и членъ суда въ томъ случаѣ, еслибы право это было предоставлено ему опредѣленіемъ суда о назначеніи экспертизы, на основаніи правила 524 ст. Если таковъ вообще долженъ быть порядокъ избранія свѣдущихъ людей судомъ, то понятно, что стороны, дабы не лишиться предоставленнаго имъ закономъ права избранія экспертовъ, обязаны, до срока, назначеннаго въ опредѣленіи суда, подать въ судъ, за общимъ подписомъ, письменное заявленіе, съ указаніемъ лицъ, избранныхъ ими, по взаимному согласію, въ качествѣ экспертовъ.

Я сказалъ, что избраніе экспертовъ тяжущимися должно быть признано за общее правило, а назначеніе ихъ судомъ — за исключеніе. По поводу-то соотношенія въ настоящемъ случаѣ правила общаго и исключенія, я считаю необходимымъ остановиться еще на разсмотрѣніи двухъ вопросовъ: во-первыхъ, должны ли быть стороны безусловно лишены права на избраніе экспертовъ по взаимному ихъ соглашенію, въ случаѣ пропущенія ими срока на избраніе, указаннаго судомъ въ опредѣленіи его о назначеніи экспертизы, и, во-вторыхъ, въ правѣ ли судъ немедленно приступать къ назначенію экспертовъ по своему усмотрѣнію, не давая тяжущимся особаго срока на избраніе свѣдущихъ людей по ихъ соглашенію, имѣя въ виду ихъ отреченіе отъ этого права? Что касается перваго вопроса, то мнѣ кажется, что отвѣтъ на него долженъ быть данъ отрицательный и за сторонами должно быть признано право на избраніе экспертовъ, по ихъ взаимному соглашенію, даже по истеченіи назначеннаго имъ судомъ срока на избраніе, на томъ основаніи, что срокъ, назначенный судомъ на избраніе свѣдущихъ людей, никакъ не можетъ быть отнесенъ къ категоріи рѣшительныхъ сроковъ, опредѣленныхъ закономъ на совершеніе важнѣйшихъ процессуальныхъ дѣйствій, указанныхъ 1-мъ пунктѣ 833 ст., для совершенія которыхъ никакія отсрочки не допускаются, а долженъ быть, напротивъ, отнесенъ къ категоріи такихъ процессуальныхъ сроковъ, по которымъ отсрочки, по взаимному согласію тяжущихся, безусловно допускаются правиломъ 832 ст., или сроковъ, продолжительность которыхъ можетъ измѣняться по взаимному согласію сторонъ, вслѣдствіе чего, заявленію тяжущихся объ избраніи ими экспертовъ, поданному въ судъ даже по истеченіи назначеннаго судомъ срока, долженъ быть данъ ходъ и домогательство ихъ должно быть удовлетворено, потому что въ самомъ фактѣ подачи ими этого заявленія послѣ срока слѣдуетъ видѣть также ихъ взаимное согласіе на отсрочку совершенія назначеннаго судомъ дѣйствія, въ каковой отсрочкѣ судъ, какъ кажется, отказать не въ правѣ. Если, впрочемъ, на этомъ основаніи поставленный вопросъ и долженъ быть разрѣшенъ въ томъ смыслѣ, что за сторонами должно быть признано право на избраніе свѣдущихъ людей, по ихъ взаимному согласію, и послѣ истеченія назначеннаго судомъ срока, то тѣмъ не менѣе нельзя, какъ мнѣ кажется, не признать, что право это должно быть ограничено какимъ-либо судопроизводственнымъ моментомъ, послѣ котораго стороны должны лишиться этого права. Выше я замѣтилъ, что судъ въ томъ случаѣ, когда никакого заявленія отъ тяжущихся объ избраніи ими свѣдущихъ людей въ срокъ, указанный въ опредѣленіи о допущеніи экспертизы, не послѣдуетъ, обязанъ самъ заслушать дѣло въ засѣданіи и постановить другое опредѣленіе о назначеніи экспертовъ отъ себя. Если тяжущіеся успѣютъ подать заявленіе объ избраніи ими экспертовъ, хотя и послѣ срока, указаннаго въ

первоначальномъ опредѣленіи суда, но до постановленія второго опредѣленія, то не можетъ быть, кажется, сомнѣнія въ томъ, что въ этомъ случаѣ, въ качествѣ экспертовъ, на основаніи только-что изложенныхъ соображеній, должны быть вызваны лица, избранныя самими тяжущимися; но могутъ ли тяжущіеся воспользоваться правомъ избранія экспертовъ послѣ постановленія судомъ второго опредѣленія о назначеніи экспертовъ отъ суда? Мнѣ кажется, что и въ этомъ случаѣ, несмотря на то, что свѣдущіе люди уже назначены по усмотрѣнію суда, просьба тяжущихся о вызовѣ избранныхъ ими самими экспертовъ должна быть удовлетворена, если только заявленіе объ этомъ подано ими до приведенія въ дѣйствіе второго опредѣленія суда, т.-е. до посылки вызова о явкѣ въ судъ экспертамъ, назначеннымъ по усмотрѣнію суда. Это на томъ основаніи, что судъ, пока частное опредѣленіе его о назначеніи экспертовъ не приведено еще въ исполненіе посредствомъ вызова назначенныхъ имъ экспертовъ, въ правѣ отмѣнить это частное опредѣленіе по измѣнившимся обстоятельствамъ и постановить, по полученіи отъ тяжущихся просьбы о вызовѣ указанныхъ ими экспертовъ, новое опредѣленіе; перемѣна же обстоятельствъ, дающая суду право въ настоящемъ случаѣ измѣнить свое опредѣленіе, будетъ заключаться именно въ избраніи тяжущимися экспертовъ по ихъ взаимному соглашенію. Но, затѣмъ, коль скоро опредѣленіе суда о назначеніи экспертовъ по его усмотрѣнію, постановленное вслѣдствіе пропуска тяжущимися срока на избраніе свѣдущихъ людей по ихъ согласію, приведено въ исполненіе и эксперты, назначенные судомъ, вызваны, тяжущіеся должны, кажется, потерять право на избраніе экспертовъ, вслѣдствіе чего, и заявленіе ихъ объ избраніи свѣдущихъ людей, поданное послѣ этого момента, можетъ быть оставлено судомъ безъ удовлетворенія; хотя, при этомъ, я не могу не замѣтить, что судъ, какъ мнѣ кажется, не допуститъ никакого существеннаго отступленія отъ правилъ устава о заключеніи свѣдущихъ людей, если, несмотря на вызовъ назначенныхъ имъ самимъ экспертовъ и несмотря на оставленіе безъ удовлетворенія домогательства о томъ тяжущихся, допуститъ къ производству изслѣдованія лицъ, представленныхъ въ судъ въ качествѣ экспертовъ самими тяжущимися по ихъ взаимному соглашенію, въ срокъ, назначенный судомъ для начала изслѣдованія, и устранитъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, отъ производства экспертизы лицъ, назначенныхъ по его усмотрѣнію, разумѣется со взысканіемъ съ тяжущихся расходовъ на вознагражденіе этихъ послѣднихъ лицъ. Я считаю возможнымъ допустить производство экспертизы и въ этомъ случаѣ лицами, представленными самими тяжущимися, на томъ основаніи, что цѣль предоставленія суду права назначать экспертовъ по его усмотрѣнію, въ случаѣ неизбранія ихъ въ назначенный срокъ самими тяжущимися, какъ это видно изъ мотивовъ, помѣщенныхъ въ изданіи государственной канцеляріи подъ разбираемой статьей, заключается только въ томъ, чтобы, предоставленіемъ суду этого права, устранить замедленіе въ производствѣ изслѣдованія и предупредить злоупотребленія тяжущихся въ этомъ отношеніи, такъ какъ тѣ изъ нихъ, въ интересѣ которыхъ выгоднѣе было бы устранить изслѣдованіе, несогласіемъ ихъ на избраніе экспертовъ всегда могли бы замедлить производство и сдѣлать, такимъ образомъ, самое изслѣдованіе несвоевременнымъ и потому во многихъ случаяхъ безполезнымъ, а вовсе не въ томъ, чтобы въ случаѣ неизбранія тяжущимися экспертовъ, въ назначенный судомъ срокъ, самое изслѣдованіе было непремѣнно производимо экспертами, назначенными отъ суда. На основаніи сказаннаго я прихожу къ тому заключенію, что если заявленіе тяжущихся объ избраніи экспертовъ, поданное послѣ приведенія въ исполненіе опредѣленія суда о назначеніи свѣдущихъ людей по его усмотрѣнію, и можетъ быть оставлено безъ послѣдствій, то, несмотря на это, права на избраніе экспертовъ по взаимному соглашенію и на представленіе

ихъ въ судъ тяжущіеся окончательно могутъ быть лишены не прежде, какъ въ моментъ приступа къ производству изслѣдованія свѣдущихъ людей, назначенныхъ отъ суда.

Второй вопросъ—о правѣ суда назначать экспертовъ по его усмотрѣнію немедленно, безъ предоставленія тяжущимся срока на избраніе свѣдущихъ людей по ихъ соглашенію, при отреченіи ихъ отъ этого права, долженъ быть, напротивъ, разрѣшенъ утвердительно, на томъ основаніи, что при отреченіи тяжущихся отъ этого права, когда бы они въ засѣданіи суда при обсужденіи вопроса о допущеніи экспертизы прямо заявили суду, что они не имѣютъ въ виду кого избрать въ качествѣ свѣдущихъ людей и просятъ судъ назначить экспертовъ по его усмотрѣнію, назначеніе имъ особаго срока на избраніе экспертовъ представлялось бы излишней и безполезной формальностью, могущей только напрасно замедлить самое производство изслѣдованія. Въ такомъ случаѣ судъ долженъ будетъ прямо въ первоначальномъ опредѣленіи своемъ о допущеніи экспертизы назначить свѣдущихъ людей отъ себя, упомянувъ, что дѣлаетъ это вслѣдствіе отреченія тяжущихся отъ права на избраніе экспертовъ; но понятно, что судъ въ правѣ будетъ поступить такимъ образомъ только въ томъ случаѣ, еслибы въ засѣданіи присутствовали всѣ тяжущіеся и всѣ единогласно заявили отреченіе, потому что при отсутствіи въ засѣданіи хотя бы одного изъ нихъ, или при незаявленіи отреченія хотя бы однимъ изъ тяжущихся, судъ, назначеніемъ экспертовъ отъ себя, нарушилъ бы права этихъ послѣднихъ. Мнѣ кажется, впрочемъ, что тяжущіеся даже и послѣ отреченія ихъ отъ права на избраніе экспертовъ по взаимному соглашенію и по вызовѣ судомъ къ производству изслѣдованія свѣдущихъ людей, назначенныхъ по его усмотрѣнію, не могутъ быть лишены права на представленіе къ производству изслѣдованія въ срокъ, судомъ назначенный, экспертовъ отъ себя, на основаніи соображеній, изложенныхъ мной при разсмотрѣніи перваго вопроса, которые, затѣмъ, и должны быть допущены къ производству экспертизы взамѣнъ экспертовъ, назначенныхъ отъ суда.

Не можетъ быть сомнѣнія въ томъ, что цѣль производства экспертизы, какъ доказательства, можетъ быть достигнута только въ тѣхъ случаяхъ, когда лица, избранныя для производства изслѣдованія, будутъ вполнѣ обладать необходимыми свѣдѣніями относительно предметовъ или вопросовъ, подлежащихъ изслѣдованію. Когда свѣдущіе люди избираются самими тяжущимися, то собственный ихъ интересъ побудитъ ихъ, конечно, избрать для производства изслѣдованія вполнѣ благонадежныхъ и свѣдущихъ людей и побудитъ ихъ, прежде избранія, собрать, всѣми зависящими отъ нихъ средствами, необходимыя свѣдѣнія о познаніяхъ избираемыхъ. Но какія, спрашивается, средства для собиранія подобныхъ свѣдѣній имѣетъ въ своемъ распоряженіи судъ для избранія свѣдущихъ людей по своему усмотрѣнію? Въ уставѣ по этому предмету не содержится никакихъ указаній, не издается также у насъ, насколько мнѣ извѣстно, и никакихъ оффиціальныхъ списковъ, изъ которыхъ судъ могъ бы почерпать свѣдѣнія о лицахъ, могущихъ быть избранными въ качествѣ экспертовъ по той или другой отрасли знанія. На практикѣ, сколько мнѣ извѣстно, судъ, при избраніи экспертовъ, руководствуется обыкновенно частными и личными свѣдѣніями самихъ судей о лицахъ, находящихся въ томъ городѣ, гдѣ находится судъ, и извѣстныхъ, по ихъ занятіямъ, за людей, могущихъ обладать спеціальными свѣдѣніями по тому или другому предмету и, потому, могущихъ быть назначенными въ качествѣ экспертовъ; но мнѣ кажется, что судъ, помимо этого пути, въ случаѣ затрудненія, въ правѣ ex officio собирать необходимыя свѣдѣнія о лицахъ, могущихъ быть избранными въ качествѣ свѣдущихъ людей и входить по этому предмету въ переписку съ тѣми учрежденіями правительственными

и частными, которыя могутъ сообщить ему эти свѣдѣнія. Такъ, напр., судъ, какъ мнѣ кажется, въ правѣ требовать эти свѣдѣнія отъ городскихъ управъ, которымъ должны быть извѣстны лица, занимающіяся въ городѣ тѣми или другими ремеслами, или отъ частныхъ банковъ, которымъ могутъ быть извѣстны лица, имѣющія свѣдѣнія, напр., по бухгалтеріи и проч. По объясненію сената, судъ можетъ имѣть право также избирать экспертовъ и изъ тѣхъ лицъ, на которыхъ бы указывали стороны, но относительно окончательнаго избранія которыхъ онѣ не пришли бы ко взаимному соглашенію (рѣш. 1879 года, № 4).

Правило 519 ст., какъ maximum числа экспертовъ, при посредствѣ которыхъ должно быть производимо изслѣдованіе, опредѣляетъ въ видѣ правила общаго, что свѣдущіе люди должны быть назначаемы въ числѣ трехъ. Не можетъ быть сомнѣнія, что это число экспертовъ должно быть назначаемо, какъ въ томъ случаѣ, когда свѣдущіе люди избираются по взаимному согласію тяжущихся, такъ и въ томъ, когда они назначаются отъ суда. Изъ этого общаго правила о числѣ экспертовъ правило приведенной статьи указываетъ и два случая исключенія, когда дозволяется производить изслѣдованіе при посредствѣ только одного лица. Во-первыхъ, по взаимному согласію тяжущихся правило этой статьи всегда и во всякаго рода дѣлахъ дозволяетъ ограничиваться приглашеніемъ одного эксперта для производства изслѣдованія, и мнѣ кажется, что исключеніе это можетъ имѣть примѣненіе даже и въ тѣхъ случаяхъ, когда бы эксперты были назначены по усмотрѣнію суда, если только тяжущіеся положительно выразили ихъ желаніе и согласіе на производство изслѣдованія при посредствѣ одного лица. Во-вторыхъ, правило 519 ст. предоставляетъ, кажется, самому суду по его усмотрѣнію, и безъ согласія тяжущихся, назначать одно лицо для производства экспертизы по причинѣ малоцѣнности иска, по которому необходимо изслѣдованіе черезъ свѣдущихъ людей. Въ силу этого исключенія судъ въ правѣ ограничить число свѣдущихъ людей однимъ, кажется, даже и въ тѣхъ случаяхъ, когда бы на избраніе экспертовъ послѣдовало согласіе тяжущихся и они домогались назначенія трехъ экспертовъ, именно въ виду уменьшенія издержекъ производства экспертизы, по причинѣ малоцѣнности иска. Правило 519 ст. не опредѣляетъ maximum цѣны иска, выше которой искъ не долженъ считаться малоцѣннымъ, и не ставитъ въ этомъ отношеніи никакихъ болѣе опредѣленныхъ границъ усмотрѣнію суда въ назначеніи числа экспертовъ, вслѣдствіе чего, необходимо признать, что уставъ, давая такой просторъ усмотрѣнію суда въ отношеніи опредѣленія случаевъ, когда возможно ограничиться приглашеніемъ для производства изслѣдованія одного эксперта, полагается вполнѣ на благоразуміе суда, назначающаго производство, который, безъ сомнѣнія, при опредѣленіи числа экспертовъ всегда приметъ во вниманіе и сообразитъ, во-первыхъ, возможно ли по свойству предметовъ, подлежащихъ изслѣдованію, положиться на изслѣдованіе одного лица, и, во-вторыхъ, не обременительны ли будутъ по цѣнѣ иска издержки, необходимыя на вознагражденіе большаго числа экспертовъ. Имѣя въ виду эти два обстоятельства, т.-е. цѣну иска и большую или меньшую трудность и сложность экспертизы, судъ въ правѣ, на основаніи правила 519 ст., и въ искахъ малоцѣнныхъ назначать, вмѣсто одного, трехъ экспертовъ, потому что и въ этихъ случаяхъ правило статьи не вмѣняетъ суду въ непремѣнную обязанность ограничиваться назначеніемъ одного эксперта, а говоритъ только: „можетъ быть назначено“, а съ другой стороны и въ искахъ, имѣющихъ порядочную цѣнность, при несложности экспертизы, назначать одного эксперта. Воспользоваться правомъ назначенія одного эксперта судъ можетъ, конечно, и въ тѣхъ случаяхъ, когда искъ предъявляется безъ опредѣленія цѣны, потому что и такого рода иски весьма часто имѣютъ очень незначительную цѣнность; напр., когда предъявляется

искъ о возстановленіи границъ владѣнія, причемъ измѣненіемъ границъ владѣніе бываетъ нарушено нерѣдко весьма незначительнымъ количествомъ земли, и тому подобное.

Перехожу къ комментированію слѣдующихъ статей, заключающихъ въ себѣ правила объ обязанности явки лицъ, избранныхъ въ качествѣ свѣдущихъ людей, и правила, указывающія гарантіи явки ихъ.

Ст. 520. Только тѣ лица обязаны принять на себя изслѣдованіе, которыя по званію своему, ремеслу или занятію предполагаются имѣющими особыя свѣдѣнія. Они могутъ отказаться отъ сего по тѣмъ причинамъ, которыя освобождаютъ отъ обязанности быть свидѣтелемъ.

Ст. 527. Вмѣсто отказавшихся отъ изслѣдованія свѣдущихъ людей назначаются другіе общимъ порядкомъ.

Ст. 528. Свѣдущіе люди, принявшіе назначеніе, за неявку къ изслѣдованію безъ уважительныхъ оправданій, или за непредставленіе заключенія въ назначенный срокъ, подвергаются взысканію отъ пятидесяти копѣекъ до двадцати-пяти рублей, и вмѣсто нихъ назначаются другіе, если есть къ тому возможность.

Примѣчаніе. Взысканія, опредѣляемыя на основаніи сей (528) статьи, обращаются въ капиталъ на устройство общихъ мѣстъ заключенія.

Комментируя правила устава о показаніяхъ свидѣтелей, мы видѣли, что обязанность явки въ судъ въ качествѣ свидѣтеля составляетъ общегражданскую обязанность всѣхъ и каждаго, и, притомъ, обязанность, лежащую безразлично, какъ на русскихъ подданныхъ, такъ и на иностранцахъ; напротивъ, обязанность явки къ производству изслѣдованія въ качествѣ свѣдущихъ лицъ правило 520 ст. возлагаетъ только на тѣхъ, „которыя по званію своему, ремеслу или занятію предполагаются имѣющими особыя свѣдѣнія“, разумѣется относительно тѣхъ предметовъ или вопросовъ, которые подлежатъ изслѣдованію въ данномъ дѣлѣ. Такое ограниченіе обязанности явки въ качествѣ экспертовъ сравнительно съ свидѣтельской обязанностью понятно само собой и вытекаетъ изъ самой сущности экспертизы, какъ доказательства, которая только и мыслима при томъ условіи, чтобы изслѣдованіе было производимо каждый разъ людьми, имѣющими особыя спеціальныя свѣдѣнія относительно предметовъ, подлежащихъ изслѣдованію. Но, далѣе, въ силу того обстоятельства, что правило разбираемой статьи также точно, какъ и правила, относящіяся до опредѣленія свидѣтельской обязанности, не дѣлаетъ никакого различія по отношенію этой обязанности между русскими подданными и иностранцами, необходимо признать, что свѣдущіе люди и изъ этихъ послѣднихъ не только могутъ быть вызываемы въ качествѣ экспертовъ, но что и отказываться отъ принятія на себя этой обязанности они не въ правѣ. Если, такимъ образомъ, являться въ качествѣ экспертовъ обязаны только лица, дѣйствительно имѣющія необходимыя спеціальныя свѣдѣнія относительно предметовъ, подлежащихъ изслѣдованію или, какъ сказано въ правилѣ разбираемой статьи, „только тѣ лица обязаны принять на себя изслѣдованіе, которыя по своему званію, ремеслу или занятію предполагаются имѣющими особыя свѣдѣнія“, то понятно, что при толкованіи этого правила по аргументу a contrario мы непремѣнно должны придти къ тому заключенію, что лица, избранныя въ качествѣ свѣдущихъ людей, безразлично — избраны ли они самими тяжущимися, или судомъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда они не имѣютъ спеціальныхъ свѣдѣній относительно предметовъ или вопросовъ, подлежащихъ изслѣдованію, въ правѣ не принимать на себя производство экспертизы, или все равно въ правѣ, на этомъ основаніи, отказываться отъ обязанности являться въ судъ въ качествѣ свѣдущихъ людей. Имѣя въ виду необходимость для производства изслѣдованія особыхъ спеціальныхъ свѣдѣній, Побѣдоносцевъ (Судеб. руков., тезисъ 939) и Гольмстенъ (Учебн. гражд. суд., стр. 181) также признаютъ за лицами, вызываемыми въ каче-

ствѣ экспертовъ, право отказываться отъ принятія этой обязанности въ тѣхъ случаяхъ, когда они въ дѣйствительности не обладаютъ необходимыми свѣдѣніями, которыя за ними тяжущимися или судомъ, по ихъ званію, занятію или ремеслу, предполагались. На этомъ основаніи тѣмъ болѣе, конечно, въ правѣ отказываться отъ обязанности явки въ качествѣ экспертовъ тѣ лица, которыя вовсе не обладаютъ необходимыми спеціальными свѣдѣніями и были указаны сторонами или назначены судомъ, напр., по ошибкѣ, а не на самомъ дѣлѣ не занимаются тѣмъ ремесломъ, свѣдѣнія по которому необходимы въ данномъ случаѣ.

Кромѣ того, правило разбираемой статьи предоставляетъ лицамъ, избраннымъ въ качествѣ свѣдущихъ людей, отказываться отъ производства изслѣдованія по тѣмъ причинамъ, которыя освобождаютъ отъ обязанности быть свидѣтелемъ. Причины эти, какъ это мы видѣли въ своемъ мѣстѣ, указаны въ 370 ст., на основаніи которой необходимо, слѣдовательно, признать, что свѣдущіе люди также точно, какъ и свидѣтели, въ правѣ отказываться отъ производства изслѣдованія только по двумъ причинамъ: а) вслѣдствіе близкаго родства ихъ съ тяжущимися въ степеняхъ, въ 370 ст. указанныхъ, и б) когда они имѣютъ выгоду отъ рѣшенія дѣла въ пользу той или другой стороны. Правило 370 ст. мной было разсмотрѣно подробно, вслѣдствіе чего, останавливаться здѣсь долѣе на разъясненіи причинъ отказа, въ ней указанныхъ, будетъ излишне, а, затѣмъ, я считаю необходимымъ сдѣлать здѣсь еще одно замѣчаніе, собственно по поводу обязанности явки свѣдущихъ людей въ судъ для дачи заключенія, но не права ихъ отказываться отъ производства изслѣдованія. Необходимость этого замѣчанія вызывается совершеннымъ отсутствіемъ въ уставѣ какихъ-либо опредѣленій по этому предмету; между тѣмъ, какъ по отношенію обязанности явки въ судъ свидѣтелей мы имѣемъ прямое опредѣленіе въ 382 ст., въ силу которой свидѣтели освобождаются отъ обязанности явки по причинѣ дальности разстоянія мѣстожительства ихъ отъ того города, гдѣ находится судъ. Въ правѣ ли свѣдущіе люди также пользоваться этой льготой, или же они обязаны являться въ судъ несмотря ни на какое разстояніе мѣстожительства ихъ отъ того города, гдѣ находится судъ? Я полагаю, что вопросъ этотъ утвердительно въ послѣднемъ смыслѣ никоимъ образомъ разрѣшенъ быть не можетъ, на томъ основаніи, что невозможно, какъ мнѣ кажется, предположить, чтобы законъ имѣлъ въ виду обязанность явки экспертовъ въ судъ сдѣлать столь обременительной, и затѣмъ, если и не признавать также за экспертами права отказываться отъ явки въ судъ по причинѣ, въ 382 ст. указанной, по неимѣнію въ виду аналогическаго постановленія по отношенію обязанности явки экспертовъ, въ силу котораго они въ правѣ были бы пользоваться льготой, предоставленной свидѣтелямъ, то, тѣмъ не менѣе, нельзя, на этомъ основаніи, предполагать, чтобы свѣдущіе люди обязаны были являться въ судъ несмотря ни на какое разстояніе ихъ мѣстожительства. Какое-либо ограниченіе въ этомъ отношеніи должно быть сдѣлано, и мнѣ кажется, что справедливѣе всего въ настоящемъ случаѣ будетъ руководствоваться правиломъ 642 ст. уст. угол. суд., которое освобождаетъ даже свидѣтелей отъ обязанности явки въ судъ, если они имѣютъ жительство въ другомъ судебномъ округѣ и признать, что если и эксперты имѣютъ жительство въ другомъ судебномъ округѣ, то и они въ правѣ отказываться отъ явки въ судъ для производства изслѣдованія и дачи заключенія; освобождать же ихъ отъ обязанности явки по тѣмъ же основаніямъ, какъ и свидѣтелей, мнѣ кажется невозможнымъ и въ видахъ практическихъ удобствъ, или, лучше сказать, во избѣжаніе практическихъ затрудненій въ пріисканіи экспертовъ во многихъ случаяхъ и въ особенности въ случаяхъ необходимости производства изслѣдованія на мѣстѣ внѣ того города, гдѣ находится судъ, потому что въ этихъ случаяхъ нерѣдко невоз-

можно отыскать благонадежныхъ и знающихъ экспертовъ на мѣстѣ производства и на разстояніи двадцати пяти верстъ кругомъ, а возможно только имѣть ихъ именно изъ того города, гдѣ находится судъ.

Отказъ лицъ, вызываемыхъ въ качествѣ свѣдущихъ людей, отъ обязанности принять на себя изслѣдованіе, или отказъ отъ явки въ судъ къ производству экспертизы, также точно, какъ и отказъ свидѣтелей отъ свидѣтельской обязанности или отъ явки въ судъ для дачи показанія и по тѣмъ же основаніямъ, никогда не можетъ быть предполагаемъ, а долженъ быть заявленъ ими положительно посредствомъ подачи въ судъ заявленія объ отказѣ, съ изложеніемъ причинъ отказа, вслѣдствіе чего, необходимо признать, что судъ, до полученія отъ нихъ заявленія объ отказѣ, не въ правѣ, единственно вслѣдствіе неявки ихъ въ судъ къ производству изслѣдованія, признать ихъ отказавшимися отъ принятія возложенной на нихъ опредѣленіемъ суда обязанности и не въ правѣ приступить къ распоряженіямъ, въ 527 ст. указаннымъ, а, напротивъ, долженъ признать неявку ихъ незаконной и, на этомъ основаніи, подвергнуть ихъ послѣдствіямъ неявки, въ 528 ст. указаннымъ, сдѣлавши вмѣстѣ и другія соотвѣтствующія распоряженія, также въ этой статьѣ указанныя. Слѣдовательно лица, вызываемыя въ качествѣ экспертовъ и имѣющія право, по основаніямъ, въ законѣ указаннымъ, отказаться отъ возложенной на нихъ обязанности, должны, во избѣжаніе послѣдствій неявки, подать въ судъ до срока, назначеннаго имъ для явки къ производству изслѣдованія, заявленіе, съ указаніемъ въ немъ причинъ отказа, которое и должно быть, затѣмъ, разсмотрѣно судомъ въ публичномъ засѣданіи. Хотя въ 527 ст., указывающей тѣ мѣры, которыя обязанъ принять судъ вслѣдствіе отказа свѣдущихъ людей отъ разъ возложенной на нихъ обязанности, и ничего не говорится о правѣ суда признавать отказъ незаслуживающимъ уваженія, а сказано только: „вмѣсто отказавшихся отъ изслѣдованія свѣдущихъ людей назначаются другіе общимъ порядкомъ“, и не прибавлено: отказавшихся по законнымъ основаніямъ, но, несмотря на это, не можетъ быть, кажется, сомнѣнія въ томъ, что свѣдущіе люди въ правѣ отказываться отъ производства изслѣдованія только по причинамъ, именно въ законѣ указаннымъ, потому что въ противномъ случаѣ и самыя постановленія закона, въ которыхъ указываются основанія отказа, не имѣли бы никакого смысла и значенія; а если такъ, то необходимо, далѣе, признать, что судъ въ правѣ, коль скоро усмотритъ, что отказъ заявленъ безъ указанія основаній отказа, опредѣленныхъ закономъ, оставить и самое заявленіе безъ послѣдствій и признать неявку незаконной. Не можетъ быть также сомнѣнія и въ томъ, что основанія отказа, приводимыя кѣмъ-либо изъ назначенныхъ для производства изслѣдованія свѣдущихъ людей, должны быть подкрѣплены надлежащими доказательствами, для того, чтобы самый отказъ былъ признанъ заслуживающимъ уваженія, хотя, мнѣ кажется, суду ex officio, безъ возраженія сторонъ о недоказанности выставляемыхъ причинъ отказа, и нѣтъ дѣла возбуждать объ этомъ вопросъ и требовать ex officio отъ свѣдущихъ людей представленія необходимыхъ доказательствъ.

Самый вызовъ свѣдущихъ людей въ судъ долженъ быть производимъ въ томъ же порядкѣ, какъ и вызовъ свидѣтелей, т.-е. посредствомъ посылки имъ повѣстокъ, въ случаѣ если сами стороны не обяжутся доставить ихъ въ судъ. Въ случаѣ же неявки свѣдущихъ людей къ производству изслѣдованія, если ими прислано заявленіе объ отказѣ и если, затѣмъ, заявленіе это было судомъ признано заслуживающимъ уваженія, судъ, на основаніи правила 527 ст., обязанъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, постановить опредѣленіе о назначеніи другихъ свѣдущихъ людей, вмѣсто отказавшихся. Само собой разумѣется, что судъ обязанъ будетъ въ этомъ же самомъ опредѣленіи, вслѣдствіе отказа нѣкоторыхъ изъ экспертовъ отъ явки, назначить и новый срокъ

для производства изслѣдованія, если только къ сроку прежде назначенному невозможно будетъ успѣть сдѣлать вызовъ вновь назначеннымъ свѣдущимъ людямъ, потому что изслѣдованіе должно быть всегда производимо совокупно и одновременно всѣми назначенными экспертами, а не каждымъ порознь. Другіе свѣдущіе люди, вмѣсто отказавшихся, назначаются, какъ сказано въ правилѣ разбираемой статьи: „общимъ порядкомъ“, каковое выраженіе слѣдуетъ понимать въ томъ смыслѣ, что другіе эксперты должны быть избираемы или самими тяжущимися, или по усмотрѣнію суда, смотря по тому, въ какомъ порядкѣ они были назначены первоначально, хотя мнѣ кажется, что при новомъ назначеніи, смотря по тому, назначаются ли вновь всѣ свѣдущіе люди или нѣкоторые изъ нихъ, можетъ быть допущенъ и переходъ отъ одного порядка назначенія къ другому. Такъ, напр., если первоначально свѣдущіе люди были избраны сторонами и если, затѣмъ, вслѣдствіе отказа ихъ весь составъ экспертовъ замѣняется другимъ, они, вслѣдствіе нежеланія тяжущихся приступить къ избранію новаго состава по взаимному согласію, могутъ быть назначены отъ суда и наоборотъ; но если отъ явки къ производству изслѣдованія отказываются только нѣкоторые изъ свѣдущихъ людей, то взамѣнъ ихъ другіе, какъ мнѣ кажется, должны быть назначаемы непремѣнно въ томъ же порядкѣ, какъ и назначенные первоначально, потому что о возможности назначенія экспертовъ частью отъ суда, а частью по соглашенію сторонъ, уставъ ничего не говоритъ и, повидимому, такого смѣшенія въ избраніи экспертовъ не допускаетъ.

Во-вторыхъ, въ случаѣ неявки свѣдущихъ людей для производства изслѣдованія и незаявленія ими, вмѣстѣ съ тѣмъ, отказа отъ принятія возложенной на нихъ обязанности, а также въ случаѣ признанія судомъ отказа незаслуживающимъ уваженія, должны наступить послѣдствія, въ 528 ст. указанныя. Я полагаю, что во всѣхъ этихъ случаяхъ, на основаніи выраженія этой статьи: „свѣдущіе люди, принявшіе назначеніе, за неявку къ изслѣдованію безъ уважительныхъ оправданій“ и проч., „подвергаются взысканію отъ пятидесяти копѣекъ до двадцати пяти рублей“, должны имѣть мѣсто сейчасъ указанныя послѣдствія, на томъ основаніи, что незаявленіе свѣдущими людьми отказа должно считаться за принятіе ими назначенія, а оставленіе отказа безъ послѣдствій, какъ заявленнаго безъ законныхъ основаній, должно быть приравнено къ неявкѣ безъ представленія уважительныхъ оправданій. Кромѣ того, правило 528 ст. подвергаетъ свѣдущихъ людей указанному въ немъ взысканію не только за неявку безъ уважительныхъ причинъ, но и за непредставленіе ими заключенія въ назначенный судомъ срокъ, когда, слѣдовательно, они явились въ судъ по вызову. Мнѣ кажется, впрочемъ, что опредѣленному въ этой статьѣ взысканію свѣдущіе люди могутъ быть подвергнуты только въ томъ случаѣ, когда они хотя и явились въ судъ, но вовсе не приступили къ изслѣдованію, но не въ тѣхъ случаяхъ, когда бы они приступили къ изслѣдованію, но не могли окончить его въ срокъ, назначенный судомъ, вслѣдствіе, напр., сложности экспертизы и невозможности окончить его по краткости времени. Очевидно, что въ такомъ случаѣ было бы въ высшей степени несправедливо подвергать ихъ какому-либо взысканію, скорѣе всего, напротивъ, имъ должна быть дана судомъ соразмѣрная отсрочка для окончанія производства. Правило разбираемой статьи, налагая извѣстныя взысканія за неисполненіе свѣдущими людьми возложенной на нихъ закономъ обязанности по предмету дачи заключеній въ разъясненіе спорныхъ фактовъ и вопросовъ безъ законныхъ къ тому основаній, и за неявку для производства изслѣдованія безъ уважительныхъ оправданій, устанавливаетъ тѣмъ самымъ извѣстныя гарантіи выполненія свѣдущими людьми обязанности ихъ помогать суду ихъ спеціальными свѣдѣніями въ разъясненіе тѣхъ фактовъ, по которымъ требуется ихъ заклю-

ченіе. Если таково значеніе правила этой статьи, то, мнѣ кажется, нѣтъ основанія не распространить устанавливаемую имъ гарантію еще на одинъ случай, прямо въ ней не предусмотрѣнный, и признать, что указанному въ ней взысканію эксперты должны быть подвергаемы также и за неявку ихъ по вызову суда для дополнительныхъ словесныхъ объясненій въ случаяхъ, означенныхъ въ 526 ст., когда по неясности заключенія судъ признаетъ необходимымъ отобрать отъ экспертовъ, въ разъясненіе этого заключенія, словесныя объясненія въ засѣданіи суда, потому что дѣйствіе это, въ видахъ раскрытія истины и успѣшности экспертизы, представляется дѣйствіемъ почти столь же необходимымъ, какъ самое производство изслѣдованія.

Кромѣ того, правило 528 ст., устанавливая извѣстныя взысканія, которымъ подвергаются эксперты въ перечисленныхъ выше случаяхъ, указываетъ и путь къ выходу изъ того затрудненія, въ отношеніи пользованія этимъ способомъ доказательства, которое возникаетъ само собой, вслѣдствіе невозможности получить заключеніе отъ разъ назначенныхъ свѣдущихъ людей, и постановляетъ: „вмѣсто ихъ (т.-е. неявившихся по вызову экспертовъ) назначаются другіе, если есть къ тому возможность“. На основаніи этого правила, путь къ устраненію указаннаго затрудненія заключается, слѣдовательно, въ томъ, что вмѣсто неявившихся свѣдущихъ людей прямо назначаются другіе, но не всегда, а „если“, какъ сказано въ статьѣ, „есть къ тому возможность“. Слова эти слѣдуетъ, кажется, понимать въ томъ смыслѣ, что другіе свѣдущіе люди должны быть назначаемы въ тѣхъ случаяхъ, когда въ данной мѣстности возможно ихъ отыскать, т.-е. когда на другихъ свѣдущихъ людей могутъ указать или сами стороны, или судъ имѣетъ ихъ въ виду. Но какъ долженъ поступить судъ, чтобы выйти изъ указаннаго затрудненія въ томъ случаѣ, когда назначеніе другихъ свѣдущихъ людей представляется невозможнымъ? Правило разбираемой статьи не даетъ никакого отвѣта на этотъ вопросъ, но мнѣ кажется, что судъ не допуститъ никакой неправильности, если, примѣняясь къ правиламъ устава о вызовѣ свидѣтелей, по просьбѣ сторонъ или по своему усмотрѣнію, вновь вызоветъ для производства изслѣдованія первоначально назначенныхъ экспертовъ. Въ случаѣ же вторичной неявки свѣдущихъ людей и при невозможности назначить другихъ, суду, для выхода изъ этого затрудненія, остается только одно—предоставить въ извѣстный срокъ самимъ тяжущимся избрать новыхъ экспертовъ по ихъ соглашенію, съ объявленіемъ имъ, что судъ не имѣетъ возможности назначить экспертовъ отъ себя. Хотя въ текстѣ 528 ст. и сказано, что вмѣсто неявившихся свѣдущихъ людей назначаются другіе, но выраженіе это никакъ не должно быть понимаемо буквально и не должно быть толкуемо въ томъ смыслѣ, что другіе свѣдущіе люди должны быть назначаемы непремѣнно отъ суда; напротивъ, мнѣ кажется, скорѣе слѣдуетъ признать, что другіе свѣдущіе люди должны быть избираемы въ томъ же порядкѣ, какъ и первые, т.-е. по соглашенію сторонъ, или по усмотрѣнію суда. Другіе свѣдущіе люди, въ силу правила этой статьи, назначаются или избираются только вмѣсто неявившихся; явившіеся же должны быть, конечно, вызваны вторично и присоединены, затѣмъ, ко вновь назначеннымъ для совмѣстнаго производства изслѣдованія во вновь назначенный судомъ срокъ. Неполнымъ правило разбираемой статьи оказывается также и во многихъ другихъ отношеніяхъ; такъ, въ немъ говорится только о наложеніи на свѣдущихъ людей взысканій за неявку въ судъ для производства изслѣдованія безъ уважительныхъ оправданій, или за недачу въ срокъ заключенія, но ничего не говорится ни о причинахъ, могущихъ служить оправданіемъ неявки, ни о порядкѣ наложенія на нихъ взысканій, ни о порядкѣ объявленія имъ опредѣленія суда о наложенномъ взысканіи, ни о порядкѣ и срокахъ обжалованія этихъ опредѣленій и представленія оправданій неявки и проч., между

тѣмъ, какъ всѣ эти дѣйствія должны совершаться непремѣнно по извѣстнымъ правиламъ, такъ какъ нельзя предположить, чтобы законъ, неуказаніемъ въ этомъ отношеніи точныхъ, руководящихъ правилъ, имѣлъ въ виду какъ бы предоставить всецѣло произволу и усмотрѣнію суда, налагающаго взысканіе. Мнѣ кажется, напротивъ, что судъ при совершеніи перечисленныхъ дѣйствій долженъ руководствоваться, по неимѣнію въ виду, въ отношеніи порядка совершенія ихъ, спеціальныхъ правилъ въ отдѣленіи устава о заключеніи свѣдущихъ людей, по аналогіи, правилами устава, опредѣляющими всѣ указанные моменты производства по отношенію порядка наложенія взысканій за неявку въ судъ на свидѣтелей, на томъ, во-первыхъ, основаніи, что другихъ болѣе подходящихъ правилъ, которыя могли бы служить руководствомъ въ настоящемъ случаѣ, въ уставѣ отыскать нельзя, а, во-вторыхъ, еще болѣе на томъ основаніи, что всѣ процессуальныя дѣйствія, какъ въ томъ, такъ и другомъ случаѣ, должны быть вполнѣ тождественны, вслѣдствіе однородности явленій, вызывающихъ эти дѣйствія.

Слѣдующія статьи, къ разсмотрѣнію которыхъ я перехожу, заключаютъ въ себѣ правила объ отводахъ свѣдущихъ людей.

Ст. 521. Отводы свѣдущихъ людей, избранныхъ по взаимному согласію тяжущихся, не допускаются.

Ст. 522. Отводы свѣдущихъ людей, назначаемыхъ не по общему согласію тяжущихся, могутъ быть предъявляемы только въ теченіе трехъ дней со времени объявленія тяжущимся распоряженія суда о назначеніи свѣдущихъ людей, развѣ бы причина отвода возникла или обнаружилась впослѣдствіи. Въ такомъ случаѣ отводы должны быть предъявлены до начала изслѣдованія.

Ст. 523. Свѣдущіе люди отводятся по тѣмъ же причинамъ, какъ и свидѣтели.

Обращаясь къ комментированію правилъ устава объ отводахъ свѣдущихъ людей, я не могу, прежде всего, не обратить вниманіе на безусловное воспрещеніе, выраженное въ правилѣ 521 ст., воспрещеніе, лишающее тяжущихся права отводить свѣдущихъ людей, избранныхъ по ихъ взаимному согласію. Хотя мотивъ такого воспрещенія понятенъ, потому что и въ самомъ дѣлѣ не представляется никакого основанія давать тяжущимся право предъявлять отводы противъ такихъ лицъ, избранныхъ въ качествѣ свѣдущихъ людей, которые избраны по ихъ же собственному усмотрѣнію, но, тѣмъ не менѣе, въ дѣйствительности могутъ встрѣтиться и такіе случаи, когда безусловное лишеніе ихъ права отвода экспертовъ, хотя и ими самими избранныхъ, можетъ оказаться несправедливымъ. Такъ, могутъ встрѣтиться случаи, когда одна изъ причинъ, могущихъ служить основаніемъ къ предъявленію отвода, въ силу правила 523 ст., возникнетъ послѣ, по избраніи тяжущимися экспертовъ, когда, напр., одинъ изъ избранныхъ ими экспертовъ, черезъ вступленіе въ бракъ, станетъ въ такія родственныя отношенія къ одному изъ тяжущихся, которыя по закону служатъ достаточнымъ основаніемъ къ предъявленію отвода; понятно, что въ такомъ случаѣ, по отношенію интересовъ противной стороны, положеніе значительно измѣняется: для нея перестаютъ существовать тѣ гарантіи безпристрастія, относительно заключенія эксперта, которыя она имѣла въ виду до избранія свѣдущихъ людей. Справедливо ли при такихъ обстоятельствахъ лишать тяжущихся права на предъявленіе отводовъ единственно на томъ основаніи, что эксперты были избраны по ихъ взаимному согласію и лишать ихъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, тѣхъ гарантій безпристрастія, которыя заключаются въ отводахъ? Мнѣ кажется, что, несмотря на воспрещеніе, выраженное въ правилѣ 521 ст., во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда причины, могущія служить основаніемъ къ предъявленію отвода, возникаютъ по избраніи тяжущимися экспертовъ, имъ должно быть предоставлено право отвода, во-первыхъ, потому, что предоставленія имъ этого

права требуетъ справедливость, а, во-вторыхъ, еще болѣе потому, что вышеуказанный мотивъ воспрещенія въ подобныхъ случаяхъ не существуетъ, такъ какъ согласіе на избраніе эксперта было выражено тяжущимися при другихъ обстоятельствахъ, вслѣдствіе чего, съ полной вѣроятностью возможно предположить, что согласія со стороны тяжущихся на избраніе эксперта при существованіи обстоятельствъ, впослѣдствіи наступившихъ, и не послѣдовало бы вовсе. Если такъ, то скорѣе всего слѣдуетъ признать, что воспрещеніе, выраженное въ правилѣ 521 ст., къ приведенному случаю не должно имѣть никакого отношенія, а во избѣжаніе всякаго недоумѣнія скорѣе, какъ мнѣ кажется, слѣдуетъ предположить, что случаи, подобные вышеприведенному, нашимъ уставомъ вовсе не предусмотрѣны, каковое обстоятельство никакъ, конечно, не должно вести къ лишенію тяжущихся права на предъявленіе отводовъ, которымъ они въ правѣ пользоваться по общему правилу. Французскій code de procédure содержитъ въ отношеніи занимающаго насъ вопроса болѣе полное опредѣленіе и прямо дозволяетъ предъявлять отводы даже противъ экспертовъ, избранныхъ самими тяжущимися, если только причина отвода возникла послѣ, по избраніи экспертовъ (art. 308). Если принять во вниманіе, что какъ поводы къ отводамъ, такъ и порядокъ назначенія экспертовъ, какъ по нашему, такъ и по французскому уставу одинаковы, то нѣтъ, мнѣ кажется, основанія и у насъ лишать тяжущихся права отводить экспертовъ, хотя бы и ими самими избранныхъ при вышеуказанныхъ обстоятельствахъ. Кольме-д'Ажъ, которымъ разработана глава объ экспертизѣ въ изданныхъ имъ лекціяхъ Боатара, идетъ, впрочемъ, далѣе и полагаетъ возможнымъ предоставить тяжущимся право отводить избранныхъ ими экспертовъ даже и въ тѣхъ случаяхъ, когда причина отвода существовала прежде избранія, если только эта причина не могла быть извѣстна тяжущимся (Leçons de proc. civ., изд. 11, т. I, стр. 488). Предоставить тяжущимся право отводить экспертовъ въ этихъ послѣднихъ случаяхъ у насъ врядъ ли представляется возможнымъ въ виду правила разбираемой статьи, да и на самомъ дѣлѣ предоставленіе имъ такого права было бы излишнимъ снисхожденіемъ. Законъ, давая тяжущимся право избирать экспертовъ по ихъ усмотрѣнію, имѣлъ, конечно, въ виду, что они сами при избраніи свѣдущихъ людей будутъ и должны дѣйствовать настолько осмотрительно, что постараются заранѣе узнать, нѣтъ ли какихъ-либо причинъ, могущихъ возбудить опасеніе за безпристрастіе избираемыхъ экспертовъ.

Напротивъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда экспертиза имѣетъ быть произведена черезъ свѣдущихъ людей, избранныхъ не по общему согласію тяжущихся, а назначенныхъ отъ суда, правило 522 ст. предоставляетъ тяжущимся безусловно право отводить назначенныхъ судомъ экспертовъ. Предоставляя тяжущимся право отвода экспертовъ, 522 ст. опредѣляетъ, далѣе, время предъявленія отводовъ, и въ этомъ отношеніи различаетъ собственно два случая: а) когда причина отвода существовала и была, притомъ, извѣстна тяжущемуся, предъявляющему отводъ, прежде, т.-е. до объявленія ему о назначеніи экспертовъ, и б) когда, наоборотъ, или причина отвода возникла впослѣдствіи, или же хотя причина и существовала, но обнаружилась впослѣдствіи, т.-е. когда тяжущемуся, предъявляющему отводъ, существовавшая причина отвода не могла быть или не была извѣстна до объявленія ему опредѣленія суда о назначеніи экспертовъ. Сообразно этимъ двумъ случаямъ правило разбираемой статьи опредѣляетъ различно и время предъявленія отводовъ. Такъ, въ первомъ случаѣ оно дозволяетъ предъявлять отводъ только въ теченіе трехъ дней со времени объявленія тяжущимся распоряженія суда о назначеніи свѣдущихъ людей; во второмъ же случаѣ дозволяетъ предъявлять отводы и по истеченіи трехъ дней, но никакъ не позже дня начала изслѣдованія, т.-е. того дня, когда назначенные судомъ эксперты дѣйствительно приступятъ къ производству изслѣдованія, хотя бы этотъ день и не

совпадалъ съ днемъ, въ который эксперты, согласно указанному въ первоначальномъ опредѣленіи суда о допущеніи экспертизы сроку, обязаны были явиться для начала производства изслѣдованія.

Указаніе правила разбираемой статьи въ отношеніи времени предъявленія отводовъ въ первомъ случаѣ требуетъ нѣсколько болѣе точнаго опредѣленія. Неяснымъ въ этомъ отношеніи представляется, главнымъ образомъ, выраженіе статьи: „въ теченіе трехъ дней со времени объявленія тяжущимся распоряженія суда о назначеніи свѣдущихъ людей". Очевидно, что правильное исчисленіе трехдневнаго срока зависитъ здѣсь отъ того, какъ понимать требованіе статьи относительно объявленія тяжущимся распоряженія суда о назначеніи экспертовъ, т.-е. долженъ ли считаться трехдневный срокъ со дня провозглашенія въ засѣданіи суда резолюціи о назначеніи экспертовъ (подъ словомъ распоряженіе слѣдуетъ разумѣть, конечно, не что иное, какъ опредѣленіе или резолюцію суда о назначеніи свѣдущихъ людей), или же опредѣленіе суда о назначеніи экспертовъ, въ которомъ должны быть указаны и имена ихъ, должно быть особо объявлено или сообщено тяжущимся по ихъ мѣстопребыванію въ томъ городѣ, гдѣ находится судъ? Мнѣ кажется, что вопросъ этотъ долженъ быть разрѣшенъ въ послѣднемъ смыслѣ, хотя прямое указаніе къ такому разрѣшенію его въ правилѣ разбираемой статьи подыскать довольно трудно, такъ что и въ этомъ случаѣ, volens nolens, придется прибѣгнуть, для разъясненія, поставленнаго вопроса, къ сравнительному способу толкованія, съ помощью котораго, быть можетъ, представится возможность указать тѣ основанія по которымъ срокъ на предъявленіе отводовъ, въ занимающемъ насъ случаѣ, долженъ скорѣе считаться не со дня провозглашенія резолюціи о назначеніи экспертовъ въ засѣданіи суда, а со дня особаго сообщенія тяжущимся этого опредѣленія суда. Если сравнить аналогическое правилу разбираемой статьи постановленіе французскаго code de procédure civile, то нетрудно будетъ убѣдиться въ томъ, что правило разбираемой статьи, въ отношеніи занимающаго насъ вопроса, представляется почти буквальнымъ заимствованіемъ изъ постановленія 309 ст. французскаго устава, и вся разница между постановленіями нашего и французскаго устава заключается только въ томъ, что правило этого послѣдняго устава предписываетъ заявлять отводы въ теченіе трехъ дней со дня назначенія судомъ свѣдущихъ людей, между тѣмъ, какъ нашъ уставъ дозволяетъ предъявлять отводы со дня объявленія тяжущимся распоряженія суда о назначеніи экспертовъ. Комментируя правило 309 ст. французскаго устава, Кольме-д'Ажъ, вмѣстѣ съ большинствомъ французскихъ процессуалистовъ, утверждаетъ, что правило это слѣдуетъ понимать въ отношеніи исчисленія срока для предъявленія отводовъ такимъ образомъ, что срокъ долженъ считаться со дня провозглашенія судомъ опредѣленія о назначеніи экспертовъ въ засѣданіи суда, потому что назначеніе ихъ иначе не можетъ быть сдѣлано, какъ посредствомъ опредѣленія, которое и провозглашается въ засѣданіи. При редактированіи же правила 522 ст. нашего устава составители его, имѣя передъ собой, какъ образецъ, между прочимъ, и уставъ французскій и убѣждаясь, вѣроятно, въ томъ, что срокъ на предъявленіе отводовъ противъ свѣдущихъ людей, указанный въ этомъ послѣднемъ уставѣ, если только считать его со дня провозглашенія резолюціи о назначеніи экспертовъ въ засѣданіи суда, будетъ слишкомъ кратокъ и убѣждаясь, кромѣ того, вѣроятно, и мнѣніемъ большинства французскихъ процессуалистовъ, которые считаютъ дѣйствительно несправедливымъ установленіе такого краткаго срока, хотя и приняли за основаніе, при составленіи правила разбираемой статьи, постановленіе 309 ст. устава французскаго, но сдѣлали въ немъ довольно существенное измѣненіе въ томъ, что постановили считать срокъ на предъявленіе отводовъ не со дня назначенія судомъ экспертовъ, а со дня объявленія

тяжущимся опредѣленія суда о назначеніи свѣдущихъ людей, имѣя, конечно, въ виду такимъ измѣненіемъ продлить срокъ на предъявленіе отводовъ. На этомъ основаніи я и полагаю, что объявленіе, о которомъ говорится въ правилѣ разбираемой статьи, должно дѣлаться именно посредствомъ особаго извѣщенія тяжущимся, потому что, еслибы только принять взглядъ противоположный и признать, что подъ объявленіемъ слѣдуетъ разумѣть здѣсь обыкновенный порядокъ объявленія резолюціи о назначеніи экспертовъ въ засѣданіи суда, то вмѣстѣ съ тѣмъ пришлось бы признать, что слово „объявленіе“ включено въ текстъ статьи совершенно напрасно и что, не употребляя этого слова, достаточно было бы выразиться подобно тому, какъ выражается и уставъ французскій: „срокъ долженъ считаться со дня назначенія судомъ экспертовъ“. Изъ сказаннаго, такимъ образомъ, оказывается, что срокъ для предъявленія отводовъ противъ свѣдущихъ людей для каждаго изъ тяжущихся, согласно точному смыслу правила разбираемой статьи, долженъ считаться со дня полученія каждымъ изъ нихъ особаго извѣщенія отъ суда о назначеніи экспертовъ, хотя въ дѣйствительности могутъ встрѣчаться и такіе случаи, когда срокъ на предъявленіе отводовъ для всѣхъ или для нѣкоторыхъ изъ тяжущихся можетъ быть исчисляемъ и со дня провозглашенія опредѣленія въ засѣданіи суда о назначеніи экспертовъ; именно этотъ послѣдній моментъ для исчисленія срока долженъ быть принимаемъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ и по отношенію тѣхъ тяжущихся, которые находились на лицо въ томъ засѣданіи суда, въ которомъ было постановлено и объявлено опредѣленіе суда о назначеніи экспертовъ, потому что посылать въ этихъ случаяхъ тяжущимся, присутствовавшимъ въ засѣданіи, еще особое извѣщеніе о назначеніи экспертовъ, не представляется никакой необходимости, такъ какъ цѣль посылки извѣщенія въ томъ только и заключается, чтобы сдѣлать отсутствующимъ тяжущимся извѣстными имена назначенныхъ судомъ экспертовъ. Зато, тѣмъ болѣе, не можетъ не представляться необходимости въ посылкѣ особаго извѣщенія тяжущимся о назначеніи экспертовъ въ случаяхъ назначенія ихъ или по усмотрѣнію члена суда, назначеннаго для производства экспертизы, или по усмотрѣнію другого суда, уполномоченнаго на ея производство. Въ виду отсутствія указанія въ правилѣ 521 ст. на то, чтобы въ этихъ случаяхъ срокъ на предъявленіе отводовъ подлежалъ исчисленію съ наступленія какого-либо другого момента, необходимо, конечно, признать, что и въ этихъ случаяхъ срокъ на предъявленіе отводовъ противъ экспертовъ также долженъ быть исчисляемъ съ момента объявленія тяжущимся опредѣленія или члена суда, или другого суда о назначеніи экспертовъ. Затѣмъ, относительно опредѣленія времени предъявленія отводовъ еще въ тѣхъ случаяхъ, когда бы тяжущимся, не находившимся въ томъ засѣданіи суда, въ которомъ было постановлено опредѣленіе о назначеніи экспертовъ, не было послано извѣщенія о назначеніи экспертовъ, слѣдуетъ, кажется, признать, что въ этихъ случаяхъ право на предъявленіе отводовъ должно принадлежать тяжущимся до момента приступа экспертами къ производству изслѣдованія, на томъ основаніи, что до наступленія этого момента имъ и не могутъ быть извѣстны назначенные судомъ, или членомъ суда эксперты.

Что касается, далѣе, основаній отводовъ, то въ этомъ отношеніи правило 523 ст. постановляетъ слѣдующее: „свѣдущіе люди отводятся по тѣмъ же причинамъ, какъ и свидѣтели“. Причины, по которымъ законъ предоставляетъ сторонамъ право отводить свидѣтелей, указаны, какъ мы это видѣли при комментированіи правилъ устава о показаніяхъ свидѣтелей, въ 373 ст., которыя собственно и составляютъ основанія отводовъ въ тѣсномъ значеніи этого слова, поэтому, если правилу разбираемой статьи придавать строго буквальное значеніе, то, вмѣстѣ съ тѣмъ, пришлось бы признать, что

отводы экспертовъ могутъ быть допускаемы только по причинамъ, въ 373 ст. указаннымъ. Но возможно ли на самомъ дѣлѣ допустить такое узко-буквальное толкованіе правила 523 ст., и будетъ ли такое толкованіе соотвѣтствовать той цѣли, съ которой законъ устанавливаетъ правила объ отводахъ, долженствующія служить одной изъ гарантій правильности представляемаго способа доказательства? При комментированіи правилъ о показаніяхъ свидѣтелей мы видѣли, что причины отводовъ, перечисленныя въ правилѣ 373 ст., имѣютъ свое основаніе только въ опасеніи за полное безпристрастіе свидѣтеля, между тѣмъ, какъ есть еще другія, имѣющія несравненно болѣе существенное значеніе, причины устраненія отъ свидѣтельства, которыя имѣютъ свое основаніе въ абсолютной или релятивной неспособности къ свидѣтельству—это причины, указанныя въ 371 и 372 ст. устава. Если мы теперь примемъ во вниманіе, во-первыхъ, что эти послѣднія основанія устраненія имѣютъ болѣе существенное значеніе, какъ гарантіи правильности показаній свидѣтелей, и если затѣмъ мы примемъ также во вниманіе, что нѣтъ никакого основанія предполагать, чтобы законъ, допуская предъявленіе отводовъ противъ экспертовъ, имѣлъ въ виду установить болѣе слабыя гарантіи правильности этого послѣдняго способа доказательства, то мы скорѣе должны придти къ тому заключенію, что будетъ сообразнѣе съ истиннымъ смысломъ правила 523 ст. и той цѣлью, съ которой вообще законъ допускаетъ отводы, признать, что эксперты могутъ быть отводимы не только по основаніямъ, указаннымъ въ 373 ст., но и по основаніямъ, указаннымъ въ 371 и 372 ст. Подкрѣпленіемъ этому выводу могутъ, какъ мнѣ кажется, служить еще отчасти и тѣ разсужденія, на которыхъ основано правило разбираемой статьи и изъ которыхъ, между прочимъ, видно, что составители уставовъ считали необходимымъ допустить предъявленіе отводовъ противъ свѣдущихъ людей, назначаемыхъ отъ суда, главнымъ образомъ, на томъ основаніи, что въ числѣ назначаемыхъ отъ суда экспертовъ вообще легко могутъ оказаться лица, не имѣющія всѣхъ надлежащихъ для сего качествъ. Неимѣющими же надлежащихъ качествъ быть экспертами, безъ сомнѣнія, гораздо въ бо̀льшей степени должны быть признаны тѣ лица, которыя могутъ быть устранены отъ свидѣтельства по основаніямъ, указаннымъ въ 371 и 372 ст., какъ напр., безумные, неграмотные, глухонѣмые, малолѣтніе и проч., чѣмъ лица, состоящія съ тяжущимися только въ извѣстныхъ родственныхъ отношеніяхъ, которыя могутъ быть отводимы отъ свидѣтельства на основаніи 373 ст. Если, такимъ образомъ, въ окончательномъ выводѣ мы примемъ за вѣрное то положеніе, что отводы экспертовъ вообще должны быть допускаемы по основаніямъ, указаннымъ въ 371—373 ст., то мы должны будемъ согласиться также и съ мнѣніемъ Побѣдоносцева, который допускаетъ предъявленіе отводовъ противъ свѣдущихъ людей, назначаемыхъ отъ суда, между прочимъ, на томъ основаніи, когда бы оказалось, что лицо, назначенное судомъ для производства экспертизы, не состоитъ въ предполагаемомъ званіи, ремеслѣ или занятіи, или хотя и состоитъ, но на самомъ дѣлѣ не имѣетъ по предмету экспертизы требуемыхъ для того необходимыхъ особливыхъ свѣдѣній (Судебн. руков., тезисъ 939). За допустимость отвода противъ экспертовъ на этомъ основаніи высказались также Малышевъ (Курсъ гражд. суд., изд. 2, т. 1, стр. 324) и Гольмстенъ въ его рецензіи на книгу Гоняева „Гражданскій процессъ въ мировомъ судѣ“ (Журн. гражд. и уголовн. пр. 1883 г., кн. 9, стр. 164). Допускать отводы экспертовъ на этомъ основаніи возможно именно, примѣняясь къ правилу, содержащемуся во 2-мъ пунктѣ 371 ст., въ силу котораго устраняются отъ свидѣтельства лица, которыя по своимъ умственнымъ или физическимъ недостаткамъ не могутъ имѣть познанія о доказываемомъ обстоятельствѣ. Отчасти на этомъ основаніи, а отчасти на основаніи правила 372 ст. также точно должны быть допускаемы отводы и

противъ лицъ малолѣтнихъ, еслибы таковыя оказались въ числѣ назначенныхъ судомъ экспертовъ и тому подобное.

Отводы свѣдущихъ людей также точно, какъ и отводы свидѣтелей, должны быть, безъ сомнѣнія подкрѣпляемы надлежащими доказательствами стороной, предъявляющей отводъ; самый же порядокъ предъявленія просьбъ объ отводахъ свѣдущихъ людей и порядокъ разсмотрѣнія ихъ судомъ долженъ быть тотъ же самый, какъ и порядокъ заявленія и разсмотрѣнія просьбъ объ отводахъ свидѣтелей, т.-е. просьбы эти должны быть разсматриваемы въ порядкѣ частномъ и разрѣшаемы частнымъ опредѣленіемъ суда, въ случаяхъ же порученія производства экспертизы и избранія экспертовъ или члену суда, или другому суду, заявленіе объ отводахъ должно быть дѣлаемо, разумѣется, этимъ послѣднимъ, а разрѣшаемо оно должно быть ихъ опредѣленіями.

Наконецъ, что касается послѣдствій отводовъ, то не можетъ быть сомнѣнія въ томъ, что, въ случаяхъ признанія отводовъ заслуживающими уваженія, послѣдствія должны быть тѣ же самыя, какъ и послѣдствія принятія отводовъ свидѣтелей, т.-е. устраненіе отведенныхъ экспертовъ. Затѣмъ, не можетъ быть, кажется, сомнѣнія и въ томъ, что дальнѣйшимъ послѣдствіемъ признанія правильности предъявленныхъ отводовъ должно быть назначеніе, вмѣсто отведенныхъ свѣдущихъ людей, другихъ, общимъ порядкомъ, такъ же точно, какъ и въ томъ случаѣ, когда отъ дачи заключенія отказываются сами свѣдущіе люди. Назначеніе вмѣсто отведенныхъ экспертовъ другихъ должно быть допущено, какъ въ силу необходимости, такъ равно и въ силу закона, выраженнаго въ правилѣ 527 ст., который хотя и относится собственно къ другому случаю, но примѣненіе котораго можетъ быть по аналогіи распространено и на другой, занимающій насъ, однородный съ нимъ случай.

Правилами слѣдующихъ статей опредѣляется порядокъ дачи заключенія.

Ст. 525. Заключеніе свѣдущихъ людей должно быть письменное, съ объясненіемъ тѣхъ доводовъ, на коихъ оно основано. Если предметъ изслѣдованія простъ и незатруднителенъ, а также, когда свѣдущіе люди принадлежатъ къ числу малограмотныхъ или нехорошо владѣющихъ русскимъ языкомъ, то судъ можетъ потребовать, вмѣсто письменнаго, словесное заключеніе; въ семъ случаѣ оно записывается въ протоколъ, который подписывается свѣдущими людьми.

Ст. 526. Въ случаѣ необходимости дополнить изслѣдованіе или разъяснить заключеніе свѣдущихъ людей, судъ можетъ потребовать отъ нихъ дополнительныя объясненія, или же заключеніе вновь назначенныхъ на ихъ мѣсто.

По разсмотрѣніи правила первой изъ приведенныхъ статей нетрудно убѣдиться въ томъ, что нашъ уставъ устанавливаетъ не одинъ, а два способа дачи заключенія: письменный и словесный, причемъ, по самому изложенію правила этой статьи, нетрудно убѣдиться также и въ томъ, что первый способъ дачи заключенія предлагается, какъ общее правило, а второй—словесный, какъ исключеніе, при наличности условій, въ самой статьѣ указанныхъ. Такъ, въ разбираемой статьѣ, прежде всего, говорится: „заключеніе свѣдущихъ людей должно быть письменное“, а, затѣмъ, уже въ дальнѣйшемъ изложеніи перечисляются условія, при существованіи которыхъ судъ можетъ потребовать, вмѣсто письменнаго, словесное заключеніе. По уставу французскому и нѣкоторымъ другимъ допускается только одинъ способъ дачи заключенія—письменный; нашъ же уставъ въ этомъ случаѣ отступаетъ отъ своего образца—устава французскаго и примыкаетъ къ уставу женевскому, который допускаетъ какъ письменный, такъ и словесный способъ и предоставляетъ, притомъ, право суду, по его усмотрѣнію, требовать отъ свѣду-

щихъ людей письменное или словесное заключеніе. По какимъ же собственно основаніямъ нашъ уставъ усвоилъ въ настоящемъ случаѣ правило устава женевскаго? Изъ разсужденій, помѣщенныхъ въ изданіи государственной канцелярія подъ разбираемой статьей, видно, что составители уставовъ, согласно мнѣніямъ французскихъ писателей Бонье и Лавьеля, отдавали полное преимущество письменному способу дачи заключенія передъ словеснымъ, на томъ основаніи, что хотя словесное заключеніе и представляетъ нѣкоторыя удобства, но сопряжено, вмѣстѣ съ тѣмъ, и съ значительными затрудненіями, въ особенности въ тѣхъ случаяхъ, когда вопросы, предлагаемые на разсмотрѣніе свѣдущихъ людей, отличаются многосложностью и запутанностью и, потому, могутъ быть надлежащимъ образомъ выяснены не иначе, какъ по внимательномъ изслѣдованіи и изложеніи, затѣмъ, выводовъ изслѣдованія на письмѣ, съ объясненіемъ основаній, по которымъ эксперты пришли къ тому, а не другому заключенію. Но, затѣмъ, изъ разсужденій, помѣщенныхъ въ изданіи государственной канцеляріи, также видно, что составители уставовъ, несмотря на столь вѣскіе доводы Бонье и Лавьеля въ пользу письменнаго заключенія, по окончательномъ обсужденіи вопроса о способахъ дачи его, по практическимъ соображеніямъ и, главнымъ образомъ, въ виду низкой степени образованности массы населенія у насъ, сочли необходимымъ сдѣлать отступленіе и допустить словесное заключеніе. Эти соображенія составителей уставовъ въ пользу допустимости у насъ словеснаго заключенія какъ нельзя болѣе основательны и вполнѣ оправдываются необходимостью, такъ какъ у насъ и на самомъ дѣлѣ нерѣдко случается, что въ качествѣ свѣдущихъ людей призываются люди не только едва грамотные, какъ, напр., рабочіе, мастеровые, мелкіе торговцы и проч., но иногда и вовсе неграмотные, которые, по объясненію сената, также могутъ быть призываемы въ качествѣ свѣдущихъ людей (рѣш. 1875 года, № 1061) и требовать отъ которыхъ письменное заключеніе представляется физически невозможнымъ. Въ виду же собственно тѣхъ преимуществъ, которыя имѣетъ за собой во всякомъ случаѣ письменный способъ дачи заключенія, становится также понятнымъ, почему составители уставовъ приняли въ видѣ правила общаго постановленіе, предписывающее употребленіе именно этого способа и почему они обставили допустимость другого способа извѣстными условіями.

Таковы основанія принятія у насъ не одного, а двухъ способовъ дачи заключенія. Обращаясь затѣмъ собственно къ самому порядку дачи письменнаго заключенія, я не могу, прежде всего, не обратить вниманіе на крайнюю недостаточность опредѣленій, заключающихся въ правилѣ разбираемой статьи въ этомъ отношеніи. Въ текстѣ статьи говорится только: „заключеніе свѣдущихъ людей должно быть письменное, съ изложеніемъ тѣхъ доводовъ, на коихъ оно основано“. Очевидно, что въ этихъ словахъ заключается только опредѣленіе того, какъ долженъ быть изложенъ, или что долженъ содержать въ себѣ самый актъ заключенія свѣдущихъ людей—не болѣе, порядокъ же дачи заключенія и порядокъ составленія этого акта оставлены правиломъ разбираемой статьи безъ всякихъ опредѣленій; между тѣмъ, какъ на самомъ дѣлѣ и по отношенію порядка дачи заключенія, какъ бы онъ ни былъ простъ, могутъ, однако же, возникнуть, вслѣдствіе такой неполноты закона, весьма существенные вопросы, требующіе разъясненія. Я остановлюсь на разсмотрѣніи собственно двухъ, наиболѣе существенныхъ вопросовъ: а) вопроса о порядкѣ совѣщанія экспертовъ и б) вопроса о порядкѣ изложенія заключенія.

Что касается послѣдняго вопроса—о порядкѣ изложенія заключенія, то, основываясь на буквальномъ смыслѣ выраженія разбираемой статьи: „заключеніе свѣдущихъ людей должно быть письменное“, необходимо, по моему мнѣнію, придти къ тому заключенію, что сколько бы ни было призвано свѣ-

дущихъ людей для производства изслѣдованія, ими всѣми должно быть составлено одно общее заключеніе и изложено въ одномъ актѣ, а не столько отдѣльныхъ заключеній, сколько было свѣдущихъ людей, потому что цитированное выраженіе статьи, говоря о заключеніи многихъ свѣдущихъ людей, употребляетъ самое слово „заключеніе“ въ единственномъ числѣ, что собственно и даетъ поводъ полагать, что заключеніе должно быть составляемо всегда *одно общее*, сколько бы ни было призвано экспертовъ для производства изслѣдованія. Понятно, что при такомъ порядкѣ составленія заключенія не можетъ возникнуть никакого затрудненія только въ тѣхъ случаяхъ, когда бы всѣ эксперты, призванные для производства изслѣдованія, были въ ихъ мнѣніяхъ и выводахъ согласны; но какимъ образомъ свѣдущіе люди должны излагать одно общее заключеніе въ случаяхъ разногласія ихъ по вопросамъ, подлежащимъ изслѣдованію? Никакого отвѣта на этотъ вопросъ въ нашемъ уставѣ найти нельзя; уставъ же французскій на подобные случаи прямо постановляетъ: эксперты въ случаѣ разногласія должны постановлять одно заключеніе по большинству голосовъ, причемъ уставъ французскій дозволяетъ экспертамъ, кромѣ того, излагать и ихъ отдѣльныя мотивированныя мнѣнія, только безъ указанія лица эксперта, которому отдѣльное мнѣніе принадлежитъ (art. 318). Вслѣдствіе того, что подобный выходъ изъ затрудненія въ отношеніи составленія заключенія при разногласіи экспертовъ представляется единственно возможнымъ и разумнымъ, мнѣ кажется, что и только что указанное постановленіе устава французскаго, устраняющее это затрудненіе вполнѣ, можетъ быть принято къ руководству въ подобныхъ случаяхъ и у насъ, съ тою, впрочемъ, какъ мнѣ кажется, незначительной разницей, что у насъ эксперты, несогласные съ мнѣніемъ большинства и желающіе изложить свое отдѣльное мнѣніе, при отсутствіи въ нашемъ уставѣ воспрещенія относительно означенія имени экспертовъ, подающихъ особое мнѣніе, въ правѣ подписаться подъ ихъ отдѣльнымъ мнѣніемъ. Нетрудно, далѣе, однако же, не замѣтить, что съ принятіемъ къ руководству сейчасъ изложеннаго правила, въ отношеніи порядка изложенія заключенія въ случаяхъ разногласія экспертовъ, разсматриваемый вопросъ еще не исчерпывается, потому что принятіемъ къ руководству этого правила устраняется затрудненіе только въ тѣхъ случаяхъ, когда въ пользу какого-либо мнѣнія образуется большинство голосовъ; но на самомъ дѣлѣ могутъ быть и такіе случаи, когда при производствѣ изслѣдованія можетъ образоваться столько отдѣльныхъ мнѣній, сколько было экспертовъ, призванныхъ для производства изслѣдованія. Очевидно, что въ подобныхъ случаяхъ одно общее заключеніе никоимъ образомъ не можетъ быть составлено, вслѣдствіе чего, судъ будетъ, конечно, имѣть передъ собой не заключеніе, которое требуется правиломъ разбираемой статьи, а будетъ имѣть столько отдѣльныхъ мнѣній, сколько было экспертовъ. Что же, спрашивается, долженъ дѣлать судъ, чтобы выйти изъ такого затрудненія? Ни въ нашемъ, ни во французскомъ уставѣ мы не находимъ никакихъ опредѣленій на подобные случаи; по моему же мнѣнію, единственно возможный исходъ, обусловливаемый силой самыхъ вещей, долженъ заключаться въ томъ, что судъ обязанъ прибѣгнуть, согласно правилу слѣдующей статьи, къ назначенію новой экспертизы, при посредствѣ другихъ избранныхъ имъ экспертовъ. Иной взглядъ на только что разсмотрѣнный вопросъ высказываетъ Гольмстенъ въ его рецензіи на настоящій „Опытъ комментарія“. По его мнѣнію, изъ правила разбираемой статьи нельзя выводить то заключеніе, чтобы имъ требовалось отъ экспертовъ составленіе одного акта заключенія, вслѣдствіе чего, слѣдуетъ считать допустимымъ изложеніе экспертами ихъ заключенія, какъ въ одномъ актѣ, такъ и въ отдѣльныхъ, составленныхъ каждымъ экспертомъ особо. Затѣмъ, по мнѣнію Гольмстена, въ случаяхъ подачи экспертами каждымъ особаго заключенія, на обстоятельство

это не только не слѣдуетъ смотрѣть, какъ на фіаско экспертизы, но должно считать его весьма желательнымъ, въ виду того, что различными заключеніями экспертовъ лучше можетъ быть выясненъ самый предметъ экспертизы, причемъ, судъ, не стѣсненный формальной теоріей доказательствъ, можетъ положить въ основу его рѣшенія то заключеніе, которое, по его мнѣнію, представляется болѣе основательнымъ (Журн. гражд. и угол. пр. 1880 г., кн. 3, стр. 157). Въ виду, однако же, того обстоятельства, что подкрѣпленіемъ высказанному мной по занимающему насъ вопросу заключенію можетъ служить не только текстъ правила разбираемой статьи, но также и тѣ разсужденія составителей устава, на которыхъ оно основано и въ которыхъ вездѣ говорится о заключеніи экспертовъ, какъ объ одномъ актѣ, а равно и тѣ источники, которые, по указанію составителей устава, послужили основаніемъ правилу разбираемой статьи, какъ уставъ французскій, который требуетъ отъ экспертовъ составленія одного акта заключенія, такъ и нашъ торговый уставъ, который требуетъ, чтобы актъ заключенія составлялся однимъ изъ экспертовъ, по порученію прочихъ, за общей ихъ подписью (ст. 1710 и 1711 XI т. 2 ч.),—заключеніе Гольмстена и нельзя признать правильнымъ.

Если мы примемъ за вѣрное высказанное нѣсколько выше то положеніе, что, согласно правилу разбираемой статьи, заключеніе экспертовъ всегда должно быть одно, постановленное по большинству голосовъ, то мы должны будемъ также признать, что постановленію такого заключенія должно необходимо предшествовать совѣщаніе экспертовъ, потому что безъ предварительнаго совѣщанія вообще немыслимо постановленіе одной общей по какому-либо предмету резолюціи. Необходимость производства экспертами сообща какъ самаго изслѣдованія, такъ равно и необходимость предварительнаго совѣщанія признаетъ и Побѣдоносцевъ (Судебн. руков., тезисъ 943). Относительно самаго порядка совѣщанія экспертовъ ни въ нашемъ, ни во французскомъ уставѣ никакихъ опредѣленій не содержится, вслѣдствіе чего, скорѣе всего слѣдуетъ, кажется, придти къ тому заключенію, что совѣщаніе можетъ происходить всякій разъ въ томъ порядкѣ, какой сами эксперты признаютъ для себя наиболѣе удобнымъ. Но дѣло только въ томъ, что совѣщаніе, какъ это совершенно справедливо признаетъ вмѣстѣ съ Бонсеномъ и Бонье, мнѣніе котораго можетъ быть въ настоящемъ случаѣ принято къ руководству и у насъ, должно быть всегда тайное, такъ что стороны, находившіяся при изслѣдованіи и которыя, какъ я замѣтилъ выше, въ правѣ присутствовать при производствѣ экспертизы, должны быть, однако же, передъ началомъ совѣщанія экспертовъ удалены (Traité des preuves, изд. 4, т. I, стр. 134). Я полагаю даже, что тайна совѣщанія экспертовъ должна быть настолько охраняема, что и членъ суда, если онъ былъ назначенъ, на основаніи правила 517 ст., слѣдить за ходомъ изслѣдованія, обязанъ, по окончаніи изслѣдованія и передъ совѣщаніемъ экспертовъ, также удалиться; обязанъ онъ такъ поступить, тѣмъ болѣе, еще на томъ основаніи, что и по смыслу правила приведенной статьи членъ суда назначается только слѣдить за самымъ ходомъ изслѣдованія, но не за совѣщаніемъ экспертовъ, которое должно происходить тайно и внѣ всякаго посторонняго вліянія. Если же изслѣдованіе экспертами было производимо въ присутствіи и подъ наблюденіемъ цѣлаго суда, то, по изложеннымъ основаніямъ, эксперты по окончаніи изслѣдованія, для совѣщанія и изложенія ихъ заключенія, должны быть удалены изъ присутствія въ особую комнату.

Заключеніе свѣдущихъ людей, согласно предписанію правила разбираемой статьи, всегда должно заключать въ себѣ изложеніе тѣхъ доводовъ, на которыхъ оно основано, изъ чего необходимо заключить, что заключеніе экспертовъ тогда только можетъ быть признано правильно составленнымъ,

когда оно достаточно мотивировано, или лучше сказать, что заключеніе экспертовъ тогда только можетъ быть признано въ силѣ судебнаго акта, или въ силѣ судебнаго доказательства, когда въ немъ изложены экспертами тѣ соображенія, на основаніи которыхъ они пришли къ тѣмъ, а не другимъ выводамъ или отвѣтамъ на предложенные имъ судомъ вопросы. При этомъ, я не могу, однакоже, не замѣтить, что, несмотря на кажущуюся безусловность требованія правила разбираемой статьи, въ отношеніи изложенія въ заключеніи мотивовъ его, отсутствіе или недостаточность въ немъ таковыхъ не всегда должны вести къ ничтожности самаго заключенія, какъ доказательства, напротивъ, по смыслу правила слѣдующей статьи возможно, какъ мнѣ кажется, заключить, что этотъ недостатокъ акта заключенія можетъ быть восполненъ послѣдующими дополнительными словесными разъясненіями экспертовъ, которыя судъ всегда въ правѣ отъ нихъ потребовать. Мнѣ кажется даже, что судъ, находя мотивы заключенія недостаточными или не вполнѣ вразумительными, поступить правильнѣе и согласнѣе съ точнымъ смысломъ правила 526 ст., если вмѣсто признанія, на этомъ основаніи, заключенія экспертовъ ничтожнымъ въ силѣ судебнаго доказательства, потребуетъ отъ нихъ дополнительныя разъясненія и, затѣмъ уже, при недостаточности послѣднихъ, прибѣгнетъ къ новой экспертизѣ черезъ другихъ свѣдущихъ людей. При этомъ нельзя также не замѣтить, что такой способъ исправленія первой экспертизы и въ практическомъ отношеніи представляется несравненно болѣе удобнымъ и болѣе выгоднымъ въ интересахъ сторонъ процесса, чѣмъ назначеніе новой экспертизы, потому что значительно сокращаетъ какъ издержки производства, такъ равно ускоряетъ и движеніе процесса.

Обращаясь, далѣе, къ разсмотрѣнію опредѣленій, заключающихся въ правилѣ 525 ст. и относящихся собственно до второго способа дачи заключенія—заключенія словеснаго, я считаю необходимымъ прежде всего обратить вниманіе на самыя условія допустимости этого способа. Правило приведенной статьи опредѣляетъ, впрочемъ, условія эти настолько отчетливо, что точный смыслъ его не оставляетъ никакого сомнѣнія въ томъ, что нашъ уставъ допускаетъ употребленіе этого способа въ трехъ случаяхъ: а) когда предметъ изслѣдованія простъ и незатруднителенъ; б) когда лица, призванныя въ качествѣ свѣдущихъ людей, принадлежатъ къ числу малограмотныхъ, и в) когда лица эти нехорошо владѣютъ русскимъ языкомъ. Случаи эти съ очевидной ясностью указываютъ также на то, что нашъ уставъ обусловливаетъ допустимость словеснаго заключенія собственно двумя моментами, изъ которыхъ первый имѣетъ свое основаніе въ самомъ предметѣ, подлежащемъ изслѣдованію (простота и незатруднительность его), а второй—въ извѣстныхъ качествахъ лицъ, призываемыхъ къ дачѣ заключенія (малограмотность или недостаточное знакомство ихъ съ русскимъ языкомъ). Кромѣ того, нельзя также не замѣтить, что правило розбираемой статьи редактировано такимъ образомъ, что точный смыслъ его не оставляетъ никакого сомнѣнія въ томъ, что нашъ уставъ, для допустимости словеснаго заключенія, не требуетъ непремѣнно единовременнаго существованія, или наличности обоихъ указанныхъ моментовъ, какъ условій допустимости этого способа дачи заключенія,—что доказывается тѣмъ, что въ текстѣ статьи послѣ словъ: „если предметъ изслѣдованія простъ и незатруднителенъ“,—словъ, опредѣляющихъ первое условіе допустимости этого способа дачи заключенія, слѣдуетъ далѣе выраженіе: „а также, когда свѣдущіе люди принадлежатъ къ числу малограмотныхъ“ и проч., начальныя слова котораго: „а также“, ясно указываютъ на самостоятельное значеніе второго условія, въ отношеніи допустимости словеснаго заключенія и на допустимость этого способа совершенно въ другихъ случаяхъ, когда перваго условія въ наличности не имѣется. И въ самомъ дѣлѣ, еслибы законъ требовалъ единовременнаго существованія или налич-

ности обоихъ указанныхъ условій для допустимости словеснаго заключенія, то въ текстѣ статьи вмѣсто словъ—„а также“, навѣрно были бы помѣщены слова—„и когда, притомъ, свѣдущіе люди принадлежатъ къ числу малограмотныхъ“ и проч. Изъ сказаннаго, такимъ образомъ, оказывается, что на основаніи точнаго смысла правила разбираемой статьи словесное заключеніе можетъ быть допускаемо: во-первыхъ, во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда предметъ изслѣдованія простъ и незатруднителенъ, хотя бы для производства изслѣдованія въ качествѣ экспертовъ были призваны люди вполнѣ образованные и могущіе свободно изложить ихъ заключеніе письменно, и, во-вторыхъ, когда въ качествѣ экспертовъ были бы призваны люди малограмотные или и вовсе неграмотные, или люди, нехорошо владѣющіе русскимъ языкомъ, въ случаяхъ призыва для производства изслѣдованія иностранцевъ, хотя бы при этомъ вопросы, подлежащіе изслѣдованію, отличались сложностью и запутанностью. Если мы сопоставимъ, наконецъ, тѣ положенія, заключающіяся въ правилѣ разбираемой статьи, которыми опредѣляются условія допустимости словеснаго заключенія, съ самыми основаніями, по которымъ составители уставовъ пришли къ заключенію о необходимости допустить у насъ этотъ способъ дачи заключенія и которыя изложены нами нѣсколько выше, то замѣтимъ, безъ сомнѣнія, что допустимость словеснаго заключенія въ первомъ изъ указанныхъ выше случаевъ,—когда предметъ изслѣдованія простъ и незатруднителенъ, но когда въ качествѣ экспертовъ призваны люди достаточно образованные и могущіе свободно изложить ихъ заключеніе на письмѣ,—не оправдывается никакими соображеніями и вовсе не вяжется съ основаніями, указанными составителями уставовъ, которые полагали въ основаніе допустимости у насъ словеснаго заключенія единственно низкую степень образованности во многихъ случаяхъ самихъ экспертовъ, каковымъ основаніемъ, очевидно, оправдывается только допустимость словеснаго заключенія во второмъ изъ указанныхъ выше случаевъ,—когда лица, призванныя въ качествѣ экспертовъ, принадлежатъ къ числу малограмотныхъ или нехорошо владѣющихъ русскимъ языкомъ.

Въ отношеніи собственно порядка дачи словеснаго заключенія, мы замѣчаемъ въ правилѣ разбираемой статьи ту же неполноту и неясность его, какъ и въ отношеніи опредѣленія порядка дачи письменнаго заключенія. Въ текстѣ статьи по отношенію порядка дачи словеснаго заключенія мы имѣемъ только слѣдующее опредѣленіе: „въ семъ случаѣ оно (т. е. словесное заключеніе экспертовъ) записывается въ протоколъ, который подписывается свѣдущими людьми“. На основаніи этого опредѣленія, въ томъ видѣ, какъ оно редактировано, возможно, кажется, придти только къ одному несомнѣнному заключенію: что словесное заключеніе экспертовъ также точно, какъ письменное, должно быть по закону одно, и должно быть изложено въ одномъ актѣ, хотя бы экспертовъ было и нѣсколько. Если это положеніе вѣрно и если принять, кромѣ того, во вниманіе, что правило разбираемой статьи не дѣлаетъ никакого различія и не заключаетъ въ себѣ никакихъ отдѣльныхъ опредѣленій по отношенію порядка дачи письменнаго и словеснаго заключенія, кромѣ собственно порядка констатированія того и другого, то, мнѣ кажется, можно на этомъ основаніи безошибочно придти къ тому выводу, что и на самомъ дѣлѣ порядокъ дачи того и другого заключенія въ общихъ чертахъ долженъ быть одинаковъ, т.-е. что эксперты, въ случаяхъ требованія отъ нихъ словеснаго заключенія, должны быть также точно, по окончаніи изслѣдованія, удалены въ особую комнату, гдѣ и должны имѣть тайное совѣщаніе о результатахъ изслѣдованія и о тѣхъ отвѣтахъ, которые требуются отъ нихъ судомъ и должны по возможности стараться придти къ какому-либо одному заключенію, которое, по окончаніи совѣщанія, и должно быть записано въ протоколъ; а какъ протоколъ, по общему правилу, всегда соста-

вляется секретаремъ суда, то и понятно, что и для записки заключенія свѣдущихъ людей въ протоколъ имъ долженъ быть данъ секретарь, обязанный изложить ихъ заключеніе. Въ тѣхъ же случаяхъ, когда производство изслѣдованія черезъ свѣдущихъ людей поручается, на основаніи правила 524 ст., члену суда, онъ, конечно, и обязанъ записать въ протоколѣ заключеніе свѣдущихъ людей. Впрочемъ, мнѣ кажется, что судъ поступитъ правильнѣе, если и въ тѣхъ случаяхъ, когда изслѣдованіе имѣетъ мѣсто и въ судѣ, командируетъ, собственно для наблюденія за производствомъ записки заключенія свѣдущихъ людей въ протоколъ секретаремъ, одного изъ своихъ членовъ, который прослѣдитъ за вѣрностью записки; а въ тѣхъ случаяхъ, когда бы эксперты оказались вовсе неграмотными, судъ, какъ мнѣ кажется, положительно обязанъ командировать члена для наблюденія за производствомъ записки, потому что въ этихъ случаяхъ за неграмотностью свѣдущихъ людей, примѣнительно къ правиламъ о допросѣ свидѣтелей, подписать протоколъ обязанъ не кто иной, какъ одинъ изъ членовъ суда, который, какъ это понятно и само собой, иначе не можетъ подписать протоколъ, какъ убѣдившись предварительно въ вѣрности записки заключенія, сдѣланной секретаремъ.

Что касается, наконецъ, того, какой порядокъ въ отношеніи отобранія отъ экспертовъ словеснаго заключенія практикуется нашими общими судебными установленіями на самомъ дѣлѣ, то практика ихъ въ этомъ отношеніи не представляетъ однообразія; такъ, насколько мнѣ извѣстно, въ нѣкоторыхъ судахъ, при требованіи отъ экспертовъ словеснаго заключенія, принято допрашивать свѣдущихъ людей въ засѣданіи каждаго порознь и отбирать отъ нихъ показанія въ порядкѣ, указанномъ для допроса свидѣтелей. Я полагаю, что, послѣ всего сказаннаго по поводу порядка дачи словеснаго заключенія, такой порядокъ допроса свѣдущихъ людей никоимъ образомъ не можетъ быть признанъ правильнымъ и съ закономъ согласнымъ. Вообще же случаи требованія отъ экспертовъ словеснаго заключенія и въ практикѣ нашихъ судовъ также точно, какъ и въ практикѣ судовъ иностранныхъ, встрѣчаются чрезвычайно рѣдко, вслѣдствіе чего, практика и не могла, конечно, выработать до сихъ поръ единообразныхъ началъ, могущихъ служить твердымъ основаніемъ къ постоянному руководству для судовъ въ отношеніи порядка отобранія отъ экспертовъ словеснаго заключенія.

Выборъ того или другого способа дачи заключенія, какъ это видно изъ правила разбираемой статьи, предоставляется нашимъ уставомъ усмотрѣнію суда. Такъ, въ статьѣ этой, послѣ перечисленія условій, при наличности которыхъ судъ въ правѣ обратиться къ словесному способу дачи заключенія, говорится: „то судъ можетъ потребовать, вмѣсто письменнаго, словесное заключеніе“; слова „судъ можетъ“ именно и служатъ главнымъ подтвержденіемъ высказанному положенію. Несмотря, впрочемъ, на такой выводъ, нельзя признать, чтобы законъ въ отношеніи выбора способа дачи заключенія предоставлялъ суду полное и безграничное усмотрѣніе; напротивъ, необходимо признать, что усмотрѣніе суда въ настоящемъ случаѣ ограничивается, во-первыхъ, самымъ правиломъ разбираемой статьи, которое, какъ мы видѣли уже нѣсколько выше, дозволяетъ обращаться къ словесному способу дачи заключенія только при наличности одного изъ условій, при которыхъ вообще допускается этотъ способъ, и во-вторыхъ, силой самыхъ вещей, когда, наоборотъ, по личнымъ качествамъ экспертовъ требовать отъ нихъ письменное заключеніе представляется положительно невозможнымъ. Понятно, что при существованіи такихъ ограниченій судъ въ правѣ обратиться къ словесному способу дачи заключенія только въ тѣхъ случаяхъ, когда будутъ достаточно констатированы факты, удостовѣряющіе наличность одного изъ условій допустимости этого способа, и наоборотъ, въ тѣхъ только случаяхъ можетъ

обратиться къ письменному способу дачи заключенія, когда личныя качества экспертовъ не будутъ служить препятствіемъ къ тому. Вслѣдствіе того, что законъ обстанавливаетъ допустимость словеснаго заключенія извѣстными условіями, необходимо, чтобы судъ, прибѣгая къ этому способу заключенія, констатировалъ каждый разъ въ своемъ опредѣленіи о допущеніи экспертизы существованіе фактовъ, обусловливающихъ допустимость словеснаго заключенія и дающихъ суду право отступить отъ общаго правила и обратиться именно къ этому послѣднему способу. Въ противномъ случаѣ, т.-е. когда бы судъ упустилъ изъ виду указать въ своемъ опредѣленіи о допущеніи экспертизы эти факты, онъ, очевидно, допустилъ бы, вмѣстѣ съ тѣмъ, явное нарушеніе правила 525 ст., потому что безъ достаточнаго основанія отступилъ бы отъ правила общаго, предписывающаго всегда обращаться къ письменному способу дачи заключенія во всѣхъ случаяхъ, когда нѣтъ на лицо условій, дающихъ суду право требовать словесное заключеніе. Во всякомъ случаѣ, судъ, выбирая тотъ или другой способъ дачи заключенія, обязанъ, по моему мнѣнію, указать въ своемъ первоначальномъ опредѣленіи о допущеніи экспертизы и тотъ способъ, которымъ заключеніе должно быть дано экспертами. Конечно, судъ, для того, чтобы сдѣлать надлежащій выборъ способа дачи заключенія, долженъ имѣть передъ собой, при постановленіи опредѣленія о допущеніи экспертизы, всѣ необходимыя свѣдѣнія, какъ о свойствахъ предметовъ, подлежащихъ изслѣдованію, такъ равно и личныхъ качествахъ экспертовъ, потому что этими именно моментами по закону обусловливается принятіе того или другого способа дачи заключенія. Свѣдѣнія о предметахъ, подлежащихъ изслѣдованію, судъ можетъ имѣть изъ самаго дѣла, а свѣдѣнія о личныхъ качествахъ экспертовъ можетъ получить или отъ сторонъ, когда свѣдущіе люди были бы избраны тяжущимися, или иначе какимъ-либо образомъ, когда бы свѣдущіе люди были назначены имъ самимъ. Впрочемъ, въ практикѣ могутъ встрѣтиться и такіе случаи, когда впослѣдствіи, при самомъ приступѣ свѣдущихъ людей къ изслѣдованію, тѣ или другія свѣдѣнія, имѣвшіяся первоначально въ виду у суда и послужившія основаніемъ къ избранію того, а не другого способа дачи заключенія, окажутся невѣрными, напр. когда предметъ, подлежащій изслѣдованію, казался простъ и незатруднителенъ, вслѣдствіе чего, судомъ и былъ избранъ, въ его опредѣленіи о допущеніи экспертизы, словесный способъ дачи заключенія, а при самомъ изслѣдованіи окажется, напротивъ, болѣе или менѣе сложнымъ и затруднительнымъ; или когда, напр., при приступѣ къ изслѣдованію оказалось бы, что эксперты по ихъ личнымъ качествамъ не въ состояніи дать указаннаго судомъ письменнаго заключенія, и тому подобное. Очевидно, что въ подобныхъ случаяхъ примѣненіе избраннаго судомъ первоначально способа дачи заключенія—словеснаго въ первомъ случаѣ и письменнаго во второмъ, оказывается положительно невозможнымъ. Что же, спрашивается, долженъ дѣлать судъ для выхода изъ подобнаго затрудненія? Правило разбираемой статьи не даетъ суду ничего для руководства на подобные случаи; мнѣ же кажется, что для выхода изъ подобныхъ затрудненій суду должно быть предоставлено непремѣнно право переходить отъ одного способа дачи заключенія къ другому, смотря по тому, какой изъ указанныхъ въ законѣ способовъ окажется, при выяснившихся впослѣдствіи, т.-е. при самомъ приступѣ свѣдущихъ людей къ изслѣдованію, обстоятельствахъ, возможнымъ и примѣнимымъ. Право это должно быть предоставлено и члену суда въ тѣхъ случаяхъ, когда поручается ему производство экспертизы на мѣстѣ, внѣ того города, гдѣ находится судъ.

Экспертамъ при приступѣ ихъ къ изслѣдованію должны быть, конечно, представлены или указаны и самые предметы, подлежащіе изслѣдованію; кромѣ того, свѣдущіе люди, для полученія всѣхъ необходимыхъ свѣдѣній о

предметахъ, подлежащихъ изслѣдованію, должны быть, по справедливому замѣчанію Побѣдоносцева, безпрепятственно допущены къ обозрѣнію всего производства по дѣлу (Судеб. руков., тезисъ 942). Въ тѣхъ же случаяхъ, когда бы эксперты при самомъ производствѣ изслѣдованія встрѣтили какія-либо затрудненія, нашли бы, напр., свѣдѣнія, имѣющіяся въ дѣлѣ, относительно вопросовъ, предложенныхъ на ихъ разрѣшеніе, недостаточными для дачи правильнаго заключенія, то имъ должно быть предоставлено право обращаться съ ихъ заявленіями и требованіями либо къ члену суда, назначенному для наблюденія за производствомъ изслѣдованія, либо къ предсѣдателю, когда изслѣдованіе производится передъ судомъ, которые и обязаны дѣлать имъ по возможности надлежащія указанія и давать необходимыя объясненія. Если же бы случилось, что заявленія экспертовъ были такого рода, что удовлетвореніе ихъ могло послѣдовать не иначе, какъ по постановленію цѣлаго присутствія суда, напр., заявленіе ихъ о неясности свидѣтельскихъ показаній, записанныхъ въ протоколъ, и о необходимости, поэтому, передопроса свидѣтелей въ присутствіи ихъ, экспертовъ, то, конечно, такого рода заявленія должны быть переданы тѣми лицами, которыми они сдѣланы, на усмотрѣніе суда, и должны быть, затѣмъ, разрѣшены судомъ въ засѣданіи.

О присягѣ экспертовъ уставъ умалчиваетъ, вслѣдствіе чего, мнѣ кажется, что какъ сенатъ (рѣш. 1869 года, № 1097), такъ и наши процессуалисты: Побѣдоносцевъ (Судеб. руков., тезисъ 94), Малышевъ (Курсъ гражд. суд., изд. 2, т. 1, стр. 324), Гольмстенъ (Учеб. гражд. суд., стр. 181) и Волжинъ (Журн. гражд. и угол. пр. 1886 г., кн. 5, стр. 32, замѣтки), имѣли полное основаніе утверждать, что нѣтъ необходимости требовать отъ экспертовъ, чтобы они заключеніе ихъ подтверждали предварительной или послѣдующей присягой, хотя, съ другой стороны, нельзя не признать, что и приводъ свѣдущихъ людей къ присягѣ не можетъ считаться нарушеніемъ какого-либо закона; въ процессѣ же уголовномъ законъ даже прямо требуетъ присяги отъ экспертовъ, также точно, какъ и отъ свидѣтелей.

По окончаніи свѣдущими людьми предложеннаго имъ изслѣдованія и по составленіи ими акта заключенія, актъ этотъ долженъ быть пріобщенъ къ дѣлу и, затѣмъ, долженъ быть доложенъ, или лучше сказать, прочитанъ въ публичномъ засѣданіи при разсмотрѣніи дѣла по существу; сообщать же заключеніе свѣдущихъ людей особливо сторонамъ судъ, по справедливому замѣчанію Побѣдоносцева, не обязанъ. Не менѣе правильно и другое замѣчаніе Побѣдоносцева, въ которомъ онъ утверждаетъ, что при докладѣ дѣла въ засѣданіи нѣтъ основанія отказывать сторонамъ въ правѣ возражать противъ основательности и опредѣлительности заключенія свѣдущихъ людей (Судеб. руков., тезисъ 949). Правильнымъ замѣчаніе это слѣдуетъ признать потому, что въ состязательномъ процессѣ сторонамъ вообще предоставляется право разбирать и относиться критически ко всѣмъ доказательствамъ, представляемымъ къ дѣлу, вслѣдствіе чего, право это должно быть предоставлено имъ и по отношенію заключенія свѣдущихъ людей, какъ одного изъ способовъ доказательства, какъ это объяснили также сенатъ (рѣш. 1879 года, № 156) и Малышевъ (Курсъ гражд. суд., изд. 2, т. 1, стр. 324). Понятно также, что при пользованіи сторонами этимъ правомъ, или лучше сказать, при разборѣ ими заключенія свѣдущихъ людей въ засѣданіи при докладѣ дѣла, нерѣдко можетъ обнаружиться, что заключеніе ихъ имѣетъ тѣ или другіе недостатки по его содержанію; можетъ, напр., оказаться, что оно недостаточно мотивировано, недостаточно полно и опредѣлительно въ самыхъ выводахъ и тому подобное. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ подобные недостатки могутъ оказаться настолько ощутительны, что и самое заключеніе не будетъ имѣть той убѣдительности, каковая должна быть присуща ему, какъ доказательству. Что же, спрашивается, долженъ дѣлать судъ, чтобы исправить тѣ

или другіе недостатки разъ произведенной экспертизы, дабы черезъ это не лишиться одного изъ существенныхъ способовъ раскрытія истины? Отвѣтъ на этотъ вопросъ, а равно и указаніе на тѣ средства, пользуясь которыми судъ можетъ достигнуть исправленія упущеній, допущенныхъ въ заключеніи свѣдущихъ людей, мы находимъ въ правилѣ 526 ст., уже цитированной нами нѣсколько выше.

Правило этой статьи на случаи необходимости дополнить изслѣдованіе или разъяснить заключеніе свѣдущихъ людей предлагаетъ собственно два средства: во-первыхъ, оно даетъ суду право потребовать отъ свѣдущихъ людей дополнительныя объясненія, и, во-вторыхъ, заключеніе другихъ вновь назначенныхъ экспертовъ. Выборъ того или другого средства исправленія или дополненія разъ даннаго заключенія, какъ это слѣдуетъ заключить на основаніи буквальнаго смысла правила разбираемой статьи, предоставляется вполнѣ и исключительно усмотрѣнію суда, такъ какъ, въ текстѣ статьи прямо говорится: „судъ можетъ потребовать отъ нихъ (т.-е. отъ свѣдущихъ людей) дополнительныя объясненія, или же заключеніе вновь назначенныхъ на ихъ мѣсто“ (т.-е. заключеніе другихъ экспертовъ). Впрочемъ, по поводу предоставляемаго суду правиломъ разбираемой статьи права обращаться къ дополненію и исправленію разъ даннаго экспертами заключенія, я долженъ замѣтить, что если сейчасъ высказанное положеніе и вѣрно, т.-е. если выборъ средства дополненія и предоставляется полному усмотрѣнію суда, то по отношенію самаго права суда дополнять и исправлять заключеніе, тѣмъ не менѣе возникаетъ вопросъ о томъ: предоставляетъ ли нашъ уставъ и это право исключительно усмотрѣнію суда? На этотъ вопросъ можно, пожалуй, отвѣчать и утвердительно, если для разрѣшенія его принять въ основаніе слова статьи: „судъ можетъ потребовать“ и проч.; но если только для разрѣшенія его принять въ основаніе то общее правило права публичнаго, въ силу котораго право, предоставляемое закономъ извѣстному учрежденію, составляетъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, и его обязанность, то скорѣе слѣдуетъ, по моему мнѣнію, придти къ отвѣту отрицательному и признать, что судъ обязанъ прибѣгать къ исправленію разъ даннаго заключенія всякій разъ, какъ только найдетъ, что заключеніе свѣдущихъ людей до такой степени неполно или неопредѣлительно, что не можетъ быть принято, какъ доказательство, при оцѣнкѣ тѣхъ фактовъ, или разрѣшеніи тѣхъ вопросовъ, которые были предложены на разсмотрѣніе экспертовъ. Положеніе это должно быть принято, какъ мнѣ кажется, за общее правило по отношенію самаго права суда обращаться къ дополненію или исправленію разъ даннаго заключенія, а, затѣмъ, какъ на исключеніе изъ этого общаго правила, когда можетъ быть дѣйствительно предоставлено усмотрѣнію суда и не прибѣгать къ исправленію заключенія, несмотря на то, что оно по неполнотѣ его и не можетъ быть принято за доказательство, — можно указать только на случай, приводимый Побѣдоносцевымъ, который утверждаетъ, что судъ можетъ приступить къ рѣшенію дѣла и безъ новаго изслѣдованія: „когда при разсмотрѣніи заключенія, даннаго свѣдущими людьми по прежнему опредѣленію суда, судъ убѣдится изъ сего самаго заключенія, что изслѣдованіе предмета черезъ свѣдущихъ людей оказалось ненужнымъ или, по свойству предмета, невозможнымъ, или повелобы только къ замедленію производства и къ новымъ недоразумѣніямъ“ (Судебн. рук., тезисъ 951). Однимъ словомъ, право прибѣгать или не прибѣгать къ исправленію разъ даннаго заключенія можетъ быть предоставлено усмотрѣнію суда только въ тѣхъ случаяхъ, когда судъ найдетъ, что, несмотря на недостаточность экспертизы, дѣло представляетъ и безъ заключенія свѣдущихъ людей всѣ данныя къ правильному разрѣшенію его по существу. Во всякомъ случаѣ судъ, отказывая въ исправленіи или дополненіи экспертизы или посредствомъ назна-

ченія новой экспертизы, или посредствомъ вывоза тѣхъ же самыхъ экспертовъ для словесныхъ объясненій, если только объ исправленіи или дополненіи разъ даннаго заключенія просятъ стороны,—обязанъ, въ своемъ опредѣленіи, мотивировать такой отказъ. Несомнѣнно, что судъ въ правѣ, на основаніи правила разбираемой статьи, прибѣгать къ исправленію и дополненію первоначальной экспертизы не только по просьбѣ сторонъ, но и по своему собственному усмотрѣнію; дѣло только въ томъ, что какъ въ томъ, такъ и другомъ случаѣ исправленіе экспертизы можетъ быть назначено не иначе, какъ по опредѣленію суда, постановленному въ публичномъ засѣданіи, въ которомъ должно быть указано и то средство, которымъ судъ намѣренъ дополнить или исправить первоначальное изслѣдованіе, т.-е. должно быть указано: назначаетъ ли судъ новую экспертизу, или словесное объясненіе экспертовъ, произведшихъ изслѣдованіе. Кромѣ того, при назначеніи послѣдняго средства исправленія заключенія, въ опредѣленіи суда должны быть указаны и тѣ предметы или вопросы, которые недостаточно выяснены въ заключеніи экспертовъ и по которымъ, вслѣдствіе этого, отъ нихъ требуются дополнительныя объясненія. На томъ же основаніи, что исправленіе или дополненіе первоначальной экспертизы можетъ быть допускаемо не иначе, какъ по опредѣленію суда, необходимо признать, что членъ суда, которому было поручено производство изслѣдованія внѣ того города, гдѣ находится судъ, ни въ какомъ случаѣ не въ правѣ собственной своей властью прибѣгать къ исправленію экспертизы однимъ изъ способовъ, въ разбираемой статьѣ указанныхъ, какъ бы ни было заключеніе свѣдущихъ людей неполно и неопредѣлительно, но обязанъ представить полученное заключеніе на усмотрѣніе суда.

Относительно порядка дополненія или исправленія первоначальной экспертизы посредствомъ способовъ, въ правилѣ разбираемой статьи указанныхъ, мы не находимъ въ уставѣ никакихъ опредѣленій; но по отношенію собственно порядка производства вторичнаго изслѣдованія при посредствѣ вновь назначенныхъ свѣдущихъ людей, несомнѣнно слѣдуетъ принять къ руководству общія правила о производствѣ экспертизы. Это на томъ основаніи, что уставъ, дозволяя обращаться въ извѣстныхъ случаяхъ къ назначенію вторичной экспертизы, не указываетъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, никакихъ особыхъ правилъ, которыми бы слѣдовало руководствоваться при производствѣ вторичнаго изслѣдованія, изъ чего необходимо заключить, что при составленіи устава именно имѣлось въ виду, что вторичная экспертиза должна быть всегда производима по общимъ правиламъ, преподаннымъ въ уставѣ, безъ всякихъ отъ нихъ отступленій. Если это положеніе вѣрно, то необходимо также признать, что и вторичная экспертиза можетъ быть производима какъ черезъ экспертовъ, назначаемыхъ отъ суда, такъ и черезъ свѣдущихъ людей, избираемыхъ самими сторонами. Выводъ этотъ, по моему мнѣнію, не противорѣчитъ выраженію разбираемой статьи: „вновь назначенныхъ“, которое только на первый взглядъ можетъ подать поводъ предполагать, что вторичное изслѣдованіе должно быть производимо не иначе, какъ только черезъ свѣдущихъ людей, назначаемыхъ отъ суда, но которое на самомъ дѣлѣ такого значенія имѣть не можетъ, потому, во-первыхъ, что уставъ не употребляетъ слово „назначать“, какъ юридическій терминъ только въ опредѣленномъ значеніи, а, во-вторыхъ, еще болѣе потому, что слово „назачаются“ употребляется и въ правилѣ 518 ст., въ которомъ идетъ рѣчь о правѣ сторонъ избирать свѣдущихъ людей по ихъ взаимному согласію; изъ чего необходимо заключить, что на основаніи цитированнаго выраженія 526 ст. никоимъ образомъ нельзя полагать, чтобы нашъ уставъ непремѣнно требовалъ производить вторичное изслѣдованіе не иначе, какъ черезъ свѣдущихъ людей, назначаемыхъ судомъ и чтобы стороны были лишены права избирать

свѣдущихъ людей для производства вторичнаго изслѣдованія по взаимному согласію. Уставъ французскій (art. 322), изъ котораго представляется повидимому заимствованнымъ правило разбираемой статьи, дѣйствительно дозволяетъ производство вторичной экспертизы не иначе, какъ черезъ свѣдущихъ людей, назначаемыхъ отъ суда, но дѣло въ томъ, что ничего не указываетъ, чтобы составители уставовъ перенесли въ нашъ уставъ во всемъ объемѣ и безъ всякихъ измѣненій соотвѣтствующее правило устава французскаго, такъ что изъ одного только сходства статей обоихъ уставовъ въ настоящемъ случаѣ никакъ нельзя заключить, чтобы и нашъ уставъ воспрещалъ производство вторичной экспертизы черезъ свѣдущихъ людей, избираемыхъ сторонами. Если вторичное изслѣдованіе вообще должно быть производимо тѣмъ же порядкомъ, какой указанъ въ уставѣ по отношенію производства первоначальной экспертизы, то избраніе экспертовъ можетъ быть, конечно, предоставлено судомъ и одному изъ членовъ въ случаѣ, въ 524 ст. указанномъ, когда производство изслѣдованія должно быть произведено внѣ того города, въ которомъ находится судъ и проч.; дальнѣйшій же ходъ вторичной экспертизы долженъ слѣдовать правиламъ общимъ.

Что касается, далѣе, порядка, въ которомъ должны быть требуемы дополнительныя словесныя объясненія отъ экспертовъ, производившихъ первоначальное изслѣдованіе, то объясненія эти должны быть отбираемы отъ нихъ, кажется, не иначе, какъ въ публичномъ засѣданіи, въ присутствіи явившихся тяжущихся, приблизительно въ порядкѣ, установленномъ для допроса свидѣтелей, т.-е. объясненія отъ экспертовъ должны быть отбираемы отъ каждаго порознь, причемъ и сторонамъ должно быть предоставлено право предлагать имъ необходимые вопросы, могущіе содѣйствовать разъясненію даннаго экспертами заключенія. Затѣмъ, вся разница порядка допроса свидѣтелей и экспертовъ должна заключаться, кажется, только въ томъ, что показанія этихъ послѣднихъ судъ не обязанъ вносить въ протоколъ, по крайней мѣрѣ, правило разбираемой статьи, по отношенію объясненій экспертовъ, соблюденія подобнаго обряда не предписываетъ, изъ чего, по моему мнѣнію, никакъ нельзя заключить, чтобы объясненія экспертовъ, даваемыя въ засѣданіи, и вовсе не подлежали внесенію въ протоколъ; напротивъ, изъ молчанія правила разбираемой статьи о запискѣ въ протоколъ объясненій экспертовъ возможно придти только къ тому заключенію, что судъ ex officio не обязанъ вносить эти объясненія въ протоколъ цѣликомъ, но что судъ, по своему ли усмотрѣнію, или по просьбамъ сторонъ, обязанъ записывать въ протоколъ засѣданія тѣ мѣста объясненій экспертовъ, точное констатированіе которыхъ окажется необходимымъ для болѣе правильнаго разрѣшенія дѣла по существу. Кромѣ того, записка въ протоколъ словесныхъ объясненій экспертовъ необходима въ особенности въ тѣхъ случаяхъ, когда бы объясненія были отобраны отъ нихъ не самимъ судомъ, имѣющимъ въ производствѣ своемъ самое дѣло, а по порученію его другимъ судомъ, въ тѣхъ, напр., случаяхъ, когда по отдаленности мѣстожительства экспертовъ оказалось бы невозможнымъ вызвать ихъ въ судъ и когда, слѣдовательно, во избѣжаніе затрудненія, оказалось необходимымъ, въ силу правила 505 ст., поручить отобраніе отъ нихъ словесныхъ объясненій другому суду. Въ подобныхъ случаяхъ судъ, получившій порученіе, обязанъ записать въ протоколъ съ точностью всѣ отвѣты экспертовъ на вопросы, указанные въ опредѣленіи суда, давшаго порученіе, какъ вопросы, требующіе разъясненія допросомъ экспертовъ. Дополнительныя объясненія отъ экспертовъ могутъ быть требуемы независимо отъ того, какимъ способомъ было отобрано отъ нихъ заключеніе, т.-е. что дополнительныя объясненія могутъ быть отбираемы какъ отъ экспертовъ, давшихъ письменное заключеніе, такъ и давшихъ словесное заключеніе.

О возможности назначенія третьей экспертизы, при недостаточности

второй, уставъ ничего не говоритъ, изъ чего, по моему мнѣнію, слѣдуетъ заключить, что назначеніе третьей экспертизы нашъ уставъ не допускаетъ, что́ и понятно, такъ какъ допущеніе цѣлаго ряда послѣдовательныхъ экспертизъ увеличивало бы до огромной суммы издержки производства и до безконечности замедляло бы самое движеніе процесса. О возможности отобранія отъ экспертовъ, производившихъ вторичное изслѣдованіе, словесныхъ объясненій, правило разбираемой статьи также ничего не говоритъ; но, несмотря на это, мнѣ кажется возможнымъ предоставить суду право прибѣгать къ этому средству разъясненія заключенія и по производствѣ вторичнаго изслѣдованія, на томъ основаніи, что этотъ способъ дополненія заключенія не можетъ влечь за собой ни особой медленности производства, ни чрезмѣрнаго увеличенія издержекъ, между тѣмъ, какъ можетъ въ значительной степени служить раскрытію истины. Точно также мнѣ кажется возможнымъ и вообще допустить переходъ отъ одного способа исправленія заключенія къ другому при безуспѣшности перваго, вслѣдствіе отсутствія въ правилѣ разбираемой статьи всякаго воспрещенія въ этомъ отношеніи, на каковомъ основаніи суду должно быть предоставлено право, при недостаточности, напр., словесныхъ объясненій, отобранныхъ отъ экспертовъ, какъ къ средству исправленія заключенія, обратиться къ назначенію вторичной экспертизы.

Слѣдующія статьи заключаютъ въ себѣ правила о вознагражденіи свѣдущихъ людей за производство изслѣдованія.

Ст. 529. Свѣдущіе люди, за трудъ свой, за отвлеченіе отъ занятій и за издержки для изслѣдованія, могутъ требовать вознагражденія. Требованіе это заявляется на письмѣ или на словахъ, одновременно съ представленіемъ заключенія.

Ст. 530. Судъ опредѣляетъ сумму вознагражденія сообразно съ качествомъ труда, цѣною рабочихъ дней, дальностью переѣздовъ, употребленнымъ временемъ и другими уважительными обстоятельствами. Опредѣленіе суда подлежитъ немедленному исполненію.

Ст. 531. Жалобы свѣдущихъ людей на опредѣленіе суда относительно вознагражденія не допускаются.

Ст. 532. Вознагражденіе свѣдущихъ людей взыскивается первоначально съ той стороны, которая просила объ освидѣтельствованіи, либо съ каждой стороны поровну, если обѣ стороны о семъ просили или если изслѣдованіе назначено по усмотрѣнію суда.

Правило первой изъ приведенныхъ статей устанавливаетъ въ пользу свѣдущихъ людей право на вознагражденіе, причемъ, перечисляетъ и тѣ моменты, которые служатъ основаніемъ возникновенія этого права, или которыми обусловливается существованіе права на вознагражденіе; именно въ текстѣ статьи говорится: „свѣдущіе люди, за трудъ свой, за отвлеченіе отъ занятій и за издержки для изслѣдованія, могутъ требовать вознагражденія“ и проч. Трудъ, отвлеченіе отъ занятій и издержки изслѣдованія и составляютъ тѣ моменты, которые служатъ основаніемъ возникновенія права на вознагражденіе. Свѣдущіе люди могутъ, конечно, и правомъ на вознагражденіе, также точно, какъ и всякимъ другимъ правомъ, пользоваться или не пользоваться, по ихъ усмотрѣнію, вслѣдствіе чего, становится понятнымъ, почему правило разбираемой статьи словами: „могутъ требовать вознагражденія“, осуществленіе этого права ставитъ вполнѣ въ зависимость отъ требованія самихъ свѣдущихъ людей. Далѣе, правило разбираемой статьи указываетъ порядокъ и время предъявленія просьбъ о вознагражденіи; именно, оно дозволяетъ заявлять просьбы о вознагражденіи, какъ письменно, такъ и словесно, но, при этомъ, требуетъ только, чтобы просьбы о вознагражденіи были заявлены непремѣнно одновременно съ представленіемъ заключенія. Письменная просьба о вознагражденіи можетъ быть, кажется, писана на простой бумагѣ, а подана должна быть вмѣстѣ съ заключеніемъ предсѣдателю

суда, или члену, въ тѣхъ случаяхъ, когда производство изслѣдованія было поручено члену; тѣмъ же лицамъ должна быть заявлена и словесная просьба, которая, по заявленіи ея, и должна быть записана въ общій по дѣлу протоколъ. Никакихъ послѣдствій незаявленія экспертами просьбы о вознагражденіи въ срокъ, въ законѣ установленный, правило разбираемой статьи не указываетъ; но, несмотря на это, мнѣ кажется, что послѣдствіемъ несвоевременнаго заявленія просьбы о вознагражденіи долженъ быть отказъ въ вознагражденіи, на томъ основаніи, что срокъ, установленный на заявленіе просьбы о вознагражденіи правиломъ разбираемой статьи, не можетъ имѣть никакого другого значенія, какъ значеніе рѣшительнаго срока, или значеніе такого срока, который долженъ оказывать рѣшительное вліяніе на прекращеніе права свѣдущихъ людей на вознагражденіе.

Опредѣленіе количества вознагражденія правило слѣдующей 530 ст. предоставляетъ только суду, изъ чего необходимо заключить, что даже и въ тѣхъ случаяхъ, когда производство изслѣдованія поручается одному изъ членовъ суда, назначеніе вознагражденія также должно зависѣть отъ суда, а не отъ члена. Просьбы свѣдущихъ людей о вознагражденіи должны быть разрѣшаемы судомъ не иначе, какъ въ порядкѣ частномъ, но въ публичномъ засѣданіи, посредствомъ частныхъ опредѣленій. Что положеніе это вѣрно, то это лучше всего доказывается послѣдними словами разбираемой статьи: „опредѣленіе суда (о вознагражденіи) подлежитъ немедленному исполненію". Но что значатъ слова — „подлежитъ немедленному исполненію", и въ какомъ порядкѣ должно быть приводимо въ исполненіе опредѣленіе суда о вознагражденіи свѣдущихъ людей? Для разрѣшенія настоящаго вопроса мнѣ кажется возможнымъ принять къ руководству рѣшеніе сената 18 августа 1875 года, въ которомъ хотя и указывается собственно порядокъ взысканія вознагражденія свидѣтелямъ, но положенія котораго, тѣмъ не менѣе, по однородности дѣйствій, оказываются вполнѣ примѣняемы и по отношенію занимающаго насъ вопроса о порядкѣ вознагражденія свѣдущихъ людей. Въ этомъ рѣшеніи сенатъ призналъ, что вознагражденіе свидѣтелямъ должно быть взыскиваемо по распоряженію самого присутственнаго мѣста, опредѣлившаго вознагражденіе, безъ всякаго участія въ этихъ дѣйствіяхъ самихъ свидѣтелей, если только просьба о вознагражденіи была ими заявлена своевременно, но никакъ не по исполнительнымъ листамъ, по правиламъ объ исполненіи судебныхъ рѣшеній (рѣш. общ. собр. 1-го и кассац. депар. 1875 года, № 41). На основаніи этого положенія необходимо, по моему мнѣнію, признать, что и свѣдущіе люди, которымъ опредѣлено вознагражденіе, не обязаны брать исполнительный листъ на взысканіе вознагражденія и не обязаны сами ходатайствовать о приведеніи опредѣленія суда въ исполненіе, но что, напротивъ, судъ, постановившій опредѣленіе о вознагражденіи, обязанъ немедленно самъ привести его въ исполненіе, посредствомъ посылки приказа судебному приставу о взысканіи съ кого слѣдуетъ вознагражденія и выдачѣ такового свѣдущимъ людямъ.

Хотя опредѣленіе размѣра вознагражденія правило разбираемой статьи предоставляетъ суду, но изъ этого еще никакъ не слѣдуетъ заключать, чтобы законъ предоставлялъ въ этомъ случаѣ все полному и безконтрольному усмотрѣнію суда,—напротивъ, размѣръ вознагражденія ограничивается, во-первыхъ, самимъ закономъ, который, въ правилѣ 860 ст., указываетъ maximum и minimum вознагражденія, которые судъ переступать не въ правѣ, а во-вторыхъ, и правило разбираемой статьи указываетъ тѣ моменты, по соображенію которыхъ судъ обязанъ опредѣлять въ томъ или другомъ размѣрѣ количество вознагражденія, именно оно постановляетъ, что „судъ опредѣляетъ сумму вознагражденія сообразно съ качествомъ труда, цѣною рабочихъ дней, дальностью переѣздовъ, употребленнымъ временемъ и другими

уважительными обстоятельствами". Кромѣ того, по поводу опредѣленія вознагражденія свѣдущимъ людямъ, я долженъ еще сказать, что изъ сопоставленія правила разбираемой статьи и постановленій 860 и 862 ст. оказывается, что свѣдущимъ людямъ должно быть опредѣляемо вознагражденіе не только за ихъ трудъ собственно по производству изслѣдованія въ размѣрѣ, въ 860 ст. указанномъ, но что имъ должны быть возмѣщаемы также: во-первыхъ, издержки на проѣздъ, въ видѣ прогонныхъ денегъ, въ размѣрѣ, въ 862 ст. указанномъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда они вызываются изъ мѣста ихъ жительства, находящагося внѣ того города, въ которомъ находится судъ, и во-вторыхъ, имъ должны быть возмѣщены издержки, понесенные ими на самое производство изслѣдованія, т.-е. издержки, употребленныя ими, напр., на покупку химическихъ препаратовъ или иныхъ какихъ-либо матеріаловъ, необходимыхъ для производства изслѣдованія, и тому подобное. Хотя въ правилѣ разбираемой статьи между прочимъ и сказано, что „судъ опредѣляетъ сумму вознагражденія сообразно съ качествомъ труда", но изъ этого возможно только сдѣлать тотъ выводъ, что размѣръ вознагражденія долженъ быть опредѣляемъ сообразно достоинству труда экспертовъ, или лучше сказать, смотря по сложности и трудности изслѣдованія, но ни въ какомъ случаѣ нельзя заключить, чтобы законъ ставилъ право свѣдущихъ людей на вознагражденіе въ зависимость отъ годности ихъ заключенія, или въ зависимость отъ того, можетъ ли быть данное ими заключеніе принято за доказательство или нѣтъ. На этомъ основаніи слѣдуетъ придти къ тому заключенію, что вознагражденіе свѣдущимъ людямъ должно быть назначаемо даже и въ тѣхъ случаяхъ, когда бы судъ, по недостаточности акта заключенія, постановилъ произвести вторичное изслѣдованіе черезъ другихъ свѣдущихъ людей.

Какъ правило 529 ст., такъ и постановленіе 860 ст. говорятъ только о вознагражденіи свѣдущихъ людей за производство изслѣдованія и за представленіе ими заключенія, между тѣмъ, какъ эксперты въ случаѣ, указанномъ въ 526 ст., могутъ быть еще вызываемы въ судъ для дачи словесныхъ объясненій, вслѣдствіе чего, и возникаетъ вопросъ о томъ: въ правѣ ли эксперты требовать особаго добавочнаго вознагражденія именно за это дѣйствіе? Мнѣ кажется, что вслѣдствіе того, что вызовъ экспертовъ въ судъ для дачи словесныхъ объясненій вызывается не чѣмъ инымъ, какъ недостаточностью ихъ же заключенія, имъ должно быть отказано въ правѣ на добавочное вознагражденіе, за исключеніемъ назначенія прогонныхъ денегъ за проѣздъ въ судъ въ тѣхъ случаяхъ, когда бы они были вызваны изъ мѣста ихъ жительства, находящагося внѣ того города, въ которомъ находится судъ.

„Жалобы свѣдущихъ людей на опредѣленіе суда относительно вознагражденія", какъ постановляетъ правило 531 ст., „не допускаются". Постановленіе это слѣдуетъ, кажется, понимать въ томъ смыслѣ, что имъ воспрещается свѣдущимъ людямъ обжаловать только такія опредѣленія суда, которыми имъ присуждено извѣстное вознагражденіе, или другими словами, что правиломъ разбираемой статьи воспрещается свѣдущимъ людямъ жаловаться собственно относительно размѣра присужденнаго имъ опредѣленіемъ суда вознагражденія, но что на полный отказъ суда въ назначеніи имъ вознагражденія они ни въ какомъ случаѣ не лишаются права приносить жалобы судебной палатѣ. Положеніе это я основываю на томъ соображеніи, что постановленіе разбираемой статьи слѣдуетъ считать не за самостоятельное правило, а только за исключеніе изъ того общаго правила, о которомъ мнѣ уже не разъ приходилось говорить въ предшествующемъ изложеніи и которое заключается въ томъ, что всѣ опредѣленія низшаго суда должны считаться подлежащими обжалованію, за исключеніемъ тѣхъ случаевъ, въ которыхъ воспрещеніе обжалованія прямо выражено въ законѣ; если же мы обратимъ

вниманіе на случаи, которые должны считаться дѣйствительно предусмотрѣнными правиломъ разбираемой статьи и до которыхъ должно собственно относиться заключающееся въ ней воспрещеніе обжаловать опредѣленія суда о вознагражденіи, — случаи, которые могутъ быть, однако же, опредѣлены съ точностью не иначе; какъ при сопоставленіи и толкованіи правила этой статьи въ связи съ постановленіями статей предъидущихъ, которыя предоставляютъ суду право только опредѣлять размѣръ вознагражденія, но не право вовсе отказывать свѣдущимъ людямъ въ назначеніи вознагражденія, разумѣется, если просьба о назначеніи вознагражденія была ими заявлена своевременно, то изъ соображенія этихъ случаевъ слѣдуетъ заключить, что законъ, говоря о правѣ суда постановлять опредѣленія только относительно размѣра вознагражденія, имѣлъ, конечно, тѣмъ самымъ въ виду и воспрещеніе, включенное въ правило 531 ст., отнести только къ праву обжаловать именно сейчасъ указанныя опредѣленія, но не другія, и если мы примемъ, наконецъ, во вниманіе, что правило этой статьи, какъ исключеніе, должно имѣть значеніе лимитативное и, потому, должно быть распространяемо только на случаи, до которыхъ оно, по смыслу статей предъидущихъ, только и можетъ имѣть отношеніе,—то въ окончательномъ выводѣ у насъ и получается высказанное мной положеніе о томъ, что свѣдущимъ людямъ должно быть предоставлено право обжаловать такія опредѣленія суда, которыми судъ вовсе отказываетъ имъ въ назначеніи вознагражденія. Самыя жалобы въ подобныхъ случаяхъ должны быть подаваемы въ порядкѣ, установленномъ вообще для принесенія частныхъ жалобъ, но излагаемы могутъ быть жалобы эти, кажется, на простой бумагѣ.

Наконецъ, правило послѣдней изъ приведенныхъ статей заключаетъ въ себѣ постановленіе о распредѣленіи между сторонами процесса издержекъ по производству изслѣдованія. По ясности и простотѣ, правило это не возбуждаетъ недоумѣнія и для полнаго уразумѣнія его достаточно одного изложенія текста его; именно, оно постановляетъ, что вознагражденіе въ пользу свѣдущихъ людей взыскивается первоначально или съ той стороны, которая просила о производствѣ экспертизы, или съ обѣихъ сторонъ поровну, если о производствѣ изслѣдованія просили обѣ стороны или когда производство изслѣдованія было назначено по усмотрѣнію суда. Въ двухъ послѣднихъ случаяхъ вознагражденіе въ пользу свѣдущихъ людей, а равно и другія издержки по производству изслѣдованія, напр., прогоны на проѣздъ члена суда, когда изслѣдованіе должно быть произведено внѣ того города, въ которомъ находится судъ, должны быть, конечно, распредѣлены поровну не между тяжущимися, но между сторонами, т.-е. поровну между истцами и отвѣтчиками, безъ всякаго отношенія къ тому, сколько лицъ стоитъ на той или другой сторонѣ, такъ что половина издержекъ должна быть обращаема на всѣхъ истцовъ или отвѣтчиковъ вмѣстѣ; если же за одной изъ сторонъ процесса будетъ признано право бѣдности, то половина издержекъ, въ силу 887 ст., должна быть обращена на счетъ казны. Выраженіе разбираемой статьи „взыскивается первоначально“, слѣдуетъ понимать, конечно, въ томъ смыслѣ, что издержки по производству изслѣдованія взыскиваются, по правилу этой статьи, только до постановленія судомъ рѣшенія по существу дѣла, но что по окончательномъ рѣшеніи издержки эти во всякомъ случаѣ могутъ быть обращены по требованію стороны оправданной на сторону, обвиненную рѣшеніемъ.

Перехожу къ разсмотрѣнію послѣдней статьи настоящаго параграфа, заключающей въ себѣ правило объ оцѣнкѣ судомъ даннаго свѣдущими людьми заключенія.

Ст. 533. Судъ не обязанъ подчиняться мнѣнію свѣдущихъ людей, несогласному съ достовѣрными обстоятельствами дѣла

Огромное большинство современныхъ юристовъ Запада и въ томъ числѣ Бонье стоятъ за принципъ необязательности для суда заключенія экспертовъ (Traité des preuves, изд. 4, т. I, стр. 136); они утверждаютъ, что заключеніе экспертовъ, также точно, какъ и всякій другой способъ доказательства, должно подлежать, по внутреннему его содержанію, свободной оцѣнкѣ судей и нисколько не должно связывать ихъ убѣжденіе; однимъ словомъ, принципъ необязательности для суда мнѣнія экспертовъ можно считать въ настоящее время въ наукѣ почти общепринятымъ. Вслѣдъ за наукой начало это усвоено и положительными законодательствами, какъ западно-европейскими, такъ и нашимъ уставомъ; дѣло только въ томъ, что нѣкоторыя законодательства предоставляютъ суду большій просторъ въ отношеніи оцѣнки заключенія экспертовъ; другія же указываютъ извѣстныя границы праву суда въ этомъ отношеніи. Такъ, напр., уставъ французскій постановляетъ, что судьи вообще не обязаны подчиняться мнѣнію экспертовъ противъ своего убѣжденія (art. 323). Очевидно, что такимъ постановленіемъ уставъ французскій предоставляетъ суду самый широкій просторъ въ отношеніи оцѣнки заключенія экспертовъ; напротивъ, нашъ уставъ, постановляя въ правилѣ приведенной статьи, что „судъ не обязанъ подчиняться мнѣнію свѣдущихъ людей, *несогласному* съ достовѣрными обстоятельствами дѣла“, значительно ограничиваетъ право суда въ этомъ отношеніи, потому что опредѣляетъ тѣ случаи, когда судъ не обязанъ подчиняться мнѣнію свѣдущихъ людей Слова 533 ст.—„несогласному съ достовѣрными обстоятельствами дѣла“—точно указываютъ, что судъ тогда только въ правѣ не согласиться съ заключеніемъ экспертовъ, когда, по убѣжденію суда, оно окажется несогласнымъ съ достовѣрными обстоятельствами дѣла, т.-е. когда судъ, изъ сопоставленія выводовъ, сдѣланныхъ экспертами, съ фактами, выяснившимися во время производства дѣла, усмотритъ, что выводы, сдѣланные экспертами, какъ бы противорѣчатъ матеріальной истинѣ, тѣми фактами обнаруженной, или другими словами, когда судъ убѣдится, что на основаніи даннаго положенія вещей логически невозможно придти къ тѣмъ выводамъ, къ которымъ пришли эксперты въ ихъ заключеніи. Поводами къ несогласію съ заключеніемъ экспертовъ могутъ быть, между прочимъ, и случаи, указанные Побѣдоносцевымъ, именно—когда судъ усмотритъ, что заключеніе экспертовъ основано на невѣрныхъ данныхъ, или когда сами свѣдущіе люди изложили заключеніе съ оговорками и сомнѣніями, условно, или въ противорѣчивыхъ мнѣніяхъ. При этомъ, я не могу, однако же, не замѣтить, что въ случаяхъ разногласія экспертовъ, когда бы нѣкоторые изъ нихъ подали особое мнѣніе, несогласное съ заключеніемъ большинства, суду должно быть предоставлено право, на основаніи разбираемой статьи, согласиться какъ съ заключеніемъ большинства, такъ равно и съ мнѣніемъ меньшинства, смотря по тому, которое изъ двухъ мнѣній покажется суду болѣе убѣдительнымъ и смотря по тому, которое изъ нихъ судъ найдетъ болѣе согласнымъ съ достовѣрными обстоятельствами дѣла, на томъ основаніи, что если правиломъ разбираемой статьи предоставляется суду право вовсе не соглашаться съ заключеніемъ всѣхъ экспертовъ, то, тѣмъ болѣе, ему должно быть предоставлено право не соглашаться съ мнѣніемъ нѣкоторыхъ изъ нихъ, вслѣдствіе чего, по моему мнѣнію, и нельзя видѣть никакого нарушенія правила 533 ст. въ тѣхъ случаяхъ, когда бы судъ отдалъ въ своемъ рѣшеніи предпочтеніе мнѣнію меньшинства и съ нимъ согласился. По какому бы, однако же, поводу судъ не счелъ возможнымъ согласиться съ заключеніемъ экспертовъ, онъ обязанъ, какъ справедливо замѣтили Побѣдоносцевъ (Судеб. руков., тезисъ 950), Малышевъ (Курсъ гражд. суд., изд. 2, т. 1, стр. 324) и Гольмстенъ (Учеб. гражд. суд., стр. 182) дать себѣ строгій отчетъ въ томъ, по какимъ собственно основаніямъ считаетъ заключеніе экспертовъ неубѣдительнымъ и выяснить, затѣмъ, эти основанія въ рѣшеніи.

Соблюденіе этого требованія необходимо какъ для убѣдительности самаго рѣшенія, такъ еще болѣе для того, чтобы имѣть возможность судить о томъ—имѣлъ ли судъ достаточныя основанія не соглашаться съ заключеніемъ свѣдущихъ людей, въ силу правила 533 ст. Не соглашаясь съ мнѣніемъ экспертовъ, судъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, отвергаетъ, конечно, ихъ заключеніе, какъ доказательство, иногда быть можетъ къ значительному ущербу для интересовъ которой-либо изъ сторонъ процесса; во избѣжаніе чего судъ, мнѣ кажется, поступитъ благоразумнѣе, если, прежде чѣмъ отвергнуть заключеніе свѣдущихъ людей, исчерпаетъ всѣ средства исправленія или дополненія заключенія, или посредствомъ словесныхъ объясненій экспертовъ, или посредствомъ назначенія вторичной экспертизы.

Оканчивая разсмотрѣніе правилъ нашего устава объ экспертизѣ, я долженъ еще въ заключеніе обратиться къ указанію тѣхъ послѣдствій, которыми должны сопровождаться нарушенія, или несоблюденіе тѣхъ или другихъ правилъ, опредѣляющихъ порядокъ производства экспертизы. Прежде, однако же, чѣмъ обратиться къ опредѣленію самыхъ послѣдствій тѣхъ или другихъ нарушеній, я долженъ еще остановиться на указаніи тѣхъ условій, при наличности которыхъ наступленіе тѣхъ или другихъ послѣдствій нарушеній только и возможно. Условія эти, по моему мнѣнію, должны быть тѣ же самыя, которыя мной разсмотрѣны подробно при комментированіи правилъ нашего устава о порядкѣ допроса свидѣтелей и наличность которыхъ необходима для того, чтобы жалоба на нарушеніе могла подлежать удовлетворенію. Если мы также припомнимъ, что цѣль подобной жалобы можетъ заключаться не въ чемъ иномъ, какъ въ домогательствѣ исправленія упущенія путемъ передопроса свидѣтелей, и если примемъ затѣмъ во вниманіе, что и цѣль жалобы на нарушеніе правилъ о производствѣ экспертизы также должна заключаться не въ чемъ иномъ, какъ въ домогательствѣ исправленія заключенія, посредствомъ способовъ, въ 526 ст. указанныхъ, т.-е. посредствомъ производства вторичной экспертизы, или, если возможно, посредствомъ отобранія отъ экспертовъ, производившихъ изслѣдованіе, дополнительныхъ словесныхъ объясненій,—то мы будемъ имѣть еще одинъ аргументъ въ подтвержденіе высказаннаго сейчасъ положенія о необходимости, для успѣха жалобы на нарушеніе правилъ о производствѣ экспертизы, наличности условій, указанныхъ мной при разсмотрѣніи правилъ о допросѣ свидѣтелей, потому что одинаковость цѣли можетъ, во многихъ случаяхъ, обусловливать и сходство путей, ведущихъ къ достиженію этой цѣли. Условія же эти заключаются въ слѣдующемъ: а) необходимость жалобы одной изъ сторонъ на нарушенія; б) чтобы допущенныя нарушенія оказывали существенное вліяніе на интересы жалующагося, что въ свою очередь можетъ имѣть мѣсто въ тѣхъ случаяхъ, когда бы заключеніе экспертовъ, несмотря на допущенныя отступленія отъ указаннаго въ законѣ порядка производства изслѣдованія, было принято за доказательство; или, наоборотъ, когда бы или уже данное экспертами заключеніе было неправильно отвергнуто, какъ доказательство, или же вовсе не было допущено производство изслѣдованія, когда оно представлялось необходимымъ и, притомъ, единственнымъ средствомъ къ раскрытію истины, и в) чтобы тѣ или другія нарушенія были своевременно констатированы судебнымъ протоколомъ, по заявленію заинтересованной стороны. Въ силу того, что для наступленія послѣдствій нарушеній необходимо, чтобы нарушенія оказывали существенное вліяніе на интересы жалующейся стороны, слѣдуетъ признать, что только нарушенія правилъ, имѣющихъ также существенное значеніе въ порядкѣ производства изслѣдованія, должны влечь за собой исправленіе заключенія, или признаніе въ нѣкоторыхъ случаяхъ недѣйствительнымъ первоначальнаго изслѣдованія. Вопросъ о томъ—нарушенія какихъ правилъ о порядкѣ производства экспертизы должны считаться су-

щественными и, потому, могущими вести къ отмѣнѣ рѣшенія, нашей судебной практикой вовсе еще не разработанъ; я же съ своей стороны полагаю, что существенными должны считаться нарушенія только такихъ правилъ, которыми устанавливаются тѣ или другія гарантіи правильности, полноты и безпристрастія заключенія экспертовъ. На этомъ основаніи слѣдуетъ, по моему мнѣнію, относить къ числу существенныхъ нарушеній, напр., нарушенія слѣдующихъ правилъ: а) невызовъ сторонъ къ производству изслѣдованія, согласно правилу 501 ст., когда, впрочемъ, жалующаяся сторона не могла знать о времени и мѣстѣ производства изъ опредѣленія суда о назначеніи экспертизы (нарушеніе правила о вызовѣ сторонъ къ производству изслѣдованія считается существеннымъ и французской судебной практикой, рѣшенія которой приведены у Боатара въ его Leçons); б) допущеніе къ производству изслѣдованія въ качествѣ эксперта лица неспособнаго, напр., лишеннаго всѣхъ правъ состоянія, или несовершеннолѣтняго, или лица, противъ котораго былъ предъявленъ основательный отводъ; в) назначеніе для производства изслѣдованія экспертовъ въ числѣ, напр., двухъ, въ противность правилу 519 ст., если на то не было согласія сторонъ; г) порученіе производства изслѣдованія одному эксперту въ то время, когда ихъ было избрано или назначено нѣсколько (примѣръ существеннаго нарушенія, взятый изъ французской судебной практики, ссылки на которую имѣются у Боатара); д) составленіе экспертами акта заключенія не въ мѣстѣ производства изслѣдованія, напр. не въ судѣ, или не въ томъ мѣстѣ, гдѣ былъ производимъ осмотръ на мѣстѣ при участіи свѣдущихъ людей, а на дому, потому что и въ этихъ случаяхъ возможно болѣе или менѣе основательное опасеніе за безпристрастіе заключенія экспертовъ, на основаніи того предположенія, что, составляя заключеніе на дому, эксперты могли очень легко дѣйствовать не только подъ посторонниимъ вліяніемъ, но даже подъ вліяніемъ одной изъ сторонъ (изъ рѣшеній, приведенныхъ у Рогрона, видно, что и французская судебная практика считаетъ иногда указанное нарушеніе существеннымъ, хотя рѣшенія ея по этому предмету противорѣчивы. Code de proc. civ. expl., изд. 10, т. I, стр. 801); е) приглашеніе самими свѣдущими людьми къ участію въ производствѣ изслѣдованія другихъ экспертовъ, судомъ неназначенныхъ и составленіе заключенія при ихъ участіи (нарушеніе это считаетъ существеннымъ, повидимому, и Побѣдоносцевъ, по крайней мѣрѣ, онъ утверждаетъ, что свѣдущіе люди поступать такимъ образомъ не въ правѣ. Судеб. рук., тезисъ 946); ж) отобраніе отъ экспертовъ словеснаго заключенія вмѣсто письменнаго, внѣ условій допустимости словеснаго заключенія, въ 525 ст. указанныхъ, на томъ основаніи, что письменный способъ дачи заключенія установленъ именно съ цѣлью достиженія большей полноты и правильности заключенія; з) безосновательный отказъ въ исправленіи и дополненіи заключенія въ случаѣ недостаточности его, посредствомъ способовъ, въ 526 ст. указанныхъ; и) непринятіе заключенія экспертовъ за доказательство, внѣ условій, въ 533 ст. указанныхъ, и тому подобныя нарушенія. Впрочемъ, на самыя крупныя и существенныя нарушенія уже обращено вниманіе и практикой нашего сената; такъ сенатъ правильно призналъ существеннымъ нарушеніемъ правила 122 ст., или все равно 515 ст., тѣ случаи, когда судъ отказываетъ въ назначеніи экспертизы, когда этотъ способъ доказательства представляется необходимымъ и, притомъ, единственнымъ средствомъ къ раскрытію истины (рѣш. 1877 года, № 241); затѣмъ, сенатъ считаетъ за существенное нарушеніе принятіе судомъ за доказательство такого заключенія экспертовъ, которое было составлено ими совершенно внѣ порядка, въ уставѣ указаннаго, именно— когда заключеніе было составлено экспертами, приглашенными для изслѣдованія частно самими тяжущимися, актъ какового заключенія, представленный къ дѣлу самими тяжущимися, былъ принятъ судомъ за доказательство

(рѣш. 1871 года, № 7). Для примѣра нарушеній несущественныхъ я укажу на слѣдующія: а) неполнота опредѣленія суда о назначеніи экспертизы и принятіе, вслѣдствіе этого, судомъ заключенія экспертовъ за доказательство по такимъ вопросамъ, которые не были указаны въ опредѣленіи; б) неназначеніе члена суда для наблюденія за производствомъ изслѣдованія, въ случаяхъ, въ 517 ст. указанныхъ, потому, во-первыхъ, что принятіе или непринятіе этой мѣры предоставляется вполнѣ усмотрѣнію суда, а во-вторыхъ, потому, что и самое принятіе этой мѣры нисколько не можетъ содѣйствовать полнотѣ заключенія и не можетъ гарантировать безпристрастіе его; в) назначеніе судомъ экспертовъ непосредственно по его усмотрѣнію, когда стороны положительно не домогались предоставленія имъ права избранія экспертовъ по ихъ взаимному согласію; г) назначеніе самимъ судомъ, или предоставленіе сторонамъ права избранія экспертовъ въ большемъ числѣ, чѣмъ то дозволено правиломъ 519 ст.; д) неправильное распредѣленіе между сторонами издержекъ по производству изслѣдованія и тому подобныя.

§ 10. Общія правила о повѣркѣ письменныхъ доказательствъ.

Комментируя общія правила о повѣркѣ доказательствъ, я имѣлъ уже случай замѣтить, что только правила о повѣркѣ письменныхъ доказательствъ могутъ быть названы собственно правилами о повѣркѣ, такъ какъ, только этими правилами опредѣляется порядокъ и указываются способы повѣрки другихъ, уже представленныхъ къ дѣлу доказательствъ. Не всѣ однако же правила, относящіяся до повѣрки письменныхъ доказательствъ, установлены съ одинаковой цѣлью и имѣютъ одинаковое значеніе; напротивъ, если мы обратимъ вниманіе на постановленія 534 и 541 ст., то намъ нетрудно будетъ убѣдиться въ томъ, что правила эти по ихъ содержанію распадаются на двѣ различныя категоріи. Къ первой категоріи должны быть отнесены, по моему мнѣнію, правила, которыми опредѣляется порядокъ повѣрки въ тѣхъ случаяхъ, когда никакого спора противъ подлинности представленныхъ къ дѣлу документовъ нѣтъ, но когда представляется только необходимость, съ цѣлью лучшаго констатированія спорныхъ фактовъ, сопоставить и свѣрить представленные къ дѣлу документы по ихъ содержанію съ другими, или имѣющими съ ними тѣсную связь, когда представленные къ дѣлу документы являются не болѣе, какъ заимствованіемъ изъ этихъ послѣднихъ, или когда представляется необходимость въ сличеніи представленныхъ къ дѣлу актовъ съ ихъ подлинниками. Ко второй категоріи, напротивъ, должны быть отнесены всѣ остальныя правила, которыми опредѣляется порядокъ повѣрки письменныхъ доказательствъ въ тѣхъ случаяхъ, когда возникаетъ споръ собственно противъ подлинности представленныхъ къ дѣлу документовъ и которыя только частью помѣщены въ настоящемъ параграфѣ, спеціально же уставъ излагаетъ ихъ въ двухъ слѣдующихъ параграфахъ. Я займусь сперва разсмотрѣніемъ правилъ первой категоріи, изложенныхъ въ 534—540 ст., и обращусь, прежде всего, къ толкованію первой изъ этихъ статей.

Ст. 534. Повѣрка записокъ и счетовъ съ подлинными книгами и актами производится въ случаѣ надобности, по назначенію суда, однимъ изъ Членовъ, либо въ самомъ судѣ, либо въ томъ мѣстѣ, гдѣ акты и книги находятся.

Комментируя правила 263 и 264 ст., мы видѣли уже, что сторонамъ предоставляется право представлять, вмѣсто подлинныхъ документовъ, не только копіи ихъ, ими самими засвидѣтельствованныя, но даже только выписки изъ документовъ обширныхъ, какъ напр., торговыхъ книгъ, реестровъ и тому подобное. Очевидно, что подобные документы, какъ исходящіе отъ

самой стороны, которая основываетъ на нихъ свои права, не имѣютъ и не могутъ быть принимаемы сами по себѣ въ значеніи актовъ, имѣющихъ доказательную силу, безъ согласія на то стороны противной; между тѣмъ, какъ эти же самые документы, будучи сличены и свѣрены по ихъ содержанію съ дѣйствительными актами, т.-е. ихъ подлинниками, или актами, изъ которыхъ они заимствованы и съ которыми они находятся въ тѣсной связи, могутъ получить, при посредствѣ этихъ послѣднихъ, значеніе достовѣрныхъ письменныхъ доказательствъ. Изъ сказаннаго слѣдуетъ, кажется, заключить, что правило приведенной статьи установлено именно съ тою цѣлью, чтобы дать тяжущимся возможность воспользоваться, въ случаѣ надобности, несовершенными письменными доказательствами, которымъ путемъ повѣрки можетъ быть сообщено значеніе документовъ, могущихъ имѣть полную доказательную силу. Если такова дѣйствительно цѣль, съ которой включено въ уставъ правило разбираемой статьи, то намъ будетъ нетрудно также убѣдиться и въ томъ, что заключающееся въ ней правило, въ отношеніи опредѣленія актовъ, подлежащихъ повѣркѣ, редактировано далеко не точно, и неточность эта, по моему мнѣнію, заключается именно въ томъ, что выраженіе статьи: „повѣрка записокъ и счетовъ съ подлинными актами и книгами“ и проч., по его буквальному смыслу, можетъ подать поводъ предполагать, что указаніе актовъ, подлежащихъ повѣркѣ, по правилу этой статьи, сдѣлано въ немъ taxative, каковое предположеніе, однако же, никоимъ образомъ допущено быть не можетъ. Напротивъ, если имѣть въ виду только что указанную цѣль правила 534 ст., то скорѣе слѣдуетъ придти къ тому заключенію, что перечисленіе актовъ, заключающееся въ этой статьѣ, сдѣлано enonciative, тѣмъ болѣе, что правилами послѣдующихъ статей, относящихся къ одной и той же категоріи правилъ о повѣркѣ письменныхъ доказательствъ и служащихъ какъ бы дополненіемъ правила 534 ст., допускается съ той же самой цѣлью, съ какой допускается и повѣрка актовъ, указанныхъ въ этой статьѣ, повѣрка переводовъ съ подлинными актами, писанными на иностранномъ языкѣ, изъ чего становится очевиднымъ, что правило 534 ст., взятое отдѣльно, ни въ какомъ случаѣ не заключаетъ само въ себѣ полнаго перечисленія актовъ, могущихъ подлежать повѣркѣ. Признавая по этимъ основаніямъ, что таково должно быть настоящее значеніе правила этой статьи въ отношеніи опредѣленія актовъ, могущихъ подлежать повѣркѣ, слѣдуетъ, конечно, допустить, что, въ силу правила этой статьи, можетъ быть назначаема не только повѣрка записокъ и счетовъ, но и повѣрка всякаго рода представляемыхъ къ дѣлу документовъ, не могущихъ имѣть значенія совершенныхъ письменныхъ доказательствъ, какъ напр., повѣрка копій съ подлинными актами, выписокъ съ книгами, актовъ либеративныхъ, какъ напр., квитанцій или приказовъ объ отпускѣ съ талонной книгой стороны противной, и тому подобное.

Далѣе, правило разбираемой статьи не указываетъ никакихъ условій, которыми бы ограничивались случаи допустимости повѣрки, а говоритъ только: „повѣрка производится въ случаѣ надобности по назначенію суда“, изъ чего необходимо заключить, что повѣрка тѣхъ или другихъ документовъ можетъ быть назначаема судомъ всякій разъ, какъ только судъ найдетъ и признаетъ, что представленные къ дѣлу документы, безъ сличенія и провѣрки ихъ съ другими документами, по ихъ содержанію, не могутъ служить достаточнымъ доказательствомъ тѣхъ или другихъ спорныхъ фактовъ. Несмотря, впрочемъ, на отсутствіе въ правилѣ разбираемой статьи условій, могущихъ ограничивать случаи допустимости повѣрки, я не могу однако же не указать на одно обстоятельство, которое, по моему мнѣнію, должно служить условіемъ, ограничивающимъ допустимость повѣрки Именно, при комментированіи 499 ст., которая заключаетъ въ себѣ одно изъ общихъ пра-

вилъ, относящихся до повѣрки доказательствъ, мы видѣли, что судъ вообще въ правѣ назначать повѣрку только тѣхъ доказательствъ, по которымъ объявленъ споръ, изъ чего необходимо заключить, что и повѣрку тѣхъ письменныхъ доказательствъ, противъ доказательнаго значенія которыхъ никакого спора не заявлено, судъ назначать не въ правѣ. Кромѣ того, изъ сопоставленія правилъ 534 и 499 ст. оказывается, что въ случаѣ заявленія спора противъ значенія тѣхъ или другихъ документовъ, какъ доказательства, судъ въ правѣ назначить повѣрку ихъ, какъ по собственному усмотрѣнію ex officio, такъ и по просьбѣ той или другой стороны. Повѣрка письменныхъ доказательствъ можетъ быть назначена судомъ, конечно, не иначе, какъ судебнымъ опредѣленіемъ, постановленнымъ въ публичномъ засѣданіи. Хотя правило разбираемой статьи ничего не говоритъ о содержаніи опредѣленія суда о назначеніи повѣрки, но, несмотря на это, не можетъ быть никакого сомнѣнія въ томъ, что и это опредѣленіе, также точно, какъ и опредѣленіе, напр., о назначеніи экспертизы, должно заключать въ себѣ указаніе на все то, чего судъ или стороны домогаются достигнуть путемъ повѣрки, а равно указаніе на время, мѣсто, средства, избранныя судомъ для повѣрки, и тому подобное. На этомъ основаніи въ опредѣленіи суда о назначеніи повѣрки должны быть указаны, прежде всего, документы, подлежащіе повѣркѣ, а равно документы, съ которыми представленные уже документы должны быть свѣрены, затѣмъ, указаны тѣ результаты, которые судъ ожидаетъ отъ повѣрки, указано, напр., что путемъ повѣрки долженъ быть выведенъ балансъ, могущій служить подтвержденіемъ размѣра требованія и тому подобное; указаны также средства повѣрки, т.-е. должна ли быть произведена повѣрка при участіи свѣдущихъ людей, или документы должны быть отосланы для повѣрки въ какое-либо учрежденіе по правилу 540 ст. и проч. Самое производство повѣрки правило разбираемой статьи дозволяетъ поручать одному изъ членовъ суда, но не можетъ быть, кажется, сомнѣнія и въ томъ, что производство повѣрки можетъ быть назначено и въ присутствіи цѣлаго суда, или, въ случаѣ надобности, можетъ быть поручаемо, на основаніи правила 505 ст., другому суду. Въ отношеніи мѣста производства повѣрки правило 534 ст. постановляетъ, что повѣрка можетъ быть производима: „либо въ самомъ судѣ, либо въ томъ мѣстѣ, гдѣ акты и книги находятся“. Документы, необходимые для повѣрки, должны быть указаны, или по невозможности доставлены, конечно, или самой стороной, просившей о назначеніи повѣрки, либо по требованію ея стороной противной, или даже третьимъ, не участвующимъ въ дѣлѣ, лицомъ, а также тѣми или другими правительственными установленіями.

Правилами слѣдующихъ статей опредѣляется порядокъ производства повѣрки въ тѣхъ случаяхъ, когда оно поручается одному изъ членовъ суда, безъ участія свѣдущихъ людей.

Ст. 535. Стороны извѣщаются о времени сей повѣрки и могутъ при ней присутствовать.

Ст. 536. Свѣренные разсчеты скрѣпляются по листамъ и подписываются присутствовавшими при повѣркѣ тяжущимися и Членомъ суда. Если въ дѣлѣ участвуетъ нѣсколько истцовъ или отвѣтчиковъ, то скрѣпа по листамъ можетъ быть произведена однимъ лицомъ съ каждой стороны, по избранію прочихъ.

Ст. 537. По окончаніи повѣрки долженъ быть составленъ протоколъ, съ означеніемъ, въ чемъ заключаются безспорныя и въ чемъ спорныя статьи разсчетовъ.

Правило первой изъ этихъ статей, предписывающее о времени повѣрки извѣщать стороны, есть не что иное, какъ повтореніе общаго правила, выраженнаго въ 501 ст., которое уже было объяснено въ своемъ мѣстѣ. Правило слѣдующей 536 ст. говоритъ только о порядкѣ скрѣпленія свѣренныхъ разсчетовъ, но въ отношеніи самаго порядка повѣрки не содержитъ никакихъ

опредѣленій; изъ чего возможно заключить, что повѣрка всегда должна производиться не иначе, какъ по общимъ правиламъ о повѣркѣ доказательствъ. Неявка сторонъ къ повѣркѣ, по общимъ правиламъ, не должна, конечно, служить препятствіемъ къ самому производству повѣрки, развѣ бы заранѣе судомъ, или членомъ, назначеннымъ для производства повѣрки, было признано необходимымъ произвести повѣрку не иначе, какъ при участіи сторонъ, какъ, напр., въ случаѣ необходимости, на основаніи 450 ст., сдѣлать надлежащія выписки изъ актовъ и книгъ по указанію сторонъ, какъ замѣтилъ Гольмстенъ (Учеб. гражд. суд., стр. 175). Въ отношеніи же порядка скрѣпленія свѣренныхъ разсчетовъ правило разбираемой статьи постановляетъ, что свѣренные разсчеты должны быть скрѣплены по листамъ какъ членомъ суда, такъ и тѣми изъ тяжущихся, которые присутствовали при повѣркѣ; при этомъ, правило этой статьи, для облегченія тяжущихся, какъ сказано въ мотивахъ, помѣщенныхъ подъ этой статьей въ изданіи государственной канцеляріи, дозволяетъ, однако же, имъ поручать скрѣпленіе разсчетовъ въ томъ случаѣ, когда въ повѣркѣ участвуютъ нѣсколько истцовъ или отвѣтчиковъ, одному лицу съ каждой стороны по избранію прочихъ, т.-е. дозволяетъ какъ истцамъ, такъ и отвѣтчикамъ порознь выбрать изъ среды своей по одному лицу, которому и поручить скрѣпленіе разсчетовъ. Впрочемъ, скрѣпленіе разсчетовъ не всѣми тяжущимися, а только избранными ими для того лицами нисколько не обязательно; правило разбираемой статьи именно для облегченія только дозволяетъ тяжущимся скрѣплять разсчеты черезъ лицъ, уполномоченныхъ ими, но нисколько не возбраняетъ имъ и всѣмъ скрѣплять разсчеты, если они пожелаютъ поступить такимъ образомъ, или не согласятся относительно избранія лица, которое бы за нихъ должно было заняться этимъ. Если же бы случилось, что тяжущіеся или не пожелали скрѣпить ихъ подписями свѣренные разсчеты, или были неграмотны, то разсчеты, конечно, должны быть скрѣплены однимъ членомъ, съ отмѣткой въ протоколѣ повѣрки причинъ нескрѣпленія разсчетовъ всѣми тяжущимися, или кѣмъ-либо изъ нихъ. Цѣль предписанія, заключающагося въ правилѣ разбираемой статьи въ отношеніи скрѣпленія разсчетовъ тяжущимися по листамъ, заключается, какъ это выяснено въ мотивахъ, помѣщенныхъ въ изданіи государственной канцеляріи, въ томъ, чтобы лучше констатировать и охранить отъ всякихъ измѣненій и фальсификаціи отдѣльные листы разсчетовъ, подлежавшихъ повѣркѣ. Въ заключеніе разсмотрѣнія правила 536 ст. я не могу не обратить еще вниманія на нѣкоторую неточность редакціи его въ томъ отношеніи, что имъ указывается порядокъ и требуется только скрѣпленіе повѣряемыхъ разсчетовъ, но не другихъ документовъ; между тѣмъ, какъ на самомъ дѣлѣ указанный въ ней порядокъ повѣрки и скрѣпленія долженъ быть примѣняемъ и въ отношеніи всѣхъ прочихъ документовъ, о которыхъ говорится въ правилѣ 534 ст. и которые вообще могутъ подлежать повѣркѣ въ порядкѣ, въ разбираемыхъ статьяхъ указанномъ, на томъ основаніи, что, при неуказаніи въ уставѣ какихъ-либо изъятій именно по отношенію повѣрки разсчетовъ, повѣрка всѣхъ вообще документовъ должна быть производима въ одномъ и томъ же порядкѣ, по отношенію котораго правило 536 ст. должно имѣть значеніе правила общаго, несмотря на то, что въ ней говорится только о порядкѣ повѣрки и скрѣпленія разсчетовъ, а не другихъ бумагъ.

Наконецъ, правило послѣдней изъ приведенныхъ статей предписываетъ, по окончаніи повѣрки, составлять протоколъ. Правило это въ отношеніи указанія содержанія протокола оказывается, по моему мнѣнію, неполнымъ въ двухъ отношеніяхъ. Во-первыхъ, въ немъ предписывается только означать въ протоколѣ — въ чемъ заключаются безспорныя и въ чемъ спорныя статьи разсчетовъ; между тѣмъ, какъ на самомъ дѣлѣ, въ силу того, что повѣрка

можетъ быть назначаема не только документовъ разсчетныхъ и для повѣрки сведенныхъ счетовъ, но и другихъ документовъ, не могущихъ имѣть значенія совершенныхъ письменныхъ доказательствъ для удостовѣренія въ вѣрности ихъ содержанія съ подлинными документами, имѣющими съ ними тѣсную связь, необходимо признать, что въ протоколѣ повѣрки, смотря по значенію документовъ, подлежащихъ повѣркѣ, и сообразно той цѣли, съ которой повѣрка была предпринята, вообще должно быть означаемо, какіе изъ провѣренныхъ документовъ оказались правильными и безспорными и какіе спорными, или лучше сказать—какіе изъ документовъ оказались подкрѣпленными или неподкрѣпленными по ихъ содержанію другими документами, съ ними свѣренными. Во-вторыхъ, если мы сопоставимъ правило разбираемой статьи съ общимъ правиломъ о содержаніи протоколовъ повѣрки, выраженнымъ въ 503 ст., то намъ нетрудно будетъ убѣдиться въ томъ, что протоколъ повѣрки письменныхъ доказательствъ долженъ, по содержанію его, удовлетворять не только требованіямъ, выраженнымъ въ 537 ст., но что, кромѣ того, онъ долженъ заключать въ себѣ означеніе всего происходившаго при повѣркѣ и долженъ быть подписанъ какъ членомъ суда, производившимъ повѣрку, такъ и присутствовавшими при повѣркѣ сторонами, которыя въ правѣ дѣлать на немъ свои замѣчанія и оговорки. Перехожу къ разсмотрѣнію слѣдующихъ статей.

Ст. 538. Для приведенія въ ясность многочисленныхъ и запутанныхъ разсчетовъ судъ имѣетъ право назначить свѣдущихъ людей по общимъ правиламъ.

Ст. 539. Когда вмѣстѣ съ актомъ, писаннымъ на иностранномъ языкѣ, представленъ русскій переводъ его, то судъ можетъ, смотря по содержанію акта, по важности его для дѣла и по языку, на которомъ онъ написанъ, ограничиться симъ переводомъ, если противная сторона не требуетъ его повѣрки.

Ст. 540. Судъ поручаетъ повѣрку перевода штатному или Присяжному Переводчику, или свѣдущему лицу, или же отсылаетъ переводъ, вмѣстѣ съ подлиннымъ актомъ, въ мѣстную гимназію или ближайшій университетъ, гдѣ есть преподаватели того языка, на коемъ написанъ актъ, или, наконецъ, въ Министерство Иностранныхъ Дѣлъ. Преподаватели гимназій или университетовъ и другіе признаваемые въ судебныя установленія переводчики съ иностранныхъ языковъ получаютъ вознагражденіе за ихъ труды и возмѣщеніе понесенныхъ ими путевыхъ издержекъ по правиламъ сего устава о свѣдущихъ людяхъ (ст. 529—531, 860 и 862). Вознагражденіе переводчикамъ Азіатскаго Департамента и Присяжному Переводчику производится по особымъ правиламъ (ср. Учр. Суд. Уст. ст. 426; Учр. Мин., ст. 2319, прил.: ст. 20, примѣч., по прод. 1876 г.).

Правилами предшествовавшихъ статей опредѣляется, какъ мы видѣли, порядокъ повѣрки письменныхъ доказательствъ, производимой непосредственно самимъ судомъ или членомъ, но, такъ какъ, на практикѣ могутъ встрѣчаться и такіе случаи, когда судьи единственно съ помощью своихъ личныхъ знаній не въ состояніи произвести повѣрку удовлетворительно и не въ состояніи установить точный выводъ повѣрки, то уставъ на подобные случаи, съ цѣлью достиженія болѣе удовлетворительныхъ результатовъ повѣрки, предоставляетъ суду, правиломъ первой изъ приведенныхъ статей, право назначать свѣдущихъ людей „для приведенія въ ясность многочисленныхъ и запутанныхъ разсчетовъ“, какъ сказано въ текстѣ этой статьи. Въ подобныхъ случаяхъ дѣйствительно для уясненія сложныхъ разсчетовъ, напр., для выведенія изъ торговыхъ книгъ баланса по какому-либо сложному коммерческому предпріятію, могутъ потребоваться спеціальныя свѣдѣнія по бухгалтеріи, которыми судьи не обладаютъ, вслѣдствіе чего, и повѣрка подобныхъ разсчетовъ успѣшно иначе и не можетъ быть произведена, какъ съ помощью свѣдущихъ людей. Назначить повѣрку письменныхъ доказательствъ при участіи свѣдущихъ людей судъ въ правѣ, конечно, какъ по собственному усмотрѣнію ex officio,

такъ и по просьбѣ которой-либо изъ сторонъ, и мнѣ кажется, что судъ, не стѣсняясь правиломъ разбираемой статьи, которая предоставляетъ ему право назначать свѣдущихъ людей только для приведенія въ ясность сложныхъ и запутанныхъ разсчетовъ, въ правѣ назначать повѣрку при участіи ихъ и въ нѣкоторыхъ другихъ случаяхъ, когда только усмотритъ, что повѣрка безъ помощи экспертовъ не приведетъ ни къ какимъ результатамъ. Самое же производство экспертизы и назначеніе экспертовъ и въ этихъ случаяхъ, въ силу правила разбираемой статьи, въ которой сказано, что „судъ имѣетъ право назначать свѣдущихъ людей по общимъ правиламъ“, должно слѣдовать общему порядку, въ правилахъ о заключеніи свѣдущихъ людей указанному.

Правила двухъ слѣдующихъ приведенныхъ статей касаются повѣрки переводовъ съ подлинными актами, писанными на языкахъ иностранныхъ, и изъ нихъ первая—539 ст., указывающая случаи, когда можетъ быть назначаема повѣрка переводовъ, можетъ, кажется, подать поводъ, неточностью ея редакціи, къ одному, по моему мнѣнію, весьма существенному недоумѣнію. Статья эта редактирована слѣдующимъ образомъ: „когда вмѣстѣ съ актомъ, писаннымъ на иностранномъ языкѣ, представленъ русскій переводъ, то судъ можетъ, смотря по содержанію акта, по важности его для дѣла и по языку, на которомъ онъ написанъ, ограничиться симъ переводомъ, если противная сторона не требуетъ его повѣрки“; слова „судъ можетъ“ и далѣе „ограничиться симъ переводомъ, если противная сторона не требуетъ его повѣрки“, указываютъ, что суду правиломъ этой статьи предоставляется какъ бы право по его усмотрѣнію ограничиваться или не ограничиваться принятіемъ безъ повѣрки перевода акта, представленнаго стороной даже и въ тѣхъ случаяхъ, когда противная сторона не требуетъ повѣрки перевода. Допустить такое предположеніе, т.-е. допустить, что судъ въ правѣ назначать повѣрку перевода даже при отсутствіи спора противъ вѣрности его, мнѣ кажется, однако же, невозможно, на томъ именно основаніи, что при такомъ толкованіи правила 539 ст. между нимъ и общимъ правиломъ, выраженнымъ въ 499 ст., въ силу котораго, какъ мы видѣли, судъ въ правѣ назначать повѣрку только тѣхъ доказательствъ, противъ которыхъ объявленъ споръ, обнаружилось бы довольно рѣзкое противорѣчіе; предположить же для оправданія такого толкованія, что правило 539 ст. составляетъ въ этомъ отношеніи нѣчто въ видѣ исключенія изъ общаго постановленія 499 ст., также нѣтъ никакого основанія, вслѣдствіе чего, скорѣе, какъ мнѣ кажется, слѣдуетъ придти къ тому заключенію, что судъ вообще можетъ назначить повѣрку перевода только въ тѣхъ случаяхъ, когда противъ вѣрности его предъявляется споръ стороной противной, а не исключительно по своему усмотрѣнію, т.-е. даже тогда, когда никакого спора противъ вѣрности перевода нѣтъ, какъ утверждаетъ сенатъ (рѣш. 1875 года, № 1078). Но какъ, съ другой стороны, долженъ поступать судъ въ тѣхъ случаяхъ, когда противная сторона именно требуетъ повѣрки перевода и въ правѣ ли судъ въ этихъ случаяхъ, на основаніи правила разбираемой статьи, отказывать въ назначеніи повѣрки? Мнѣ кажется, что, комментируя по аргументу a contrario правило 539 ст., которое предоставляетъ суду право ограничиваться принятіемъ представленнаго стороной перевода безъ повѣрки только при томъ условіи, когда сторона противная не требуетъ повѣрки его, скорѣе слѣдуетъ придти къ тому заключенію, что судъ обязанъ назначать повѣрку перевода всякій разъ, какъ только сторона противная заявляетъ споръ противъ вѣрности его и притомъ безъ всякаго отношенія къ тому—каково содержаніе акта и на какомъ языкѣ онъ написанъ, развѣ бы судъ призналъ, что представленный къ дѣлу актъ, писанный на иностранномъ языкѣ, не имѣетъ существеннаго значенія и не можетъ оказывать никакого вліянія на разрѣшеніе въ томъ или другомъ смыслѣ самаго

дѣла по его существу, потому что назначать повѣрку перевода такого акта представляется дѣйствительно излишнимъ и безполезнымъ.

Самая повѣрка перевода должна быть производима въ порядкѣ, указанномъ въ 540 ст. Въ силу этой статьи судъ можетъ поручать повѣрку перевода, прежде всего, штатному или присяжному переводчику. По буквальному смыслу правила 540 ст. слѣдуетъ заключить, что слова „штатный„ и „присяжный переводчикъ", несмотря на то, что между этими словами въ текстѣ статьи поставленъ союзъ „или", означаютъ одно и то же должностное лицо, потому что послѣ слова „штатный" и передъ союзомъ „или" запятой не поставлено, что̀ даетъ поводъ предполагать, что слово „или" имѣетъ здѣсь значеніе не союза раздѣлительнаго, а только пояснительнаго. Но помимо порученія повѣрки переводовъ присяжному или штатному переводчику, правило разбираемой статьи дозволяетъ суду поручать еще повѣрку переводовъ или свѣдущему лицу, или отсылать переводъ для его повѣрки вмѣстѣ съ подлиннымъ актомъ въ мѣстную гимназію или ближайшій университетъ, въ которыхъ есть преподаватели того языка, на которомъ написанъ подлинный актъ, или же, наконецъ, въ министерство иностранныхъ дѣлъ. Такимъ образомъ, на основаніи этого правила судъ въ правѣ обращаться съ порученіемъ о повѣркѣ перевода не только къ различнымъ должностнымъ лицамъ и учрежденіямъ, но и къ лицамъ частнымъ—свѣдущимъ людямъ. Буквальный смыслъ этого правила, мнѣ кажется, съ достаточной ясностью указываетъ на то, что всѣ указанныя въ немъ должностныя лица и учрежденія, къ которымъ судъ можетъ обращаться съ требованіемъ о повѣркѣ перевода, исполняютъ это порученіе совершенно самостоятельно, безъ всякаго наблюденія за повѣркой со стороны самаго суда, такъ какъ въ статьѣ прямо указывается, что судъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ даже отсылаетъ переводъ для повѣрки съ подлиннымъ актомъ. Но какимъ образомъ и въ какомъ порядкѣ судъ долженъ поручать повѣрку перевода свѣдущему лицу? Исполнять это въ томъ же порядкѣ, какъ и въ тѣхъ случаяхъ, когда повѣрка поручается должностному лицу—присяжному переводчику или какому-либо учрежденію, мнѣ кажется невозможнымъ, потому что нельзя въ самомъ дѣлѣ допустить, чтобы свѣдущему лицу, какъ лицу частному, возможно было поручать самостоятельно производить повѣрку, безъ наблюденія со стороны суда, такъ какъ частное лицо не можетъ внушать къ себѣ то довѣріе, которымъ пользуются правительственныя учрежденія и должностныя лица. На этомъ основаніи я и полагаю, что при порученіи повѣрки перевода свѣдущему лицу судъ обязанъ руководствоваться, какъ въ отношеніи порядка назначенія свѣдущаго лица, такъ и въ отношеніи порядка производства повѣрки, общими правилами, опредѣляющими порядокъ производства экспертизы, съ тою только разницей, что для производства повѣрки перевода судъ, на основаніи правила 540 ст., всегда въ правѣ ограничиться избраніемъ одного эксперта, потому что въ статьѣ этой сказано: „судъ поручаетъ повѣрку свѣдущему лицу", но не свѣдущимъ лицамъ.

Хотя право избранія того или другого способа повѣрки перевода, т.-е. право поручать повѣрку свѣдущему лицу, или какому-либо учрежденію, въ силу правила 540 ст., и должно быть предоставлено усмотрѣнію суда, но, несмотря на это, судъ, какъ мнѣ кажется, обязанъ, избирая тотъ или другой путь повѣрки, обращаться къ способу наиболѣе, при данныхъ обстоятельствахъ, удобному и могущему скорѣе вести къ цѣли. Такъ, если при судѣ есть присяжный переводчикъ, судъ, смотря по тому, на какомъ языкѣ написанъ актъ, долженъ обратиться, прежде всего, съ порученіемъ къ нему; если же переводчика нѣтъ — то обратиться въ мѣстную гимназію, преподаватель которой и свѣритъ переводъ; въ министерство же иностранныхъ дѣлъ судъ долженъ обращаться въ крайнихъ случаяхъ, когда, напр., актъ написанъ на

какомъ-либо восточномъ языкѣ, преподавателей которыхъ у насъ, какъ извѣстно, ни при гимназіяхъ, ни при университетахъ нѣтъ. Лица или учрежденія, къ которымъ бы обратился судъ съ порученіемъ произвести повѣрку перевода, въ правѣ, конечно, при повѣркѣ перевода, дѣлать въ немъ надлежащія исправленія, сообразно подлинному акту, а въ случаѣ окончательной негодности перевода, мнѣ кажется, даже обязаны сдѣлать отъ себя другой переводъ, а по окончаніи повѣрки обязаны подписомъ своимъ удостовѣрить вѣрность перевода. Права назначать срокъ, къ которому лица и учрежденія, въ разбираемой статьѣ указанныя, обязаны были бы оканчивать повѣрку перевода, правило этой статьи суду не предоставляетъ, но несмотря на это, мнѣ кажется, что судъ не въ правѣ назначать срокъ, къ которому повѣрка должна быть окончена, только учрежденіямъ, перечисленнымъ въ 540 ст., на томъ основаніи, что судъ, въ силу общаго правила о повѣркѣ доказательствъ, выраженнаго въ 505 ст., давая какое-либо порученіе о повѣркѣ другому суду, не въ правѣ назначать срока производства повѣрки; напротивъ, при порученіи повѣрки перевода свѣдущему лицу, или состоящему при судѣ присяжному переводчику, судъ не только въ правѣ, но и обязанъ указать въ своемъ опредѣленіи о назначеніи повѣрки и срокъ, къ которому повѣрка перевода должна быть окончена.

Наконецъ, правило 540 ст. постановляетъ, что преподаватели гимназій или университетовъ, а равно и другіе переводчики получаютъ за ихъ трудъ, а равно въ случаѣ призыва ихъ въ самыя судебныя установленія и деньги, необходимыя на проѣздъ, по правиламъ о вознагражденіи свѣдущихъ людей, указаннымъ въ статьяхъ 529—531, 860 и 862, за исключеніемъ, однако же, состоящихъ при судахъ присяжныхъ переводчиковъ, которые въ силу 426 ст. учр. суд. уст. получаютъ вознагражденіе по особой таксѣ, а равно чиновниковъ министерства иностранныхъ дѣлъ, которые получаютъ вознагражденіе по особымъ правиламъ, указаннымъ въ учрежденіи министерства. Нечего, кажется, говорить о томъ, что и вознагражденіе за переводы, или ихъ повѣрку должно быть назначаемо только въ случаяхъ желанія самихъ переводчиковъ и что просьбы ихъ объ этомъ должны быть заявляемы ими суду на основаніи правилъ о вознагражденіи свѣдущихъ людей, одновременно съ представленіемъ перевода въ судъ, по окончаніи повѣрки его.

Перехожу къ разсмотрѣнію правилъ второй категоріи, опредѣляющихъ порядокъ назначенія повѣрки письменныхъ доказательствъ въ случаяхъ заявленія спора противъ подлинности актовъ.

Ст. 541. Повѣрка акта можетъ быть назначена судомъ, если тяжущійся, противъ коего представляется актъ, заявитъ сомнѣніе въ его подлинности или объявитъ споръ о подлогѣ.

Ст. 544. Обязанность доказывать подложность акта лежитъ на тяжущемся, предъявившемъ споръ о подлогѣ.

Ст. 543. Заявленіе сомнѣнія въ подлинности актовъ крѣпостныхъ, нотаріальныхъ и засвидѣтельствованныхъ установленнымъ порядкомъ не допускается.

Ст. 542. Сомнѣніе въ подлинности акта не можетъ быть заявлено лицомъ, отъ имени коего актъ выданъ или составленъ, если онъ тѣмъ лицомъ подписанъ.

Буквальный смыслъ правила 541 ст. съ достаточной ясностью указываетъ на то, что самъ судъ ex officio не въ правѣ возбуждать вопроса о подлинности представленныхъ къ дѣлу актовъ, но можетъ назначать повѣрку письменныхъ доказательствъ съ цѣлью удостовѣриться въ ихъ подлинности не иначе, какъ вслѣдствіе возбужденія спора противъ подлинности ихъ самими сторонами процесса, и, притомъ, вслѣдствіе возбужденія спора именно тѣмъ изъ тяжущихся, противъ котораго актъ представленъ. Самый споръ противъ подлинности актовъ правило этой статьи дозволяетъ тяжущимся предъявлять въ двухъ только видахъ: а) или въ видѣ заявленія сомнѣнія

въ подлинности представленнаго акта и б) или въ видѣ объявленія спора о подлогѣ, и только въ случаяхъ заявленія подобныхъ споровъ дозволяетъ обращаться къ повѣркѣ подлинности письменныхъ доказательствъ, вслѣдствіе чего, становится очевиднымъ, что для того, чтобы опредѣлить съ точностью случаи, когда повѣрка должна быть допускаема, необходимо, прежде всего, установить самое понятіе указанныхъ споровъ и выяснить: какіе именно споры должны быть принимаемы, или въ значеніи заявленія сомнѣнія противъ подлинности, или въ значеніи спора о подлогѣ. Но чтобы выяснить значеніе этихъ споровъ, въ силу того обстоятельства, что въ правилахъ приведенныхъ статей идетъ рѣчь о повѣркѣ письменныхъ доказательствъ, назначаемой только вслѣдствіе заявленія споровъ противъ подлинности актовъ, необходимо еще предварительно объяснить самое понятіе подлинности. Понятіе это, впрочемъ, уже достаточно выяснено теоріей судопроизводства, вслѣдствіе чего я считаю возможнымъ ограничиться только указаніемъ на опредѣленіе понятія подлинности, предлагаемое Малышевымъ, который говоритъ: „подлинность документа есть происхожденіе выраженныхъ въ немъ мыслей и воли отъ тѣхъ именно лицъ, которымъ онѣ приписываются“ (Курсъ гражд. суд., изд. 2, т. I, стр. 297). Если это опредѣленіе понятія подлинности вѣрно, то понятно, что споромъ противъ подлинности документа должно быть признаваемо такое заявленіе стороны, которымъ она утверждаетъ, что выраженныя въ представленномъ противъ нея документѣ мысли и воля не исходятъ ни отъ нея самой, ни отъ тѣхъ лицъ, которымъ приписываются. Такое опредѣленіе понятія спора противъ подлинности акта нельзя не признать, однако же, слишкомъ общимъ и, потому, достаточнымъ развѣ только въ теоріи судопроизводства; въ практическомъ же отношеніи оно никоимъ образомъ не можетъ быть признано вполнѣ опредѣлительнымъ, тѣмъ болѣе, что и самое опредѣленіе понятія подлинности, предлагаемое Малышевымъ, по указаннымъ въ немъ признакамъ подлинности, нельзя, какъ мнѣ кажется, признать достаточно полнымъ, на томъ основаніи, что по указаннымъ имъ признакамъ возможно, кажется, только опредѣлять подлинность актовъ укрѣпленія правъ на имущество, но не актовъ состоянія и актовъ присутственныхъ мѣстъ, фальсификація которыхъ нерѣдко можетъ заключаться въ извращеніи или въ ложномъ, вымышленномъ описаніи констатируемыхъ ими фактовъ, но не воли и мыслей. Съ другой стороны, опредѣленіе понятія подлинности, дѣлаемое Малышевымъ, нельзя, какъ мнѣ кажется, не признать слишкомъ общимъ, потому что на основаніи такого опредѣленія къ спорамъ противъ подлинности пришлось бы относить и такіе споры, которые по нашимъ законамъ никоимъ образомъ нельзя признать за споры, относящіеся къ категоріи споровъ противъ подлинности, какъ, напр., утвержденіе объ обманѣ при выдачѣ обязательства. Поэтому, для избѣжанія затрудненій при опредѣленіи на практикѣ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ того, долженъ ли быть относимъ предъявленный противъ того или другого документа споръ къ категоріи споровъ противъ подлинности или нѣтъ, я считаю необходимымъ дальнѣйшія, болѣе подробныя разъясненія признаковъ споровъ противъ подлинности,—признаковъ, по которымъ возможно было бы, безъ особыхъ затрудненій, отличать эти споры отъ утвержденій по характеру болѣе или менѣе близкихъ. Но, такъ какъ, споры противъ подлинности документа въ дѣйствительности никогда не могутъ быть предъявлены абстрактно въ общемъ отвлеченномъ видѣ, а, напротивъ, могутъ быть предъявляемы не иначе, какъ въ одномъ изъ двухъ конкретныхъ видовъ, въ правилѣ разбираемой статьи указанныхъ, т.-е. или въ видѣ заявленія сомнѣнія противъ подлинности, или въ видѣ спора о подлогѣ, то я считаю болѣе удобнымъ показать отличительныя черты споровъ противъ подлинности, при разсмотрѣніи понятія того и другого спора въ отдѣльности, и обращусь сперва къ установленію понятія

спора о подлогѣ, потому что характеристическія черты этого спора, какъ спора противъ подлинности, выступаютъ болѣе рѣзко и рельефно.

Чтобы отвѣчать, однако же, на вопросъ, что́ такое споръ о подлогѣ, необходимо, конечно, прежде всего, объяснить—что́ такое подлогъ. Понятіе подлога во всемъ его объемѣ есть, какъ извѣстно, понятіе права уголовнаго, потому что дѣяніе, заключающееся въ совершеніи подлога, признается всѣми законодательствами преступленіемъ, наказуемымъ уголовными законами, но по отношенію занимающаго насъ вопроса, т.-е. по отношенію опредѣленія того, какой споръ противъ подлинности акта, какъ споръ гражданскій, долженъ быть принимаемъ въ значеніи спора о подлогѣ, необходимо, конечно, заимствовать изъ права уголовнаго опредѣленіе понятія подлога только съ его объективной стороны; собственно же до субъективнаго элемента подлога, какъ преступленія, намъ нѣтъ никакого дѣла. Наше уложеніе о наказаніяхъ не даетъ одного общаго опредѣленія понятія подлога и не разсматриваетъ подлога, какъ справедливо замѣчаетъ Лохвицкій, „во всѣхъ его видахъ, какъ одного преступленія, но разсѣяло постановленія о немъ по различнымъ разрядамъ уложенія, смотря по его видовымъ признакамъ: относится ли онъ къ сферѣ государственнаго управленія, торговой, имущественной и такъ далѣе“ (Курсъ уголов. пр., изд. 2, стр. 392). Несмотря, однако же, на такой недостатокъ нашего уложенія, изъ имѣющихся въ немъ отдѣльныхъ постановленій о подлогѣ, напр. статей 362, 460, 1406, 1690 и 1692, и преимущественно постановленій двухъ послѣднихъ статей возможно, кажется, сдѣлать тотъ выводъ, что по нашему уложенію подлогомъ должно быть признаваемо всякое дѣйствіе, заключающееся въ составленіи или въ поддѣлкѣ акта, все равно—домашняго или публичнаго, отъ имени лица, въ заключеніи акта не участвовавшаго, или составленіи акта отъ лица вымышленнаго, или, наконецъ, въ измѣненіи, напр., посредствомъ переправокъ, подчистокъ и приписокъ актовъ настоящихъ, когда притомъ поддѣланные такимъ образомъ акты могутъ быть по закону принимаемы въ дѣлахъ исковыхъ, тяжебныхъ или торговыхъ за доказательство правъ на имущество или принятіе кѣмъ-либо на себя обязанности. Хотя подъ это опредѣленіе понятія подлога могутъ быть подводимы собственно подлоги актовъ укрѣпленія, но нѣтъ сомнѣнія, что и подлоги актовъ состоянія и актовъ присутственныхъ мѣстъ должны заключаться въ тѣхъ же самыхъ дѣйствіяхъ, какъ и подлоги актовъ укрѣпленія, что доказывается какъ нельзя лучше по отношенію подлоговъ актовъ состоянія постановленіемъ 1406 ст. улож. о нак., въ которомъ сказано: „кто составитъ подложный актъ, или же въ настоящемъ актѣ сдѣлаетъ какія-либо подчистки или переправки, въ намѣреніи лишить кого-либо правъ состоянія или званія“ и проч., а по отношенію актовъ присутственныхъ мѣстъ—постановленіями 362 и 460 ст. и нѣкоторыхъ другихъ. Изъ сказаннаго по поводу опредѣленія понятія подлога, такимъ образомъ, оказывается, что и по нашему уложенію, также точно, какъ и по законодательствамъ иностраннымъ и наукѣ уголовнаго права, для состава понятія подлога необходимы три существенныхъ момента: а) матеріальное дѣйствіе, заключающееся или въ совершенной фабрикаціи акта, или фальсификаціи акта настоящаго; б) нарушеніе посредствомъ подлога имущественныхъ правъ или правъ состоянія извѣстнаго лица, — нарушеніе, могущее приносить ущербъ или вредъ правамъ этого лица, что́ можетъ имѣть мѣсто лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда совершенъ подлогъ такого рода актовъ, которые могутъ служить основаніемъ какого-либо права или источникомъ иска или возраженія, и в) злонамѣренность или умышленность дѣйствія. Только послѣдній признакъ преступленія подлога не имѣетъ, по отношенію занимающаго насъ вопроса, никакого значенія; первые же два признака, напротивъ, должны служить основаніемъ къ

дальнѣйшимъ выводамъ. Такъ, относительно перваго признака подлога—матеріальнаго дѣйствія я долженъ сказать, что имъ достаточно характеризуется только одинъ видъ подлога — подлога матеріальнаго, между тѣмъ, наука уголовнаго права различаетъ два вида подлога: подлогъ матеріальный и подлогъ нравственный или интеллектуальный, который, по замѣчанію Боатара, „заключается не въ поддѣлкѣ письма, но въ измѣненіи самой сущности тѣхъ соглашеній и опредѣленій, которыя онъ долженъ констатировать“ (Лекціи по угол. пр. и суд. Судебн. Журн., 1875 г., кн. 6, стр. 339). Это измѣненіе сущности содержанія акта, на основаніи 146 ст. французскаго уголовнаго кодекса, совершается тѣмъ, когда чиновникъ, совершающій актъ, впишетъ въ него не тѣ соглашенія сторонъ, которыя были ему указаны или продиктованы, или констатируетъ ложные факты, или занесетъ въ актъ несдѣланное сторонами сознаніе факта и тому подобное. Предусмотрѣнъ ли такого рода подлогъ нашимъ уложеніемъ? Вопросъ этотъ на основаніи 362 ст. улож. долженъ быть разрѣшенъ утвердительно, потому что статья эта, говоря о различнаго рода подлогахъ, совершаемыхъ должностными лицами, между прочимъ постановляетъ слѣдующее: „кто при отправленіи своей должности“ и далѣе — „скроетъ истину въ докладахъ, рапортахъ, протоколахъ, журналахъ, свидѣтельствахъ, гражданскихъ или торговыхъ обязательствахъ и прочихъ какихъ-либо оффиціальныхъ актахъ, или включитъ въ нихъ вымышленныя обстоятельства или завѣдомо ложныя свѣдѣнія, тотъ за сіе“—и проч. Очевидно, что въ этомъ постановленіи и рѣчи нѣтъ собственно о матеріальной поддѣлкѣ актовъ, а описываются приблизительно тѣ же дѣйствія, которыя французскимъ уголовнымъ кодексомъ относятся къ категоріи дѣйствій, характеризующихъ интеллектуальный подлогъ и которыми, помимо матеріальнаго искаженія актовъ, скрывается или искажается истина въ отношеніи самаго содержанія актовъ. Все различіе, слѣдовательно, между обоими видами подлоговъ—подлога матеріальнаго и интеллектуальнаго и по нашему законодательству заключается въ томъ, что въ подлогѣ матеріальномъ подлогъ оставляетъ послѣ себя матеріальный слѣдъ—измѣненіе или поддѣлку въ самомъ письмѣ акта, подлогъ же интеллектуальный никакого слѣда въ письмѣ акта послѣ себя не оставляетъ, но заключается единственно въ фальсификаціи содержанія акта. Что же касается второго момента подлога, то таковой остается неизмѣннымъ признакомъ, характеризующимъ одинаково оба вида подлога, но о немъ подробнѣе я скажу нѣсколько ниже, когда, по порядку изложенія, перейду къ разсмотрѣнію вопроса о томъ, противъ какихъ актовъ можетъ быть допускаемъ споръ о подлогѣ. Въ настоящее же время, установивши самое понятіе подлога, я обращусь къ опредѣленію понятія спора о подлогѣ и къ выясненію тѣхъ признаковъ, которыми долженъ отличаться споръ о подлогѣ отъ споровъ по содержанію сходственныхъ.

„Споръ о подлогѣ документа“, говоритъ Побѣдоносцевъ „есть споръ о подложномъ составленіи акта, отъ имени лица, не участвовавшаго въ немъ своей волей, или объ умышленной вставкѣ въ актъ или подмѣнѣ въ ономъ такихъ выраженій воли, которыя подлинно въ немъ помѣщены не были“ (Судеб. руков., тезисъ 933). Очевидно, что это опредѣленіе Побѣдоносцева понятія спора о подлогѣ можетъ быть приложимо только къ спорамъ о подлогѣ матеріальномъ, потому что поддѣлка акта отъ имени лица, въ заключеніи его не участвовавшаго, или отъ лица вымышленнаго, или фальсификація акта настоящаго посредствомъ сдѣланія въ немъ приписокъ, поправокъ и подчистокъ, суть, какъ мы видѣли, дѣйствія, характеризующія только матеріальный подлогъ. Поэтому, опредѣленіе Побѣдоносцева, какъ обнимающее собой только одинъ видъ споровъ о подлогѣ, никакъ нельзя признать достаточнымъ, но оно легко можетъ быть восполнено по соображеніи перваго

признака, характеризующаго интеллектуальный подлогъ слѣдующей прибавкой: споромъ о подлогѣ должно быть признаваемо также и такое заявленіе стороны, которымъ она утверждаетъ только, что представленный противъ нея актъ искаженъ въ его содержаніи, напр., посредствомъ извращенія состоявшагося соглашенія, или включенія въ него вымышленныхъ обстоятельствъ. Опредѣленіе спора о подлогѣ, данное Побѣдоносцевымъ, отличается неполнотой, кажется, вслѣдствіе того, что Побѣдоносцевъ признаетъ, повидимому, только возможность совершенія у насъ матеріальнаго подлога; по крайней мѣрѣ, онъ тутъ же говоритъ: „во всякомъ случаѣ подъ подлогомъ акта законъ разумѣетъ матеріальное дѣйствіе подлога или матеріальный его признакъ въ самомъ актѣ“, что, очевидно, противорѣчитъ постановленіямъ о подлогѣ нашего уложенія о наказаніяхъ. Чтобы опредѣлить, слѣдовательно, въ каждомъ данномъ случаѣ: можно ли возраженіе стороны противъ акта принять за споръ о подлогѣ, необходимо имѣть въ виду, во-первыхъ, характеръ возраженія, т.-е. является ли это возраженіе заявленіемъ противъ подлинности акта, и, во-вторыхъ, утверждаетъ ли сторона этимъ заявленіемъ существованіе, по отношенію оспариваемаго акта, такихъ обстоятельствъ, которыя, по существу ихъ, должны быть непремѣнно признаваемы за обстоятельства, привходящія въ первый моментъ, характеризующій понятіе матеріальнаго или интеллектуальнаго подлога. Имѣть въ виду проимущественно этотъ послѣдній признакъ, отличающій споръ о подлогѣ, мнѣ кажется, въ особенности необходимо каждый разъ при обсужденіи вопроса о значеніи заявляемаго противъ акта спора, потому что при посредствѣ этого признака всегда съ большею легкостью возможно отличить споръ о подлогѣ отъ другихъ споровъ, по характеру сходственныхъ, на томъ основаніи, что эти послѣдніе споры, несмотря на нѣкоторое сходство съ споромъ о подлогѣ, никогда, однако же, не могутъ совмѣщать въ себѣ указанный признакъ, и, притомъ, безразлично—будетъ ли заявленный споръ носить характеръ спора гражданскаго или уголовнаго. Такъ, изъ споровъ уголовныхъ, на основаніи этого правила, всегда возможно отличить споръ о подлогѣ отъ заявленій о различнаго рода обманахъ, употребляемыхъ, какъ средство понужденія къ дачѣ обязательствъ, когда, напр., кто-либо посредствомъ сообщенія завѣдомо ложныхъ свѣдѣній или увѣреній вовлекаетъ другого къ заключенію невыгодной для него по имуществу сдѣлки и тому подобное, потому что въ этихъ случаяхъ актъ, служащій выраженіемъ невыгодной сдѣлки, является подлиннымъ, такъ какъ содержаніе его не только не противорѣчитъ волѣ и намѣренію обманутой стороны, но является даже результатомъ полнаго согласія ея на заключеніе сдѣлки. Также точно подъ понятіе спора о подлогѣ не могутъ быть подводимы заявленія о принужденіи къ выдачѣ оспариваемаго на этомъ основаніи документа; заявленія о продажѣ или объ отдачѣ въ залогъ или наемъ одного и того же имущества въ одно и то же время двумъ лицамъ и тому подобное, потому что всѣ такія заявленія не заключаютъ въ себѣ спора противъ подлинности того или другого документа. Напротивъ, заявленіе, напр., о злоупотребленіи бланковой подписью должно быть признаваемо споромъ о подлогѣ, потому что въ этихъ случаяхъ, хотя подпись на актѣ является и настоящей, зато самое содержаніе акта никоимъ образомъ не можетъ быть признано подлиннымъ, какъ не исходящее изъ воли и намѣренія стороны, подписавшей бланкъ. Заявленіе о злоупотребленіи бланковой подписью признаетъ за споръ о подлогѣ и Боатаръ, который въ своихъ лекціяхъ уголовнаго права говоритъ: „злоупотребленіе бланковой подписью составляетъ съ теоретической точки зрѣнія подлогъ, ибо это злоупотребленіе есть не что иное, какъ сознаніе ложнаго акта, или сдѣланное посредствомъ обмана прибавленіе къ совершенному уже акту“ (Судебн. Журн. 1875 г., кн. 6, стр. 328). Также точно за споръ о подлогѣ должно

быть принимаемо, по моему мнѣнію, и такое заявленіе стороны, которымъ онъ утверждаетъ, что ей обманнымъ образомъ былъ предложенъ для подписи, вмѣсто того акта, который она согласна была заключить, другой, по содержанію его вовсе не соотвѣтствущій ея желанію и намѣренію, потому что и въ этомъ случаѣ, хотя подпись на актѣ является настоящей, но зато самое содержаніе акта никоимъ образомъ не можетъ быть признано подлиннымъ. Высказанное мной сейчасъ мнѣніе о необходимости допускать споръ о подлогѣ, какъ въ случаяхъ подлога матеріальнаго, такъ и интеллектуальнаго въ объемѣ понятія подлога, установленнаго правомъ уголовнымъ, призналъ вполнѣ правильнымъ и Фуксъ въ его статьѣ—„Вопросы, возникающіе при производствѣ по спорамъ о подлогѣ актовъ“. Различіе его взгляда отъ моего заключается только въ томъ, что, разсматривая постановленія нашего уложенія о наказаніяхъ о подлогахъ, онъ приходитъ къ заключенію о допустимости спора о подлогѣ въ случаѣ подлога интеллектуальнаго, только относительно актовъ оффиціальныхъ, или, лучше сказать, въ случаяхъ заявленія спора о подлогѣ, нормируемаго 362 и 460 ст. улож. о наказ., но не въ случаяхъ спора о подлогѣ частныхъ актовъ, а также не въ случаяхъ злоупотребленія бланковой подписью, или поднесенія къ подписи одного акта вмѣсто другого, въ каковыхъ случаяхъ онъ, согласно нѣкоторымъ рѣшеніямъ сената и взгляду Неклюдова, видитъ преступленіе не подлога, но мошенничества и злоупотребленія довѣріемъ (Журн. гражд. и угол. пр. 1886 г., кн. 4, стр. 69—76). Съ этимъ утвержденіемъ, однако же, никакимъ образомъ согласиться нельзя, въ виду того обстоятельства, что наше уложеніе о наказаніяхъ, помѣстивъ статьи 1693 и 1694, въ которыхъ говорится о злоупотребленіи бланковой подписью и о случаѣ поднесенія для подписи одного акта вмѣсто другого, въ раздѣлѣ „О подлогахъ въ актахъ и обязательствахъ“, очевидно, тѣмъ самымъ, относитъ эти случаи къ преступленію подлога, а не мошенничества, въ виду чего, квалификація этихъ случаевъ преступленіемъ мошенничества, какъ противорѣчащая квалификаціи ихъ уложеніемъ, и не можетъ быть признана правильной, вслѣдствіе чего, далѣе, нельзя уже не признать, что споръ о подлогѣ, въ случаѣ подлога интеллектуальнаго и согласно постановленіямъ нашего уложенія о подлогахъ, долженъ считаться допустимымъ по отношенію всѣхъ актовъ.

Изъ споровъ гражданскихъ слѣдуетъ отличать отъ спора о подлогѣ, напр., заявленіе о недѣйствительности акта, или по несоблюденію предписанныхъ для совершенія его формъ, или на основаніи незаконности содержанія его, когда актъ по содержанію является противнымъ общественному благоустройству, или нравственности, религіи и тому подобное, когда, напр., онъ клонится, какъ сказано въ 1529 ст. X т. 1 ч., къ расторженію законнаго супружества, или ко вреду государственной казны и пр. Не будетъ споромъ о подлогѣ также и заявленіе о недѣйствительности акта, на основаніи 2 пунк. 1529 ст. X т. 1 ч., когда актъ является заключеннымъ во вредъ третьихъ лицъ, и клонится, какъ сказано въ этой статьѣ, „къ подложному переукрѣпленію имѣнія во избѣжаніе платежа долговъ“, несмотря на выраженіе статьи „къ подложному“, потому что на самомъ дѣлѣ о неподлинности такого акта, какъ исходящаго отъ лицъ, заключившихъ его, и вполнѣ соотвѣтствующаго ихъ волѣ и намѣренію, и рѣчи не можетъ быть; напротивъ, скорѣе слѣдуетъ предположить, что слова „къ подложному“ употреблены въ статьѣ по недосмотру редакторовъ вмѣсто, напр., словъ — „къ обманному, злонамѣренному“ и тому подобное, по крайней мѣрѣ, въ значеніи этихъ послѣднихъ словъ выраженіе „къ подложному“ только и можетъ быть принимаемо. Кромѣ того, за споръ о подлогѣ не можетъ быть принимаемо также заявленіе о недѣйствительности сдѣлки, какъ сдѣлки, лишенной основанія—caus'ы выраженнаго въ ней правоотношенія, или возраженіе о недѣй-

ствительности сдѣлки, на томъ основаніи, что она, по содержанію, не соотвѣтствуетъ дѣйствительному положенію вещей, или заключена безъ серьезнаго намѣренія обязаться и тому подобное; однимъ словомъ — всякія возраженія о симуляціи сдѣлки, потому что оспариваемый во всѣхъ этихъ случаяхъ актъ является подлиннымъ, какъ констатирующій хотя и ложные факты, но съ согласія самихъ сторонъ, вслѣдствіе чего, о неподлинности его и рѣчи не можетъ быть. Отличіе симуляціи отъ подлога очень хорошо сознавали еще средневѣковые юристы, которые различіе это и выразили въ поговоркѣ: *aliud merum falsum, aliud simulatio.*

Устанавливая понятіе спора о подлогѣ, мы старались опредѣлить это понятіе на основаніи тѣхъ признаковъ понятія подлога, которыми оно опредѣляется въ правѣ уголовномъ; но въ чемъ собственно заключается различіе между гражданскимъ споромъ о подлогѣ и уголовнымъ, и какая собственно цѣль допущенія въ процессѣ гражданскаго спора о подлогѣ? Во-первыхъ, указаніе на одинъ изъ существенныхъ признаковъ, отличающій гражданскій споръ о подлогѣ отъ спора уголовнаго, мы находимъ въ мотивахъ, помѣщенныхъ въ изданіи государственной канцеляріи въ началѣ отдѣленія о повѣркѣ письменныхъ доказательствъ, въ которыхъ, между прочимъ, сказано слѣдующее: „существенное различіе его (т.-е. гражданскаго спора) отъ чисто-уголовнаго производства состоитъ въ томъ, что здѣсь (т.-е. въ спорѣ гражданскомъ) споръ о подлогѣ предъявляется не противъ лица, подвергающагося наказанію, а противъ акта, подлежащаго уничтоженію". Изъ этого положенія само собой вытекаетъ и другое, заключающееся въ томъ, что для допустимости гражданскаго спора о подлогѣ нѣтъ никакой надобности въ констатированіи наличности третьяго момента, составляющаго необходимый признакъ преступленія подлога — момента злонамѣренности, умышленности подлога, каковое обстоятельство должно служить вторымъ признакомъ, отличающимъ гражданскій споръ о подлогѣ отъ уголовнаго, потому что гражданскій споръ о подлогѣ преслѣдуетъ не наказаніе совершителя подлога, а только опроверженіе подлинности акта. Цѣль допущенія подобныхъ споровъ въ процессѣ гражданскомъ съ достаточной ясностью указана Кольме-д'Ажъ, перу котораго принадлежитъ глава о подлогѣ въ изданныхъ имъ лекціяхъ Боатара, и который считаетъ необходимымъ допущеніе гражданскаго спора о подлогѣ именно въ виду того обстоятельства, что уголовное производство о подлогѣ можетъ оказаться, во многихъ случаяхъ, невозможнымъ, когда, напр., совершитель подлога неизвѣстенъ лицу, заявляющему споръ о подлогѣ, или когда хотя извѣстенъ, но умеръ, или когда преслѣдованіе преступленія подлога покрывается давностью и тому подобное, и когда, слѣдовательно, лицу, противъ котораго представленъ актъ, помимо спора гражданскаго о подлогѣ, не было бы никакой возможности опровергнуть подлинность акта (Leç. de proc. civ.,изд. 11, т. I, стр. 406).

Обращаясь къ разсмотрѣнію другого вида спора противъ подлинности, допускаемаго правиломъ разбираемой статьи—заявленію сомнѣнія, я не могу, прежде всего, не замѣтить, что этотъ видъ спора противъ подлинности актовъ нашему прежнему процессуальному праву былъ вовсе неизвѣстенъ, и что правила, опредѣляющія значеніе этого спора и случаи допустимости его, указаны впервые въ новомъ уставѣ гражданскаго судопроизводства. Нѣтъ сомнѣнія, что правила эти, въ ихъ наиболѣе существенныхъ основаніяхъ, заимствованы изъ устава французскаго, въ которомъ имѣется особая глава de la vérification des écritures, въ которой, между прочимъ, помѣщены и постановленія, опредѣляющія порядокъ повѣрки письменныхъ доказательствъ, въ случаяхъ отрицанія подлинности ихъ противной стороной. Хотя правила нашего устава, при заимствованіи изъ устава французскаго, — по которому просьбы о повѣркѣ письменныхъ доказательствъ, вслѣдствіе возраженій противъ подлинности ихъ, допускаются гораздо въ большемъ числѣ случаевъ и

даже внѣ всякаго процесса и возраженій, какъ самостоятельныя просьбы,— потерпѣли значительныя измѣненія, тѣмъ не менѣе, какъ самый характеръ подобныхъ споровъ, такъ и цѣль допущенія ихъ, какъ по нашему, такъ и по французскому уставамъ, представляются, по моему мнѣнію, одинаковыми. Какое, однако же, значеніе имѣетъ заявленіе сомнѣнія по нашему уставу и чѣмъ отличается этотъ споръ отъ разсмотрѣннаго нами спора о подлогѣ? Сходство между обоими этими видами споровъ, какъ это слѣдуетъ заключить на основаніи буквальнаго смысла правила 541 ст. и преимущественно на основаніи словъ этой статьи: „заявитъ сомнѣніе въ его подлинности", заключается главнымъ образомъ въ томъ, что оба эти вида споровъ суть не что иное, какъ возраженія противъ подлинности акта. Это самый существенный признакъ, указывающій на родство этихъ споровъ, но имъ сходство спора о подлогѣ и заявленія сомнѣнія еще не ограничивается; напротивъ, на основаніи мотивовъ, помѣщенныхъ въ изданіи государственной канцеляріи подъ 542 ст., необходимо заключить, что споры эти и по содержанію ихъ могутъ быть одинаковы, т.-е. что и сомнѣніе, также точно какъ и споръ о подлогѣ, можетъ быть заявлено не только противъ подлинности подписи на актѣ, но и противъ подлинности самаго содержанія акта, или другими словами—что посредствомъ заявленія сомнѣнія можетъ быть сдѣлано возраженіе не только противъ подлинности всего акта, но и противъ подлинности отдѣльныхъ частей акта по его содержанію, когда бы представленный къ дѣлу актъ былъ настоящій, но когда бы въ немъ усмотрѣна была фальсификація въ содержаніи отдѣльныхъ частей его, посредствомъ, напр., переправокъ, подчистокъ, приписокъ и тому подобное. Отличіе же заявленія сомнѣнія отъ спора о подлогѣ заключается, во-первыхъ, въ томъ, что въ спорѣ о подлогѣ сторона, предъявляющая его, прямо отрицаетъ подлинность акта, между тѣмъ, какъ посредствомъ заявленія сомнѣнія сторона выражаетъ только свою неувѣренность въ томъ, что представленный противъ нея актъ исходитъ именно отъ того лица, которому приписывается, или что содержаніе акта вполнѣ соотвѣтствуетъ волѣ и намѣренію этого лица, и на этомъ основаніи желаетъ, чтобы подлинность акта была провѣрена, или, лучше сказать, подкрѣплена другими доказательствами лицомъ, представившимъ актъ. Въ этомъ признакѣ отличія заявленіе сомнѣнія представляетъ по характеру спора большое сходство съ demande incidente en vérification d'écritures по уставу французскому, и мнѣ кажется, что принятіе нашимъ уставомъ, для обозначенія подобныхъ споровъ, термина „заявленіе сомнѣнія противъ подлинности" какъ нельзя болѣе соотвѣтствуетъ характеру и значенію этихъ споровъ и, притомъ, довольно наглядно выражаетъ признакъ, отличающій этотъ споръ отъ споровъ о подлогѣ.

Изъ только-что указаннаго отличія заявленія сомнѣнія отъ спора о подлогѣ вытекаетъ весьма важное послѣдствіе, заключающееся въ томъ, что при заявленіи сомнѣнія onus probandi распредѣляется между сторонами совершенно иначе, чѣмъ при спорѣ о подлогѣ. Въ то время, какъ въ спорѣ о подлогѣ, въ силу правила 544 ст., обязанность доказывать подлинность акта падаетъ на сторону, предъявившую споръ о подлогѣ, при заявленіи сомнѣнія, напротивъ, сторона, заявляющая сомнѣніе, ничего не обязана доказывать: ей достаточно просто заявить въ видѣ этого спора возраженіе противъ подлинности представленнаго противъ нея акта, а, затѣмъ, вся тяжесть доказыванія подлинности акта переносится на сторону противную, т.-е. на ту самую сторону, которая представила актъ. Положеніе это подтверждается, во-первыхъ, тѣмъ выводомъ, который получается при толкованіи по аргументу a contrario правила 544 ст., а, во-вторыхъ, еще болѣе тѣми разсужденіями, которыя помѣщены въ изданіи государственной канцеляріи въ началѣ отдѣленія о повѣркѣ письменныхъ доказательствъ и въ которыхъ, между прочимъ, сказано: „сущность различія того и другого порядка состоитъ въ томъ, что

въ первомъ случаѣ (т.-е. при заявленіи сомнѣнія) обязанность доказать достовѣрность акта возлагается на того изъ тяжущихся, который основываетъ на предъявленномъ актѣ свои права, а во второмъ (т.-е. въ спорѣ о подлогѣ) обязанность доказывать подложность акта лежитъ на тяжущемся, предъявившемъ споръ о подлогѣ". Разсужденія эти нельзя не признать вполнѣ согласными съ самымъ существомъ того и другого спора, но дѣло только въ томъ, что различіе въ распредѣленіи onus probandi въ томъ и другомъ спорѣ никоимъ образомъ нельзя признать за отличительную черту въ самомъ существѣ того и другого спора, а только за послѣдствіе, имѣющее свое основаніе въ различіи того и другого спора по самой ихъ природѣ. Что обязанность доказывать подлинность акта при заявленіи сомнѣнія должна быть возлагаема на тяжущагося, представившаго актъ, призналъ какъ сенатъ (рѣш. 1876 года, № 549), такъ и наши процессуалисты: Малышевъ (Курсъ гражд. суд., изд. 2, т. I, стр. 297), Малининъ (Комментарій къ 366 ст. уст. стр. 88), Вербловскій (Журн. гражд. и угол. пр. 1881 г., кн. 6, стр. 65, замѣтки) и Гольмстенъ (Учеб. гражд. суд., стр. 166). Другое послѣдствіе указаннаго различія между спорами о подлогѣ и заявленіемъ сомнѣнія заключается, какъ это мы, впрочемъ, подробнѣе укажемъ при комментированіи правила слѣдующей статьи, въ томъ, что законъ допускаетъ опроверженіе подлинности актовъ посредствомъ заявленія сомнѣнія несравненно въ болѣе ограниченномъ числѣ случаевъ, чѣмъ посредствомъ спора о подлогѣ, на томъ основаніи, что невозможно допустить требованіе о повѣркѣ, посредствомъ заявленія сомнѣнія, такихъ актовъ, которые, по самому способу совершенія ихъ, представляются уже болѣе или менѣе достовѣрными.

Изъ выясненія чертъ сходства и различія между споромъ о подлогѣ и заявленіемъ сомнѣнія, мнѣ кажется, достаточно выясняется и самая сущность этого послѣдняго спора, который хотя и есть, наравнѣ со споромъ о подлогѣ, споръ противъ подлинности акта, но въ которомъ сторона, предъявляющая его, не отрицаетъ, однако же, положительно подлинности акта, а заявляетъ лишь одно сомнѣніе въ подлинности его съ цѣлью вызвать повѣрку акта, посредствомъ другихъ доказательствъ, которыя обязана представить сторона противная. Установленіемъ понятій спора о подлогѣ и заявленія сомнѣнія и указаніемъ признаковъ, отличающихъ эти споры отъ споровъ сходственныхъ, выясняется, вмѣстѣ съ тѣмъ, и то—какіе именно споры противъ актовъ могутъ быть принимаемы въ значеніи споровъ о подлогѣ или заявленія сомнѣнія въ подлинности, а, затѣмъ, выясняется, конечно, также и то—въ какихъ случаяхъ судъ въ правѣ назначать повѣрку письменныхъ доказательствъ съ цѣлью удостовѣриться въ ихъ подлинности на основаніи правила 541 ст. Все сказанное, однако же, по поводу допустимости повѣрки письменныхъ доказательствъ въ силу правила этой статьи, никакъ еще нельзя признать достаточнымъ, потому что одно только опредѣленіе понятія споровъ противъ подлинности актовъ не исчерпываетъ еще все содержаніе статьи и не выясняетъ съ достаточной полнотой самое пространство права суда назначать или не назначать повѣрку, разумѣется, вслѣдствіе заявленія спора противъ подлинности одной изъ сторонъ процесса, между тѣмъ, какъ выясненіе точнаго смысла правила 541 ст. въ этомъ отношеніи представляется необходимымъ для правильнаго примѣненія ея.

Первый вопросъ, подлежащій разрѣшенію по отношенію пространства права суда назначать или не назначать повѣрку, или другими словами, права суда давать или не давать ходъ заявленіямъ тяжущихся противъ подлинности представленныхъ къ дѣлу актовъ, я формулирую слѣдующимъ образомъ: въ правѣ ли судъ, на основаніи правила 541 ст., отвергать de plano по своему усмотрѣнію подобные споры и не давать имъ хода въ установленномъ порядкѣ и если въ правѣ, то во всѣхъ ли случаяхъ безъ исключенія?

Практика французскаго кассаціоннаго суда, рѣшенія которой приведены у Рогрона, разрѣшаетъ этотъ вопросъ безусловно утвердительно и признаетъ за французскими судами право de plano и безъ всякаго производства отвергать споры тяжущихся противъ подлинности актовъ и, притомъ, оба вида споровъ, т.-е. какъ споры о подлогѣ, такъ и просьбы о повѣркѣ во всѣхъ случаяхъ, когда судъ убѣжденъ и безъ производства повѣрки въ подлинности оспариваемаго акта (Code de proc. civ. exp., изд. 10, т. I, стр. 612 и 637). Въ этомъ же смыслѣ разрѣшеніе поставленнаго вопроса можетъ быть, пожалуй, допущено и у насъ, если только при разрѣшеніи его основываться на буквальномъ смыслѣ выраженія разбираемой статьи: „повѣрка акта можетъ быть назначена судомъ", и проч., но на самомъ дѣлѣ врядъ ли на основаніи общаго смысла правилъ нашего устава, опредѣляющихъ порядокъ производства по спорамъ о подлогѣ и по заявленію сомнѣнія въ подлинности, можетъ быть признано за нашими судами безусловное право, по ихъ усмотрѣнію, отвергать безъ всякаго производства упомянутые споры противъ подлинности актовъ. Напротивъ, если мы сопоставимъ правило разбираемой статьи, напр., съ выраженіемъ 546 ст. „когда же она (т.-е. сторона, представившая актъ) объявитъ желаніе воспользоваться актомъ (разумѣется, несмотря на заявленіе стороной противной сомнѣнія въ его подлинности), то производится изслѣдованіе его подлинности", каковое выраженіе, въ особенности его послѣдними словами, ясно указываетъ на императивный характеръ правила этой статьи; и если мы примемъ также во вниманіе правило 561 ст., которое предоставляетъ суду право устранять споръ о подлогѣ не иначе, какъ судебнымъ опредѣленіемъ, постановляемымъ по окончаніи производства по спору о подлогѣ, то мы, вмѣстѣ съ тѣмъ, должны будемъ придти къ тому заключенію, что по нашему уставу судъ не въ правѣ отвергать de plano безъ всякаго производства споры тяжущихся противъ подлинности актовъ, а обязанъ, въ силу правила 545 ст. и при наличности условій, въ немъ указанныхъ, непремѣнно назначать производство изслѣдованія заподозрѣннаго акта, въ случаѣ заявленія сомнѣнія противъ подлинности его, а по смыслу правила 561 ст. также точно обязанъ давать ходъ заявленію тяжущагося о подлогѣ акта.

Несмотря, однако же, на то, что вопросъ о правѣ суда назначать повѣрку письменныхъ доказательствъ долженъ быть разрѣшенъ, по моему мнѣнію, въ этомъ послѣднемъ смыслѣ, нельзя, съ другой стороны, не указать и на случаи, когда суду не только должно быть предоставлено право, но даже должно быть ему вмѣнено въ обязанность de plano и безъ всякаго производства отвергать споры тяжущихся противъ подлинности актовъ, потому что, какъ это понятно, конечно, само собой, что для того, чтобы заявленію тяжущагося противъ подлинности акта могъ быть данъ ходъ, необходимо, чтобы самый споръ заявленъ былъ правильно, опредѣлительно и въ установленномъ порядкѣ. На этомъ основаніи суду должно быть предоставлено право отвергать de plano споръ противъ подлинности, какъ неправильно заявленный, напр., въ томъ случаѣ, когда споръ предъявляется не тѣмъ лицомъ, которое, въ силу правила 541 ст., въ правѣ предъявить споръ, именно когда споръ заявляется не тѣмъ изъ тяжущихся, противъ котораго представленъ актъ, а, положимъ, однимъ изъ соотвѣтчиковъ, интересы котораго представленный истцомъ актъ вовсе не затрогиваетъ, хотя, съ другой стороны, нельзя не замѣтить, что для того, чтобы заявленію тяжущагося противъ подлинности былъ данъ ходъ, нѣтъ необходимости, чтобы оспариваемый документъ былъ представленъ непремѣнно стороной противной; напротивъ—заявленію противъ подлинности долженъ быть даваемъ ходъ и въ тѣхъ случаяхъ, когда оспориваемый актъ представленъ по требованію противной стороны, напр., третьимъ, не участвующимъ въ дѣлѣ, лицомъ, если только актъ этотъ затрогиваетъ интересы заявителя спора. Судъ обязанъ de plano отвергать также споръ о под-

логѣ, какъ неправильно заявленный не тѣмъ лицомъ, которое по закону имѣетъ право на предъявленіе спора и въ тѣхъ случаяхъ, когда споръ о подлогѣ заявляется, напр., повѣреннымъ, не имѣющимъ спеціальнаго уполномочія на предъявленіе этого спора, положительно выраженнаго въ довѣренности, въ силу требованія правила 250 ст., или лицомъ, состоящимъ подъ опекой за расточительность, безъ согласія своего опекуна, на основаніи правила 20 ст.

Кромѣ того, споръ противъ подлинности акта можетъ оказаться неправильно заявленнымъ и, потому, можетъ быть отвергнутъ судомъ de plano по соображенію значенія того акта, подлинность котораго оспаривается стороной. Такъ, въ силу того обстоятельства, что на основаніи 1692 ст. улож. о наказ., какъ это мы видѣли нѣсколько выше, за подлогъ признается поддѣлка только такихъ актовъ, которые могутъ служить доказательствомъ правъ на имущество или доказательствомъ принятыхъ кѣмъ-либо на себя обязанностей, необходимо придти къ тому заключенію, что и споръ о подлогѣ возможенъ только противъ подобныхъ актовъ, или другими словами,—что споръ о подлогѣ не можетъ быть допускаемъ противъ такихъ бумагъ, представленныхъ за письменныя доказательства, которыя не имѣютъ указаннаго значенія или которыя не могутъ быть сами по себѣ признаваемы въ значеніи актовъ, могущихъ имѣть силу, на основаніи законовъ гражданскихъ, самостоятельныхъ письменныхъ доказательствъ въ процессѣ. На этомъ основаніи не должны быть допускаемы какъ споры о подлогѣ, такъ тѣмъ болѣе и заявленія сомнѣнія противъ подлинности, напр., противъ выписокъ изъ книгъ, копій актовъ и тому подобныхъ бумагъ, которыя не могутъ имѣть значенія самостоятельныхъ письменныхъ доказательствъ и содержаніе которыхъ можетъ быть, въ силу правила 534 ст., удостовѣрено инымъ образомъ—простой повѣркой ихъ съ тѣми актами или оригиналами, изъ которыхъ онѣ заимствованы. Впрочемъ, по отношенію допустимости споровъ о подлогѣ противъ копій актовъ, я долженъ замѣтить, что въ нѣкоторыхъ случаяхъ подобные споры могутъ быть допускаемы на основаніи 362 ст. улож. о наказ., — это именно въ тѣхъ случаяхъ, когда представленныя копіи выданы правительственными установленіями или должностными лицами съ актовъ несуществующихъ, когда, притомъ, подобныя копіи, какъ это разумѣется само собой, могутъ быть, однако же, принимаемы, по закону, за самостоятельныя письменныя доказательства въ процессѣ. Признаніемъ за судомъ права de plano отвергать споры противъ подлинности актовъ, не могущихъ имѣть значенія самостоятельныхъ письменныхъ доказательствъ въ процессѣ, вопросъ о правѣ суда по его усмотрѣнію не допускать споры противъ подлинности актовъ по соображенію значенія ихъ еще не исчерпывается. Такъ, могутъ представиться такіе случаи, когда представленный актъ, хотя и имѣетъ вполнѣ значеніе самостоятельнаго письменнаго доказательства, но когда этотъ актъ не имѣетъ, однако же, въ дѣлѣ существеннаго значенія, т.-е. когда онъ, несмотря на его доказательное значеніе, не можетъ оказывать никакого вліянія на разрѣшеніе спора въ пользу той или другой стороны. Долженъ ли, спрашивается, судъ давать ходъ заявленію противъ подлинности такого акта, единственно на томъ основаніи, что онъ можетъ служить доказательствомъ правъ на имущество? Я полагаю, что вопросъ этотъ долженъ быть разрѣшенъ отрицательно; по крайней мѣрѣ, въ пользу разрѣшенія его въ этомъ смыслѣ, по отношенію права мировыхъ установленій отвергать споры о подлогѣ, мы имѣемъ прямое указаніе въ правилѣ 110 ст., которымъ предписывается давать ходъ спорамъ о подлогѣ только противъ такихъ документовъ, которые имѣютъ существенное значеніе при рѣшеніи дѣла, и мнѣ кажется, что нельзя въ этомъ случаѣ не признать это право и за общими судебными установленіями, на томъ основаніи, что невозможно предположить, чтобы законъ въ настоящемъ случаѣ имѣлъ въ виду предоставить болѣе широкое право единоличному суду миро-

вого судьи, чѣмъ суду коллегіальному, каковымъ представляются общія судебныя установленія. Поэтому, я прихожу къ тому заключенію, что и окружный судъ, какъ это объяснилъ и сенатъ (рѣш. 1878 года, № 221), въ правѣ отвергать de plano споры противъ подлинности всякій разъ, какъ только усматриваетъ, что оспариваемый актъ не имѣетъ въ дѣлѣ существеннаго значенія и когда, слѣдовательно, разсмотрѣніе такого спора служило бы напраснымъ замедленіемъ разрѣшенію дѣла по существу. На основаніи изложенныхъ соображеній, мнѣ кажется, слѣдуетъ также признать, что судъ въ правѣ не давать хода заявленію противъ подлинности акта и въ тѣхъ случаяхъ, когда бы актъ самъ по себѣ имѣлъ въ дѣлѣ существенное значеніе, но когда бы заявленіе противъ подлинности относилось до поддѣлки или фальсификаціи такихъ частей или положеній акта, содержаніе которыхъ въ какомъ бы видѣ ни представлялось вслѣдствіе поддѣлки, не можетъ, однако же, оказывать существеннаго вліянія на разрѣшеніе спора по существу, въ пользу той или другой стороны; когда бы, напр., оказалось передѣланнымъ число, обозначающее день совершенія акта, если подобная передѣлка не оказываетъ никакого вліянія на права сторонъ, служащія основаніемъ спора; или когда бы въ актѣ были прибавлены послѣ совершенія его такія выраженія, которыя также не могутъ оказывать никакого вліянія на интересы сторонъ и ни въ чемъ не измѣняютъ сущность акта по его содержанію, и тому подобное.

Нѣсколько болѣе труднымъ для разрѣшенія по отношенію допустимости споровъ противъ подлинности акта представляется другой вопросъ о томъ: какое вліяніе на допустимость этихъ споровъ можетъ оказывать недѣйствительность акта и въ правѣ ли судъ de plano отвергать споры противъ подлинности такого рода актовъ? Въ правѣ уголовномъ вопросъ о вліяніи недѣйствительности или ничтожности акта, и притомъ ничтожности, наступающей ex post facto, на составъ или наказуемость преступленія подлога, разрѣшается криминалистами отрицательно; такъ, напр. Боатаръ и Мерленъ утверждаютъ, что для разрѣшенія вопроса о наличности подлога нужно исходить изъ момента составленія акта и что послѣдующія обстоятельства, напротивъ, не могутъ ни создать несуществовавшаго подлога, ни уничтожить подлогъ, уже совершенный (Лекцій по уголов. праву. Судеб. Журн. 1875 г., кн. 6, стр. 331). Въ томъ же смыслѣ разрѣшаетъ этотъ вопросъ и нашъ уголовный кассаціонный департаментъ во многихъ рѣшеніяхъ (рѣш. 1870 года, № 658, 1871 года, № 457 и др.). Слѣдуетъ ли, однако же, на этомъ основаніи допустить, что недѣйствительность или ничтожность акта не должна также оказывать никакого вліянія на допустимость гражданскаго спора о подлогѣ? Дать на этотъ вопросъ въ томъ или другомъ смыслѣ, но категорическій одинъ общій отвѣтъ, долженствующій служить руководствомъ во всѣхъ случаяхъ, мнѣ кажется, невозможно; напротивъ, вопросъ этотъ, по моему мнѣнію, долженъ быть разрѣшаемъ различно, смотря по тому—представляется ли оспариваемый актъ абсолютно недѣйствительнымъ по его содержанію или со стороны формы, или же только релятивно недѣйствительнымъ. Въ первомъ случаѣ, когда представленный къ дѣлу актъ является безусловно ничтожнымъ, мнѣ кажется, нѣтъ никакой необходимости давать ходъ заявленію противъ подлинности его, на томъ основаніи, что такой актъ ни въ какомъ случаѣ не можетъ имѣть существеннаго въ дѣлѣ значенія, вслѣдствіе чего, и самый споръ противъ подлинности его является совершенно безполезнымъ. Такъ, напр., будетъ совершенно безцѣльно дать ходъ заявленію противъ подлинности акта, служащаго выраженіемъ сдѣлки, клонящейся, положимъ, къ расторженію союза брачнаго, когда самая сдѣлка абсолютно ничтожна и не можетъ служить основаніемъ къ установленію какихъ-либо взаимныхъ правъ или обязанностей между сторонами, или давать ходъ заявленію, напр., противъ подлинности купчей, совершенной домашнимъ порядкомъ, когда подоб-

ная купчая представляется въ доказательство отыскиваемаго права собственности на недвижимое имущество и проч. Во второмъ случаѣ, когда актъ является только релятивно недѣйствительнымъ, положимъ по несоблюденію, при совершеніи его, предписанныхъ закономъ формъ, и когда сторона, вмѣсто заявленія о недѣйствительности такого акта, напр., акта, писаннаго отъ неграмотнаго, подлинность подписи на которомъ не удостовѣрена однимъ изъ способовъ, въ законѣ указанныхъ, заявляетъ прямо споръ противъ подлинности его; напротивъ, такому спору долженъ быть даваемъ ходъ, потому что такого рода актъ, при отсутствіи возраженія о дѣйствительности его, можетъ служить доказательствомъ въ процессѣ гражданскомъ; что же касается выбора способа оспариванія его, то это должно быть предоставлено вполнѣ усмотрѣнію стороны, предъявляющей споръ. По изложеннымъ соображеніямъ, спору противъ подлинности документа долженъ быть даваемъ ходъ и въ тѣхъ случаяхъ, когда бы оспориваемый документъ утратилъ свое значеніе за истеченіемъ давности, если сторона, вмѣсто того, чтобы оправергать документъ на этомъ основаніи, сама избираетъ болѣе сложный путь оспариванія, посредствомъ заявленія возраженія противъ подлинности акта. Сенатъ, кажется, не различаетъ по отношенію вопроса о правѣ суда отвергать de plano споръ противъ подлинности акта, писаннаго отъ имени неграмотнаго и не засвидѣтельствованнаго въ подлинности подписи установленнымъ порядкомъ, случаи по соображеніи характера возраженія противъ акта; по крайней мѣрѣ, сенатъ во многихъ рѣшеніяхъ просто объяснилъ, что судъ въ правѣ не производить изслѣдованія подлинности такого акта, какъ не имѣющаго никакого значенія, какъ доказательство (рѣш. 1875 года, № 963 и 1881 года, № 119). Давая такое объясненіе, сенатъ, очевидно, упустилъ изъ виду, что такой актъ, какъ доказательство, представляется недѣйствительнымъ не абсолютно, но только вслѣдствіе возраженія о его недѣйствительности, въ виду чего, конечно, только не прежде, какъ по предъявленіи этого возраженія, можетъ оказываться безполезнымъ и изслѣдованіе его подлинности, а никакъ не въ случаяхъ предъявленія прямо спора противъ его подлинности, какъ акта дѣйствительнаго. Фуксъ, обсуждая вопросъ о значеніи актовъ отъ неграмотныхъ, не засвидѣтельствованныхъ установленнымъ порядкомъ въ подлинности подписи на нихъ отъ неграмотнаго, и о правѣ суда de plano отвергать значеніе такихъ актовъ, какъ доказательства, безъ всякаго изслѣдованія ихъ подписи, подобно сенату, не различаетъ случаевъ предъявленія тѣхъ или другихъ возраженій противъ акта и рѣшаетъ этотъ вопросъ такъ же, какъ и сенатъ, вообще въ смыслѣ права суда отвергать значеніе его, какъ доказательства, безъ изслѣдованія его подписи, какъ акта недѣйствительнаго и, потому, не могущаго имѣть существеннаго значенія для рѣшенія дѣла во всѣхъ случаяхъ. Высказавъ эти положенія, Фуксъ въ то же время указываетъ на необходимость по отношенію допустимости заявленія споровъ противъ подлинности актовъ отъ неграмотныхъ и, затѣмъ, на необходимость изслѣдованія ихъ подлинности дѣлать другое различіе,— весьма существенное и, притомъ, такое, на которое до сихъ поръ не было обращено никакого вниманія ни въ нашей юридической литературѣ, ни въ судебной практикѣ. Именно, Фуксъ предлагаетъ различать въ этомъ отношеніи случаи, когда актъ составленъ отъ имени неграмотнаго и подписанъ за него другимъ лицомъ, какъ за неграмотнаго, и когда актъ составленъ отъ имени неграмотнаго, какъ отъ грамотнаго, и подписанъ за него его именемъ. Въ случаѣ заявленія спора о подлогѣ противъ этого послѣдняго акта, споръ этотъ, по совершенно справедливому указанію Фукса, долженъ быть признанъ безусловно допустимымъ, на томъ основаніи, что составленіе акта отъ другого лица, какъ подлогъ въ личности, вполнѣ совмѣщаетъ въ себѣ

признаки преступленія подлога, указанные въ законѣ уголовномъ (Журн. гражд. и угол. пр. 1886 г., кн. 4, стр. 108).

Выше мной было замѣчено, что для того, чтобы спору противъ подлинности документа могъ быть даваемъ законный ходъ, необходимо еще, чтобы споръ былъ заявленъ опредѣлительно. Необходимость соблюденія этого требованія въ каждомъ конкретномъ случаѣ со стороны предъявителя спора понятна, кажется, сама собой, потому что при неопредѣлительности заявленія нерѣдко невозможно было бы отличить, во-первыхъ, какой именно споръ заявляется, т.-е. заявляется ли споръ противъ подлинности и, затѣмъ, заявляется ли прямо споръ о подлогѣ, или только сомнѣніе въ подлинности, и во-вторыхъ, нерѣдко невозможно было бы приступить къ самой повѣркѣ оспариваемаго документа безъ указанія со стороны заявителя спора, на что именно должна быть направлена повѣрка. Понятнымъ также кажется и то, что для опредѣлительности заявленія противъ подлинности недостаточно еще, чтобы заявитель спора, для обозначенія своего заявленія, употребилъ только тѣ техническія выраженія, которыя употребляетъ законъ для означенія этихъ споровъ, т.-е. недостаточно еще, если заявитель спора скажетъ только, что предъявляетъ споръ о подлогѣ, или заявляетъ сомнѣніе въ подлинности акта, потому что такимъ заявленіемъ нимало еще не выясняется какъ сущность предъявляемаго спора, такъ и необходимые признаки именно спора противъ подлинности. Напротивъ, для опредѣлительности подобныхъ заявленій необходимо, чтобы предъявитель спора подробнѣе обозначилъ въ своемъ заявленіи тѣ фактическія данныя, которыми, по его мнѣнію, искажается подлинность оспариваемаго документа; необходимо, напр., чтобы предъявитель спора указалъ: отвергаетъ ли онъ подлинность подписи на документѣ или считаетъ подложными или искаженными въ содержаніи нѣкоторыя части документа, посредствомъ приписокъ, подчистокъ и тому подобное. Въ силу, однако же, того обстоятельства, что самымъ существеннымъ признакомъ опредѣлительности спора противъ подлинности должно быть признано именно указаніе заявителя спора на тѣ данныя, которыми, по его мнѣнію, искажается подлинность оспариваемаго документа, нѣтъ надобности, для направленія спора въ установленномъ порядкѣ, непремѣнно требовать, чтобы заявитель спора означалъ свое заявленіе техническими, указанными въ законѣ, терминами; напротивъ, достаточно, какъ это правильно призналъ и сенатъ, если заявитель спора означитъ съ точностью необходимые признаки, присущіе тому или другому спору противъ подлинности. Такъ сенатъ, во многихъ рѣшеніяхъ, призналъ, что заявленіе отвѣтчика о томъ, что онъ предъявленнаго противъ него долгового документа не выдавалъ и денегъ не бралъ, составляетъ прямое заявленіе о подлогѣ документа и тому подобное (рѣш. 1867 года, № 479 и др.). Въ нѣкоторыхъ случаяхъ сенатъ, какъ это видно изъ многихъ его рѣшеній, даже слишкомъ строго относится къ тому, чтобы споръ противъ подлинности былъ заявляемъ непремѣнно опредѣлительно и признаетъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, при малѣйшей неопредѣлительности заявленія, за судомъ право отвергать на этомъ основаніи de plano, безъ всякаго производства, споръ противъ подлинности. Такъ, напр., сенатъ, въ заявленіи отвѣтчика-купца о томъ, что онъ не можетъ положительно сказать, подписана ли дѣйствительно его приказчикомъ представленная противъ него росписка, не признаетъ ни спора о подлогѣ, ни заявленія сомнѣнія въ подлинности росписки (рѣш. 1869 года, № 769), между тѣмъ, какъ въ такомъ заявленіи, мнѣ кажется, нельзя не видѣть прямо заявленія сомнѣнія въ подлинности. Въ другомъ рѣшеніи сенатъ даже призналъ, что заявленіе отвѣтчика о томъ, что онъ представленный противъ него вексель не просилъ сына подписывать за себя по неграмотности, не составляетъ заявленія о подлогѣ (рѣш. 1869 года, № 543), между тѣмъ, какъ такое заявленіе нельзя при-

нять ни за какой иной споръ, какъ именно за споръ о подлогѣ, потому что имъ прямо отвергалась подлинность подписи на документѣ.

Что касается, наконецъ, послѣдствій незаявленія спора противъ подлинности въ установленномъ порядкѣ, то на это я считаю болѣе у мѣста обратить вниманіе при комментированіи правилъ, относящихся до порядка производства по обоимъ видамъ споровъ противъ подлинности въ отдѣльности; а теперь я долженъ еще остановиться на разсмотрѣніи тѣхъ ограниченій, которыя указаны въ правилахъ 543 и 542 ст., по отношенію допустимости одного изъ видовъ споровъ противъ подлинности, именно заявленія сомнѣнія.

Первое изъ этихъ ограниченій, выраженное въ правилѣ 543 ст., воспрещающей заявлять сомнѣніе въ подлинности актовъ крѣпостныхъ, нотаріальныхъ и засвидѣтельствованныхъ установленнымъ порядкомъ, имѣетъ свое основаніе, какъ сказано въ мотивахъ, помѣщенныхъ подъ этой статьей въ изданіи государственной канцеляріи, въ томъ юридическомъ предположеніи, въ силу котораго засвидѣтельствованіе акта само по себѣ признается за достаточное доказательство его подлинности. Такое ограниченіе, по отношенію допустимости заявленія сомнѣнія въ подлинности актовъ крѣпостныхъ, нотаріальныхъ и засвидѣтельствованныхъ установленнымъ порядкомъ, нельзя не признать вполнѣ необходимымъ для большаго охраненія твердости этихъ актовъ, какъ доказательствъ, тѣмъ болѣе, что и самое основаніе ограниченія, выведенное изъ общепринятой въ наукѣ презумпціи, является вполнѣ правильнымъ. Заимствованнымъ же указанное воспрещеніе представляется, повидимому, изъ права французскаго, въ которомъ оно основано на томъ же самомъ предположеніи, какъ и у насъ, и которое, по мнѣнію Кольме-д'Ажъ, разработавшаго главу о спорѣ о подлогѣ, въ изданныхъ имъ лекціяхъ Боатара, имѣетъ свое основаніе въ различіи распредѣленія между сторонами onus probandi доказывать или опровергать подлинность актовъ при спорѣ о подлогѣ и при простой повѣркѣ подлинности. Такъ какъ различіе это усвоено правиломъ 544 ст. и нашего устава, то разъясненія, данныя по этому предмету Кольме-д'Ажъ, могутъ имѣть значеніе для выясненія основанія разсматриваемаго воспрещенія и у насъ. Въ виду того обстоятельства, что при простой повѣркѣ подлинности акта обязанность доказывать его подлинность возлагается всецѣло на лицо, представившее актъ, по мнѣнію Кольме-д'Ажъ, было бы несправедливо допущеніемъ повѣрки актовъ публичныхъ, установленнымъ порядкомъ совершенныхъ при содѣйствіи общественной власти, возлагать обязанность доказывать ихъ подлинность на лицо, представившее актъ, еще другими доказательствами, вслѣдствіе чего, для опроверженія подлинности такого рода актовъ и долженъ быть допускаемъ только споръо подлогѣ, при которомъ обязанность доказывать неподлинность акта возлагается на сторону противную, т.-е. на заявителя спора о подлогѣ (Leç. de proc. civ., изд. 11, т. I, стр. 408). И въ самомъ дѣлѣ, возможно ли на предъявителя, напр., крѣпостного акта возлагать обязанность доказывать его подлинность еще другими доказательствами, когда онъ самъ въ себѣ носитъ очевидныя доказательства его подлинности, заключающіяся въ имѣющемся на немъ засвидѣтельствованіи общественной власти, вслѣдствіе чего, и допущеніе заявленія сомнѣнія противъ подлинности такого рода актовъ не должно быть допускаемо.

Какъ ни просто правило разбираемой статьи само по себѣ, но и оно, при внимательномъ разсмотрѣніи, оказывается во многихъ отношеніяхъ неполнымъ и неяснымъ. Такъ, имъ воспрещается заявлять сомнѣніе только противъ подлинности актовъ крѣпостныхъ и засвидѣтельствованныхъ установленнымъ порядкомъ, между тѣмъ, какъ на самомъ дѣлѣ, если только имѣть въ виду разсмотрѣнное основаніе этого воспрещенія, ему должно быть придаваемо нѣсколько болѣе широкое значеніе и распространяемо оно должно быть также и на случаи заявленія сомнѣнія противъ подлинности актовъ

состоянія и актовъ присутственныхъ мѣстъ, на томъ основаніи, что и эти акты, какъ исходящіе отъ общественной власти, сами по себѣ носятъ доказательство ихъ подлинности. Кромѣ того, заявленіе сомнѣнія противъ подлинности всѣхъ перечисленныхъ актовъ не должно быть допускаемо не только въ тѣхъ случаяхъ, когда оспариваемый актъ является дѣйствительно совершеннымъ или засвидѣтельствованнымъ установленнымъ порядкомъ, и когда споръ заявляется только противъ подлинности содержанія акта въ извѣстныхъ частяхъ его, но и въ тѣхъ случаяхъ, когда оспариваемый актъ является только по виду актомъ публичнымъ, но на самомъ дѣлѣ является подложнымъ во всѣхъ частяхъ, какъ въ содержаніи, такъ и въ засвидѣтельствованіи, на томъ основаніи, что и такого рода акты заключаютъ въ себѣ видимые признаки, могущіе служить доказательствомъ ихъ подлинности. На основаніи всего сказаннаго, однако же, по поводу значенія ограниченія по отношенію допустимости заявленія сомнѣнія въ подлинности, выраженнаго въ правилѣ 543 ст., мы должны придти къ тому несомнѣнному выводу, что этотъ видъ спора противъ подлинности актовъ можетъ быть допускаемъ только какъ средство опроверженія подлинности актовъ домашнихъ. Хотя въ категоріи домашнихъ актовъ, какъ мы видѣли выше, при объясненіи правила 410 ст., должны быть относимы также и такого рода акты, на которыхъ засвидѣтельствована только подлинность подписи, но, несмотря на это, по отношенію допустимости заявленія сомнѣнія въ подлинности такого рода актовъ, нельзя не признать, что если этотъ видъ спора и можетъ быть допускаемъ, то только никакъ не противъ подлинности подписи на актѣ, а лишь противъ подлинности его содержанія въ другихъ его частяхъ, на томъ основаніи, что подлинность подписи и на этихъ актахъ является удостовѣренной оффиціальнымъ засвидѣтельствованіямъ ея въ той же степени, какъ и подлинность вообще публичныхъ актовъ, вслѣдствіе чего, противъ подлинности подписи и на этихъ актахъ можетъ считаться допустимымъ только споръ о подлогѣ его. Въ виду этого замѣчанія, и нельзя признать вполнѣ правильнымъ положеніе, высказанное Московской судебной палатой въ рѣшеніи ея по дѣлу Гавриловой съ Сеняво о томъ, что противъ подлинности вообще акта, на которомъ имѣется засвидѣтельствованіе подлинности подписи полиціей, можетъ быть допускаемъ только споръ о подлогѣ, но не заявленіе сомнѣнія противъ его подлинности (Судеб. Вѣст. 1867 г., № 133). Болѣе правильнымъ, конечно, представляется объясненіе Московскаго окружнаго суда въ рѣшеніи его по этому же дѣлу о томъ, что не можетъ считаться допустимымъ заявленіе сомнѣнія противъ подлинности самой подписи на актѣ, удостовѣренной полиціей, подлинность которой можетъ быть опровергаема только споромъ о ея подлогѣ (Судеб. Вѣст. 1867 г., № 30).

На этомъ ограниченіи допустимости заявленія сомнѣнія въ подлинности нашъ уставъ, однако же, не останавливается, но указываетъ въ правилѣ 542 ст. еще другое ограниченіе, въ силу котораго, какъ сказано въ статьѣ, „сомнѣніе въ подлинности акта не можетъ быть заявлено лицомъ, отъ имени коего актъ выданъ или составленъ, если онъ тѣмъ лицомъ подписанъ“. Послѣднее выраженіе статьи: „если онъ тѣмъ лицомъ подписанъ“, настолько неточно, что неясностью своей затемняетъ смыслъ всего правила, между тѣмъ, какъ отъ пониманія его въ томъ или другомъ смыслѣ зависитъ и самое опредѣленіе значенія разсматриваемаго ограниченія. Мнѣ кажется, что въ настоящемъ случаѣ, для лучшаго уясненія точнаго смысла правила 542 ст., правильнѣе всего будетъ руководствоваться тѣми данными, которыя мы находимъ въ мотивахъ, помѣщенныхъ въ изданіи государственной канцеляріи подъ этой статьей, въ которыхъ, между прочимъ, сказано: „право заявлять сомнѣніе въ подлинности подписи подъ актомъ, или въ подлинности его содержанія, предоставляется только тому лицу, которое само не участвовало въ составленіи акта и коего подпись подъ нимъ не значится“. На основаніи

этихъ словъ мотивовъ нельзя не придти къ тому заключенію, что выраженіе статьи: „если онъ (т.-е. актъ) тѣмъ лицомъ подписанъ", должно быть понимаемо въ смыслѣ выраженія: *„если подпись лица, выдавшаго актъ, значится подъ нимъ"*. При такомъ толкованіи воспрещеніе, выраженное въ правилѣ разбираемой статьи, должно быть принимаемо въ томъ смыслѣ, что имъ предписывается не допускать заявленій сомнѣнія въ подлинности даже домашнихъ актовъ, если только сомнѣніе заявляется лицомъ, коего подпись значится подъ оспариваемымъ актомъ, хотя бы на самомъ дѣлѣ актъ тотъ заявителемъ сомнѣнія подписанъ не былъ. Въ этомъ же смыслѣ понимаетъ правило 542 ст. и сенатъ, который въ рѣшеніи отъ 27 февраля 1876 года, по дѣлу Соколова говоритъ, что „лицо, подпись котораго значится на актѣ, можетъ заявить только споръ о подлогѣ такого акта" (Судеб. Вѣстн. 1876 года № 189), а также наши процессуалисты: Малининъ (Комментарій къ 366 ст. уст. стр. 87) и Гольмстенъ (Учеб. гражд. суд., стр. 166). Если таковъ точный смыслъ ограниченія, выраженнаго въ правилѣ разбираемой статьи, то необходимо, далѣе, признать, что заявленіе сомнѣнія можетъ быть допускаемо только въ тѣхъ случаяхъ, когда оспариваемый въ подлинности домашній актъ выданъ или правопередатчикомъ заявителя спора, напр., наслѣдодателемъ, или третьимъ лицомъ. Допуская, впрочемъ, такой выводъ, я не могу не замѣтить, что, на основаніи буквальнаго смысла правила 542 ст., мнѣ кажется возможнымъ допустить заявленіе сомнѣнія и въ тѣхъ случаяхъ, когда оспариваемый актъ выданъ не только законнымъ представителемъ заявителя сомнѣнія, напр., опекуномъ, но даже когда оспариваемый актъ выданъ, на основаніи довѣренности, напр., управляющимъ или приказчикомъ заявителя спора и отъ его имени, потому что и въ этихъ случаяхъ не будетъ значиться на оспариваемомъ актѣ подписи заявителя сомнѣнія. Но можетъ-ли быть допущено заявленіе сомнѣнія въ подлинности акта, подписаннаго за неграмотнаго со стороны лица, отъ имени коего оспариваемый актъ выданъ? Мнѣ кажется, что вопросъ этотъ долженъ быть разрѣшенъ отрицательно на томъ основаніи, что подпись, сдѣланная за неграмотнаго другимъ лицомъ по просьбѣ неграмотнаго, должна быть признаваема за его подпись, вслѣдствіе чего, отъ него и можетъ быть принятъ только споръ о подлогѣ. На этомъ основаніи, тѣмъ болѣе, конечно, не можетъ быть принимаемо заявленіе сомнѣнія въ подлинности отъ неграмотнаго въ тѣхъ случаяхъ, когда подлинность подписи на актѣ, сдѣланной за него другимъ лицомъ, засвидѣтельствована установленнымъ порядкомъ. Если же подлинность подписи, или даже подлинность всего содержанія какого-либо домашняго акта, напр., домашняго духовнаго завѣщанія, заемнаго письма и пр. удостовѣрена только подписями свидѣтелей на актѣ, то заявленіе сомнѣнія противъ подлинности подобныхъ актовъ, разумѣется, отъ лицъ, подпись которыхъ не значится подъ актомъ, должно быть допускаемо, какъ по отношенію подлинности содержанія акта, такъ и по отношенію подлинности подписи на актѣ, потому что такого рода акты, черезъ засвидѣтельствованіе подлинности ихъ частными лицами, не могутъ получить значеніе актовъ публичныхъ.

Въ мотивахъ, помѣщенныхъ въ изданіи государственной канцеляріи подъ разбираемой статьей, не указывается, къ сожалѣнію, основаній включенія въ уставъ выраженнаго въ правилѣ этой статьи ограниченія, по отношенію допустимости заявленія сомнѣнія. По уставу французскому, допускается простая повѣрка подлинности всѣхъ домашнихъ актовъ, по требованію заинтересованной стороны, безъ всякаго различія того, значится ли на оспариваемомъ актѣ подпись заявителя спора, или нѣтъ, на томъ основаніи, что за подлинность всѣхъ домашнихъ актовъ безъ различія не существуетъ той презумпціи, въ силу которой акты публичные признаются за подлинные единственно по причинѣ засвидѣтельствованія ихъ общественной властью. Не су-

ществуетъ подобной презумпціи за подлинность домашнихъ актовъ и у насъ, вслѣдствіе чего, и самое ограниченіе, по отношенію допустимости заявленія сомнѣнія противъ подлинности домашнихъ актовъ, на которыхъ значится подпись заявителя спора, оказывается лишеннымъ юридическаго основанія; а если такъ, то остается только предположить, что мотивомъ включенія въ уставъ этого ограниченія послужили чисто практическія соображенія, или лучше сказать, просто опасеніе за то, чтобы, при отсутствіи выраженнаго въ 542 ст. воспрещенія, домашніе акты не утратили у насъ всякое значеніе, такъ какъ воспрещеніемъ этимъ въ значительной степени гарантируется ихъ доказательное значеніе, какъ это понятно само собой.

Разбирая вообще условія допустимости у насъ споровъ противъ подлинности актовъ, я не могу не остановиться еще на одномъ вопросѣ о томъ: допустимо ли у насъ заявленіе одного спора противъ подлинности послѣ другого, разумѣется въ тѣхъ случаяхъ, когда въ силу только-что разсмотрѣнныхъ правилъ устава оба спора допустимы, т.-е. допустимо ли у насъ заявленіе, напр., спора о подлогѣ въ тѣхъ случаяхъ, когда уже было предъявлено сомнѣніе въ подлинности и когда производство по этому послѣднему спору уже окончено и наоборотъ? Сенатъ въ одномъ изъ его рѣшеній, весьма слабо, впрочемъ, мотивированномъ, разрѣшилъ этотъ вопросъ утвердительно, объяснивъ, что споръ о подлогѣ акта можетъ быть заявленъ и по окончаніи производства по заявленію сомнѣнія въ подлинности того же самаго акта и по оставленіи судомъ этого спора противъ подлинности безъ уваженія (рѣш. 1869 года, № 591). Если въ этомъ смыслѣ разрѣшаетъ поставленный вопросъ практика французскаго кассаціоннаго суда, то это понятно, потому что она къ такому разрѣшенію вопроса имѣетъ прямое основаніе въ правилѣ 214 ст. устава судопроизводства, которая прямо дозволяетъ заявлять споръ о подлогѣ даже такого акта, который уже провѣренъ судомъ въ его подлинности. Можетъ ли же быть, однако, вопросъ этотъ разрѣшенъ въ томъ же самомъ смыслѣ на основаніи относящихся къ этому предмету правилъ нашего устава? Мнѣ кажется, что на основаніи правилъ нашего устава вопросъ этотъ долженъ быть разрѣшенъ скорѣе отрицательно, чѣмъ утвердительно, во-первыхъ, на томъ основаніи, что въ нашемъ уставѣ, подобно уставу французскому, нѣтъ прямого дозволенія возбуждать одинъ споръ противъ подлинности по окончаніи производства по другому, а, во-вторыхъ, еще болѣе потому, что правило 541 ст. должно быть, кажется, понимаемо въ томъ смыслѣ, что имъ предоставляется тяжущимся только въ видѣ альтернативы право предъявить тотъ или другой видъ споровъ противъ подлинности по ихъ усмотрѣнію, на каковой смыслъ правила указываетъ помѣщенный между выраженіями, обозначающими тотъ и другой видъ споровъ противъ подлинности, союзъ „или“, который имѣетъ въ настоящемъ случаѣ значеніе союза раздѣлительнаго, а не пояснительнаго. Кромѣ того, нельзя не обратить вниманіе также и на то: какой бы смыслъ имѣла двойная повѣрка акта въ одномъ и томъ же порядкѣ и какое бы значеніе имѣло самое опредѣленіе суда о признаніи акта подлиннымъ или объ исключеніи его изъ числа доказательствъ, постановляемое по окончаніи проавводства по одному какому-либо спору, еслибы допустить возможность предъявленія одного спора по окончаніи другого. На основаніи этихъ соображеній я прихожу къ тому заключенію, что, руководствуясь правилами нашего устава, скорѣе слѣдуетъ признать, что у насъ не могутъ быть допускаемы заявленія одного спора по окончаніи производства по другому, т.-е. что ни заявленіе спора о подлогѣ по окончаніи производства по заявленію сомнѣнія въ подлинности не можетъ быть допущено, ни наоборотъ. Затѣмъ, что можетъ быть допущено на основаніи правилъ нашего устава по этому предмету, такъ это развѣ заявленіе спора о подлогѣ до окончанія производства по сомнѣнію въ подлинности,

еслибы сторона, до постановленія судомъ окончательнаго опредѣленія о значеніи оспариваемаго акта, взяла свое заявленіе о сомнѣніи въ подлинности назадъ. Наоборотъ же, допущеніе зявленія сомнѣнія при тѣхъ же условіяхъ до окончанія производства по спору о подлогѣ нельзя признать возможнымъ, чисто, впрочемъ, по процессуальнымъ основаніямъ, заключающимся въ правилѣ 545 ст.

Что касается, наконецъ, послѣдствій нарушеній разсмотрѣнныхъ правилъ о повѣркѣ письменныхъ доказательствахъ, то, въ силу того обстоятельства, что всѣ эти правила имѣютъ болѣе или менѣе существенное значеніе, нельзя, кажется, не признать, что несоблюденіе котораго-либо изъ нихъ можетъ служить достаточнымъ кассаціоннымъ поводомъ для стороны, интересы коей въ процессѣ представляются нарушенными допущеннымя отступленіями. Къ числу существенныхъ нарушеній должны быть отнесены, напр., слѣдующія нарушенія: а) безосновательный отказъ въ производствѣ повѣрки, вопреки правилу 534 ст., или, наоборотъ, назначеніе повѣрки при отсутствіи спора, вопреки правилу 499 ст.; б) производство повѣрки безъ соблюденія порядка, въ статьяхъ 535—537 и статьяхъ 539—540 указаннаго; в) неприглашеніе экспертовъ для повѣрки, вопреки правилу 538 ст., въ тѣхъ случаяхъ, когда бы судъ, признавая необходимымъ производство повѣрки, не былъ въ то же время въ состояніи произвести повѣрку самъ непосредственно безъ помощи экспертовъ; г) безосновательный отказъ со стороны суда дать ходъ спору противъ подлинности акта, или, наоборотъ, назначеніе судомъ ex officio безъ просьбы стороны повѣрки подлинности, вопреки правилу 541 ст.; д) неправильное распредѣленіе между сторонами обязанности доказывать подлинность акта въ спорахъ противъ подлинности, вопреки правилу 544 ст.; е) допущеніе заявленія сомнѣнія противъ подлинности въ случаяхъ, до которыхъ относятся воспрещенія, въ правилахъ 542 и 543 ст. указанныя, и тому подобныя.

§ 11. Производство по сомнѣнію въ подлинности акта.

Отчасти для облегченія самаго толкованія, но болѣе въ виду лучшей систематизаціи правилъ устава, подлежащихъ разсмотрѣнію въ настоящемъ параграфѣ, я считаю необходимымъ раздѣлить ихъ на четыре группы, сообразно тѣмъ отдѣльнымъ моментамъ производства, къ которымъ тѣ или другія правила относятся. На этомъ основаніи къ первой группѣ я отнесу правила, опредѣляющія порядокъ заявленія сомнѣнія и порядокъ назначенія изслѣдованія заподозрѣннаго акта; ко второй—правила, опредѣляющія способы изслѣдованія и порядокъ доставленія матеріала для изслѣдованія; къ третьей—правила, опредѣляющія самый порядокъ изслѣдованія и, наконецъ, къ четвертой—правила, указывающія послѣдствія производства по сомнѣнію въ подлинности заподозрѣннаго акта. По содержанію своему къ первой группѣ правилъ относятся слѣдующія статьи.

Ст. 545. Сомнѣніе въ подлинности акта должно быть заявлено не позднѣе перваго засѣданія суда по предъявленіи акта той сторонѣ, которая заявляетъ сомнѣніе.

Ст. 546. Противъ заявленнаго сомнѣнія въ подлинности акта, сторона, предъявившая актъ, обязана въ то же засѣданіе дать отзывъ: желаетъ ли она воспользоваться этимъ актомъ. Если она не дастъ отзыва, или сама откажется отъ заподозрѣннаго акта, то онъ исключается изъ числа доказательствъ; когда же она объявитъ желаніе воспользоваться актомъ, то производится изслѣдованіе его подлинности.

Первое замѣчаніе, которое я по необходимости долженъ сдѣлать, приступая къ комментированію этихъ статей, то, что выраженныя въ нихъ правила не отличаются ни надлежащей полнотой, ни надлежащей ясностью, потому что на практикѣ, какъ это мы сейчасъ увидимъ, весьма часто мо-

гутъ встрѣчаться такіе случаи, которые никоимъ образомъ не могутъ быть разрѣшены прямо на основаніи заключающихся въ нихъ правилъ, по бѣдности ихъ содержанія, какъ случаи вовсе ими не предусмотрѣнные. Такъ, правило первой изъ приведенныхъ статей указываетъ только судопроизводственный моментъ, позже котораго сомнѣніе не должно быть заявляемо; оно говоритъ: „сомнѣніе въ подлинности акта должно быть заявлено не позднѣе перваго засѣданія суда по предъявленіи акта той сторонѣ, которая заявляетъ сомнѣніе", но, при этомъ, не опредѣляетъ ни значенія этого момента, какъ термина, позднѣе котораго не должно быть заявляемо сомнѣніе, ни послѣдствій пропуска его, ни способовъ заявленія сомнѣнія, ни, наконецъ, порядка предъявленія заявленія сторонѣ противной. Обратимъ сперва вниманіе на значеніе установленнаго правиломъ 545 ст. термина, какъ крайняго срока заявленія сомнѣнія. Если не можетъ быть сомнѣнія въ томъ, что терминъ этотъ имѣетъ значеніе пресѣкательнаго судопроизводственнаго срока, т.-е. такого срока, пропускъ котораго прекращаетъ право на заявленіе сомнѣнія, то этимъ положеніемъ вопросъ еще не исчерпывается; необходимо еще опредѣлить, кто обязанъ слѣдить за соблюденіемъ этого срока, или опредѣлить, долженъ ли самъ судъ ex officio, безъ заявленія заинтересованной стороны, слѣдить за его соблюденіемъ, или же пропускъ его можетъ произвести надлежащій эффектъ только по заявленію заинтересованной стороны. Если мы обратимъ вниманіе, во-первыхъ, на императивный характеръ самаго правила разбираемой статьи, предоставляющей заявлять сомнѣніе не позднѣе перваго засѣданія суда по предъявленіи акта той сторонѣ, которая заявляетъ сомнѣніе, и если, кромѣ того, мы обратимъ вниманіе на мотивы, помѣщенные въ изданіи государственной канцеляріи подъ 546 ст., изъ которыхъ, между прочимъ, видно, что составители уставовъ, желая по возможности уменьшить случаи предъявленія споровъ противъ подлинности актовъ, установили съ этою цѣлью правила, которыя должны быть соблюдаемы съ особенной строгостью, для чего сочли необходимымъ дозволить допущеніе заявленія сомнѣнія въ подлинности только въ тѣхъ случяяхъ, когда оно предъявляется не позднѣе перваго засѣданія,—то мы скорѣе должны разрѣшить поставленный вопросъ въ томъ смыслѣ, что во исполненіе точнаго разума закона, и въ особенности въ видахъ достиженія той цѣли, съ которой онъ установленъ, самъ судъ ex officio обязанъ слѣдить за соблюденіемъ сторонами срока, установленнаго въ правилѣ разбираемой статьи, на заявленіе сомнѣнія. Послѣ такого разрѣшенія вопроса о значеніи срока, становится, кажется, понятнымъ и то, въ чемъ должны заключаться послѣдствія пропуска срока на заявленіе сомнѣнія. Несомнѣнно, что послѣдствія эти должны заключаться не въ чемъ иномъ, какъ въ оставленіи судомъ безъ послѣдствій заявленія сомнѣнія, сдѣланнаго стороной по истеченіи установленнаго въ 545 ст. срока и въ лишеніи ея затѣмъ права на предъявленіе этого вида спора противъ подлинности въ теченіе дальнѣйшаго производства по дѣлу. Въ томъ же смыслѣ вопросъ о послѣдствіяхъ пропуска этого срока и о значеніи его разрѣшаетъ повидимому и сенатъ, въ одномъ изъ рѣшеній; я говорю—повидимому, потому что онъ высказалъ свой взглядъ по этому предмету далеко не вполнѣ категорически (рѣш. 1870 года, № 57). Кромѣ того, и относительно самаго опредѣленія момента на заявленіе сомнѣнія въ подлинности, выраженнаго въ правилѣ разбираемой статьи, нельзя не замѣтить, что и оно представляется недостаточнымъ, вслѣдствіе того, что по этому опредѣленію никакого затрудненія въ отношеніи указанія срока на заявленіе сомнѣнія въ подлинности не можетъ возникать лишь только въ тѣхъ случаяхъ, когда бы тотъ актъ, противъ котораго можетъ быть заявлено сомнѣніе въ подлинности, былъ предъявленъ сторонѣ противной до засѣданія по дѣлу, но не въ тѣхъ, когда бы онъ былъ предъявленъ ей въ самомъ засѣданіи. Въ са-

момъ дѣлѣ, должно ли быть требуемо заявленіе сомнѣнія и въ этихъ послѣднихъ случаяхъ въ томъ же засѣданіи, въ которомъ предъявленъ актъ сторонѣ противной, или же, напротивъ, ей должна быть даваема отсрочка на заявленіе сомнѣнія до другого засѣданія? Слѣдуетъ, кажется, разрѣшить этотъ вопросъ скорѣе въ послѣднемъ смыслѣ, по аналогіи съ случаемъ, прямо въ правилѣ разбираемой статьи предусмотрѣннымъ, на томъ основаніи, что если въ этомъ случаѣ предоставляется извѣстный срокъ на заявленіе сомнѣнія, то по аналогіи слѣдуетъ полагать, что какой-либо срокъ на заявленіе сомнѣнія долженъ быть назначаемъ и въ случаѣ, насъ занимающемъ, вслѣдствіе чего, конечно, и въ отвѣтъ на поставленный вопросъ слѣдуетъ скорѣе признать, что сторонѣ, противъ которой актъ представленъ, должно принадлежать право на заявленіе сомнѣнія, какъ въ томъ же засѣданіи, такъ равно и право просить объ отсрочкѣ засѣданія для заявленія сомнѣнія. За то засѣданіе, наступленіемъ котораго правило разбираемой статьи опредѣляетъ срокъ на заявленіе сомнѣнія въ подлинности, слѣдуетъ считать не первое засѣданіе, назначенное по дѣлу, но то засѣданіе, которое назначается по представленіи акта, хотя, разумѣется, также только засѣданіе, назначаемое для разсмотрѣнія дѣла по существу, а не какого-либо частнаго вопроса, на томъ основаніи, что и въ другихъ случаяхъ, когда уставъ опредѣляетъ этимъ моментомъ совершеніе какихъ-либо дѣйствій, слѣдуетъ разумѣть всегда засѣданіе, назначаемое для разсмотрѣнія дѣла по существу. Изъ того, однако же, обстоятельства, что правило разбираемой статьи опредѣляетъ моментъ заявленія сомнѣнія въ подлинности акта не первымъ засѣданіемъ по дѣлу, а первымъ засѣданіемъ по предъявленіи акта, нельзя не вывести то заключеніе, что заявленіе сомнѣнія должно считаться допустимымъ во всякомъ положеніи дѣла, какъ въ первой, такъ и во второй инстанціи суда, когда бы только актъ былъ впервые представленъ при апелляціонномъ производствѣ.

О порядкѣ предъявленія сомнѣнія въ подлинности акта сторонѣ противной мы скажемъ при разсмотрѣніи правила слѣдующей статьи, а теперь обратимъ вниманіе на способы заявленія сомнѣнія. Относительно способовъ заявленія сомнѣнія я долженъ сказать, что уставъ предусматриваетъ, повидимому, только словесное заявленіе сомнѣнія въ самомъ засѣданіи суда, что обнаруживается изъ сопоставленія правилъ разбираемой и слѣдующей статьи, содержаніе которыхъ, взятыхъ въ совокупности, показываетъ, что ими вообще нормируется порядокъ заявленія сомнѣнія и порядокъ дачи отвѣта противъ него только въ тѣхъ лишь случаяхъ, когда бы самое сомнѣніе было заявлено въ засѣданіи и когда бы, къ тому же, въ томъ засѣданіи присутствовали обѣ стороны, въ каковыхъ случаяхъ дѣйствительно, какъ самое заявленіе сомнѣнія, такъ и отвѣтъ противъ него, могли бы быть дѣлаемы словесно. Изъ этого, впрочемъ, никакъ не слѣдуетъ выводить, чтобы правилами этихъ статей былъ воспрещенъ всякій другой способъ заявленія сомнѣнія; напротивъ, по самому ходу вещей слѣдуетъ допустить, что во всѣхъ случаяхъ, когда бы сторона пожелала предъявить сомнѣніе ранѣе перваго засѣданія по дѣлу, она не только въ правѣ, но и обязана это сдѣлать письменно, потому что словесное заявленіе внѣ засѣданія и немыслимо. Самое заявленіе сомнѣнія должно быть въ этихъ случаяхъ подано въ судъ въ видѣ частнаго прошенія, съ приложеніемъ копіи его для сообщенія сторонѣ противной. Словесное же заявленіе сомнѣнія, дѣлаемое въ засѣданіи по дѣлу, должно быть заносимо въ протоколъ, примѣнительно къ требованію правила 556 ст., предписывающей заносить въ протоколъ словесное заявленія спора о подлогѣ, дѣлаемое въ засѣданіи, на томъ основаніи, что и заявленіе сомнѣнія непремѣнно должно быть какимъ-либо образомъ констатировано, несмотря, разумѣется, на отсутствіе объ этомъ предписанія въ правилѣ разбираемой статьи.

Правило 546 ст. опредѣляетъ, прежде всего, срокъ на дачу отвѣта про-

тивъ заявленія сомнѣнія слѣдующимъ образомъ: „противъ заявленнаго сомнѣнія въ подлинности акта, сторона, предъявившая актъ, обязана въ то же засѣданіе дать отзывъ; желаетъ ли она воспользоваться этимъ актомъ". Очевидно, что сторона, обязанная дать отзывъ, въ состояніи это сдѣлать въ указанный моментъ производства лишь въ томъ случаѣ, когда находится на лицо въ засѣданіи; но, какимъ моментомъ долженъ опредѣляться срокъ на заявленіе отзыва въ тѣхъ случаяхъ, когда бы сторона въ засѣданіи, въ которомъ заявлено сомнѣніе противъ подлинности представленнаго ею акта, не находилась? Прежде разрѣшенія этого вопроса замѣчу, что дѣлать предположеніе, чтобы сторона, обязанная дать отзывъ, единственно черезъ отсутствіе ея въ томъ засѣданіи, въ которомъ заявлено сомнѣніе, могла быть вовсе лишена права на подачу отзыва, рѣшительно невозможно, по неимѣнію для того никакихъ данныхъ въ законѣ, и тѣмъ болѣе, что лишеніе ея этого права было бы большой несправедливостью, такъ какъ, она могла и не знать о томъ, что въ засѣданіи будетъ заявлено сомнѣніе противъ представленнаго ею акта и, такъ какъ, законъ не обязываетъ стороны непремѣнно присутствовать въ засѣданіяхъ. Мнѣ кажется, что въ случаяхъ отсутствія стороны, представившей актъ, въ томъ засѣданіи, въ которомъ стороной противной было бы заявлено сомнѣніе въ подлинности его, слѣдуетъ, по занесеніи заявленія о сомнѣніи въ протоколъ, сообщить ей копію протокола, примѣнительно къ требованію правила 557 ст., предписывающей суду сообщать копію протокола, въ случаѣ заявленія спора о подлогѣ, сторонѣ противной; а, затѣмъ, что касается опредѣленія самаго срока, въ который сторона, представившая актъ, обязана дать отзывъ по полученіи ею копіи протокола, то мнѣ кажется, что, руководствуясь правиломъ 816 ст., дозволяющей самому суду назначать сроки для совершенія тѣхъ процессуальныхъ дѣйствій, на совершеніе которыхъ самимъ закономъ никакихъ сроковъ не установлено, предоставить суду и въ настоящемъ случаѣ, вмѣстѣ съ отсрочкой засѣданія, вслѣдствіе заявленія сомнѣнія, назначать срокъ для предъявленія отзыва противъ заявленнаго сомнѣнія. Въ тѣхъ же случаяхъ, когда бы сомнѣніе было заявлено письменно и ранѣе перваго засѣданія по дѣлу и когда бы копія заявленія была получена стороной, представившей актъ, до засѣданія, срокъ на подачу отзыва долженъ истекать съ окончаніемъ засѣданія по дѣлу, хотя бы сторона, обязанная дать отзывъ, и не явилась въ засѣданіе, потому что въ подобныхъ случаяхъ сторона эта находится въ такомъ положеніи, что отъ нея вполнѣ возможно требовать буквальнаго исполненія предписанія 546 ст. Въ подобныхъ случаяхъ сторона, представившая актъ, въ правѣ, конечно, вмѣсто явки въ засѣданіе для дачи отзыва, подать не позднѣе дня засѣданія письменный отзывъ; словесный же отзывъ, даваемый въ засѣданіи, также точно, какъ и заявленіе сомнѣнія, долженъ быть констатированъ протоколомъ суда.

Во второй половинѣ 546 ст. указываются послѣдствія недачи отзыва, разумѣется, въ срокъ, въ ней же указанный, которыя заключаются въ томъ, что заподозрѣнный въ подлинности актъ исключается судомъ изъ числа доказательствъ, также точно, какъ бы и сама сторона, представившая актъ, прямо заявила въ отзывѣ свой отказъ или нежеланіе воспользоваться представленнымъ ею актомъ, какъ доказательствомъ по дѣлу. Впрочемъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда бы сомнѣніе въ подлинности было заявлено не противъ подписи или подлинности всего акта, а только противъ подлинности содержанія извѣстной части его, или искаженія посредствомъ приписокъ, указанныя послѣдствія недачи отзыва должны наступать не вполнѣ, т.-е. представленный актъ не долженъ быть цѣликомъ исключенъ изъ числа доказательствъ, а въ немъ должны быть уничтожены только заподозрѣнныя части, какъ это понятно само собой. На случай же подачи отзыва въ срокъ и заявленія въ

немъ стороной, представившей актъ, положительнаго желанія воспользоваться, какъ доказательствомъ, заподозрѣннымъ актомъ, правило 546 ст. предписываетъ производить изслѣдованіе, которое, какъ это положительно явствуетъ изъ буквальнаго смысла правила этой статьи, можетъ быть назначено судомъ только при условіи положительнаго заявленія со стороны, представившей актъ, желанія воспользоваться имъ. Назначая изслѣдованіе, судъ обязанъ, конечно, постановить объ этомъ частное опредѣленіе.

Заявленію сомнѣнія долженъ быть даваемъ ходъ, безъ сомнѣнія, и въ тѣхъ случаяхъ, когда бы актъ былъ представленъ противъ нѣсколькихъ лицъ, а сомнѣніе было заявлено однимъ лицомъ; также точно и изслѣдованіе подлинности акта должно быть назначаемо и въ тѣхъ случаяхъ, когда бы актъ былъ представленъ нѣсколькими лицами, а отзывъ о желаніи воспользоваться заподозрѣннымъ актомъ былъ заявленъ въ срокъ однимъ лицомъ, и мнѣ кажется, что въ подобныхъ случаяхъ отзывъ, поданный однимъ лицомъ, долженъ служить и въ пользу другихъ, на томъ основаніи, что признаніе акта по изслѣдованіи за подлинный должно считаться дѣйствіемъ нераздѣльнымъ, такъ какъ, не можетъ быть одинъ и тотъ же актъ, въ одно и то же время и по отношенію однихъ и тѣхъ же лицъ, признанъ за подлинный и исключенъ изъ числа доказательствъ. Право на заявленіе сомнѣнія противъ подлинности акта должно быть признано также и за третьими лицами, участвующими въ дѣлѣ, и, притомъ, безразлично, какъ за третьими лицами, участвующими въ дѣлѣ въ самостоятельной роли сторонъ процесса, такъ и за пособниками одной изъ сторонъ, если только актъ представленъ и противъ нихъ.

Правило 546 ст. ничего не постановляетъ о томъ, чтобы сторона, представившая актъ, вмѣстѣ съ подачей отзыва о желаніи воспользоваться имъ, какъ доказательствомъ, обязана была въ то же время представлять и доказательства его подлинности или указать суду тѣ способы изслѣдованія, посредствомъ которыхъ она намѣрена удостовѣрить его подлинность, вслѣдствіе чего, требовать отъ нея совершенія этихъ дѣйствій въ моментъ подачи отзыва и невозможно; но мнѣ кажется, что судъ нисколько не нарушитъ правила этой статьи, если, основываясь на постановленіи 816 ст., назначитъ въ своемъ опредѣленіи о производствѣ изслѣдованія срокъ, къ которому сторона, представившая актъ, обязана указать способы изслѣдованія и доставить необходимые для того матеріалы и доказательства, такъ какъ, самъ судъ и въ этомъ случаѣ не обязанъ, конечно, самъ собирать какія-либо доказательства, могущія служить удостовѣреніемъ подлинности заподозрѣннаго акта. Если же бы случилось, что сторона, представившая актъ, вмѣстѣ съ подачей отзыва представила и доказательства его подлинности, то судъ обязанъ въ своемъ опредѣленіи о назначеніи изслѣдованія означить какъ способы, такъ и время изслѣдованія, т.-е. обязанъ указать, напр., въ случаѣ ссылки на свидѣтелей, время допроса ихъ, а равно и тѣ обстоятельства, по которымъ они должны быть допрошены, и тому подобное. Хотя въ случаѣ заявленія сомнѣнія обязанность представить доказательства подлинности заподозрѣннаго акта лежитъ, какъ это мы видѣли нѣсколько выше, на сторонѣ, представившей актъ, но, несмотря на это, и сторона, заявившая сомнѣніе, не можетъ быть, конечно, лишена права и отъ себя представлять доказательства для опроверженія или подлинности акта, или представленныхъ противной стороной доказательствъ.

Правила слѣдующихъ статей опредѣляютъ какъ тѣ способы, посредствомъ которыхъ можетъ быть производимо изслѣдованіе и тѣ доказательства, которыя могутъ быть приводимы сторонами за и противъ подлинности заподозрѣннаго акта, такъ равно и порядокъ представленія матеріаловъ для изслѣдованія.

Ст. 547. Изслѣдованіе подлинности заподозрѣннаго акта производится:

1) освидѣтельствованіемъ акта и повѣркою содержанія его съ другими документами;

2) допросомъ свидѣтелей, которые на актѣ значатся, или на которыхъ сдѣлана ссылка тою или другою стороною, въ подтвержденіе или опроверженіе подлинности акта;

3) сличеніемъ почерка и подписи на заподозрѣнномъ актѣ съ почеркомъ и подписью того же лица на другихъ несомнительныхъ актахъ.

Ст. 550. Содержаніе акта, заподозрѣннаго въ подлинности, повѣряется такими документами, которые по самому порядку составленія оныхъ суть несомнѣнные или же признаны таковыми отъ обѣихъ сторонъ.

Ст. 551. Выборъ бумагъ или актовъ для сличенія почерковъ предоставляется взаимному соглашенію тяжущихся, а въ случаѣ ихъ несогласія усмотрѣнію суда.

Ст. 552. Судъ выбираетъ предпочтительно акты крѣпостные, нотаріальные или явленные къ засвидѣтельствованію и бумаги, несомнѣнно писанныя или подписанныя тѣмъ лицомъ, почеркъ коего сличается, наблюдая притомъ, чтобы сличаемые акты относились по возможности къ одному времени.

Правило 547 ст. устанавливаетъ, какъ это совершенно справедливо замѣтилъ Вучичевичъ, собственно не три, но четыре способа изслѣдованія подлинности заподозрѣннаго акта, вслѣдствіе того, что въ первомъ пунктѣ ея слѣдуетъ видѣть указаніе не на одинъ, но на два совершенно различные способы изслѣдованія, именно: а) на освидѣтельствованіе акта и б) на повѣрку содержанія акта съ другими документами (Журн. гражд. и угол. пр. 1880 г., кн. 4, стр. 80, замѣтки). Остальные, затѣмъ, способы изслѣдованія подлинности заподозрѣннаго акта, указанные въ остальныхъ пунктахъ правила 547 ст., заключаются: а) въ допросѣ свидѣтелей и б) въ сличеніи почерка и подписи на заподозрѣнномъ актѣ. Если мы, однако же, въ видахъ опредѣленія того — съ помощью какихъ собственно доказательствъ всѣ эти способы изслѣдованія заподозрѣннаго акта могутъ быть осуществляемы, сопоставимъ постановленіе этой статьи съ правилами статей послѣдующихъ, то увидимъ, что и нашъ уставъ, для повѣрки или опроверженія подлинности актовъ, допускаетъ тѣ же три способа доказательствъ, которые предлагаетъ для этого и уставъ французскій (art. 195); именно — письменныя доказательства, показанія свидѣтелей и заключеніе свѣдущихъ людей. Конечно, не необходимо, чтобы всѣ способы изслѣдованія, указанные въ правилѣ 547 ст., осуществлялись непремѣнно при посредствѣ употребленія перечисленныхъ способовъ доказательствъ, въ виду того, что нѣкоторые изъ этихъ способовъ могутъ быть осуществляемы посредствомъ дѣйствій самого суда. Такъ, напр., освидѣтельствованіе акта несомнѣнно можетъ быть производимо самимъ судомъ, безъ помощи какихъ-либо другихъ доказательствъ, потому что подъ освидѣтельствованіемъ акта слѣдуетъ разумѣть, какъ это замѣтилъ и Вучичевичъ, конечно, не что иное, какъ обозрѣніе его съ внѣшней стороны, съ цѣлью констатировать его внѣшній видъ, его внѣшніе недостатки, напр., поправки, помарки, приписки, подчистки, его поврежденія, т.-е. представляется ли онъ надраннымъ, или мѣстами разорваннымъ и тому подобное, указанія на каковые недостатки несомнѣнно всегда могутъ быть достаточно констатированы и самимъ судомъ. Что освидѣтельствованіе акта должно имѣть такое значеніе и должно быть производимо именно съ только что указанной цѣлью и что оно, притомъ, должно быть производимо самимъ судомъ безъ помощи другихъ средствъ доказательства, то въ этомъ убѣждаетъ достаточно какъ правило 548 ст., предписывающее производить освидѣтельствованіе заподозрѣннаго акта черезъ члена суда, такъ и правило 549 ст., объясняющее содержаніе протокола освидѣтельствованія. Несмотря, однако же, на всю категоричность предписанія 548 ст., указывающей порядокъ производства изслѣдованія заподозрѣннаго акта, все же не можетъ не возникнуть вопросъ, возбужденный Вучичевичемъ, о допустимости производ-

ства освидѣтельствованія заподозрѣннаго акта и съ помощью свѣдущихъ людей, разумѣется, въ тѣхъ случаяхъ, когда бы судъ нашелъ невозможнымъ констатировать надлежащимъ образомъ хотя бы даже и внѣшніе недостатки акта безъ помощи особыхъ спеціальныхъ свѣдѣній, какъ, напр., въ томъ случаѣ, когда бы представилась необходимость съ помощью химиковъ произвести микрохимическое изслѣдованіе такой подписи на актѣ, которая была сдѣлана, напр., по подписи, наведенной сперва карандашемъ, или когда бы была наклеена на актѣ настоящая подпись извѣстнаго лица, только вырѣзанная изъ какой-либо другой бумаги, подписанной этимъ лицомъ, и тому подобныхъ. Несмотря на то, что правило 553 ст. говоритъ о допустимости назначенія экспертизы только для сличенія почерка и подписи на заподозрѣнномъ актѣ, Вучичевичъ разрѣшаетъ этотъ вопросъ совершенно основательно въ смыслѣ утвердительномъ, или въ смыслѣ допустимости назначенія экспертизы и при освидѣтельствованіи акта для микроскопическихъ и микрохимическихъ изслѣдованій, на основаніи общаго правила 515 ст., допускающаго вообще назначеніе экспертизы во всѣхъ случаяхъ, когда необходимы для выясненія дѣла особыя научныя, или техническія свѣдѣнія. Препятствіемъ къ назначенію микрохимическаго изслѣдованія заподозрѣннаго акта, по справедливому замѣчанію Вучичевича, не можетъ служить и то обстоятельство, что при такомъ изслѣдованіи часть подписи на актѣ, или же вообще какая-либо часть акта должна подвергнуться уничтоженію, на томъ основаніи, что прежде приступа къ изслѣдованію, какъ внѣшній видъ акта, такъ и содержаніе его могутъ быть достаточно констатированы протоколомъ освидѣтельствованія, къ которому можетъ быть приложенъ и точный списокъ акта (Журн. гражд. и угол. пр. 1880 г. кн. 4, стр. 82 — 83, замѣтки). Другой способъ изслѣдованія заподозрѣннаго акта, указанный въ первомъ пунктѣ правила разбираемой статьи, или повѣрка его съ другими документами допускается, напротивъ, не съ цѣлью констатированія внѣшнихъ недостатковъ акта, но съ цѣлью выясненія внутреннихъ его недостатковъ въ самомъ содержаніи акта. Несмотря на то, что и этотъ способъ изслѣдованія заподозрѣннаго акта можетъ быть осуществляемъ въ силу правила 548 ст. самимъ судомъ, слѣдуетъ и по отношенію изслѣдованія акта этимъ способомъ признать допустимымъ призывъ экспертовъ въ тѣхъ случаяхъ, когда бы, напр., представилась необходимость въ повѣркѣ содержанія акта съ какимъ-либо документомъ, писаннымъ на языкѣ иностранномъ и проч., опять на основаніи общаго правила 515 ст. объ истребованіи заключенія отъ свѣдущихъ людей. Въ силу 2-го пункта 547 ст., въ качествѣ свидѣтелей для повѣрки подлинности акта вообще, какъ по содержанію, такъ и по его внѣшнему виду, могутъ быть допрашиваемы не только тѣ лица, которыя значатся на заподозрѣнномъ актѣ, какъ свидѣтели, но и вообще всѣ, на которыхъ бы стороны ни указали, разумѣется, кромѣ тѣхъ лицъ, которыя, по правиламъ устава о допросѣ свидѣтелей, устраняются или могутъ быть отводимы отъ свидѣтельства, какъ это справедливо замѣтилъ и Фуксъ, который, кромѣ того, совершенно основательно объяснилъ, что въ случаяхъ изслѣдованія акта вслѣдствіе заявленія спора о подлогѣ, къ допросу въ качествѣ свидѣтелей должны быть допускаемы и должностныя лица, свидѣтельствовавшія, или совершавшія заподозрѣнный актъ, на томъ основаніи, что правила о допросѣ свидѣтелей не указываютъ, чтобы лица эти могли устраняться, или быть отводимы отъ свидѣтельства (Журн. гражд. и угол. пр. 1886 г., кн. 4, стр. 107). Нельзя также не согласиться и съ другимъ замѣчаніемъ Фукса по поводу допустимости допроса свидѣтелей вообще при изслѣдованіи актовъ, вслѣдствіе заявленія противъ нихъ спора о подлогѣ, о томъ, что, несмотря на существованіе въ уставѣ правила 410 ст., воспрещающаго опровергать показаніями свидѣтелей содержаніе актовъ, устано-

вленнымъ порядкомъ совершенныхъ или засвидѣтельствованныхъ, показанія свидѣтелей, а въ томъ числѣ и показанія должностныхъ лицъ, совершившихъ или засвидѣтельствовавшихъ актъ, безусловно должны считаться допустимыми, какъ это, впрочемъ, указалъ и сенатъ во многихъ рѣшеніяхъ (рѣш. 1875 года, № 751 и друг.), на томъ основаніи, что само правило 410 ст. не допускаетъ показанія свидѣтелей въ опроверженіе содержанія этихъ актовъ, за исключеніемъ случаевъ спора о подлогѣ, показанія которыхъ въ этихъ случаяхъ и, притомъ, одинаково, какъ при заявленіи о подлогѣ матеріальномъ, такъ и интеллектуальномъ, напротивъ, должны считаться допустимыми (Журн. гражд. и угол. пр. 1886 г., кн. 4, стр. 99). Дальнѣйшихъ разъясненій пунктъ этотъ, кажется, не требуетъ. Что же касается третьяго способа изслѣдованія подлинности заподозрѣннаго акта, указаннаго въ послѣднемъ пунктѣ 547 ст.—посредствомъ сличенія почерка, то этотъ способъ изслѣдованія можетъ быть производимъ, въ силу правила 553 ст., при посредствѣ свѣдущихъ людей. Составители устава придавали, впрочемъ, этому послѣднему способу изслѣдованія подлинности, какъ это видно изъ мотивовъ, помѣщенныхъ въ изданіи государственной канцеляріи подъ 547 ст., только второстепенное значеніе, какъ доказательству дополнительному, который, по мнѣнію составителей устава, не представляетъ такого надежнаго доказательства, которое само по себѣ могло бы служить главнымъ основаніемъ для рѣшенія дѣла. На практикѣ, однако же, нерѣдко приходится ограничиваться только однимъ этимъ способомъ изслѣдованія, но, имѣя въ виду то значеніе этого способа, которое онъ имѣетъ по мысли законодателя, суду слѣдуетъ, при оцѣнкѣ представляемыхъ тяжущимися доказательствъ подлинности заподозрѣннаго акта—будутъ ли то письменныя доказательства, или показанія свидѣтелей, всегда отдавать преимущество симъ послѣднимъ, какъ болѣе надежнымъ средствамъ раскрытія истины.

Очевидно, что для того, чтобы судъ имѣлъ возможность прибѣгнуть къ назначенію изслѣдованія подлинности заподозрѣннаго акта, посредствомъ повѣрки его содержанія, или же сличенія почерка и подписи на актѣ, необходимо, чтобы къ дѣлу были представлены другіе акты или документы, посредствомъ сличенія или сравненія которыхъ съ актомъ заподозрѣннымъ возможно было повѣрить его подличность; но, такъ какъ, не всякія бумаги, которыя были бы представлены къ дѣлу съ этой цѣлью, могутъ служить надежнымъ средствомъ для констатированія или опроверженія подлинности заподозрѣннаго акта, то правило слѣдующей 550 ст. указываетъ, какія именно бумаги должны быть принимаемы для повѣрки содержанія заподозрѣннаго акта, а правила слѣдующихъ статей—какія бумаги должны быть принимаемы для сличенія почерка. Такъ, въ силу правила 550 ст. для повѣрки содержанія акта, заподозрѣннаго въ подлинности, могутъ быть принимаемы: во-первыхъ, такіе документы, которые по самому порядку составленія оныхъ суть несомнѣнные, и, во-вторыхъ, такіе, которые признаны за несомнѣнные отъ обѣихъ сторонъ. Какіе же собственно документы должны быть признаваемы за несомнѣнные по порядку составленія ихъ? Мнѣ кажется, что такими актами должны быть признаваемы, въ силу 457 ст., во-первыхъ, всѣ акты укрѣпленія правъ на имущества, установленнымъ порядкомъ совершенные или засвидѣтельствованные, если только подлинность ихъ не была опровергнута прежде посредствомъ спора о подлогѣ, и, во-вторыхъ, акты состоянія и акты присутственныхъ мѣстъ, или вообще акты, исходящіе или совершенные при посредствѣ общественной власти, если подлинность ихъ также не была прежде опровергнута посредствомъ спора о подлогѣ. Всѣ эти акты, какъ это слѣдуетъ заключить на основаніи буквальнаго смысла правила разбираемой статьи, могутъ быть принимаемы для повѣрки содержанія заподозрѣннаго акта и безъ признанія ихъ за подлинные стороной противной.

На этомъ основаніи слѣдуетъ также признать, что указанные акты, тѣмъ болѣе, могутъ быть принимаемы для повѣрки въ тѣхъ случаяхъ, когда бы подлинность ихъ была прежде оспариваема посредствомъ спора о подлогѣ, но когда бы они, по надлежащемъ изслѣдованіи, были признаны за подлинные. Затѣмъ, всякаго рода акты публичные, представляемые стороной въ доказательство и для повѣрки подлинности акта заподозрѣннаго, могутъ быть устраняемы изъ числа доказательствъ и изъ производства повѣрки единственнымъ только путемъ—это посредствомъ предъявленія противъ нихъ спора о подлогѣ, которому, на общемъ основаніи, какъ спору противъ всякаго представленнаго къ дѣлу документа, долженъ быть даваемъ ходъ. Кромѣ только-что перечисленныхъ актовъ, на основаніи правила разбираемой статьи, для повѣрки подлинности содержанія заподозрѣннаго акта могутъ быть принимаемы и другіе документы, признанные за несомнѣнные отъ обѣихъ сторонъ. Къ числу этихъ документовъ должны быть, конечно, относимы всякаго рода домашніе акты, при условіи, въ правилѣ разбираемой статьи указанномъ. Но какое признаніе несомнительности акта, какъ условія допустимости его для доказательства подлинности содержанія повѣряемаго акта, требуется правиломъ этой статьи: требуется ли признаніе, положительно выраженное стороной противной, или достаточно одного молчаливаго ея признанія подлинности представленнаго акта? Мнѣ кажется, скорѣе слѣдуетъ допустить, что для принятія акта домашняго въ число доказательствъ при повѣрочномъ производствѣ достаточно, если сторона противная не возражаетъ противъ несомнительности его, на томъ основаніи, что въ состязательномъ процессѣ, какъ это объяснилъ и сенатъ во многихъ рѣшеніяхъ, молчаніе стороны или непредставленіе ею возраженій во многихъ случаяхъ должно быть принимаемо за признаніе. Если такое разрѣшеніе поставленнаго вопроса считать и непротивнымъ точному смыслу правила 550 ст., зато съ другой стороны нельзя также не обратить вниманія и на то, что, по точному смыслу выраженія статьи: „или же признанъ таковымъ (т.-е. несомнѣннымъ) отъ обѣихъ сторонъ“, для исключенія домашняго акта изъ повѣрочнаго производства, слѣдуетъ считать достаточнымъ одно простое возраженіе стороны о сомнительности этого акта, безъ представленія какихъ-либо доказательствъ сомнительности, потому что наличность хотя бы молчаливаго признанія несомнительности акта ставится этимъ выраженіемъ статьи условіемъ sine qua non принятія акта для повѣрки содержанія акта заподозрѣннаго.

Выборъ бумагъ собственно для сличенія почерковъ правило 551 ст. предоставляетъ, прежде всего, усмотрѣнію самихъ сторонъ, причемъ не опредѣляетъ рода тѣхъ бумагъ, которыя могутъ быть принимаемы для этой цѣли при производствѣ сличенія, изъ чего необходимо заключить, что, по ссылкѣ обѣихъ сторонъ, для сличенія почерка могутъ быть принимаемы всякія бумаги, даже и такія, которыя не могутъ имѣть значенія письменныхъ доказательствъ въ процессѣ, на томъ основаніи, что для сличенія почерка важно не содержаніе бумаги, а только то, чтобы бумага была написана тѣмъ изъ тяжущихся, почеркъ котораго долженъ подлежать сличенію. Далѣе, по смыслу правила этой статьи необходимо также признать, что усмотрѣнію суда выборъ бумагъ для сличенія почерка предоставляется лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда взаимнаго согласія сторонъ, въ отношеніи выбора ихъ, не послѣдуетъ, что ясно доказывается послѣднимъ выраженіемъ статьи: „а въ случаѣ ихъ несогласія усмотрѣнію суда“. Предоставляя взаимному соглашенію тяжущихся выборъ бумагъ для сличенія почерка, правило 551 ст. не указываетъ, однако же, ни времени, когда соглашеніе должно послѣдовать, ни формы, въ которой оно должно быть выражено. Что касается времени, къ которому должно послѣдовать соглашеніе, то въ этомъ отношеніи слѣдуетъ, кажется. признать, что тяжущіеся не могутъ быть лишены права на выборъ бумагъ до самаго

начала производства сличенія въ томъ засѣданіи суда, въ которомъ сличеніе должно послѣдовать. Согласіе же свое тяжущіеся могутъ, конечно, выразить или словесно въ этомъ засѣданіи, или письменно, какъ въ засѣданіи, такъ и ранѣе въ прошеніи, поданномъ въ судъ за общей подписью, съ указаніемъ въ немъ тѣхъ бумагъ, которыя они выбираютъ для сличенія. Если же бы случилось, что тяжущіеся не заявили суду письменно ранѣе засѣданія о выборѣ ими бумагъ для сличенія, и еслибы затѣмъ кто-либо изъ нихъ не явился въ засѣданіе, назначенное для сличенія, то при подобныхъ обстоятельствахъ право выбора бумагъ для сличенія должно быть предоставлено суду.

Въ то время, какъ самимъ тяжущимся законъ предоставляетъ право выбирать для сличенія почерковъ всякія бумаги, власть суда въ этомъ отношеніи представляется ограниченной правиломъ слѣдующей 552 ст., въ которой указываются тѣ бумаги, которыя можетъ признать судъ для сличенія почерковъ. Такъ, правило этой статьи предписываетъ суду, прежде всего, брать для сличенія почерка предпочтительно акты крѣпостные или явочные, и, безъ сомнѣнія, какъ это и само собой разумѣется, тѣ изъ нихъ, которые или писаны, или, по крайней мѣрѣ, подписаны тѣмъ лицомъ, почеркъ котораго подлежитъ сличенію. Затѣмъ, правило этой статьи предоставляетъ суду право, для сличенія почерка, принимать и другія бумаги, „несомнѣнно писанныя или подписанныя тѣмъ лицомъ, почеркъ коего сличается“, какъ сказано въ текстѣ статьи. Мнѣ кажется, что и здѣсь подъ бумагами законъ разумѣетъ также всякія бумаги, писанныя тяжущимся, почеркъ котораго подлежитъ сличенію, а не только бумаги, которыя могутъ имѣть значеніе письменныхъ доказательствъ въ процессѣ. Но, какъ собственно понимать выраженіе статьи: „несомнѣнно писанныя или подписанныя“, и какія именно бумаги могутъ быть признаваемы за таковыя? За такія бумаги должны быть, по моему мнѣнію, принимаемы, во-первыхъ, всѣ тѣ бумаги, противъ несомнѣнности которыхъ не предъявлено никакихъ возраженій которой-либо изъ сторонъ процесса; во-вторыхъ, тѣ домашнія бумаги, которыя, по надлежащемъ изслѣдованіи, прежде уже были признаны за подлинныя; въ-третьихъ, бумаги, которыя, по самому способу составленія или подписанія ихъ, не возбуждаютъ сомнѣнія въ ихъ подлинности, напр., подписанные въ судѣ протоколы, написанные или подписанные лицомъ, почеркъ котораго подлежитъ сличенію, разнаго рода оффиціальныя бумаги по должности, если лицо это когда-либо состояло на службѣ, и тому подобныя бумаги. Мнѣ кажется даже, что за несомнѣнно писанныя могутъ быть признаваемы, въ нѣкоторыхъ случаяхъ, даже частныя письма лица, почеркъ котораго подлежитъ сличенію, когда бы эти письма были представлены, напр., по требованію тяжущагося третьимъ, не участвующимъ въ дѣлѣ, лицомъ, именно за письма, тѣмъ лицомъ писанныя. Во всякомъ случаѣ изъ того, что законъ въ правилѣ разбираемой статьи не даетъ никакихъ болѣе точныхъ опредѣленій тому—какіе акты должны считаться за несомнѣнно писанные или подписанные, слѣдуетъ заключить, что законъ предоставляетъ, въ настоящемъ случаѣ, довольно значительный просторъ усмотрѣнію суда по его убѣжденію признавать или не признавать представленныя для сличенія бумаги за несомнѣнно писанныя тѣмъ лицомъ, почеркъ котораго подлежитъ сличенію. Такой же взглядъ на значеніе правила разбираемой статьи въ этомъ отношеніи высказываетъ и сенатъ, который говоритъ, что рѣшеніе вопроса о томъ—несомнѣнно ли писаны или подписаны избранныя для сличенія бумаги тѣмъ лицомъ, почеркъ котораго сличается, зависитъ отъ усмотрѣнія суда (рѣш. 1868 года, № 733). Наконецъ, заключительныя слова 552 ст.—„наблюдая при томъ, чтобы сличаемые акты относились по возможности къ одному времени“, заключаютъ въ себѣ не болѣе, какъ благоразумный совѣтъ или наставленіе, руководствуясь

которымъ судъ, при выборѣ бумагъ для сличенія почерка, долженъ преимущественно принимать во вниманіе акты, по времени написанія ихъ наиболѣе близкіе къ акту, подлежащему повѣркѣ. Правило это ни въ какомъ случаѣ и не можетъ имѣть характеръ императивный, вслѣдствіе простой невозможности исполнить его въ огромномъ большинствѣ случаевъ, но какъ наставленіе для руководства его нельзя не признать вполнѣ благоразумнымъ, потому что почеркъ, какъ это извѣстно и на самомъ дѣлѣ, весьма у многихъ лицъ съ теченіемъ времени значительно измѣняется. Кромѣ того, нельзя, кажется, не признать вполнѣ правильнымъ и объясненіе Варшавской судебной палаты о томъ, что при выборѣ бумагъ для сличенія почерка, по усмотрѣнію суда, судъ долженъ всегда принимать бумаги, писанныя на одномъ языкѣ съ актомъ заподозрѣннымъ, на томъ основаніи, что при писаніи бумагъ на разныхъ языкахъ почеркъ писавшаго можетъ значительно разнообразиться, вслѣдствіе чего, по объясненію палаты, и не можетъ быть допускаемъ для сличенія подписи, сдѣланной на заподозрѣнномъ актѣ на русскомъ языкѣ, актъ, писанный или подписанный тѣмъ же лицомъ на польскомъ языкѣ (Юрид. вопр., разр. Варшав. судеб. палат. Журн. гражд. и угол. пр. 1885 г., кн. 7, стр. 19). Положеніе это, впрочемъ, слѣдуетъ, кажется, считать непримѣнимымъ къ случаямъ выбора бумагъ для сличенія почерка, по согласію самихъ сторонъ.

Правила разсмотрѣнныхъ статей, какъ это видно изъ всего содержанія ихъ, указываютъ только—какія бумаги могутъ быть принимаемы за доказательство при повѣркѣ заподозрѣннаго акта, или подлинности содержанія его, или подлинностисамаго письма, но ни одного слова не говорится ни о порядкѣ представленія бумагъ, необходимыхъ для сличенія, ни о послѣдствіяхъ непредставленія таковыхъ. Уставъ французскій, напротивъ, содержитъ въ себѣ цѣлый рядъ статей, опредѣляющихъ весьма подробно порядокъ представленія бумагъ, необходимыхъ для сличенія, какъ самими сторонами, такъ равно и третьими лицами и правительственными установленіями. Порядокъ этотъ къ тому же весьма простъ и удобенъ: всѣ указанныя лица и правительственныя установленія, по требованію тяжущихся и приказу члена суда, назначеннаго для производства повѣрки, обязаны представлять въ судъ находящіяся у нихъ бумаги, необходимыя для изслѣдованія, въ случаѣ же невозможности доставленія бумагъ, изслѣдованіе должно быть производимо въ мѣстѣ нахожденія документовъ членомъ суда. У насъ же относительно представленія актовъ и бумагъ, необходимыхъ для повѣрки заподозрѣннаго акта, должны быть, конечно, соблюдаемы тѣ же правила, которыя установлены вообще по отношенію порядка представленія и истребованія письменныхъ доказательствъ 439—455 ст. устава. Нельзя не замѣтить, что подобный порядокъ, по отношенію занимающаго насъ случая, является слишкомъ сложнымъ и медленнымъ. Въ самомъ дѣлѣ, сколько лицу, обязанному представить необходимыя бумаги для доказательства подлинности заподозрѣннаго акта, въ особенности въ тѣхъ случаяхъ, когда бумаги находятся у третьихъ лицъ, или въ правительственныхъ установленіяхъ, при такомъ порядкѣ, придется имѣть хлопотъ и издержекъ и сколько времени должно быть употреблено судомъ на одно только разсмотрѣніе въ засѣданіяхъ и разрѣшеніе прошеній объ истребованіи документовъ, не говоря уже о всякомъ отсутствіи гарантій тому, что требуемые документы будутъ, наконецъ, представлены въ срокъ! Что же касается послѣдствій представленія бумагъ для доказательства или опроверженія подлинности заподозрѣннаго акта, то хотя о послѣдствіяхъ этого упущенія со стороны тяжущихся въ правилахъ разсмотрѣнныхъ статей ничего не говорится, но, понятно, что послѣдствія непредставленія должны заключаться не въ чемъ иномъ, какъ или въ полномъ отказѣ въ производствѣ изслѣдованія, или въ производствѣ из-

слѣдованія съ помощью тѣхъ бумагъ, которыя были своевременно представлены.

Перехожу къ разсмотрѣнію статей третьей группы, опредѣляющихъ порядокъ производства изслѣдованія.

Ст. 548. Освидѣтельствованіе акта и повѣрка содержанія его съ другими документами производится однимъ изъ Членовъ суда по назначенію Предсѣдателя. Свидѣтельствуемый и повѣряемый актъ скрѣпляется симъ Членомъ.

Ст. 549. О всѣхъ замѣченныхъ въ актѣ поправкахъ, подчисткахъ, припискахъ, или помаркахъ, должно быть означено въ протоколѣ освидѣтельствованія.

Ст. 553. Сличеніе подписи и почерка на актахъ можетъ быть поручено свѣдущимъ людямъ, которые избираются и даютъ свое заключеніе на общемъ основаніи.

Изъ четырехъ способовъ производства изслѣдованія подлинности заподозрѣннаго акта, указанныхъ въ 547 ст., только производство изслѣдованія первыми двумя способами, т.-е. изслѣдованіе посредствомъ освидѣтельствованія акта и повѣрка содержанія его съ другими документами, предоставляется правиломъ 548 ст. непосредственно самому суду, черезъ назначаемаго для того предсѣдателемъ суда члена. Назначеніе изслѣдованія этимъ способомъ можетъ послѣдовать, конечно, не иначе, какъ судебнымъ опредѣленіемъ, въ которомъ долженъ быть назначенъ и срокъ, когда членъ суда долженъ приступить къ изслѣдованію. О времени изслѣдованія, на основаніи общихъ правилъ о повѣркѣ доказательствъ, должны быть увѣдомляемы стороны, а самое изслѣдованіе должно быть производимо членомъ въ присутствіи явившихся по вызову тяжущихся. Повѣряемый актъ, по окончаніи освидѣтельствованія, долженъ быть, на основаніи 548 ст., скрѣпленъ членомъ суда, а все происходившее и оказавшееся при изслѣдованіи должно быть удостовѣрено, на основаніи 549 ст., протоколомъ, составляемымъ членомъ суда. Протоколъ освидѣтельствованія, на основаніи этой статьи, долженъ, между прочимъ, содержать въ себѣ описаніе всѣхъ замѣчаемыхъ на повѣряемомъ актѣ поправокъ, подчистокъ, приписокъ, помарокъ и проч. Нѣтъ сомнѣнія, что требованіе въ отношеніи содержанія протокола выражено въ правилѣ разбираемой статьи только для примѣра и, притомъ, нельзя не замѣтить, что сдѣланное въ немъ описаніе содержанія протокола можетъ относиться только къ случаямъ повѣрки акта по внѣшнему его виду; что же долженъ содержать въ себѣ протоколъ въ случаѣ повѣрки акта по его содержанію, о томъ въ правилѣ статьи ничего не говорится. Очевидно, впрочемъ, что въ этихъ послѣднихъ случаяхъ протоколъ долженъ содержать въ себѣ, напр., описаніе того — въ какихъ частяхъ повѣряемый актъ оказался сходнымъ по содержанію съ другими документами, или въ чемъ между ними замѣчено противорѣчіе и тому подобное. Протоколъ повѣрки, составленный членомъ, долженъ быть, затѣмъ, прочитываемъ въ засѣданіи, при разсмотрѣніи дѣла по существу.

Относительно порядка производства изслѣдованія третьимъ способомъ правила приведенныхъ статей ничего не говорятъ, но не можетъ быть сомнѣнія, что указываемые сторонами, въ подтвержденіе или опроверженіе подлинности акта, свидѣтели должны быть и въ настоящемъ случаѣ допрашиваемы въ обыкновенномъ порядкѣ, установленномъ для допроса свидѣтелей вообще. При этомъ я считаю необходимымъ остановиться на разрѣшеніи одного только вопроса—можетъ ли быть допущено, въ качествѣ свидѣтеля, лицо, само подписавшее заподозрѣнный въ подлинности актъ, разумѣется въ тѣхъ случаяхъ, когда оно является третьимъ, не участвующимъ въ дѣлѣ, лицомъ? Предположимъ для примѣра такой случай: по иску А къ В арестовано движимое имущество, принадлежащее третьему лицу С, которое предъявляетъ искъ къ А и В объ освобожденіи отъ продажи арестованнаго имущества,

и въ доказательство своихъ правъ на это имущество представляетъ записку, выданную ему D о продажѣ имущества, противъ подлинности которой, или, лучше сказать, противъ подлинности подписи на ней D заявляютъ сомнѣніе отвѣтчики A и B, — можетъ ли быть, при такихъ обстоятельствахъ, D, выдавшій росписку, спрошенъ въ качествѣ свидѣтеля. въ подтвержденіе того, что росписка дѣйствительно имъ выдана и подписана? Основываясь на буквальномъ смыслѣ правила 2-го пункта 547 ст., возможно придти къ отрицательному отвѣту на этотъ вопросъ, но если основываться при разрѣшеніи его на общихъ правилахъ объ отводахъ и устраненіи свидѣтелей, то, мнѣ кажется, скорѣе слѣдуетъ придти къ отвѣту положительному и признать, что третье, не участвующее въ дѣлѣ, лицо, выдавшее актъ, можетъ быть допущено къ допросу, въ качествѣ свидѣтеля, для доказательства подлинности его, тѣмъ болѣе, что во многихъ случаяхъ доказать подлинность акта инымъ способомъ будетъ не только очень трудно, но даже и невозможно.

Наконецъ, относительно порядка производства изслѣдованія четвертымъ способомъ, т.-е. посредствомъ сличенія почерка, правило 553 ст. постановляетъ, что „сличеніе почерковъ можетъ быть поручено свѣдущимъ людямъ, которые избираются и даютъ свое заключеніе на общемъ основаніи“. На этомъ основаніи слѣдуетъ признать, что сличеніе почерковъ при посредствѣ свѣдущихъ людей должно быть производимо въ порядкѣ, установленномъ вообще по отношенію истребованія заключенія отъ свѣдущихъ людей. Нѣкоторое сомнѣніе въ этомъ отношеніи могутъ возбудить только слова статьи: „сличеніе почерка и подписи на актахъ можетъ быть поручено свѣдущимъ людямъ“—сомнѣніе, заключающееся въ томъ, обязанъ ли судъ, въ силу правила этой статьи, поручать непремѣнно сличеніе почерка свѣдущимъ людямъ, или же онъ въ правѣ, въ нѣкоторыхъ случаяхъ, если найдетъ возможнымъ, самъ, безъ участія свѣдущихъ людей, производить сличеніе почерка и постановлять свое заключеніе? Мнѣ кажется, что вопросъ этотъ долженъ быть разрѣшенъ въ томъ смыслѣ, что судъ ни въ какомъ случаѣ самъ, безъ участія экспертовъ, не въ правѣ производить сличеніе почерка, но обязанъ каждый разъ требовать заключеніе свѣдущихъ людей по этому предмету. Въ такомъ смыслѣ вопросъ этотъ долженъ быть разрѣшенъ по слѣдующимъ соображеніямъ: во-первыхъ, правиломъ 548 ст. съ точностью означены тѣ дѣйствія по производству изслѣдованія, которыя въ правѣ совершать самъ судъ непосредственно, и къ числу этихъ дѣйствій отнесены только освидѣтельствованіе акта и повѣрка содержанія его съ другими документами, но не сличеніе почерка; во-вторыхъ, если мы обратимъ вниманіе на тотъ источникъ, показанный въ изданіи государственной канцеляріи, изъ котораго заимствовано правило 553 ст., именно постановленіе 350 ст. X т. 2 ч., въ силу котораго при прежнемъ порядкѣ судопроизводства сличеніе почерка иначе не могло быть производимо, какъ при участіи свѣдущихъ людей, и если мы примемъ, при этомъ, во вниманіе, что по содержанію мотивовъ, помѣщенныхъ подъ 547 ст., никакъ нельзя предположить, чтобы видоизмѣненіе правила 553 ст. противъ источника ея заключалось именно въ томъ, что при новомъ судопроизводствѣ имѣлось въ виду сличеніе почерковъ предоставить не экспертамъ, а самому суду, то по этимъ основаніямъ, по моему мнѣнію, правильнѣе будетъ придти къ разрѣшенію вопроса въ указанномъ смыслѣ, тѣмъ болѣе, что во многихъ случаяхъ для сличенія почерка могутъ быть необходимы такія спеціальныя свѣдѣнія, которыми сами судьи обладать не могутъ, вслѣдствіе чего, и заключеніе свѣдущихъ людей въ отношеніи характера почерка должно быть требуемо и на основаніи общихъ правилъ устава объ этомъ способѣ доказательства. Буквальный смыслъ выраженія статьи — „сличеніе подписи и почерка на актахъ можетъ быть поручено свѣдущимъ людямъ“, дѣйствительно можетъ дать нѣкоторое основаніе и къ разрѣшенію поставленнаго вопроса

въ смыслѣ противоположномъ, т.-е. можетъ дать поводъ предполагать, что правиломъ этой статьи имѣлось въ виду предоставить усмотрѣнію суда поручать или не поручать сличеніе почерка экспертамъ; но если мы вспомнимъ, что уставъ, говоря о правѣ суда назначать повѣрку доказательствъ тѣмъ или другимъ способомъ, во многихъ статьяхъ употребляетъ приблизительно тѣ же выраженія: „судъ можетъ", „судъ въ правѣ" назначить, которыя однако же, какъ это правильно объяснилъ и сенатъ во многихъ рѣшеніяхъ, вовсе не имѣютъ того значенія, чтобы, основываясь на ихъ буквальномъ смыслѣ, судъ дѣйствительно въ правѣ былъ дѣйствовать въ отношеніи назначенія повѣрки исключительно по своему усмотрѣнію, то и по отношенію толкованія цитированнаго выраженія правила разбираемой статьи мы должны придти къ тому заключенію, что употребленныя въ немъ слова: „можетъ быть поручено свѣдущимъ людямъ", должны быть принимаемы въ смыслѣ выраженія: „должно быть поручено свѣдущимъ людямъ".

Что касается, далѣе, судебной практики по занимающему насъ вопросу, то изъ напечатанныхъ до сихъ поръ рѣшеній сената видно, что вопросъ этотъ въ томъ видѣ, какъ онъ здѣсь поставленъ, на разсмотрѣніе сената еще не восходилъ; изъ рѣшеній же другихъ судебныхъ мѣстъ я могу указать только на одно опредѣленіе Одесской судебной палаты по дѣлу Гальцера, въ которомъ вопросъ этотъ разсмотрѣнъ довольно подробно. Изъ этого опредѣленія видно, что Одесская судебная палата вопросъ о правѣ суда назначать свѣдущихъ людей для сличенія почерка разрѣшаетъ въ смыслѣ противоположномъ приведеннымъ мной соображеніямъ и признаетъ, что судъ, на основаніи 3-го пункта 547, 553 и 561 ст., и самъ въ правѣ произвести сличеніе подписи и почерка; но, при этомъ, судебная палата, однако же, замѣчаетъ, что судъ не въ правѣ отказать въ назначеніи сличенія почерка экспертами, при заявленіи о томъ просьбы одной стороной и при безмолвномъ на то согласіи другой (Сборникъ Кохманскаго, № 175). Первое положеніе палаты, въ виду изложеннаго, я не могу признать правильнымъ, тѣмъ болѣе, что содержаніе тѣхъ статей устава, на которыя ею сдѣлана ссылка, нисколько не подкрѣпляетъ высказаннаго ею взгляда. Судъ въ правѣ, конечно, вовсе отказать въ назначеніи сличенія почерка, если найдетъ, что споръ о подлинности акта представляется достаточно разъясненнымъ, въ ту или другую сторону, сдѣланнымъ уже изслѣдованіемъ другими способами, въ 547 ст. указанными; но если только судъ признаетъ произвести сличеніе необходимымъ, то онъ обязанъ поручить сличеніе почерка свѣдущимъ людямъ. Варшавская же судебная палата высказалась, напротивъ, прямо и категорически за возможность и не поручать сличенія почерка съ подписью свѣдущимъ людямъ (Юрид. вопр., разрѣш. Варшав. судеб. палат. Журн. гражд. и угол. пр. 1885 г., кн. 7, стр. 19); а сенатъ глухо высказалъ только, что вообще, при спорѣ противъ подлинности акта, актъ этотъ можетъ быть исключаемъ судомъ изъ числа доказательствъ не прежде, какъ по изслѣдованіи его подлинности однимъ изъ способовъ, въ правилѣ 547 ст. указанныхъ (рѣш. 1876 года, № 308).

Хотя въ правилѣ 553 ст. и нѣтъ указанія на то, какія именно лица должны быть избираемы въ качествѣ свѣдущихъ людей для сличенія почерка, но на практикѣ, насколько мнѣ извѣстно, и въ настоящее время, также, какъ и прежде, для производства сличенія почерка, въ качествѣ свѣдущихъ людей, призываются преимущественно секретари разныхъ присутственныхъ мѣстъ и учителя чистописанія. Экспертамъ при производствѣ сличенія должны быть предоставлены, конечно, тѣ бумаги, которыя выбраны для сличенія тяжущимися или самимъ судомъ. Уставъ французскій (art. 206) на случай непредставленія бумагъ, необходимыхъ для сличенія, дозволяетъ еще призывать въ то засѣданіе, въ которомъ имѣетъ быть производимо сли-

ченіе почерка экспертами, то лицо, почеркъ котораго подлежитъ сличенію, и предлагать ему что-либо написать въ самомъ засѣданіи подъ диктовку экспертовъ. Нашъ уставъ подобнаго способа не предлагаетъ и говоритъ только о сличеніи почерка или подписи на оспариваемомъ актѣ съ прежде написанными бумагами, которыя должны быть представлены для этого къ дѣлу сторонами, изъ чего слѣдуетъ, мнѣ кажется, заключить, что указанный въ уставѣ французскомъ способъ сличенія по нашему уставу недопустимъ, потому что молчаніе устава объ этомъ способѣ должно быть принято скорѣе за воспрещеніе употребленія его, чѣмъ за простую недомолвку, такъ какъ, и тѣ статьи X т. 2 ч., которыя послужили источникомъ относящимся сюда правиламъ устава, о допустимости этого способа также ничего не говорятъ. Если этотъ способъ сличенія недопустимъ у насъ, то понятно, что прямымъ послѣдствіемъ непредставленія бумагъ, необходимыхъ для сличенія, долженъ быть отказъ въ самомъ производствѣ сличенія и назначеніи для этого экспертизы.

Наконецъ, по поводу правилъ разсмотрѣнныхъ статей я не могу не замѣтить еще, что ни въ этихъ статьяхъ, ни въ правилѣ 547 ст., указывающей способы изслѣдованія заподозрѣннаго акта, нѣтъ воспрещенія ни прибѣгать къ производству изслѣдованія всѣми способами совмѣстно, ни переходить отъ одного способа изслѣдованія къ другому при недостаточности прежде употребленнаго; изъ чего слѣдуетъ заключить, что по нашему уставу какъ тотъ, такъ и другой порядокъ изслѣдованія, по просьбѣ сторонъ, долженъ быть допускаемъ, и что судъ безъ основанія не въ правѣ отказывать имъ какъ въ назначеніи изслѣдованія способами, ими указанными, такъ и въ послѣдовательномъ назначеніи одного способа изслѣдованія послѣ другого, при недостаточности перваго.

Обратимся къ разсмотрѣнію послѣдней статьи настоящаго параграфа.

Ст. 554. По окончаніи изслѣдованія акта, заподозрѣннаго въ подлинности, и по выслушаніи сторонъ, судъ признаетъ актъ подлиннымъ или исключаетъ его изъ числа доказательствъ.

Хотя въ правилѣ настоящей статьи прямо и не говорится о томъ, что производство по изслѣдованію подлинности заподозрѣннаго акта должно заканчиваться не иначе, какъ судебнымъ опредѣленіемъ; но, несмотря на это, не можетъ быть, конечно, сомнѣнія въ томъ, что по окончаніи производства изслѣдованія судъ обязанъ постановить опредѣленіе, въ которомъ обязанъ указать и послѣдствія производства, т.-е. обязанъ упомянуть въ своемъ опредѣленіи, признаетъ ли онъ заподозрѣнный актъ подлиннымъ, или нѣтъ. Въ послѣднемъ случаѣ судъ, въ силу правила приведенной статьи, обязанъ исключить заподозрѣнный актъ изъ числа доказательствъ; на самомъ же дѣлѣ признаніе акта неподлиннымъ не всегда можетъ, однако же, вести къ такимъ безусловнымъ послѣдствіямъ; напротивъ, послѣдствія этого признанія должны быть различны, смотря по тому, будетъ ли признанъ актъ неподлиннымъ въ цѣломъ, или въ части. Понятно, что признаніе акта неподлиннымъ только въ части никоимъ образомъ не можетъ вести къ исключенію его во всемъ объемѣ изъ числа доказательствъ; напротивъ, при такихъ обстоятельствахъ судъ въ правѣ будетъ исключить изъ числа доказательствъ только тѣ части его, подлинность которыхъ произведеннымъ изслѣдованіемъ была не доказана или опровергнута. Въ такихъ случаяхъ судъ обязанъ будетъ въ своемъ опредѣленіи сказать, что уничтоженію подлежатъ, напр., такія-то приписки, или помарки, или подлежитъ возстановленію въ такихъ-то частяхъ текстъ акта, искаженный такими то подчистками или поправками, и тому подобное. Это опредѣленіе суда несомнѣнно должно быть признаваемо опредѣленіемъ частнымъ, но постановляемо однако же оно должно быть, на основаніи правила

приведенной статьи, не иначе, какъ по выслушаніи въ засѣданіи словесныхъ объясненій тяжущихся. Частные вопросы разрѣшаются, какъ извѣстно, хотя и въ публичныхъ засѣданіяхъ, но безъ вызова тяжущихся, между тѣмъ, въ настоящемъ случаѣ, хотя и при разрѣшеніи частнаго вопроса, законъ, однако же, требуетъ присутствія сторонъ въ засѣданіи. Очевидно, что для выполненія этого требованія закона судъ обязанъ о днѣ засѣданія, назначенномъ для разсмотрѣнія частнаго вопроса о подлинности заподозрѣннаго акта, увѣдомить стороны повѣстками, хотя неявка сторонъ въ засѣданіе, несмотря на посылку имъ повѣстокъ, не должна, по моему мнѣнію, служить препятствіемъ ни разсмотрѣнію, ни разрѣшенію вопроса о подлинности заподозрѣннаго акта постановленіемъ судебнаго опредѣленія; по крайней мѣрѣ, правило приведенной статьи ничего не говоритъ о томъ, чтобы неявка сторонъ въ засѣданіе должна была останавливать постановленіе опредѣленія по вопросу о подлинности заподозрѣннаго акта.

Разсмотрѣвъ правила устава, опредѣляющія порядокъ производства по сомнѣнію въ подлинности акта по ихъ существу, обратимся къ выясненію послѣдствій нарушеній этихъ правилъ. Самыя нарушенія могутъ быть весьма разнообразны; такъ, не говоря уже о нарушеніяхъ, которыя могутъ быть допущены въ отношеніи правилъ о допросѣ свидѣтелей и о заключеніи свѣдущихъ людей, послѣдствія которыхъ мной указаны въ своемъ мѣстѣ, нарушенія нѣкоторыхъ изъ правилъ, разсмотрѣнныхъ въ настоящемъ параграфѣ, также могутъ имѣть существенное значеніе для интересовъ сторонъ и, потому, могутъ служить достаточнымъ кассаціоннымъ поводомъ для тяжущагося, интересы котораго нарушены допущеннымъ при производствѣ отступленіемъ. При этомъ, я долженъ замѣтить, однако же, что большинство правилъ о порядкѣ производства по сомнѣнію въ подлинности такого свойства, что указанныя послѣдствія нарушенія ихъ могутъ имѣть мѣсто лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда сторона, интересы которой страдаютъ отъ сдѣланныхъ отступленій, своевременно возражала противъ допущенныхъ неправильностей и когда, несмотря на ея возраженія, никакихъ мѣръ къ исправленію упущеній и направленію производства на законный путь судомъ принято не было. Кромѣ того необходимо, чтобы возраженія стороны противъ неправильностей въ производствѣ, для того, чтобы впослѣдствіи самая жалоба на нарушенія могла имѣть успѣхъ, были своевременно констатированы протоколомъ. При наличности этихъ двухъ условій, за существенныя нарушенія, могущія служить поводомъ къ отмѣнѣ рѣшенія, должны быть признаны, по моему мнѣнію, слѣдующія нарушенія: а) допущеніе производства по сомнѣнію, заявленному несвоевременно, или продолженіе производства и неисключеніе заподозрѣннаго акта изъ числа доказательствъ, несмотря на неподачу или позднюю подачу отзыва стороной противной, вопреки правиламъ 545 и 546 ст.; б) безсознательный отказъ со стороны суда въ производствѣ изслѣдованія способами, въ 547 ст. указанными; в) принятіе для повѣрки содержанія заподозрѣннаго акта такихъ бумагъ, противъ несомнительности которыхъ были заявлены возраженія и которыя, притомъ, по порядку ихъ составленія, не могли быть отнесены къ числу документовъ несомнительныхъ, вопреки правилу 550 ст.; г) указаніе бумагъ для сличенія почерка непосредственно отъ суда и лишеніе, вмѣстѣ съ тѣмъ, тяжущихся права на выборъ бумагъ по ихъ взаимному соглашенію, вопреки правилу 551 ст.; д) взятіе для сличенія почерка вмѣсто бумагъ, указанныхъ въ 552 ст., напр., бумаги, написанной въ присутствіи суда лицомъ, почеркъ котораго подлежитъ сличенію собственно для этой цѣли; е) сличеніе почерка самимъ судомъ, безъ участія экспертовъ, вопреки правилу 553 ст. и проч. При отсутствіи же вышеуказанныхъ условій, т.-е. при отсутствіи возраженія жалующейся стороны, заявленнаго ею своевременно противъ допущеннаго нарушенія и при незаписке этого воз-

раженія въ протоколъ, указанныя нарушенія, даже самыя существенныя изъ нихъ, какъ, напр., допущеніе производства по заявленію, сдѣланному несвоевременно, несмотря на то, что за своевременностью заявленія сомнѣнія, какъ мы видѣли, судъ долженъ слѣдить самъ ex officio, — не должны влечь за собой никакихъ послѣдствій, на томъ основаніи, что за точнымъ соблюденіемъ такихъ правилъ устава, которыя установлены въ интересѣ частномъ, обязаны слѣдить сами стороны, которыя, вмѣстѣ съ тѣмъ, въ огражденіе своихъ интересовъ, сами обязаны заботиться объ исправленіи допускаемыхъ отступленій, посредствомъ своевременно предъявляемыхъ возраженій. Нарушенія же нѣкоторыхъ правилъ о порядкѣ производства по сомнѣнію въ подлинности безусловно не могутъ быть признаваемы существенными, какъ, напр., назначеніе члена суда, для производства освидѣтельствованія заподозрѣннаго акта, не предсѣдателемъ суда, а самимъ судомъ, вопреки правилу 548 ст., и тому подобныя. Что касается практики сената по вопросу о послѣдствіяхъ нарушеній сейчасъ разсмотрѣнныхъ правилъ, то относительно ея можно сказать только одно, что до сихъ поръ она представляетъ весьма мало матеріала для разъясненія этого вопроса и я могу указать только на два рѣшенія сената, въ которомъ онъ призналъ за существенныя нарушенія слѣдующія: а) лишеніе сторонъ права на выборъ бумагъ для сличенія почерка, посредствомъ указанія таковыхъ непосредственно судомъ, б) производство сличенія почерка экспертами, въ отсутствіи сторонъ, не въ открытомъ засѣданіи и не въ присутствіи суда (рѣш. 1870 года, № 360) и в) устраненіе заподозрѣннаго акта изъ числа доказательствъ безъ изслѣдованія его подлинности способами, въ законѣ указанными (рѣш. 1876 года, № 308). Нарушенія эти, конечно, не могутъ не быть признаны весьма существенными.

§ 12. Производство по спору о подлогѣ акта.

Постановленія устава, которыми опредѣляется порядокъ разсмотрѣнія споровъ о подлогѣ, изложены, какъ мнѣ кажется, по крайней мѣрѣ, въ отношеніи системы, довольно удовлетворительно, а по существу заключающихся въ нихъ правилъ они распадаются собственно на двѣ группы, изъ которыхъ постановленіями только первой группы опредѣляется порядокъ производства гражданскихъ споровъ о подлогѣ; постановленіями же второй группы указываются: во-первыхъ, случаи обращенія споровъ о подлогѣ къ уголовному производству и послѣдствія передачи этихъ споровъ въ судъ уголовный, по отношенію производства самаго дѣла въ судѣ гражданскомъ, и во-вторыхъ, опредѣляется вліяніе рѣшеній суда уголовнаго по предмету подлога на направленіе споровъ о подлогѣ въ судѣ гражданскомъ. Я обращусь сперва къ разсмотрѣнію правилъ первой группы и остановлюсь прежде на толкованіи правилъ двухъ первыхъ статей, опредѣляющихъ порядокъ заявленія гражданскихъ споровъ о подлогѣ.

Ст. 555. Споръ о подлогѣ акта можетъ быть предъявленъ во всякомъ положеніи дѣла.

Ст. 556. Желающій заявить споръ о подлогѣ акта долженъ подать въ судъ особое о томъ объявленіе. По спору о подлогѣ акта, заявленному словесно въ засѣданіи суда, составляется особый протоколъ.

Какъ ни ясно кажется на первый взглядъ правило первой изъ приведенныхъ статей, дозволяющее заявлять споръ о подлогѣ во всякомъ положеніи дѣла, но и оно уже возбудило на практикѣ нѣкоторыя недоумѣнія, которыя показали, что безграничному дозволенію, выраженному въ правилѣ этой статьи, по отношенію времени заявленія спора, должны быть положены извѣстные предѣлы. Несомнѣннымъ въ правилѣ этой статьи по отношенію времени заявленія спора кажется только одно—что споръ о подлогѣ можетъ

быть заявленъ какъ при производствѣ дѣла въ первой, такъ и при производствѣ дѣла во второй инстанціи суда; что же касается возможности предъявленія этого спора въ кассаціонномъ производствѣ, то въ этомъ отношеніи, мнѣ кажется, сенатъ высказался совершенно правильно, отрицая эту возможность на томъ основаніи, что, по самому существу кассаціоннаго производства, разсмотрѣніе этихъ споровъ въ сенатѣ представляется положительно невозможнымъ (рѣш. 1870 года, № 54 и друг.), за исключеніемъ, однако же, случаевъ предъявленія споровъ о подлогѣ противъ такихъ актовъ, которые впервые представляются при кассаціонномъ производствѣ, въ каковыхъ случаяхъ заявленіе спора о подлогѣ, какъ это мы увидимъ ниже при разсмотрѣніи правилъ о порядкѣ производства въ сенатѣ, напротивъ, должно считаться допустимымъ. Это первое ограниченіе правилу разбираемой статьи, по отношенію времени заявленія споровъ о подлогѣ; кромѣ того, я сейчасъ укажу и другое ограниченіе, необходимость котораго вызывается силой самыхъ вещей. Изъ одного рѣшенія сената, между прочимъ, видно, что въ одномъ окружномъ судѣ, вѣроятно, вслѣдствіе неправильно понятаго дозволенія правила 555 ст. предъявлять споръ о подлогѣ во всякомъ положеніи дѣла, былъ заявленъ споръ о подлогѣ по постановленіи судомъ рѣшенія по существу дѣла, который, однако же, былъ совершенно правильно оставленъ окружнымъ судомъ безъ послѣдствій, на томъ основаніи, что принятіе къ разсмотрѣнію подобнаго спора, по постановленіи рѣшенія по существу дѣла, могло бы, по мнѣнію суда, вести къ измѣненію самаго рѣшенія, что, однако же, не можетъ быть допущено, на основаніи 891 ст. (рѣш. 1868 года, № 172). Нельзя не согласиться въ настоящемъ случаѣ съ мнѣніемъ окружнаго суда и признать, что споръ о подлогѣ акта, хотя и можетъ быть заявляемъ во всякомъ положеніи дѣла, но не позднѣе постановленія рѣшенія по существу и что, затѣмъ, споръ этотъ снова можетъ быть заявленъ только во второй инстанціи суда по переходѣ на разсмотрѣніе его дѣла по апелляціи, поданной одною изъ сторонъ. Кромѣ того, нельзя также не признать, что въ нѣкоторыхъ случаяхъ даже моментъ постановленія судомъ частнаго опредѣленія долженъ преграждать путь къ заявленію спора о подлогѣ, именно когда частнымъ опредѣленіемъ заканчивается производство по дѣлу, потому что всякія заявленія по существу дѣла возможны только во время производства, но не по окончаніи его.

Правило второй изъ приведенныхъ статей указываетъ способы заявленія спора о подлогѣ. Во-первыхъ, на случай возбужденія спора о подлогѣ подачей письменнаго заявленія, оно предписываетъ подавать объ этомъ въ судъ особое объявленіе. Какъ понимать это требованіе устава,—долженъ ли заявитель спора подать въ судъ непремѣнно отдѣльную бумагу, въ которой содержалось бы только одно заявленіе о подлогѣ, или же заявленіе это можетъ быть сдѣлано въ бумагѣ, заключающей въ себѣ и какія-либо другія требованія? По этому вопросу сенатъ объяснилъ, что предъявленіе спора о подлогѣ, напр., въ апелляціонной жалобѣ, безъ подачи о томъ особой просьбы, недопустимо (рѣш. 1868 года, № 172), причемъ, сенатъ призналъ вполнѣ правильными дѣйствія палаты, оставившей безъ разсмотрѣнія споръ о подлогѣ, выраженный въ апелляціи, какъ заявленный не въ порядкѣ, указанномъ въ правилѣ разбираемой статьи, требующей подачи особаго заявленія о подлогѣ. Мнѣ кажется, нельзя не согласиться, въ настоящемъ случаѣ, съ толкованіемъ сената правила 556 ст., въ отношеніи выраженнаго въ немъ требованія о подачѣ особаго объявленія о подлогѣ въ отдѣльной бумагѣ,—требованія, выраженнаго дѣйствительно безусловно. Необходимость строгаго соблюденія этого требованія 556 ст. и невозможность допускать смѣшеніе въ одной бумагѣ заявленія о подлогѣ съ другими требованіями оправдывается именно тѣмъ, что по отношенію движенія заявленія о подлогѣ уста-

новленъ совершенно особый порядокъ, точное соблюденіе котораго было бы невозможно, еслибы пришлось давать одновременно направленіе и заявленію о подлогѣ и другому какому-либо требованію, и въ виду чего, не можетъ быть признано правильнымъ другое объясненіе сената о допустимости заявленія спора о подлогѣ въ объясненіи на апелляцію (рѣш. 1875 года, № 141), если, разумѣется, только въ объясненіи выражены какія-либо другія требованія, помимо заявленія спора о подлогѣ. Изъ вышеприведеннаго рѣшенія сената можно извлечь также указаніе и по отношенію послѣдствій несоблюденія правила 556 ст., относительно порядка подачи особаго объявленія о подлогѣ, которыя должны заключаться въ томъ, что заявленіе о подлогѣ, сдѣланное не отдѣльно, но въ смѣшеніи съ другими требованіями и въ одной бумагѣ, можетъ быть оставляемо судомъ безъ разсмотрѣнія. Это, безъ сомнѣнія, единственно возможное послѣдствіе несоблюденія правила 556 ст. въ отношеніи выраженнаго въ немъ требованія о подачѣ особаго объявленія о подлогѣ; но я полагаю, однако же, что оставленіемъ безъ разсмотрѣнія заявленія о подлогѣ, сдѣланнаго, напр., въ апелляціонной жалобѣ, сторона, заявившая о подлогѣ, не можетъ быть лишена права возобновить свое заявленіе подачей особаго объявленія въ дальнѣйшемъ производствѣ, до момента постановленія рѣшенія, подобно тому, какъ оставленіемъ безъ разсмотрѣнія искового прошенія, вслѣдствіе смѣшенія въ немъ исковыхъ требованій, вытекающихъ изъ разныхъ основаній, сторона не лишается права вновь предъявить эти требованія отдѣльно, подачей новыхъ исковыхъ прошеній. Письменное заявленіе о подлогѣ должно содержать въ себѣ, конечно, точное указаніе тѣхъ фактовъ, въ которыхъ заявитель видитъ признаки подлога; при немъ должны быть приложены копіи по числу лицъ, до коихъ касается споръ о подлогѣ; но, прежде посылки имъ этихъ копій, заявленіе должно быть доложено въ частномъ порядкѣ въ засѣданіи, въ которомъ судъ долженъ постановить опредѣленіе или о дачѣ заявленію о подлогѣ дальнѣйшаго движенія, или объ оставленіи заявленія безъ разсмотрѣнія по какимъ-либо формальнымъ упущеніямъ, сдѣланнымъ при подачѣ его, или, наконецъ, безъ послѣдствій, по основаніямъ, указаннымъ мной при разсмотрѣніи правила 541 ст., когда судъ въ правѣ de plano отвергать споры противъ подлинности.

Во-вторыхъ, правило 556 ст. допускаетъ и словесное заявленіе спора о подлогѣ въ засѣданіи по дѣлу, содержаніе котораго должно быть, конечно, то же самое, какъ и содержаніе письменнаго заявленія и по которому судъ также точно долженъ постановить опредѣленіе и, притомъ, долженъ постановить это опредѣленіе, кажется, непремѣнно въ томъ же засѣданіи, въ которомъ сдѣлано было заявленіе. Словесное заявленіе, въ силу правила этой статьи, должно быть констатировано протоколомъ суда, въ которомъ, конечно, съ возможной точностью должно быть записано содержаніе заявленія. Что же касается вопроса о томъ—въ какомъ именно засѣданіи можетъ быть допущено словесное заявленіе о подлогѣ, то вслѣдствіе того обстоятельства, что правило 556 ст. не даетъ въ этомъ отношеніи никакихъ болѣе точныхъ опредѣленій, мнѣ кажется возможнымъ допустить принятіе этого заявленія во всякомъ засѣданіи суда, безъ всякаго различія того—будетъ ли засѣданіе назначено для разсмотрѣнія дѣла по существу, или для разрѣшенія какого-либо частнаго вопроса или прошенія по дѣлу и, притомъ, какъ въ присутствіи въ засѣданіи стороны противной, такъ и въ отсутствіи ея, на томъ основаніи, что, въ какомъ бы изъ этихъ засѣданій ни было сдѣлано заявленіе о подлогѣ, противная сторона все равно будетъ имѣть возможность получить свѣдѣнія о предъявленномъ спорѣ въ порядкѣ, въ слѣдующихъ статьяхъ указанномъ, которыя вообще опредѣляютъ порядокъ дальнѣйшаго движенія производства по спору о подлогѣ.

Ст. 557. Копія сего объявленія или протокола сообщается самому тяжущемуся, а не его повѣренному, за исключеніемъ того случая, когда сей послѣдній имѣетъ довѣренность на подачу отвѣта по спору о подлогѣ акта. Лицо, коему сообщена копія, обязано, въ теченіе двухъ недѣль, дать положительный отзывъ о томъ: намѣрено ли оно воспользоваться означеннымъ актомъ при производствѣ дѣла, или нѣтъ.

Ст. 558. Въ случаѣ непредставленія отзыва въ срокъ, или когда въ отзывѣ заявлено, что тяжущійся, представившій актъ, не намѣренъ имъ воспользоваться, актъ этотъ устраняется изъ производства и дѣло рѣшится на основаніи другихъ доказательствъ.

Въ случаѣ постановленія судомъ опредѣленія, на основаніи правила статьи предъидущей, о принятіи и дачѣ, затѣмъ, движенія заявленію о подлогѣ, копія этого заявленія, или копія протокола, въ которомъ записано заявленіе, на основаніи правила первой изъ приведенныхъ статей, должна быть сообщена сторонѣ противной и, притомъ, должна быть сообщена ей лично, а не ея повѣренному, за исключеніемъ того случая, когда бы повѣренный ея былъ спеціально уполномоченъ отъ нея довѣренностью на предъявленіе отвѣта по спору о подлогѣ, т.-е. когда бы уполномочіе на предъявленіе отвѣта по спору о подлогѣ было положительно выражено въ довѣренности.

Первый вопросъ, возбуждаемый этимъ постановленіемъ, заключается въ томъ—должна ли быть сообщаема копія заявленія о подлогѣ сторонѣ противной въ тѣхъ случаяхъ, когда бы повѣренный ея былъ уполномоченъ на предъявленіе отвѣта по спору о подлогѣ, по ея дѣйствительному мѣстожительству или по избранному ея повѣреннымъ мѣстопребыванію въ томъ городѣ, въ которомъ находится судъ? Вопросъ этотъ, кажется, долженъ быть разрѣшенъ въ томъ смыслѣ, что копія заявленія о подлогѣ должна быть посылаема, въ подобныхъ случаяхъ, тяжущимся по ихъ дѣйствительному мѣстожительству, на томъ основаніи, что правилами устава о явкѣ на судъ и избраніи тяжущимися мѣстопребыванія, тяжущіеся, ведущіе дѣла черезъ повѣренныхъ, не обязываются еще и сами лично находиться въ томъ городѣ, въ которомъ находится судъ и избирать въ немъ мѣсто пребыванія; при ненахожденіи же ихъ самихъ въ этомъ городѣ, понятно, что и требованіе разбираемой статьи о врученіи копіи заявленія имъ лично, а не ихъ повѣреннымъ, иначе и не можетъ быть выполнено, какъ посредствомъ посылки копіи въ ихъ дѣйствительное мѣстожительство. Разрѣшенію вопроса въ этомъ смыслѣ нисколько, по моему мнѣнію, не противорѣчитъ и то обстоятельство, что правило разбираемой статьи, назначая сторонѣ, получившей копію заявленія о подлогѣ, извѣстный срокъ на подачу отзыва, ничего въ то же время не говоритъ о срокѣ поверстномъ, тогда какъ въ другихъ подобныхъ случаяхъ уставъ къ сроку обыкновенному присоединяетъ еще и срокъ поверстный; но отступленіе это дѣлаетъ уставъ въ настоящемъ случаѣ потому, что срокъ, установленный на подачу отзыва въ настоящемъ случаѣ, установленъ одинъ общій на всѣ случаи, т.-е. какъ на случаи сообщенія копіи заявленія о подлогѣ тяжущимся по дѣйствительному мѣстожительству, такъ и на случаи сообщенія копіи по мѣсту нахожденія ихъ въ томъ городѣ, въ которомъ находится судъ.

Второй вопросъ, возбуждаемый правиломъ статьи, заключается въ томъ—кому должна быть сообщаема копія заявленія о подлогѣ въ тѣхъ случаяхъ, когда по спору о подлогѣ долженъ отвѣчать тяжущійся, состоящій подъ опекой за расточительность и не имѣющій согласія опекуна на предъявленіе отвѣта по этому спору — самому ли тяжущемуся, или его опекуну? Мнѣ кажется, что въ подобныхъ случаяхъ, несмотря на то, что тяжущійся, состоящій подъ опекой за расточительность, и не въ правѣ самъ, безъ согласія опекуна, отвѣчать по спору о подлогѣ, копія заявленія о подлогѣ, тѣмъ не менѣе, должна быть сообщаема ему лично, а не опекуну, на томъ основаніи, что опекунъ, во всякомъ случаѣ, въ дѣлѣ расточителя является лицомъ тяжбѣ

постороннимъ, такъ какъ, въ силу 20 ст., самъ расточитель не лишается права искать и отвѣчать на судѣ; дѣло только въ томъ, что въ подобныхъ случаяхъ расточитель, для дѣйствительности его отзыва противъ заявленія о подлогѣ, долженъ озаботиться представленіемъ, вмѣстѣ съ своимъ отзывомъ противъ спора о подлогѣ, и подписку опекуна о согласіи его на предъявленіе отзыва.

Постановленіе, заключающееся во второй половинѣ разбирамой статьи, устанавливаетъ обязанность дачи отзыва стороной, получившей копію заявленія о подлогѣ, противъ этого заявленія, который долженъ быть подаваемъ, согласно правилу этой статьи, въ теченіе двухъ недѣль, разумѣется, со дня врученія ей копіи заявленія. Отзывъ этотъ, на основаніи правила разбираемой статьи, долженъ содержать въ себѣ только положительное заявленіе о томъ, желаетъ ли сторона, подающая отзывъ, воспользоваться, какъ доказательствомъ въ процессѣ, актомъ, противъ котораго заявленъ споръ о подлогѣ, или нѣтъ. Отзывъ этотъ долженъ быть изложенъ, конечно, письменно и при немъ также должны быть приложены копіи по числу лицъ, заявившихъ споръ о подлогѣ.

Не могу не обратить, далѣе, вниманіе еще на одинъ вопросъ, возбуждаемый правиломъ разбираемой статьи, который заключается въ томъ: слѣдуетъ ли соблюдать порядокъ, установленный этой статьей по отношенію врученія копіи заявленія о подлогѣ сторонѣ противной, въ тѣхъ случаяхъ, когда бы эта послѣдняя сторона находилась на лицо въ томъ засѣданіи, въ которомъ былъ бы заявленъ словесно споръ о подлогѣ? Мнѣ кажется, что сторона, обязанная дать отзывъ, не можетъ быть лишена права заявить его въ подобныхъ случаяхъ словесно и тутъ же немедленно въ самомъ засѣданіи просить о занесеніи его въ протоколъ, вслѣдствіе чего, особое сообщеніе ей копіи заявленія будетъ совершенно излишне; но, съ другой стороны, нельзя, по моему мнѣнію, также не признать, что, на основаніи точнаго смысла правила разбираемой статьи, и несмотря на присутствіе стороны въ засѣданіи, она не можетъ быть лишена права потребовать сообщенія ей копіи заявленія о подлогѣ, во-первыхъ — потому, что правило 557 ст., указывая извѣстный порядокъ сообщенія копіи этого заявленія, не дѣлаетъ никакого различія между случаями, когда бы сторона, обязанная дать отзывъ, присутствовала въ томъ засѣданіи, въ которомъ былъ заявленъ споръ о подлогѣ, или нѣтъ, и, во-вторыхъ— потому, что сторонѣ, обязанной дать отзывъ, нерѣдко необходимо имѣть заявленіе о подлогѣ, точно и письменно изложенное, для того, чтобы сообразить, какого рода отзывъ долженъ быть данъ противъ послѣдовавшаго въ засѣданіи словеснаго заявленія о подлогѣ. Срокъ на подачу отзыва и въ подобныхъ случаяхъ долженъ, конечно, считаться со дня врученія сторонѣ копіи заявленія о подлогѣ.

Въ правилѣ 558 ст. указываются послѣдствія неподачи отзыва противъ заявленія о подлогѣ въ срокъ, въ предъидущей статьѣ установленный, а равно послѣдствія заявленія въ отзывѣ нежеланія воспользоваться, какъ доказательствомъ, оспариваемымъ актомъ. Послѣдствія, какъ въ томъ, такъ и другомъ случаѣ, по правилу этой статьи, одинаковы и заключаются въ томъ, что оспариваемый актъ, какъ доказательство, устраняется изъ производства и „дѣло рѣшится“, какъ сказано въ статьѣ, „на основаніи другихъ доказательствъ“. По отношенію устраненія оспариваемаго акта изъ числа доказательствъ, я долженъ, однако же, замѣтить здѣсь то же, что уже было мной сказано при разсмотрѣніи послѣдствій производства по сомнѣнію въ подлинности акта, т.-е. что выраженіе разбираемой статьи: „актъ этотъ устраняется изъ производства“, которымъ опредѣляются послѣдствія недачи отзыва противъ заявленія о подлогѣ въ установленный срокъ, или заявленія въ немъ нежеланія воспользоваться оспариваемымъ актомъ, не совсѣмъ точно и что

на самомъ дѣлѣ подобныя послѣдствія, или исключеніе всего акта изъ числа доказательствъ, могутъ наступать только въ случаяхъ оспариванія всего акта, но что въ случаяхъ оспариванія акта въ какой-либо части, изъ числа доказательствъ могутъ быть устранены только оспариваемыя части, но никакъ не весь актъ во всемъ объемѣ содержанія его. Кромѣ того, правило разбираемой статьи оказывается неточнымъ еще и въ другомъ отношеніи. Такъ, изъ содержанія его нетрудно усмотрѣть, что, согласно заключающемуся въ немъ постановленію, послѣдствія неподачи отзыва или заявленія въ немъ нежеланія воспользоваться оспариваемымъ актомъ, какъ доказательствомъ, могутъ быть легко опредѣлены только въ тѣхъ случаяхъ, когда споръ о подлогѣ касается только одного лица; каковы же должны быть послѣдствія, напр., неподачи отзыва, въ тѣхъ случаяхъ, когда отвѣтчиковъ по спору о подлогѣ нѣсколько, нѣкоторыми изъ нихъ и какое вліяніе на движеніе спора о подлогѣ и на права этихъ послѣднихъ должно оказывать предъявленіе отзыва прочими въ срокъ, въ 557 ст. указанный,—въ правилѣ 558 ст. не указывается. Мнѣ кажется, что по отношенію послѣдствій неподачи отзыва въ случаяхъ подобныхъ указанному, необходимо различать: былъ ли выданъ оспориваемый актъ на имя каждаго изъ отвѣтчиковъ по спору о подлогѣ отдѣльно, или же онъ былъ выданъ одному лицу, напр., наслѣдодателю отвѣтчиковъ, или бывшему ихъ опекуну и тому подобное, потому что послѣдствія неподачи отзыва однимъ изъ отвѣтчиковъ, въ обоихъ случаяхъ, должны быть различны. Въ первомъ случаѣ неподача отзыва однимъ изъ отвѣтчиковъ не должна оказывать никакого вліянія на права другихъ, не подавшихъ отзыва, и въ отношеніи послѣднихъ должны наступать послѣдствія не подачи отзыва, въ правилѣ 558 ст. указанныя, т.-е. по отношенію не подавшихъ отзыва оспариваемый актъ долженъ быть устраненъ въ цѣломъ или части изъ числа доказательствъ, смотря по характеру спора, такъ какъ ни что не мѣшаетъ одинъ и тотъ же актъ признавать въ одно и то же время подлиннымъ и подложнымъ, по отношенію различныхъ лицъ, въ составленіи его участвовавшихъ, потому что и на самомъ дѣлѣ нѣкоторыя изъ этихъ лицъ дѣйствительно могли участвовать въ заключеніи его, а отъ имени другихъ онъ могъ быть составленъ подложно. Напротивъ, во второмъ случаѣ, когда оспариваемый актъ, представленный нѣсколькими отвѣтчиками по спору о подлогѣ, былъ выданъ одному лицу, подача отзыва въ срокъ однимъ изъ нихъ должна служить въ пользу прочихъ, не подавшихъ отзыва, вслѣдствіе чего, и дальнѣйшее производство по спору о подлогѣ должно продолжаться по отношенію всѣхъ отвѣтчиковъ, на томъ основаніи, что одинъ и тотъ же актъ, въ одно и то же время и по отношенію однихъ и тѣхъ же лицъ, не можетъ быть признанъ и подлиннымъ и подложнымъ, и, потому, не можетъ быть въ одно и то же время принимаемъ за доказательство по отношенію отвѣтчиковъ, подавшихъ отзывъ въ срокъ, и устраняемъ изъ числа доказательствъ по отношенію прочихъ отвѣтчиковъ, не подавшихъ отзыва. Во всякомъ случаѣ—будетъ ли отзывъ противъ заявленія о подлогѣ не поданъ вовсе, или въ немъ будетъ заявлено нежеланіе воспользоваться оспариваемымъ актомъ, какъ доказательствомъ, дѣло, даже безъ сообщенія этого отзыва сторонѣ противной, должно быть доложено въ порядкѣ частномъ, въ судебномъ засѣданіи, въ которомъ должно быть постановлено и опредѣленіе о послѣдствіяхъ такого отзыва; но дѣло должно быть докладываемо въ засѣданіи, однако же, не прежде, какъ по истеченіи срока на подачу отзыва всѣми отвѣтчиками по спору о подлогѣ, когда ихъ было нѣсколько.

Кромѣ сказаннаго по поводу правила разбираемой статьи, я не могу не обратить вниманіе еще на одинъ вопросъ о томъ: должны ли послѣдствія неподачи отзыва противъ заявленія о подлогѣ, указанныя въ этой статьѣ, наступать не иначе, какъ по просьбѣ стороны противной, или же за точ-

нымъ соблюденіемъ правила этой статьи обязанъ слѣдить самъ судъ ex officio? Въ мотивахъ, помѣщенныхъ въ изданіи государственной канцеляріи подъ 558 ст., сказано только, что заключающееся въ ней правило внесено въ уставъ съ цѣлью уменьшить по возможности случаи обращенія дѣлъ къ уголовному производству; но и сказаннаго достаточно для того, чтобы дать болѣе или менѣе правильный отвѣтъ на поставленный вопросъ, такъ какъ, въ виду указанной въ мотивахъ цѣли, съ которой оно установлено, нетрудно убѣдиться въ томъ, что оно установлено въ интересѣ публичномъ, вслѣдствіе чего, необходимо, далѣе, признать, что за точнымъ соблюденіемъ его обязанъ слѣдить самъ судъ ex officio, или признать, что судъ самъ, и безъ указанія стороны противной, обязанъ устранять изъ числа доказательствъ оспариваемый актъ, въ случаѣ неподачи въ срокъ отзыва отвѣтчиками по спору о подлогѣ, или заявленія ими въ отзывѣ нежеланія воспользоваться оспариваемымъ актомъ, какъ доказательствомъ въ процессѣ. Въ случаѣ же подачи отвѣтчиками по спору о подлогѣ или однимъ изъ нихъ отзыва о желаніи воспользоваться оспариваемымъ актомъ, какъ доказательствомъ, производство по спору о подлогѣ должно получить дальнѣйшее движеніе, и, притомъ, должно получить движеніе безъ постановленія по такому отзыву судебнаго опредѣленія и безъ доклада его въ засѣданіи, а просто по единоличному распоряженію предсѣдателя о сообщеніи копіи отзыва сторонѣ противной, т.-е. заявителю спора о подлогѣ, на томъ основаніи, что на сообщеніе копіи отзыва сторонѣ противной, или вообще на обмѣнъ бумагъ между сторонами по предмету спора о подлогѣ, слѣдуетъ смотрѣть, какъ на предварительную письменную подготовку по спору о подлогѣ, распоряженія относительно которой, подобно тому, какъ распоряженія относительно предварительной письменной подготовки по существу дѣла, предоставлены уставомъ единоличной власти предсѣдателя суда. Самый же порядокъ дальнѣйшаго производства по спору о подлогѣ указанъ въ слѣдующихъ статьяхъ.

Ст. 559. Отзывъ тяжущагося, представившаго документъ, о намѣреніи воспользоваться имъ, объявляется противной сторонѣ, которая обязана, въ теченіе недѣли со времени сего объявленія, представить свои доказательства о подлогѣ документа.

Ст. 560. Предъявленныя доказательства подлога сообщаются тяжущемуся, сославшемуся на документъ, для представленія возраженій въ теченіе недѣли со дня сего сообщенія.

Не можетъ быть, кажется, сомнѣнія въ томъ, что объявленіе заявителю спора о подлогѣ отзыва тяжущагося, представившаго документъ, о желаніи воспользоваться имъ, какъ доказательствомъ, объявленіе, о которомъ говорится въ правилѣ первой изъ приведенныхъ статей, должно быть дѣлаемо не иначе, какъ посредствомъ сообщенія заявителю спора о подлогѣ копіи этого отзыва, или копіи протокола, въ тѣхъ случаяхъ, когда бы отзывъ былъ предъявленъ словесно въ самомъ засѣданіи. Несомнѣннымъ кажется и то, что состязательныя бумаги, о которыхъ говорится въ правилахъ приведенныхъ статей, должны быть сообщаемы тяжущимся не по ихъ дѣйствительному мѣстожительству, а по избранному ими мѣстопребыванію въ томъ городѣ, въ которомъ находится судъ, потому что къ сроку, назначенному для подачи отзыва противъ заявленія о подлогѣ, тяжущіеся, еслибы они не избрали себѣ повѣренныхъ для веденія собственно спора о подлогѣ, должны быть, на основаніи 309 ст., признаны обязанными лично явиться въ городъ для веденія этого спора и заявить суду объ избранномъ ими мѣстѣ пребыванія въ этомъ городѣ.

Далѣе, правило 559 ст. устанавливаетъ по отношенію стороны, получившей отзывъ, или заявителя спора о подлогѣ, обязанность представить доказательства подлога документа въ теченіе недѣли, разумѣется, со дня врученія ей копіи отзыва стороны, представившей документъ, или все равно

сдѣлавшей на него ссылку, какъ на доказательство, въ свою пользу. Послѣднее выраженіе хотя и не заключается въ текстѣ статьи, но оно должно быть имъ дополнено, на томъ основаніи, что на практикѣ могутъ встрѣчаться и такіе случаи, когда споръ о подлогѣ можетъ быть заявленъ не противъ акта, непосредственно представленнаго самой стороной, обязанной дать отзывъ, но противъ акта, на который ею сдѣлана только ссылка, но который на самомъ дѣлѣ представленъ не ею, а по требованію ея, напр., третьимъ, не участвующимъ въ дѣлѣ, лицомъ. Какъ ни ясными кажутся тѣ выраженія 559 ст., которыми опредѣляется обязанность заявителя спора о подлогѣ представить доказательства подлога, тѣмъ не менѣе, нѣкоторыя разъясненія необходимы собственно въ томъ отношеніи: совершеніемъ какихъ именно дѣйствій по предмету представленія доказательствъ подлога обязанность, указанная въ правилѣ этой статьи, можетъ считаться выполненной со стороны заявителя спора о подлогѣ? Относительно этого вопроса я не могу, прежде всего, не замѣтить, что врядъ ли будетъ справедливо вообще, въ виду того короткаго срока, въ который обязанность представленія доказательствъ подлога, въ силу правила разбираемой статьи, должна быть выполняема, предъявлять слишкомъ строгія требованія къ заявителю спора о представленіи доказательствъ. Поэтому, я полагаю, что обязанность представленія доказательствъ подлога должна быть признаваема достаточно выполненной, во-первыхъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда бы заявитель спора на самомъ дѣлѣ даже не представилъ доказательствъ подлога, а только въ объясненіи своемъ противъ отзыва указалъ тѣ доказательства, которыми онъ имѣетъ въ виду подтвердить свой споръ: указалъ, напр., на свидѣтелей, которымъ извѣстны обстоятельства составленія акта, на тѣ бумаги, которыми можетъ быть опровергнута подлинность оспариваемаго акта, но которыя, однако же, не находятся у него въ рукахъ, а должны быть истребованы или отъ третьихъ лицъ, или отъ правительственныхъ установленій и проч., потому что требовать въ семидневный срокъ, установленный правиломъ разбираемой статьи на представленіе доказательствъ подлога, и представленіе самыхъ бумагъ, при такихъ обстоятельствахъ, представляется положительно невозможнымъ. Во-вторыхъ, правило разбираемой статьи ничего не говоритъ о томъ, чтобы заявитель спора о подлогѣ обязанъ былъ въ установленный ею срокъ непремѣнно представить всѣ доказательства подлога, а также ничего не говоритъ и о томъ, чтобы въ дальнѣйшемъ движеніи производства по спору о подлогѣ заявитель спора положительно былъ не въ правѣ представлять новыя доказательства подлога, помимо уже представленныхъ имъ въ установленный срокъ; изъ чего, мнѣ кажется, возможно заключить, что заявитель спора не можетъ быть лишенъ права и въ дальнѣйшемъ производствѣ представлять новыя доказательства подлога, въ особенности въ тѣхъ случаяхъ, когда бы представленіе новыхъ доказательствъ вызывалось необходимостью для опроверженія доказательствъ, представленныхъ стороной противной.

Впрочемъ, самый главный недостатокъ правила 559 ст., на который нельзя не обратить вниманія, заключается, по моему мнѣнію, въ томъ, что въ ней не указываются послѣдствія непредставленія хотя какихъ-либо доказательствъ подлога въ установленный ею срокъ, ни по отношенію правъ заявителя спора, ни по отношенію дальнѣйшаго движенія самаго спора о подлогѣ. Хотя пробѣлъ этотъ отчасти и покрывается постановленіемъ 562 ст., которая за непредставленіе доказательствъ подлога, въ установленный правиломъ разбираемой статьи срокъ, устанавливаетъ ту же мѣру взысканія по отношенію заявителя спора, т.-е. извѣстный штрафъ, какъ и на случаи оставленія судомъ безъ уваженія самаго спора о подлогѣ; но, очевидно, что и подобнымъ постановленіемъ вопросъ о послѣдствіяхъ непредставленія доказательствъ подлога, въ томъ видѣ, какъ онъ поставленъ, еще не исчерпывается,

потому что наложеніемъ взысканія, установленнаго этой статьей на заявителя спора за непредставленіе доказательствъ, еще нисколько не предрѣшается дальнѣйшее положеніе самаго спора о подлогѣ. Несмотря, однако же, на недостаточность правила и этой послѣдней статьи для разрѣшенія занимающаго насъ вопроса, кажется, только въ ней одной возможно найти ключъ къ его разрѣшенію. Въ самомъ дѣлѣ, если мы обратимъ вниманіе на то, что на основаніи 562 ст. заявитель спора о подлогѣ подвергается одинаковому взысканію въ обоихъ случаяхъ,—какъ въ томъ, когда его споръ о подлогѣ будетъ признанъ судомъ незаслуживающимъ уваженія, что можетъ послѣдовать въ огромномъ большинствѣ случаевъ, какъ это разумѣется и само собой, главнымъ образомъ, вслѣдствіе недостаточности представленныхъ имъ доказательствъ подлога, такъ и въ томъ—когда имъ въ срокъ, установленный правиломъ 559 ст., вовсе не будетъ представлено доказательствъ, то мы должны будемъ придти къ тому заключенію, что законъ, карая заявителя спора одинаково въ обоихъ случаяхъ, имѣлъ въ виду, главнымъ образомъ, и одинаковость причинъ, вызывающихъ наложеніе взысканія, т.-е. имѣлъ въ виду заявленіе въ обоихъ случаяхъ неосновательнаго спора, который, поэтому, въ обоихъ случаяхъ одинаково долженъ быть оставляемъ судомъ безъ уваженія; въ оставленіи же судомъ безъ уваженія спора о подлогѣ за непредставленіемъ заявителемъ спора доказательствъ подлога въ срокъ, въ разбираемой статьѣ установленный, и должны заключаться послѣдствія по отношенію дальнѣйшаго положенія самаго спора о подлогѣ. Но, кто обязанъ собственно слѣдить за наступленіемъ указаннаго послѣдствія, т.-е. долженъ ли самъ судъ ex officio, и безъ просьбы заинтересованной стороны, оставлять споръ о подлогѣ безъ послѣдствій и, такимъ образомъ, прекращать его немедленно по пропущеніи заявителемъ спора срока на представленіе доказательствъ? Вопросъ этотъ долженъ быть, по моему мнѣнію, разрѣшенъ утвердительно, на томъ основаніи, что правило 562 ст., предписывающее налагать штрафъ на заявителя спора о подлогѣ за непредставленіе доказательствъ подлога въ срокъ, установлено въ интересѣ публичномъ, именно съ цѣлью уменьшить по возможности случаи заявленія неосновательныхъ споровъ о подлогѣ, которое, поэтому, судъ обязанъ примѣнять ex officio; а какъ наложеніе штрафа должно неминуемо вести за собой и другое послѣдствіе—оставленіе судомъ и самаго спора о подлогѣ безъ послѣдствій, то вслѣдствіе этого необходимо признать, что и оставлять споръ о подлогѣ безъ уваженія, за непредставленіемъ въ срокъ доказательствъ подлога заявителемъ спора, также обязанъ самъ судъ ex officio. На этомъ основаніи слѣдуетъ, далѣе, признать, что самъ судъ, немедленно по пропущеніи заявителемъ спора о подлогѣ срока, установленнаго правиломъ 559 ст. на представленіе доказательствъ подлога, обязанъ, и безъ просьбы противной стороны, заслушать дѣло въ засѣданіи и признать споръ о подлогѣ незаслуживающимъ уваженія.

Напротивъ, въ случаѣ выполненія заявителемъ спора требованія правила 559 ст. о представленіи доказательствъ подлога, въ указанный ею срокъ, производство по спору о подлогѣ получаетъ дальнѣйшее движеніе и представленныя заявителемъ спора доказательства подлога сообщаются, на основаніи правила 560 ст., сторонѣ противной, т.-е. тяжущемуся, представившему, или, какъ сказано въ текстѣ этой статьи, „сославшемуся на документъ“. Этой послѣдней сторонѣ правило приведенной статьи предоставляетъ въ свою очередь право представить свои возраженія противъ доказательствъ, указанныхъ заявителемъ спора, въ теченіе недѣли со дня полученія сообщенія. Въ возраженіяхъ своихъ сторона, сославшаяся на документъ, также, безъ сомнѣнія, въ правѣ приводить или указывать свои доказательства, могущія служить къ опроверженію доказательствъ, указанныхъ заявителемъ спора о подлогѣ. При возраженіи должны быть приложены копіи его по числу заявителей

спора о подлогѣ, которыя, несмотря на молчаніе объ этомъ правила разбираемой статьи, должны быть, безъ сомнѣнія, имъ сообщены, какъ на основаніи общихъ правилъ устава объ обмѣнѣ состязательныхъ бумагъ между тяжущимися, такъ и на основаніи того общаго начала состязательнаго процесса, въ силу котораго всѣ средства защиты, приводимыя одной стороной, не могутъ подлежать разсмотрѣнію суда безъ сообщенія ихъ сторонѣ противной. Копіи возраженія должны быть сообщаемы заявителямъ спора просто по единоличному распоряженію предсѣдателя суда, безъ доклада возраженія въ засѣданіи. Такъ какъ правило 560 ст. предоставляетъ сторонѣ, сославшейся на документъ, только право представлять возраженіе, но не вмѣняетъ ей это въ непремѣнную обязанность, то понятно, что никакихъ послѣдствій по отношенію права этой послѣдней стороны непредставленія возраженій въ срокъ и быть не можетъ, и производство по спору о подлогѣ, и безъ подачи возраженія, должно идти въ дальнѣйшемъ движеніи своимъ порядкомъ. Съ другой стороны, и за истеченіемъ недѣльнаго срока на подачу возраженія сторона, сославшаяся на документъ, также не можетъ быть лишена права на подачу возраженія, которое должно имѣть то же значеніе, какъ и возраженіе, представленное въ срокъ; дѣло только въ томъ, что, по пропускѣ ею срока на подачу возраженія, дѣло можетъ быть немедленно доложено въ судебномъ засѣданіи для разсмотрѣнія спора о подлогѣ по существу. Собственно же порядокъ разсмотрѣнія спора о подлогѣ по окончаніи предварительнаго обмѣна бумагъ между тяжущимися, а равно и послѣдствія признанія судомъ спора заслуживающимъ уваженія или оставленія его безъ послѣдствій, указаны въ слѣдующихъ статьяхъ.

Ст. 561. По полученіи возраженія, а когда нужно и по предварительномъ изслѣдованіи акта порядкомъ, установленнымъ въ статьяхъ 547—554, судъ, выслушавъ объясненія сторонъ и заключеніе Прокурора, постановляетъ опредѣленіе или объ устраненіи спора о подлогѣ, или же о признаніи акта подложнымъ и объ исключеніи его изъ числа доказательствъ.

Ст. 562. Тяжущійся, предъявившій споръ о подлогѣ, подвергается взысканію штрафа отъ *десяти* до *трехсотъ* рублей, если онъ не представитъ въ надлежащій срокъ доказательствъ подлога (ст. 559), или если судъ признаетъ споръ его незаслуживающимъ уваженія.

Правило первой изъ приведенныхъ статей опредѣляетъ прежде всего моментъ, когда споръ о подлогѣ можетъ поступить на разсмотрѣніе суда по существу; но первое же выраженіе статьи „по полученіи возраженія“, которымъ опредѣляется этотъ моментъ, является неточнымъ, потому что дѣло можетъ быть внесено для разсмотрѣнія спора о подлогѣ не немедленно по полученіи возраженія стороны, сославшейся на документъ, но не прежде, какъ по сообщеніи копіи возраженія заявителю спора, на томъ основаніи, что копія возраженія, какъ это понятно и само собой, должна быть сообщена заявителю спора прежде доклада дѣла въ засѣданіи, на что мы только-что имѣли случай обратить вниманіе, гдѣ мы также упомянули, что въ нѣкоторыхъ случаяхъ, напротивъ, засѣданіе для разсмотрѣнія спора о подлогѣ можетъ быть назначаемо и безъ полученія возраженія, но по пропущеніи стороной, сославшейся на документъ, срока на подачу его. Указавши моментъ, когда споръ о подлогѣ можетъ поступить на разсмотрѣніе по существу, правило 561 ст. перечисляетъ, далѣе, тѣ дѣйствія, по совершеніи которыхъ судъ въ правѣ приступить къ постановленію окончательнаго опредѣленія по спору о подлогѣ. Дѣйствія эти слѣдующія: а) когда нужно, предварительное изслѣдованіе оспариваемаго акта порядкомъ, въ 547—554 ст. указаннымъ; б) выслушаніе объясненія сторонъ въ засѣданіи и в) выслушаніе заключенія прокурора. Что касается совершенія перваго дѣйствія или изслѣдованія заподозрѣннаго акта, то, судя по буквальному смыслу выраженія статьи: „а когда нужно и по предварительномъ изслѣдованіи акта“, возможно предпо-

ложить, что совершеніе этого дѣйствія по закону для суда необязательно и что предпринимаемо оно должно быть только въ случаяхъ надобности, какъ сказано и въ мотивахъ, помѣщенныхъ въ изданіи государственной канцеляріи подъ разбираемой статьей. Но какъ понимать выраженіе „въ случаѣ надобности“, или лучше сказать, при какихъ условіяхъ назначеніе изслѣдованія подлинности заподозрѣннаго акта слѣдуетъ считать настолько необходимымъ, что за судомъ не можетъ быть признано право отказывать въ назначеніи изслѣдованія по его усмотрѣнію? Условіями, при наличности которыхъ изслѣдованіе оспариваемаго акта порядкомъ, въ 547—554 ст. указаннымъ, должно быть непремѣнно назначаемо и при наличности которыхъ за судомъ не можетъ быть признано право отказывать въ назначеніи изслѣдованія по его усмотрѣнію, должны быть признаны, по моему мнѣнію, слѣдующія: а) заявленіе просьбы которой-либо изъ сторонъ о назначеніи изслѣдованія и б) недостаточность представленныхъ или указанныхъ заявителемъ спора доказательствъ подлога даже и въ тѣхъ случаяхъ, когда бы доказательства эти оказались недостаточными именно вслѣдствіе только того, что еще не были повѣрены посредствомъ производства изслѣдованія однимъ изъ способовъ, въ 547 ст. указанныхъ, и когда, слѣдовательно, назначеніе изслѣдованія вызывается самыми свойствами этихъ доказательствъ и, потому, также является необходимымъ. Наиболѣе существеннымъ условіемъ, вызывающимъ необходимость назначенія изслѣдованія оспариваемаго акта, должно быть признано, безъ сомнѣнія, послѣднее, потому что, какъ это можно судить, во-первыхъ, по буквальному смыслу правила разбираемой статьи, а во-вторыхъ, на основаніи общихъ правилъ о повѣркѣ доказательствъ, изслѣдованіе, какъ одинъ изъ способовъ повѣрки, можетъ быть назначаемо судомъ и ex officio, безъ просьбы о томъ которой-либо изъ сторонъ. Кромѣ того, нельзя также не замѣтить, что въ дѣйствительности трудно даже представить себѣ такой случай спора о подлогѣ, въ которомъ, по самому характеру этого спора, представленныя заявителемъ спора доказательства, положимъ, письменныя, могли служить достаточнымъ средствомъ къ опроверженію подлинности оспариваемаго акта, безъ производства изслѣдованія, или посредствомъ повѣрки содержанія его съ представленными заявителемъ спора бумагами, или посредствомъ сличенія почерка, за исключеніемъ развѣ тѣхъ немногихъ случаевъ, когда, вслѣдствіе представленныхъ заявителемъ спора доказательствъ, подлогъ въ актѣ являлся бы столь очевиднымъ, что судъ въ самомъ засѣданіи нашелъ бы возможнымъ провѣрить подлинность заподозрѣннаго акта, не назначая особаго изслѣдованія. Если же такимъ образомъ, въ огромномъ большинствѣ случаевъ, назначеніе изслѣдованія оспариваемаго акта является положительно необходимымъ, какъ по самому характеру спора о подлогѣ, такъ равно и по свойству представляемыхъ для подтвержденія его доказательствъ, которыя безъ повѣрки сами по себѣ всегда почти являются недостаточными, то само собой становится понятнымъ и то, что судъ въ первомъ засѣданіи, назначенномъ для разсмотрѣнія спора о подлогѣ, также въ огромномъ большинствѣ случаевъ, вынужденъ будетъ постановить только опредѣленіе или о назначеніи изслѣдованія, или о допросѣ свидѣтелей или, наконецъ, опредѣленіе по предмету истребованія письменныхъ доказательствъ, напр. отъ третьихъ, не участвующихъ въ дѣлѣ, лицъ, но никакъ не опредѣленіе по самому существу спора о подлогѣ. Сенатъ также объяснилъ, что выраженіе правила разбираемой статьи—„а когда нужно и по предварительномъ изслѣдованіи акта“ должно быть понимаемо въ томъ смыслѣ, что въ силу этого постановленія назначеніе изслѣдованія заподозрѣннаго акта способами, въ 547 ст. указанными, не только не зависитъ отъ произвола суда, но что, напротивъ, на судѣ должна лежать положительно обязанность производить

изслѣдованіе во всѣхъ случаяхъ, когда только изслѣдованіе представляется необходимымъ (рѣш. 1878 года, № 205).

Все сказанное о необходимости назначенія изслѣдованія оспариваемаго акта съ достаточной очевидностью обнаруживаетъ, кромѣ того, и то, насколько въ дѣйствительности тщетной должна оставаться надежда составителей уставовъ, которые предоставленіемъ суду правиломъ разбираемой статьи права въ первомъ же засѣданіи, назначаемомъ по окончаніи предварительнаго обмѣна бумагъ между тяжущимися по спору о подлогѣ, разрѣшать и самый споръ по существу, полагали возможнымъ упростить и ускорить у насъ производство по спору о подлогѣ сравнительно съ производствомъ по уставу французскому, которое казалось составителямъ уставовъ слишкомъ сложнымъ. Производство по спору о подлогѣ акта въ уставѣ французскомъ раздѣляется, какъ извѣстно, на три періода, изъ которыхъ каждый заканчивается особымъ опредѣленіемъ суда: первый періодъ производства оканчивается опредѣленіемъ о допущеніи спора о подлогѣ; второй—опредѣленіемъ о принятіи доказательствъ подлога и, наконецъ, третій—опредѣленіемъ, разрѣшающимъ самый споръ о подлогѣ. Не распадается ли въ дѣйствительности на тѣ же періоды производство по спору о подлогѣ и у насъ? Въ началѣ настоящаго параграфа мы видѣли, что движеніе спору о подлогѣ и у насъ можетъ быть дано не иначе, какъ судебнымъ опредѣленіемъ; затѣмъ, назначеніе изслѣдованія, или принятіе тѣхъ или другихъ доказательствъ подлога, напр., свидѣтельскихъ показаній, также можетъ послѣдовать не иначе, какъ по судебному опредѣленію, постановляемому судомъ по окончаніи предварительнаго обмѣна бумагъ между тяжущимися по спору о подлогѣ, на основаніи правила разбираемой статьи, вслѣдствіе чего, окончательное опредѣленіе по существу спора можетъ, наконецъ, послѣдовать не иначе, какъ по окончаніи производства по изслѣдованію акта, или по окончаніи производства по доказательствамъ, каковой порядокъ производства, очевидно, близко подходитъ къ порядку, принятому уставомъ французскимъ. Такимъ образомъ, и у насъ по окончаніи производства по доказательствамъ и по окончаніи изслѣдованія заподозрѣннаго акта порядкомъ, въ 547—554 ст. указаннымъ, дѣло снова должно быть доложено въ судебномъ засѣданіи, въ которомъ судъ уже будетъ въ состояніи и обязанъ постановить опредѣленіе по самому существу спора о подлогѣ; но прежде постановленія опредѣленія, судъ обязанъ въ этомъ засѣданіи, на основаніи правила разбираемой статьи, выслушать словесныя объясненія сторонъ и заключеніе прокурора. Для того, чтобы исполнить первое требованіе статьи о выслушаніи объясненій сторонъ, судъ, несмотря на то, что производство по спору о подлогѣ есть производство частное, обязанъ, однако же, вызвать въ засѣданіе стороны повѣстками, неявка которыхъ въ засѣданіе не должна служить препятствіемъ разсмотрѣнію спора и постановленію окончательнаго опредѣленія по существу его, такъ какъ, правило этой статьи не устанавливаетъ того, чтобы неявка которой-либо изъ сторонъ въ засѣданіе, несмотря на увѣдомленіе ихъ о днѣ засѣданія, препятствовала разрѣшенію спора.

Относительно исполненія требованія правила разбираемой статьи о выслушаніи заключенія прокурора передъ постановленіемъ опредѣленія по спору, возникаетъ одно только недоумѣніе: слѣдуетъ ли выслушивать заключеніе прокурора только въ послѣднемъ засѣданіи передъ постановленіемъ окончательнаго опредѣленія по существу спора, или же необходимо выслушивать заключеніе прокурора во всякомъ засѣданіи, назначаемомъ по спору о подлогѣ? Основываясь только на буквальномъ смыслѣ правила разбираемой статьи, слѣдовало бы разрѣшить этотъ вопросъ въ томъ смыслѣ, что заключеніе прокурора должно быть требуемо только разъ передъ разрѣшеніемъ спора по существу; но если сопоставить правило этой статьи съ постановле-

ніемъ 343 ст., опредѣляющей выслушивать заключеніе прокурора вообще по спорамъ о подлогѣ, скорѣе слѣдуетъ, кажется, придти къ тому заключенію, что заключеніе прокурора должно быть требуемо впродолженіе всего производства по спору о подлогѣ, передъ всякимъ опредѣленіемъ суда, хотя бы такимъ опредѣленіемъ разрѣшалось только допущеніе или дальнѣйшее направленіе производства по спору. Уставъ французскій заключаетъ въ себѣ въ этомъ отношеніи болѣе точное опредѣленіе, которое (art. 251) прямо предписываетъ выслушивать заключеніе прокурора передъ постановленіемъ всѣхъ опредѣленій по спору о подлогѣ, даже и такихъ, которыя бы относились только къ направленію производства. На практикѣ, насколько мнѣ извѣстно, и у насъ заключеніе прокурора требуется во всякомъ засѣданіи по спору о подлогѣ, какъ въ первомъ,—когда вопросъ идетъ только о допущеніи спора, такъ и въ послѣдующихъ, передъ постановленіемъ всякихъ опредѣленій, относящихся даже до направленія производства.

Окончательнымъ опредѣленіемъ по спору о подлогѣ судъ, на основаніи правила разбираемой статьи, постановляетъ или объ устраненіи спора о подлогѣ, т.-е. оставленіи его безъ послѣдствій, или о признаніи оспариваемаго акта подложнымъ и исключеніи его изъ числа доказательствъ. На неточность неоднократно употребляемаго уставомъ выраженія—„объ исключеніи его (т.-е. оспариваемаго акта) изъ числа доказательствъ“, я имѣлъ уже случай обратить вниманіе, и здѣсь по отношенію правила 561 ст. я долженъ сказать тоже, что указанное въ немъ послѣдствіе признанія спора о подлогѣ заслуживающимъ уваженія—исключеніе оспариваемаго акта изъ числа доказательствъ, можетъ имѣть мѣсто только въ случаѣ признанія акта подложнымъ во всемъ его объемѣ; въ случаяхъ же признанія акта подложнымъ въ части, только эта часть и можетъ быть признана подлежащей исключенію изъ числа доказательствъ. Уставъ французскій (art. 241), на случай признанія судомъ спора о подлогѣ заслуживающимъ уваженія, предписываетъ еще совершеніе цѣлаго ряда дѣйствій, по отношенію самаго оспариваемаго акта, дѣйствій, клонящихся или къ совершенному уничтоженію акта, въ случаѣ признанія его подложнымъ во всемъ объемѣ, или къ исправленію его, напр., посредствомъ уничтоженія подложныхъ приписокъ, или возстановленія мѣстъ зачеркнутыхъ или подчищенныхъ, въ случаѣ признанія акта подложнымъ въ части. О возможности допущенія подобныхъ операцій надъ самымъ актомъ нашъ уставъ ничего не говоритъ, изъ чего, по моему мнѣнію, слѣдуетъ заключить, что у насъ вмѣсто уничтоженія или исправленія самаго акта, судъ, для того чтобы указать, въ чемъ именно актъ признанъ подложнымъ, обязанъ сдѣлать въ опредѣленіи своемъ о признаніи спора о подлогѣ заслуживающимъ уваженія точное описаніе того, въ чемъ именно и въ какихъ частяхъ актъ признанъ подложнымъ, т.-е. указать, напр., какія найденныя въ актѣ приписки или прибавленія признаются подложными и, потому, подлежащими исключенію изъ числа доказательствъ и тому подобное.

Нѣсколько выше, говоря о вліяніи подачи отзыва о желаніи воспользоваться оспариваемымъ актомъ, какъ доказательствомъ, однимъ изъ отвѣтчиковъ по спору о подлогѣ,на права другихъ, мы имѣли уже случай замѣтить, что въ тѣхъ случаяхъ, когда бы оспариваемый актъ былъ выданъ на имя одного лица, напр., наслѣдодателя отвѣтчиковъ по спору, подача отзыва однимъ изъ нихъ должна служить и въ пользу другихъ. Я полагаю, что на основаніи высказанныхъ въ подкрѣпленіе этого положенія соображеній слѣдуетъ также признать, что въ подобныхъ случаяхъ и послѣдствія признанія спора о подлогѣ заслуживающимъ уваженія или оставленія его безъ послѣдствій, установленныя въ правилѣ разбираемой статьи по отношенію самаго акта, должны въ одинаковой мѣрѣ относиться до интересовъ всѣхъ отвѣтчиковъ по спору о подлогѣ, даже и тѣхъ, которые, вслѣдствіе неподачи от-

зыва о желаніи воспользоваться оспариваемымъ актомъ, никакого участія въ дальнѣйшемъ производствѣ по спору о подлогѣ и не принимали, т.-е. что оспариваемый актъ — будетъ ли онъ признанъ опредѣленіемъ суда подлиннымъ или подложнымъ — долженъ считаться таковымъ по отношенію всѣхъ отвѣтчиковъ. Но какое вліяніе окончательное опредѣленіе суда о признаніи спора о подлогѣ заслуживающимъ уваженіе или оставленіе его безъ послѣдствій должно оказывать на интересы, положимъ, прочихъ отвѣтчиковъ по иску въ тѣхъ случаяхъ, когда споръ о подлогѣ акта былъ предъявленъ только однимъ изъ нихъ, и каковы въ подобныхъ случаяхъ должны быть послѣдствія по отношенію самаго оспариваемаго акта? Мнѣ кажется, что по отношенію послѣдствій опредѣленія суда въ подобныхъ случаяхъ необходимо различать: былъ ли оспариваемый актъ подписанъ каждымъ изъ отвѣтчиковъ по иску отдѣльно, или же онъ былъ подписанъ однимъ лицомъ, напр., наслѣдодателемъ отвѣтчиковъ или ихъ бывшимъ опекуномъ и тому подобное, потому что и самыя послѣдствія опредѣленія суда въ обоихъ случаяхъ не могутъ быть одинаковы. Въ первомъ случаѣ,—когда бы оспариваемый актъ былъ подписанъ каждымъ изъ отвѣтчиковъ по иску отдѣльно, какъ предъявленіе спора о подлогѣ однимъ изъ нихъ, такъ равно и опредѣленіе суда по такому спору не должно оказывать никакого вліянія на права остальныхъ отвѣтчиковъ, не заявлявшихъ спора, такъ что въ подобныхъ случаяхъ актъ, исключенный изъ числа доказательствъ опредѣленіемъ суда, по отношенію заявителя спора можетъ сохранять силу доказательства по отношенію прочихъ отвѣтчиковъ, потому что и на самомъ дѣлѣ признаніе акта въ одно и то же время подлиннымъ и подложнымъ, по отношенію различныхъ лицъ, въ составленіи его участвовавшихъ, представляется вполнѣ возможнымъ, такъ какъ нѣкоторыя изъ нихъ и дѣйствительно могли участвовать въ составленіи акта, а отъ имени другихъ онъ могъ быть составленъ подложно. Напротивъ, во второмъ случаѣ, когда бы оспариваемый актъ былъ подписанъ, вмѣсто всѣхъ отвѣтчиковъ по иску, однимъ лицомъ, опредѣленіе суда о признаніи акта подлиннымъ или подложнымъ, состоявшееся по спору о подлогѣ, заявленномъ однимъ изъ отвѣтчиковъ, должно оказывать вліяніе и на права другихъ, не заявившихъ спора и актъ долженъ считаться подлиннымъ или подложнымъ по отношенію всѣхъ ихъ, также на томъ основаніи, что никакой актъ не можетъ быть, въ одно и то же время и по отношенію однихъ и тѣхъ же лицъ, признаваемъ и подлиннымъ и подложнымъ. Если таковы должны быть послѣдствія опредѣленія суда о признаніи спора о подлогѣ заслуживающимъ уваженіе или оставленіи его безъ послѣдствій, заявленномъ однимъ изъ отвѣтчиковъ по иску, по отношенію правъ прочихъ соотвѣтчиковъ, никакого спора не заявлявшихъ, въ только что разсмотрѣнныхъ случаяхъ, то, мнѣ кажется, далѣе, слѣдуетъ также признать, что только въ первомъ случаѣ за отвѣтчиками, не предъявлявшими спора, можетъ быть признано право на предъявленіе новаго спора о подлогѣ противъ того же акта, по окончаніи производства по первому спору, такъ какъ только въ этомъ случаѣ опредѣленіе суда, состоявшееся по этому послѣднему спору, ихъ правъ не касается; напротивъ, во второмъ случаѣ, послѣдовательное предъявленіе споровъ о подлогѣ, противъ одного и того же акта отъ разныхъ отвѣтчиковъ, никоимъ образомъ не можетъ быть допускаемо, такъ какъ вопросъ о подлинности или подложности акта исчерпывается вполнѣ по отношенію всѣхъ отвѣтчиковъ опредѣленіемъ суда, постановляемымъ по спору, предъявленному однимъ изъ нихъ. Также точно не можетъ быть допускаемо послѣдовательное предъявленіе споровъ о подлогѣ противъ одного и того же акта, положимъ, однимъ изъ отвѣтчиковъ по иску противъ каждаго истца порознь, потому что въ подобныхъ случаяхъ вопросъ о подлинности акта, по крайней мѣрѣ, по отношенію заявителя спора, также исчерпывается вполнѣ

опредѣленіемъ суда, постановляемымъ по первому спору. На основаніи этихъ соображеній, тѣмъ болѣе, конечно, не можетъ быть допускаемо вторичное возбужденіе спора о подлогѣ противъ одного и того же акта и между тѣми же самыми лицами, какъ это правильно утверждаетъ и Рогронъ (Code de proc. civ. exp., изд. 10, т. I, стр. 641), который тутъ же приводитъ одно весьма интересное рѣшеніе Ріомскаго апелляціоннаго суда, разрѣшающее очень важный вопросъ, также относящійся до права предъявленія спора о подлогѣ. Вопросъ этотъ заключается въ томъ: въ правѣ ли тяжущійся заявить споръ о подлогѣ послѣ того, какъ въ теченіе предшествовавшаго производства по дѣлу подлинность оспариваемаго акта была имъ, хотя по заблужденію, но признана? Ріомская палата разрѣшила этотъ вопросъ утвердительно, и, притомъ, изъ рѣшенія ея видно, что отвѣтчицѣ дозволено было заявить споръ о подлогѣ послѣ сдѣланнаго ею признанія подлинности акта при отсутствіи съ ея стороны какихъ-либо доказательствъ о томъ, что признаніе ею было сдѣлано дѣйствительно по заблужденію. Что касается того — допустимъ ли споръ о подлогѣ при подобныхъ обстоятельствахъ у насъ, то мнѣ кажется, что послѣ разъ сдѣланнаго стороной, заявляющей споръ о подлогѣ, признанія подлинности оспориваемаго акта, споръ ея можетъ быть допущенъ только при наличности условій и по выполненіи ею требованій, указанныхъ въ правилѣ 481 ст., допускающей опровергать значеніе и силу разъ сдѣланнаго сознанія. Кромѣ того, нашъ сенатъ также совершенно правильно объяснилъ, что въ тѣхъ случаяхъ, когда бы сторона, представившая документъ, вслѣдствіе заявленія спора о подлогѣ, взяла этотъ документъ обратно, или заявила въ своемъ отзывѣ о нежеланіи пользоваться имъ, какъ доказательствомъ, сторона эта въ теченіе дальнѣйшаго производства по дѣлу, какъ въ первой, такъ и во второй инстанціи суда, не въ правѣ уже брать этотъ свой отзывъ назадъ и вновь представлять этотъ документъ, какъ доказательство, вслѣдствіе чего, въ случаѣ предъявленія ею вновь этого документа, судъ обязанъ его не принимать (рѣш. 1884 года, № 145). Въ добавленіе къ этому положенію слѣдуетъ также признать, что судъ не долженъ въ указанныхъ случаяхъ также возбуждать вновь производство по спору о подлогѣ документа, а просто долженъ устранять его изъ числа доказательствъ, въ виду предшествовавшаго опредѣленія его по этому предмету.

Кромѣ сейчасъ разсмотрѣнныхъ послѣдствій окончательнаго опредѣленія суда о признаніи спора о подлогѣ незаслуживающимъ уваженія по отношенію оспариваемаго акта, въ правилѣ 562 ст. указываются еще другія послѣдствія этого опредѣленія, которыя заключаются въ томъ, что заявитель неосновательнаго спора о подлогѣ подвергается извѣстному взысканію, состоящему въ денежномъ штрафѣ отъ десяти до трехсотъ рублей. Тому же взысканію, въ силу правила этой статьи, какъ мы видѣли нѣсколько выше, подвергается заявитель спора и въ тѣхъ случаяхъ, когда онъ не представитъ, въ установленный правиломъ 559 ст. срокъ, доказательствъ подлога, каковое упущеніе его, какъ мы тогда замѣтили, должно влечь за собой также и оставленіе спора о подлогѣ безъ послѣдствій. Если, такимъ образомъ, въ обоихъ случаяхъ, указанныхъ въ правилѣ разбираемой статьи, когда заявитель спора подвергается взысканію, причиной, вызывающей наложеніе взысканія, является признаніе его спора незаслуживающимъ уваженія, то мы должны будемъ придти къ тому заключенію, что наступленіе этого послѣдствія возможно лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда оспариваемый актъ, вслѣдствіе оставленія спора безъ послѣдствій, будетъ признанъ судомъ подлиннымъ и, потому, будетъ оставленъ въ числѣ доказательствъ. Положеніе это, если оно вѣрно, даетъ, по моему мнѣнію, основаніе еще къ слѣдующимъ выводамъ. Во-первыхъ, еслибы въ томъ засѣданіи, въ которомъ бы судъ долженъ былъ оставить споръ о подлогѣ безъ послѣдствій, за непредставленіемъ дока-

зательствъ подлога, сторона противная, представившая актъ, заявила нежеланіе воспользоваться заподозрѣннымъ актомъ, какъ доказательствомъ, каковой отзывъ она въ правѣ дать, конечно, во всякомъ положеніи производства по спору о подлогѣ, несмотря на установленный правиломъ 558 ст. срокъ на заявленіе подобнаго отзыва, и когда бы, вслѣдствіе такого отзыва ея, заподозрѣнный актъ былъ устраненъ изъ дѣла, то судъ, при такихъ обстоятельствахъ не долженъ подвергать заявителя спора штрафу, несмотря на непредставленіе имъ въ срокъ доказательствъ подлога, потому что цѣль заявленія его—устраненіе акта изъ числа доказательствъ,—будетъ достигнута и актъ не будетъ признанъ подлиннымъ. Во-вторыхъ, еслибы споръ о подлогѣ былъ признанъ заслуживающимъ уваженіе въ части и оспариваемый актъ былъ, вслѣдствіе того, также хотя частью исключенъ изъ числа доказательствъ, заявитель спора также не долженъ быть подвергаемъ взысканію, потому что для наложенія взысканія необходимо, чтобы оспариваемый актъ былъ признанъ подлиннымъ вполнѣ, какъ того требуетъ правило 562 ст. Въ-третьихъ, заявитель спора о подлогѣ не долженъ быть подвергаемъ взысканію, въ этой статьѣ установляемому, какъ объяснилъ сенатъ (рѣш. 1875 г., № 188), въ тѣхъ случаяхъ, когда бы его заявленіе о подлогѣ было отвергнуто судомъ de plano, безъ всякаго производства, въ первомъ же засѣданіи по заявленію спора, на томъ основаніи, что правило разбираемой статьи предписываетъ подвергать заявителя спора взысканію только въ случаяхъ признанія спора незаслуживающимъ уваженія, что̀ можетъ имѣть мѣсто, какъ это понятно и само собой, только въ тѣхъ случаяхъ, когда бы споръ былъ разсмотрѣнъ судомъ по существу, но не въ тѣхъ, когда бы споръ былъ прямо отвергнутъ безъ разсмотрѣнія, какъ неправильно или безцѣльно заявленный. Но съ другой стороны, мнѣ кажется, слѣдуетъ признать, что заявитель спора о подлогѣ долженъ быть подвергаемъ взысканію, установленному 562 ст., и въ тѣхъ случаяхъ, когда бы онъ, послѣ постановленія судомъ опредѣленія о принятіи и направленіи спора, въ теченіе производства по спору, самъ отказался отъ своего заявленія, на томъ, во-первыхъ, основаніи, что оспариваемый актъ, вслѣдствіе такого заявленія, не можетъ быть исключенъ изъ числа доказательствъ, а, во-вторыхъ, еще болѣе потому, что взысканіе, указанное въ 562 ст., установлено, какъ это видно изъ мотивовъ, помѣщенныхъ въ изданіи государственной канцеляріи подъ этой статьей, какъ наказаніе за одинъ неправильный извѣтъ о подлогѣ. Изъ этихъ мотивовъ, между прочимъ, также видно, что составители уставовъ считали необходимымъ обложить извѣстнымъ штрафомъ предъявленіе неосновательныхъ споровъ о подлогѣ именно въ виду того, что споры этого рода не составляютъ чисто гражданскаго иска, но состоятъ въ связи съ обвиненіемъ въ преступленіи и могутъ имѣть послѣдствіемъ передачу дѣла въ уголовный судъ. Эти соображенія составителей уставовъ показываютъ, что они смотрѣли на неправильный извѣтъ о подлогѣ отчасти какъ бы на преступленіе, или ложный доносъ, совершеніе котораго должно быть обложено извѣстнымъ взысканіемъ, въ видахъ предупрежденія повторенія случаевъ заявленія неосновательныхъ споровъ. Соображенія эти съ очевидной ясностью также указываютъ, что правило разбираемой статьи включено въ уставъ въ интересѣ публичномъ, вслѣдствіе чего, необходимо признать, что устанавливаемыя имъ взысканія должны быть налагаемы, какъ это совершенно справедливо замѣтилъ и Вербловскій (Журн. гражд. и угол. пр. 1881 г., кн. 6, стр. 65, замѣтки), всегда самимъ судомъ ex officio, безъ всякаго указанія стороны противной. Наконецъ, по поводу правила разбираемой статьи замѣчу еще, что самое взысканіе въ размѣрѣ, въ ней указанномъ, должно быть налагаемо, какъ это слѣдуетъ заключить по буквальному смыслу ея, отдѣльно на каждаго изъ тяжущихся, заявившаго неосновательный споръ о подлогѣ, а не на всѣхъ вмѣстѣ, напр., въ тѣхъ

случаяхъ, когда бы нѣсколькими изъ нихъ былъ заявленъ совмѣстно одинъ общій споръ противъ одного и того же акта.

Таковъ порядокъ производства по спорамъ о подлогѣ, возникающимъ въ общихъ судебныхъ установленіяхъ; по внимательномъ разсмотрѣніи относящихся къ этому предмету постановленій, нетрудно, кажется, убѣдиться въ томъ, что указанный въ немъ порядокъ разсмотрѣнія споровъ о подлогѣ можетъ быть соблюдаемъ въ точности лишь только въ случаяхъ заявленія спора противъ такихъ актовъ, которые были бы представлены къ дѣлу какъ письменное доказательство одной изъ сторонъ процесса, но не въ тѣхъ, когда бы споръ о подлогѣ былъ заявленъ противъ какого-либо судопроизводственнаго акта, относящагося къ производству этого самаго дѣла, напр. былъ заявленъ споръ о подлогѣ какой-либо повѣстки въ дѣлѣ, или какого-либо, имѣющагося въ дѣлѣ протокола, или даже бумаги, поданной одной изъ сторонъ, но тою стороной, отъ имени которой бумага подана и проч. Относительно порядка производства по спору о подлогѣ въ подобныхъ-то случаяхъ и не можетъ не возникнуть вопросъ, въ виду положительной невозможности примѣненія въ этихъ случаяхъ во всѣхъ подробностяхъ порядка производства по этимъ спорамъ, въ разсмотрѣнныхъ статьяхъ указаннаго. Сенатъ, встрѣтивши въ своей практикѣ одинъ изъ такихъ случаевъ спора, и именно случай спора о подлогѣ относительно означеннаго въ повѣсткѣ о врученіи копіи заочнаго рѣшенія числа ея врученія, заявленнаго отвѣтчикомъ въ его апелляціи на это рѣшеніе, объяснилъ только, что подобному спору долженъ быть даваемъ ходъ, т.-е. что подобный споръ, въ случаѣ возникновенія его при производствѣ въ мировыхъ учрежденіяхъ, долженъ быть передаваемъ ими на разсмотрѣніе окружнаго суда, на основаніи 110 ст. (рѣш. 1879 года, № 42). Давая это объясненіе, сенатъ не указалъ, однако же, чтобы въ этомъ случаѣ споръ о подлогѣ подлежалъ передачѣ на разсмотрѣніе окружнаго суда не прежде, какъ по совершеніи мировыми учрежденіями предварительно всѣхъ дѣйствій, указанныхъ въ 110 ст., изъ чего возможно вывести, впрочемъ, только съ большей или меньшей вѣроятностью то заключеніе, что совершеніе въ этихъ случаяхъ мировыми учрежденіями всѣхъ дѣйствій, указанныхъ въ 110 ст., должно быть признаваемо необязательнымъ, или, другими словами, что въ этихъ случаяхъ заподозрѣнный актъ долженъ быть передаваемъ ими для изслѣдованія окружному суду безъ предъявленія спора о подлогѣ сторонѣ противной и безъ истребованія отъ нея отзыва о признаніи, или непризнаніи подлога. Заключеніе это представляется болѣе или менѣе вѣроятнымъ, потому что совершеніе всѣхъ дѣйствій, указанныхъ въ 110 ст., и на самомъ дѣлѣ представляется положительно невозможнымъ въ занимающихъ насъ случаяхъ споровъ о подлогѣ. Между тѣмъ, въ совершеніи приблизительно этихъ дѣйствій заключается и производство по спору о подлогѣ акта, заявляемому въ окружномъ судѣ, а какъ совершеніе этихъ дѣйствій представляется невозможнымъ въ мировыхъ учрежденіяхъ, то понятно, что оно также невозможно и въ общихъ судебныхъ установленіяхъ, вслѣдствіе чего, и въ разрѣшеніе занимающаго насъ вопроса о порядкѣ производства по спору о подлогѣ въ указанныхъ случаяхъ слѣдуетъ признать, что въ этихъ случаяхъ окружнымъ судомъ заявленіе о подлогѣ хотя и должно быть сообщаемо въ копіи сторонѣ противной, на основаніи общихъ правилъ о сообщеніи тяжущимся всякихъ заявленій и бумагъ, подаваемыхъ по дѣлу, но что, затѣмъ, изслѣдованіе заподозрѣннаго акта должно быть назначаемо судомъ ex officio совершенно независимо отъ какого бы то ни было отзыва стороны противной по спору о подлогѣ. По изслѣдованіи акта, споръ о подлогѣ долженъ быть, наконецъ, разрѣшенъ судомъ, конечно, въ порядкѣ, въ правилахъ только что разсмотрѣнныхъ статей указанномъ, причемъ, конечно, и оставленіе спора безъ послѣдствій по опредѣленію суда также должно сопровождаться послѣдствіями, указанными въ 562 ст.

Кромѣ производства по спорамъ о подлогѣ, возникающимъ въ общихъ учрежденіяхъ, окружнымъ судамъ, какъ извѣстно, подсудны споры о подлогѣ, возникающіе при производствѣ дѣлъ гражданскихъ въ мировыхъ учрежденіяхъ. Въ уставѣ нѣтъ отдѣльныхъ правилъ, которыми бы опредѣлялся собственно порядокъ производства по спорамъ о подлогѣ въ этихъ послѣднихъ случаяхъ, изъ чего необходимо заключить, какъ это признаетъ и судебная практика, что и споры о подлогѣ, возникающіе при производствѣ дѣлъ въ мировыхъ учрежденіяхъ и передаваемые на разсмотрѣніе окружнаго суда, черезъ прокурора, должны подлежать разсмотрѣнію въ томъ же самомъ порядкѣ, который установленъ въ только-что разсмотрѣнныхъ статьяхъ устава, по отношенію порядка производства по этимъ спорамъ вообще. Затѣмъ, если и возникаютъ на практикѣ нѣкоторыя недоумѣнія по отношенію порядка производства споровъ о подлогѣ, передаваемыхъ на разсмотрѣніе окружнаго суда изъ мировыхъ учрежденій, то только по отношенію порядка первоначальнаго принятія и направленія этихъ споровъ. На разсмотрѣніи этихъ недоумѣній я считаю за лучшее остановиться, впрочемъ, въ концѣ настоящаго параграфа, а пока обращусь къ разсмотрѣнію статей второй группы правилъ и остановлюсь сперва на толкованіи правилъ двухъ первыхъ статей, которыми опредѣляются случаи передачи споровъ о подлогѣ въ судъ уголовный и послѣдствія этой передачи по отношенію производства главнаго дѣла въ судѣ гражданскомъ.

Ст. 563. Если заявившій споръ о подлогѣ акта прямо обвиняетъ кого-либо въ семъ подлогѣ и совершеніе подлога не покрыто давностію или смертію обвиняемаго, а равно и въ случаѣ, когда актъ, послѣ повѣрки въ гражданскомъ судѣ, признанъ подложнымъ и потому подлежащимъ изслѣдованію, судъ сообщаетъ опредѣленіе свое по сему предмету, вмѣстѣ съ самымъ актомъ, Прокурору.

Ст. 564. Передавая Прокурору дѣло о подлогѣ, по случаю прямаго обвиненія въ немъ кого-либо, судъ или пріостанавливаетъ у себя все гражданское производство до окончанія дѣла въ уголовномъ порядкѣ, или, по ходатайству той или другой стороны, продолжаетъ производство дѣла въ тѣхъ частяхъ, въ коихъ рѣшеніе не зависитъ отъ заподозрѣннаго акта.

Что касается, прежде всего, случаевъ, когда споры о подлогѣ должны быть обращаемы къ уголовному производству, то правило первой изъ приведенныхъ статей указываетъ такихъ два: а) когда при производствѣ гражданскаго дѣла было бы заявлено прямое обвиненіе кого-либо въ подлогѣ оспариваемаго акта, и б) когда бы по окончаніи производства по спору о подлогѣ акта въ судѣ гражданскомъ, таковой, окончательнымъ опредѣленіемъ суда по спору о подлогѣ, былъ признанъ подложнымъ. Разсмотримъ сперва указанныя въ правилѣ разбираемой статьи условія, при наличности которыхъ въ обоихъ указанныхъ случаяхъ споръ о подлогѣ, заявленный въ судѣ гражданскомъ, можетъ быть обращаемъ къ уголовному производству. Для обращенія спора о подлогѣ къ уголовному производству въ первомъ случаѣ, вслѣдствіе заявленія прямого обвиненія кого-либо въ подлогѣ оспариваемаго акта, правило разбираемой статьи требуетъ наличности двухъ условій, изъ которыхъ, впрочемъ, каждое отличается характеромъ отрицательнымъ, потому что наличность каждаго изъ нихъ обусловливается не чѣмъ инымъ, какъ только отсутствіемъ въ данномъ случаѣ одного изъ моментовъ, могущихъ служить основаніемъ погашенію уголовнаго преслѣдованія. Условія эти слѣдующія: а) чтобы совершеніе подлога, разумѣется, какъ уголовнаго преступленія, не было покрыто давностью, разумѣется, также уголовной, и б) чтобы совершеніе подлога не было покрыто смертію обвиняемаго. Требованіе наличности этихъ условій, для обращенія спора о подлогѣ къ уголовному производству, вслѣдствіе прямого обвиненія кого-либо въ подлогѣ, какъ нельзя болѣе разумно, такъ какъ при отсутствіи этихъ условій или при

наличности одного изъ этихъ моментовъ, погашающихъ уголовное преслѣдованіе, самое направленіе спора о подлогѣ къ уголовному производству было бы совершенно безцѣльно. Но, съ другой стороны, нельзя не обратить вниманія на то, что правило разбираемой статьи не требуетъ для обращенія дѣла къ уголовному производству, чтобы прямое обвиненіе въ подлогѣ было заявлено непремѣнно противъ тяжущагося, представившаго оспариваемый актъ, а говоритъ только: „если заявившій споръ о подлогѣ акта прямо обвиняетъ кого-либо въ семъ подлогѣ", изъ чего необходимо заключить, что споръ о подлогѣ можетъ быть обращаемъ къ уголовному производству даже въ случаяхъ обвиненія въ подлогѣ оспариваемаго акта лица, тяжбѣ посторонняго, такъ какъ слова этого выраженія „кого-либо" ясно указываютъ на необходимость подобнаго вывода. Для обращенія спора о подлогѣ къ уголовному производству во второмъ случаѣ правило разбираемой статьи требуетъ наличности только одного условія—признанія оспариваемаго акта подложнымъ опредѣленіемъ суда, постановляемымъ по окончаніи производства по спору о подлогѣ акта въ судѣ гражданскомъ. Кромѣ опредѣленія случаевъ обращенія споровъ о подлогѣ, заявляемыхъ въ судѣ гражданскомъ къ уголовному производству, правило разбираемой статьи указываетъ и порядокъ передачи этихъ споровъ въ судъ уголовный. Такъ, на основаніи этой статьи во второмъ случаѣ судъ обязанъ опредѣленіе свое, которымъ оспариваемый актъ признанъ подложнымъ, вмѣстѣ съ самымъ актомъ сообщить на распоряженіе прокурора, а въ первомъ случаѣ судъ, за неимѣніемъ подобнаго опредѣленія, обязанъ, конечно, сообщить прокурору, вмѣстѣ съ оспариваемымъ актомъ, другое опредѣленіе, заключающее въ себѣ постановленіе просто о передачѣ спора въ судъ уголовный, которое судъ обязанъ постановить, вслѣдствіе заявленія прямого обвиненія въ подлогѣ.

Какъ ни опредѣлительно указаны въ правилѣ разбираемой статьи случаи обращенія споровъ о подлогѣ, заявляемыхъ въ судѣ гражданскомъ, къ уголовному производству, тѣмъ не менѣе правило 563 ст., взятое во всемъ объемѣ его содержанія, даетъ поводъ къ возбужденію нѣкоторыхъ вопросовъ, на разсмотрѣніи которыхъ я считаю необходимымъ остановиться.

Первый вопросъ, возбуждаемый правиломъ 563 ст., заключается въ томъ: имѣетъ ли оно, въ отношеніи заключающагося въ немъ перечисленія случаевъ обращенія споровъ о подлогѣ къ уголовному производству, исчерпывающее значеніе, или же передача этихъ споровъ на разсмотрѣніе суда уголовнаго возможна и въ другихъ случахъ, прямо въ правилѣ этой статьи не указанныхъ? Сенатъ, въ одномъ изъ его рѣшеній, весьма подробно мотивированномъ, разрѣшаетъ этотъ вопросъ въ послѣднемъ смыслѣ (рѣш. 1869 г., № 342) и объясняетъ, что судъ, на основаніи 8 ст., не можетъ быть лишенъ права, какъ по собственному усмотрѣнію, такъ и по требованію прокурора, передавать вопросъ о подлогѣ акта на разсмотрѣніе суда уголовнаго, даже при отсутствіи заявленія со стороны тяжущагося прямого обвиненія кого-либо въ подлогѣ и до постановленія судомъ окончательнаго опредѣленія о признаніи акта подложнымъ, а въ случаяхъ, когда вслѣдствіе заявленія гражданскаго спора о подлогѣ, сторона, представившая актъ, заявляетъ нежеланіе воспользоваться имъ и онъ, вслѣдствіе этого, исключается изъ числа доказательствъ. Мотивы, развитые сенатомъ въ подтвержденіе этого положенія, настолько убѣдительны, что невозможно не признать и самое положеніе вполнѣ правильнымъ; вмѣстѣ съ тѣмъ, нельзя также не признать, что правило разбираемой статьи, въ отношеніи перечисленія случаевъ обращенія споровъ о подлогѣ къ уголовному производству, не имѣетъ исчерпывающаго значенія, несмотря на то, что на первый взглядъ, по буквальному смыслу его, оно можетъ показаться имѣющимъ иное, противоположное значеніе.

Второй вопросъ, возбуждаемый правиломъ 563 ст., заключается въ томъ:

возможно ли обращать споръ о подлогѣ къ уголовному производству въ томъ случаѣ, когда бы заявитель спора возбудилъ сперва чисто гражданскій споръ о подлогѣ, но затѣмъ, до окончанія производства по спору въ судѣ гражданскомъ, заявилъ противъ кого-либо прямое обвиненіе въ подлогѣ? Уставъ французскій дозволяетъ заявлять прямое обвиненіе въ подлогѣ во всякомъ положеніи производства по спору о подлогѣ въ судѣ гражданскомъ (art. 250); что же касается нашего устава, то въ немъ не содержится ни прямого дозволенія, ни прямого воспрещенія переходить отъ гражданскаго производства по спору о подлогѣ, до момента окончанія его, къ уголовному, а говоритъ только въ правилѣ разбираемой статьи, что въ случаѣ заявленія прямого обвиненія кого-либо въ подлогѣ дѣло должно быть обращено къ уголовному производству; но, если мы обратимъ вниманіе на мотивы, помѣщенные въ изданіи государственной канцеляріи подъ этой статьей, въ которыхъ, между прочимъ, сказано, что дѣло должно быть обращено къ уголовному производству въ случаѣ указанія на лицо, обвиняемое въ подлогѣ, то мы скорѣе должны придти къ утвердительному отвѣту на поставленный вопросъ и признать, что и у насъ дѣло не только можетъ, но и должно быть обращаемо къ уголовному производству даже и въ тѣхъ случаяхъ, когда бы въ началѣ былъ возбужденъ чисто гражданскій споръ о подлогѣ, а прямое обвиненіе кого-либо было заявлено въ дальнѣйшемъ производствѣ по спору, до постановленія окончательнаго опредѣленія.

Если сейчасъ разсмотрѣнные случаи и указываютъ на необходимость обращать иногда къ уголовному производству споры о подлогѣ и въ другихъ случаяхъ, прямо въ 563 ст. не указанныхъ, зато, съ другой стороны, нельзя не обратить вниманія и на то, что правилу этой статьи не должно быть даваемо слишкомъ распространительное значеніе, во-первыхъ потому, что оно, во всякомъ случаѣ, составляетъ не болѣе, какъ исключеніе, которымъ указываются случаи и условія обращенія гражданскихъ споровъ къ уголовному производству, а во-вторыхъ потому, что обращеніе къ уголовному производству по послѣдствіямъ, въ отношеніи производства главнаго спора въ судѣ гражданскомъ, всегда влечетъ большія неудобства и замедленіе производства главнаго дѣла, вслѣдствіе чего, и прибѣгать къ передачѣ этихъ споровъ въ судъ уголовный слѣдуетъ только или въ случаяхъ крайней необходимости, или въ случаяхъ, прямо въ законѣ указанныхъ. На этомъ основаніи слѣдуетъ, во-первыхъ, признать, какъ это правильно указалъ и сенатъ, что въ тѣхъ случаяхъ, когда бы прямое обвиненіе въ подлогѣ было заявлено уже послѣ окончанія производства по спору о подлогѣ въ судѣ гражданскомъ и послѣ постановленія судомъ опредѣленія объ оставленіи этого спора безъ послѣдствій и о признаніи, вслѣдствіе того, оспариваемаго акта подлиннымъ, судъ не обязанъ обращать заявленное обвиненіе въ подлогѣ на разсмотрѣніе суда уголовнаго (рѣш. 1872 года, № 123). Положеніе это вполнѣ согласно какъ съ точнымъ смысломъ правила разбираемой статьи, которое допускаетъ обращеніе спора о подлогѣ къ уголовному производству по окончаніи производства въ судѣ гражданскомъ лишь только въ томъ случаѣ, когда бы оспариваемый актъ окончательнымъ опредѣленіемъ суда былъ признанъ подложнымъ, а не въ случаяхъ оставленія судомъ спора о подлогѣ безъ уваженія, такъ равно подтверждается и постановленіемъ 565 ст., изъ которой видно, что законъ предусматриваетъ возможность передачи обвиненія въ подлогѣ на разсмотрѣніе суда уголовнаго только въ случаяхъ заявленія обвиненія до окончанія производства по спору о подлогѣ въ судѣ гражданскомъ. На основаніи этихъ соображеній заявленіе тяжущихся, которымъ бы они возбуждали прямое обвиненіе въ подлогѣ, предъявленное по окончаніи производства по гражданскому спору о подлогѣ, должно быть оставляемо судомъ просто безъ послѣдствій, что, впрочемъ, не можетъ, кажется, лишать ни

тяжущагося, ни обвинительную власть права возбуждать преслѣдованіе за подлогъ отдѣльно и самостоятельно въ судѣ уголовномъ. Во-вторыхъ, слѣдуетъ, по моему мнѣнію, также признать, что судъ не обязанъ обращать споръ о подлогѣ къ уголовному производству, даже вслѣдствіе заявленія прямого обвиненія въ подлогѣ, во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда судъ имѣетъ право вообще de plano отвергать споры противъ подлинности акта, по причинамъ, указаннымъ мной при разсмотрѣніи правила 541 ст., потому что для передачи дѣла въ судъ уголовный необходимо, какъ это понятно и само собой, чтобы заявленіе о подлогѣ было первоначально принято судомъ гражданскимъ; между тѣмъ, какъ по отношенію принятія какъ уголовныхъ, такъ и гражданскихъ споровъ о подлогѣ никакого различія въ условіяхъ принятія законъ не дѣлаетъ, изъ чего возможно заключить, что при наличности указанныхъ выше условій судъ въ правѣ одинаково отвергать de plano всякіе споры о подлогѣ, какъ гражданскіе, такъ и уголовные, въ случаяхъ заявленія прямого обвиненія въ подлогѣ. Разумѣется, впрочемъ, что и въ послѣднихъ случаяхъ, также точно, какъ въ случаѣ прежде разсмотрѣнномъ, какъ стороны, такъ и обвинительная власть не могутъ быть лишены права возбуждать отдѣльно уголовное преслѣдованіе о подлогѣ, еслибы судъ гражданскій отвергъ de plano обвиненіе, заявленное при производствѣ въ немъ дѣла.

Разсмотрѣвши случаи обращенія споровъ о подлогѣ къ уголовному производству, обратимся теперь къ выясненію послѣдствій обращенія въ отношеніи производства главнаго дѣла въ судѣ гражданскомъ. Послѣдствія эти указаны въ правилѣ второй изъ цитированныхъ выше статей, по разсмотрѣніи которой нетрудно, однако же, убѣдиться въ томъ, что въ ней опредѣляются послѣдствія обращенія споровъ о подлогѣ къ уголовному производству только въ первомъ случаѣ, указанномъ въ правилѣ предшествующей статьи, или въ случаѣ прямого обвиненія кого-либо въ подлогѣ, когда судъ, на основаніи правила разбираемой статьи, передавая прокурору дѣло о подлогѣ, обязанъ пріостановить у себя производство главнаго дѣла или, какъ сказано въ текстѣ статьи, „пріостанавливаетъ у себя все гражданское производство до окончанія дѣла въ уголовномъ порядкѣ“. Послѣднія слова статьи такимъ образомъ указываютъ, что *въ пріостановленіи производства* въ судѣ гражданскомъ по главному дѣлу и заключаются послѣдствія обращенія споровъ о подлогѣ къ уголовному производству, въ случаяхъ заявленія въ судѣ гражданскомъ прямого обвиненія въ подлогѣ. Требованіе о пріостановленіи производства по дѣлу въ судѣ гражданскомъ въ указанныхъ случаяхъ обращенія споровъ о подлогѣ къ уголовному производству выражено, однако же, въ правилѣ разбираемой статьи не безусловно, хотя и въ видѣ правила общаго, въ чемъ нетрудно убѣдиться изъ дальнѣйшаго содержанія статьи, въ которой, какъ бы въ видѣ исключенія, указываются случаи, когда производство главнаго дѣла, хотя бы только въ нѣкоторыхъ частяхъ и при наличности извѣстныхъ условій, но можетъ быть продолжаемо, несмотря на обращеніе спора о подлогѣ къ уголовному производству. Къ разсмотрѣнію этихъ случаевъ мы обратимся, однако же, нѣсколько ниже, а пока мы должны остановиться еще на выясненіи нѣкоторыхъ недоумѣній и вопросовъ, возбуждаемыхъ правиломъ общимъ, и, прежде всего, я считаю необходимымъ нѣсколько точнѣе опредѣлить тотъ моментъ, до котораго, въ силу правила разбираемой статьи, производство по дѣлу въ судѣ гражданскомъ должно оставаться пріостановленнымъ. Въ правилѣ статьи сказано только, что производство пріостанавливается до окончанія дѣла въ уголовномъ порядкѣ. Опредѣленіе это неточно и даетъ поводъ къ возбужденію вопроса о томъ—слѣдуетъ ли оставлять производство пріостановленнымъ въ судѣ гражданскомъ непремѣнно до постановленія уголовнымъ судомъ окончательнаго при-

говора, все равно обвинительнаго или оправдательнаго, по дѣлу о подлогѣ, или же производство въ судѣ гражданскомъ можетъ быть продолжаемо и по прекращеніи уголовнаго дѣла о подлогѣ въ установленномъ порядкѣ? Многія соображенія заставляютъ разрѣшить этотъ вопросъ въ послѣднемъ смыслѣ, несмотря на то, что дѣло въ порядкѣ уголовномъ можетъ считаться вполнѣ законченнымъ только по постановленіи приговора по существу, такъ какъ, опредѣленіемъ о прекращеніи слѣдствія производство въ порядкѣ уголовномъ во многихъ случаяхъ заканчивается не навсегда и, въ силу правила 542 ст. уст. угол. суд., можетъ быть возобновляемо, напр., въ случаяхъ обнаруженія новыхъ доказательствъ. Главнымъ же основаніемъ къ разрѣшенію поставленнаго вопроса въ указанномъ смыслѣ должно служить то соображеніе, что требованіе оставленія производства въ судѣ гражданскомъ пріостановленнымъ непремѣнно до постановленія приговора по существу уголовнаго дѣла о подлогѣ представляется положительно невозможнымъ, потому что соблюденіе такого требованія, въ огромномъ большинствѣ случаевъ, влекло бы не къ пріостановленію производства въ судѣ гражданскомъ, а къ полному его уничтоженію навсегда, такъ какъ, вслѣдствіе прекращенія производства уголовнаго, дѣло о подлогѣ весьма часто и вовсе не можетъ дойти до разсмотрѣнія его по существу, напр., въ случаѣ прекращенія производства за смертію обвиняемаго, послѣдовавшей послѣ обращенія спора о подлогѣ къ производству уголовному. Во-вторыхъ, прекращеніемъ производства по дѣлу въ порядкѣ уголовномъ, въ нѣкоторыхъ случахъ хотя временно и до наступленія извѣстныхъ событій, но дѣло въ порядкѣ уголовномъ оканчивается, а въ другихъ случаяхъ оканчивается даже и навсегда, вслѣдствіе чего, и моментъ постановленія въ порядкѣ уголовномъ опредѣленія о прекращеніи слѣдствія долженъ быть принимаемъ за такой моментъ, по наступленіи котораго производство въ судѣ гражданскомъ можетъ быть продолжаемо. Сенатъ также допускаетъ возобновленіе производства въ судѣ гражданскомъ по прекращеніи слѣдствія о подлогѣ въ порядкѣ уголовномъ во многихъ рѣшеніяхъ, которыя будутъ указаны мной нѣсколько ниже и въ которыхъ сенатъ разсматриваетъ вопросъ о вліяніи опредѣленій обвинительныхъ камеръ о прекращеніи слѣдствія о подлогѣ на производство споровъ о подлогѣ въ судѣ гражданскомъ.

Второй вопросъ, возбуждаемый правиломъ разбираемой статьи, заключается въ томъ: должно ли быть пріостанавливаемо производство главнаго дѣла въ судѣ гражданскомъ въ тѣхъ случаяхъ, когда бы прямое обвиненіе въ подлогѣ было возбуждено отдѣльно и самостоятельно въ порядкѣ уголовномъ самимъ ли заявителемъ спора, или обвинительной властью? Вопросъ этотъ не можетъ быть разрѣшаемъ одинаково по отношенію всѣхъ случаевъ, и мнѣ кажется, что по отношенію послѣдствій возбужденія уголовнаго преслѣдованія за подлогъ самостоятельно въ порядкѣ уголовномъ слѣдуетъ различать еще: было ли возбуждено уголовное преслѣдованіе, все равно самимъ ли заявителемъ спора или обвинительной властью, до окончанія производства по спору о подлогѣ въ судѣ гражданскомъ и до постановленія судомъ окончательнаго опредѣленія объ оставленіи спора безъ послѣдствій, или послѣ, потому что и самыя послѣдствія въ обоихъ случаяхъ должны быть различны. Мнѣ кажется, что только возбужденіе уголовнаго преслѣдованія въ первомъ случаѣ должно влечь за собой пріостановленіе производства главнаго дѣла въ судѣ гражданскомъ; возбужденіе же преслѣдованія во второмъ случаѣ, напротивъ, не должно влечь никакихъ послѣдствій по отношенію производства главнаго дѣла, на томъ, во-первыхъ, основаніи, что, какъ это мы видѣли и нѣсколько выше, заявленіе прямого обвиненія въ подлогѣ въ судѣ гражданскомъ допустимо только до окончанія производства по гражданскому спору о подлогѣ, и что только обвиненіе, заявленное до постановленія судомъ опредѣленія по спору, можетъ служить поводомъ къ обращенію спора

о подлогѣ къ производству уголовному и можетъ оказывать вліяніе на производство главнаго дѣла; и во-вторыхъ, что послѣдствія, указанныя въ правилѣ 564 ст., или пріостановленіе производства въ судѣ гражданскомъ установлено только на случаи обращенія споровъ о подлогѣ къ уголовному производству, вслѣдствіе заявленія прямого обвиненія въ подлогѣ, которое допустимо, однако же, какъ я сказалъ, только до окончанія спора о подлогѣ въ судѣ гражданскомъ, изъ чего возможно заключить, что прямое обвиненіе, заявленное хотя бы и самостоятельно въ порядкѣ уголовномъ, но по постановленіи судомъ гражданскимъ окончательнаго опредѣленія по спору о подлогѣ, не должно влечь никакихъ послѣдствій по отношенію производства главнаго дѣла и, потому, не должно влечь и пріостановленія производства его, такъ какъ, и самъ законъ правиломъ разбираемой статьи никакихъ послѣдствій на случаи обращенія споровъ о подлогѣ къ уголовному производству по постановленіи окончательнаго опредѣленія по спору, по отношенію производства главнаго дѣла, не устанавливаетъ; то же собственно обстоятельство, что въ разсматриваемыхъ сейчасъ случаяхъ прямое обвиненіе въ подлогѣ предполагается возбужденнымъ непосредственно въ судѣ уголовномъ, а не гражданскомъ, по отношенію занимающаго насъ вопроса, о послѣдствіяхъ заявленія обвиненія въ отношеніи производства главнаго дѣла въ судѣ гражданскомъ, представляется совершенно безразличнымъ, какъ это понятно и само собой, и, потому, должно влечь за собой тѣ же самыя послѣдствія, которыя указаны въ законѣ на случаи заявленія прямого обвиненія въ судѣ гражданскомъ. Но, какимъ образомъ должны поступить тяжущіеся, чтобы достигнуть въ судѣ гражданскомъ постановленія опредѣленія о пріостановленіи производства главнаго дѣла, въ случаяхъ возбужденія уголовнаго преслѣдованія о подлогѣ самостоятельно въ порядкѣ уголовномъ до окончанія производства по спору въ судѣ гражданскомъ, или даже до возбужденія производства? Мнѣ кажется, что для этого заинтересованная сторона должна представить въ судъ удостовѣреніе о производствѣ въ судѣ уголовномъ дѣла о подлогѣ вмѣстѣ съ прошеніемъ о пріостановленіи производства главнаго дѣла. Прошеніе это судъ долженъ разсмотрѣть въ порядкѣ частномъ и обязанъ постановить по немъ частное опредѣленіе объ отказѣ, или о пріостановленіи производства. Такимъ же точно образомъ должны поступать тяжущіеся и въ тѣхъ случаяхъ, когда по постановленію суда производство главнаго дѣла было бы пріостановлено вслѣдствіе обращенія спора о подлогѣ къ уголовному производству для того, чтобы достигнуть продолженія производства въ судѣ гражданскомъ, т.-е. они также должны представить въ судъ удостовѣреніе объ окончаніи уголовнаго преслѣдованія по обвиненію въ подлогѣ, при прошеніи о продолженіи производства, которое также должно быть разрѣшено судомъ въ порядкѣ частномъ.

Выяснивши тѣ главныя недоумѣнія, которыя возбуждаются общимъ правиломъ, выраженнымъ въ 564 ст., я долженъ еще сказать нѣсколько словъ о значеніи выраженнаго въ немъ исключенія. Въ силу этого исключенія судъ въ правѣ, по ходатайству той или другой стороны, продолжать производство главнаго дѣла, несмотря на передачу спора о подлогѣ на разсмотрѣніе суда уголовнаго, но въ правѣ продолжать при наличности двухъ условій: а) при заявленіи о томъ ходатайства одной изъ сторонъ, и б) когда разрѣшеніе дѣла въ цѣломъ не зависитъ отъ заподозрѣннаго акта, такъ что производство дѣла можетъ быть продолжаемо только въ тѣхъ частяхъ, „въ коихъ“, какъ сказано въ статьѣ, „*рѣшеніе не зависитъ* отъ заподозрѣннаго акта“. Понятно, что при отсутствіи хотя бы одного изъ этихъ условій, напр. при незаявленіи тяжущимися ходатайства продолжать производство главнаго дѣла въ тѣхъ частяхъ, въ коихъ рѣшеніе не зависитъ отъ заподозрѣннаго акта, въ моментъ постановленія судомъ опредѣленія объ обращеніи спора

о подлогѣ къ уголовному производству и о пріостановленіи, вслѣдствіе того, производства въ судѣ гражданскомъ, судъ не въ правѣ продолжать производство, хотя бы это въ извѣстныхъ частяхъ дѣла и представлялось возможнымъ. Въ чемъ же собственно можетъ заключаться продолженіе производства и съ какою именно цѣлью включено въ правило разбираемой статьи дозволеніе продолжать производство именно только въ тѣхъ частяхъ дѣла, въ коихъ рѣшеніе не зависитъ отъ заподозрѣннаго акта? Нельзя не пожалѣть въ настоящемъ случаѣ, что въ изданіи государственной канцеляріи не приведено мотивовъ, послужившихъ основаніемъ включенію въ уставъ этого дозволенія, потому что при неимѣніи въ виду основаній дозволенія довольно трудно опредѣлить и цѣль, съ которой оно включено въ уставъ, а это обстоятельство можетъ вести, по моему мнѣнію, къ ложному предположенію, напр., о томъ, что дозволеніе это включено въ уставъ съ тою цѣлью, чтобы допустить вообще частичное разрѣшеніе дѣлъ по существу, каковое предположеніе, однако же, по общему смыслу постановленій нашего устава о постановленіи рѣшеній, врядъ ли возможно допустить; а, затѣмъ, остается, конечно, только предположить, что указанное дозволеніе включено въ правило разбираемой статьи только съ тою цѣлью, чтобы дать возможность избѣжать замедленія въ производствѣ главнаго дѣла; а какъ продолженіе его въ цѣломъ или въ извѣстныхъ частяхъ, коихъ разрѣшеніе зависитъ отъ заподозрѣннаго акта, представляется невозможнымъ, то и становится вполнѣ очевиднымъ, что, вслѣдствіе этого, и самое дозволеніе продолжать производство могло бы быть допущено только въ отношеніи остальныхъ частей дѣла, коихъ рѣшеніе не зависитъ отъ заподозрѣннаго акта. Таково по моему мнѣнію значеніе исключенія, выраженнаго въ правилѣ разбираемой статьи, самое же продолженіе производства можетъ заключаться, напр., въ назначеніи допроса свидѣтелей, осмотра на мѣстѣ и тому подобное, но ни въ какомъ случаѣ не въ постановленіи рѣшенія о какой-либо части, вслѣдствіе того, что на совершеніе этого послѣдняго дѣйствія судъ, правиломъ разбираемой статьи, не уполномоченъ. Не въ правѣ также гражданскій судъ, по совершенно вѣрному объясненію сената, входить въ какое-либо обсужденіе правильности заявленнаго обвиненія въ подлогѣ, а долженъ только, не входя ни въ какое изслѣдованіе заподозрѣннаго акта, передать вопросъ о подлогѣ на обсужденіе суда уголовнаго (рѣш. 1884 года, № 70). Перейдемъ, наконецъ, къ комментированію послѣдней статьи настоящаго отдѣленія.

Ст 565. Когда дѣло о подлогѣ обращено къ порядку уголовному, вслѣдствіе прямаго обвиненія кого-либо въ совершеніи сего подлога, и въ рѣшеніи уголовнаго суда, коимъ подсудимый оправданъ, не будетъ постановлено: признается ли актъ подлиннымъ или подложнымъ, то актъ сей, по просьбѣ той или другой стороны, можетъ быть подвергнутъ изслѣдованію и разсмотрѣнію суда гражданскаго, для опредѣленія его подлинности или исключенія изъ числа доказательствъ.

Въ то время, какъ правилами статей предъидущихъ опредѣляются случаи и послѣдствія обращенія споровъ о подлогѣ къ уголовному производству по отношенію производства главнаго дѣла въ судѣ гражданскомъ, правило только-что цитированной статьи, наоборотъ, опредѣляетъ послѣдствія обратнаго перехода спора о подлогѣ изъ суда уголовнаго въ судъ гражданскій. Обращаясь собственно къ комментированію правила этой послѣдней статьи, я не могу, прежде всего, не обратить вниманія на крайнюю неполноту его, заключающуюся въ томъ, что оно, говоря о вліяніи постановленій суда уголовнаго на производство спора о подлогѣ въ судѣ гражданскомъ, указываетъ только послѣдствія оправдательныхъ приговоровъ суда уголовнаго по отношенію производства спора о подлогѣ въ судѣ гражданскомъ, не касаясь ни однимъ словомъ ни послѣдствій обвинительныхъ приговоровъ, ни послѣд-

ствій опредѣленій о прекращеніи уголовнаго преслѣдованія, которыя, однако же, такъ или иначе, но должны быть выяснены комментаторомъ. Что же касается собственно послѣдствій обратнаго перехода спора о подлогѣ изъ суда уголовнаго въ судъ гражданскій въ случаяхъ, прямо въ правилѣ разбираемой статьи предусмотрѣнныхъ, то послѣдствія эти опредѣляются ею такъ: „когда", и проч. „въ рѣшеніи уголовнаго суда, коимъ подсудимый оправданъ, не будетъ постановлено: признается ли актъ подлиннымъ или подложнымъ, то актъ сей, по просьбѣ той или другой стороны, можетъ быть подвергнутъ изслѣдованію и разсмотрѣнію суда гражданскаго, для опредѣленія его подлинности или исключенія изъ числа доказательствъ". Такимъ образомъ, послѣдствія перехода спора о подлогѣ обратно на разсмотрѣніе суда гражданскаго, въ случаѣ постановленія судомъ уголовнымъ оправдательнаго приговора и неуказанія притомъ въ этомъ приговорѣ того — признается ли заподозрѣнный актъ подлиннымъ или подложнымъ, въ силу приведеннаго постановленія, заключаются въ томъ, что заподозрѣнный актъ снова можетъ быть подвергнутъ изслѣдованію судомъ гражданскимъ. Впрочемъ, такое послѣдствіе обратнаго перехода спора о подлогѣ на разсмотрѣніе суда гражданскаго можетъ сопровождать переходъ, въ силу правила этой статьи, не безусловно, не ipso jure, но при наличности двухъ условій: а) ходатайства или просьбы о производствѣ изслѣдованія заподозрѣннаго акта въ судѣ гражданскомъ той или другой стороны, и б) неуказанія въ приговорѣ суда уголовнаго, признается ли оспариваемый актъ подлиннымъ или подложнымъ. Кромѣ того, основываясь на буквальномъ смыслѣ правила 565 ст., въ томъ видѣ, какъ оно редактировано, нельзя также не признать, что для наступленія указанныхъ въ немъ послѣдствій необходима именно наличность въ каждомъ конкретномъ случаѣ обоихъ указанныхъ условій, и что при отсутствіи хотябы одного изъ нихъ изслѣдованіе заподозрѣннаго акта въ судѣ гражданскомъ не должно имѣть мѣста. На этомъ основаніи слѣдуетъ признать, что еслибы въ оправдательномъ приговорѣ суда уголовнаго было, однако же, указано, признанъ ли актъ подлиннымъ или подложнымъ, то изслѣдованіе заподозрѣннаго акта въ судѣ гражданскомъ не можетъ быть допущено, и судъ гражданскій долженъ принять актъ за такой, каковымъ онъ признанъ судомъ уголовнымъ, т.-е. долженъ или принять его за доказательство, или исключить изъ числа доказательствъ въ цѣломъ или части, смотря по тому, признанъ ли актъ подложнымъ судомъ уголовнымъ во всемъ его объемѣ или только въ нѣкоторыхъ частяхъ. Также точно заподозрѣнный актъ не долженъ быть подвергаемъ изслѣдованію по переходѣ спора о подлогѣ изъ суда уголовнаго на разсмотрѣніе суда гражданскаго и при отсутствіи о томъ ходатайства или просьбы которой-либо изъ сторонъ. Если это положеніе и вѣрно, то, тѣмъ не менѣе, остается еще неяснымъ дальнѣйшій выводъ изъ него — остается неяснымъ вопросъ о томъ: что же долженъ дѣлать судъ съ заподозрѣннымъ актомъ, если въ приговорѣ суда уголовнаго не указано, признанъ ли оспариваемый актъ подлиннымъ или подложнымъ, т.-е. долженъ ли судъ прямо и безъ всякаго изслѣдованія признавать актъ подлиннымъ или исключать его изъ числа доказательствъ? Если мы примемъ во вниманіе, что заподозрѣнный актъ можетъ быть исключенъ изъ числа доказательствъ не иначе, какъ окончательнымъ опредѣленіемъ суда, постановляемымъ по окончаніи производства по спору о подлогѣ и по изслѣдованіи акта, за исключеніемъ только того случая, когда отвѣтчикъ по спору о подлогѣ самъ заявляетъ нежеланіе воспользоваться заподозрѣннымъ актомъ, какъ доказательствомъ, то мы, вмѣстѣ съ тѣмъ, должны придти къ тому заключенію, что, за исключеніемъ этого послѣдняго случая, во всѣхъ остальныхъ, при отсутствіи просьбы которой-либо изъ сторонъ объ изслѣдованіи заподозрѣннаго акта, по обратномъ переходѣ спора о подлогѣ на разсмотрѣніе суда граж-

данскаго, заподозрѣнный актъ долженъ быть признаваемъ за подлинный. Дальнѣйшій выводъ изъ такого отвѣта на поставленный вопросъ долженъ заключаться, конечно, въ томъ, что если послѣдствіемъ незаявленія ходатайства объ изслѣдованіи заподозрѣннаго акта по обратномъ переходѣ спора о подлогѣ на разсмотрѣніе суда гражданскаго дѣйствительно должно быть принятіе оспариваемаго акта за подлинный, то обстоятельство это должно служить основаніемъ къ предположенію, что законъ считалъ необходимымъ въ этомъ случаѣ наличность ходатайства одной изъ сторонъ о производствѣ изслѣдованія, именно потому, что онъ въ незаявленіи ходатайства видитъ презумпцію, какъ бы подтверждающую отказъ со стороны тяжущихся отъ желанія продолжать возникшій между ними споръ о подлогѣ, который, вслѣдствіе этого, продолжаемъ судомъ ex officio и быть не можетъ. Но какъ собственно понимать выраженіе статьи: „актъ сей“ и проч. „можетъ быть подвергнутъ изслѣдованію“, т.-е. даетъ ли это выраженіе суду право отказать сторонамъ въ изслѣдованіи акта при наличности условій, когда изслѣдованіе допустимо въ силу правила разбираемой статьи? Съ подобнымъ выраженіемъ мы не разъ уже встрѣчались и въ другихъ статьяхъ устава, комментируя которыя мы всегда указывали на то, что суду, только на основаніи буквальнаго смысла подобныхъ выраженій, никогда не можетъ быть предоставляемо право безосновательно отказывать тяжущимся въ совершеніи тѣхъ или другихъ процессуальныхъ дѣйствій, то же самое мы должны повторить и здѣсь и вмѣстѣ признать, что при наличности условій, въ правилѣ разбираемой статьи указанныхъ, судъ не въ правѣ отказывать тяжущимся въ производствѣ изслѣдованія заподозрѣннаго акта.

Кромѣ того, разбирая правило 565 ст., нельзя еще не обратить вниманія и на то, что въ ней ни слова не говорится о томъ порядкѣ, слѣдуя которому судъ долженъ приступать къ производству изслѣдованія заподозрѣннаго акта по обратномъ переходѣ спора о подлогѣ на его разсмотрѣніе изъ суда уголовнаго. На первый взглядъ вопросъ о порядкѣ изслѣдованія заподозрѣннаго акта судомъ гражданскимъ, въ случаяхъ, въ правилѣ разбираемой статьи указанныхъ, можетъ, пожалуй, показаться празднымъ, потому что отвѣтъ на него, скажутъ, готовъ: изслѣдованіе должно быть производимо въ общемъ порядкѣ, въ предшествующихъ статьяхъ указанномъ. Съ такимъ отвѣтомъ нельзя, конечно, не согласиться, но дѣло въ томъ — долженъ ли судъ, по поступленіи на его разсмотрѣніе спора о подлогѣ изъ суда уголовнаго, обратиться прямо и непосредственно къ назначенію изслѣдованія, минуя всѣ предшествующіе моменты производства по спору о подлогѣ, или же судъ, до назначенія изслѣдованія, обязанъ направить споръ, начиная съ какого-либо предшествующаго момента производства? Чтобы дать болѣе или менѣе удовлетворительный отвѣтъ на этотъ вопросъ, мы должны принять во вниманіе слѣдующее: во-первыхъ, что съ передачей спора о подлогѣ на разсмотрѣніе суда уголовнаго въ случаяхъ заявленія прямого обвиненія кого-либо въ подлогѣ, производство дѣла въ судѣ гражданскомъ, въ силу правила статьи предъидущей, пріостанавливается; во-вторыхъ, что прямое обвиненіе въ подлогѣ, какъ это мы также видѣли при комментированіи статей предъидущихъ, можетъ быть заявлено въ судѣ гражданскомъ или прямо и непосредственно, или впослѣдствіи, впродолженіе производства по гражданскому спору о подлогѣ, до постановленія судомъ окончательнаго опредѣленія по спору, и въ-третьихъ, что въ силу правила 688 ст. пріостановленное производство, по возобновленіи его, должно начинаться именно съ того самаго дѣйствія, на которомъ было пріостановлено. Соображенія эти не могутъ, какъ мнѣ кажется, привести ни къ какому иному отвѣту на поставленный вопросъ, какъ къ тому, что непосредственно изслѣдованіе заподозрѣннаго акта можетъ быть назначаемо только въ тѣхъ случаяхъ, когда заявителемъ спора

о подлогѣ былъ предъявленъ сперва только гражданскій споръ, а прямое обвиненіе было заявлено впослѣдствіи, когда уже споръ о подлогѣ прошелъ всѣ предшествующія фазы производства и достигъ того момента, когда суду ничего болѣе не оставалось дѣлать, какъ назначить, на основаніи правила 561 ст., изслѣдованіе заподозрѣннаго акта, а что въ остальныхъ случаяхъ, напротивъ, производство по спору о подлогѣ въ судѣ гражданскомъ по его возобновленіи должно быть начинаемо съ того самаго момента, на которомъ оно было пріостановлено, вслѣдствіе передачи спора на разсмотрѣніе суда уголовнаго. На этомъ основаніи въ тѣхъ, напр., случаяхъ, когда бы прямое обвиненіе кого-либо въ подлогѣ было заявлено въ судѣ гражданскомъ непосредственно, безъ возбужденія предварительнаго спора гражданскаго, производство по спору, по возобновленіи его въ этомъ послѣднемъ судѣ, должно быть начато съ сообщенія отвѣтчику по спору о подлогѣ прошенія заявителя спора, которымъ бы онъ просилъ судъ о возобновленіи производства и заявлялъ вмѣстѣ съ тѣмъ гражданскій споръ о подлогѣ. Въ подкрѣпленіе правильности этихъ выводовъ, кромѣ сказаннаго, могутъ служить еще слѣдующія соображенія: во-первыхъ, могутъ встрѣчаться и такіе случаи, когда прямое обвиненіе въ подлогѣ оказалось бы заявленнымъ не противъ кого-либо изъ тяжущихся, но противъ лица посторонняго и когда, слѣдовательно, тяжущіеся оказались бы вовсе и непривлеченными въ качествѣ отвѣтчиковъ по спору; какимъ же образомъ въ подобныхъ случаяхъ судъ, по возобновленіи производства по дѣлу, былъ бы въ состояніи приступить непосредственно къ назначенію изслѣдованія заподозрѣннаго акта, безъ предварительнаго производства по спору о подлогѣ и, во-вторыхъ, непосредственное назначеніе изслѣдованія могло бы, во многихъ случаяхъ, дать заявителю спора о подлогѣ прямой поводъ дѣйствовать въ обходъ закона, чего, конечно, также допустить нельзя. Объяснимъ возможность этого послѣдняго результата примѣромъ. Нѣкто заявляетъ сперва гражданскій споръ о подлогѣ, но затѣмъ, когда по достиженію производства настаетъ моментъ представленія съ его стороны доказательствъ подлога, онъ предъявляетъ прямое обвиненіе въ подлогѣ и судъ направляетъ споръ къ уголовному производству; далѣе, по признаніи уголовнымъ судомъ обвиненія безосновательнымъ, онъ обращается снова въ судъ гражданскій съ просьбой о возобновленіи производства и назначеніи изслѣдованія заподозрѣннаго акта; понятно, что еслибы допустить въ подобномъ случаѣ возможность назначенія изслѣдованія заподозрѣннаго акта; понятно, что еслибы допустить въ подобномъ случаѣ возможность назначенія изслѣдованія непосредственно, минуя предшествующія фазы производства, заявитель спора могъ бы въ обходъ закона избавиться отъ возлагаемой на него закономъ обязанности представленія доказательствъ подлога. Очевидно, что такой результатъ не можетъ быть допущенъ.

Сказаннымъ по поводу правила разбираемой статьи объясненіе содержанія его, кажется, достаточно исчерпывается, но, далѣе, я долженъ еще остановиться на выясненіи послѣдствій опредѣленій и приговоровъ суда уголовнаго по отношенію производства по спорамъ о подлогѣ въ судѣ гражданскомъ въ случаяхъ, въ правилѣ этой статьи прямо не предусмотрѣнныхъ. Что касается прежде вопроса о томъ—какое вліяніе могутъ оказывать опредѣленія суда уголовнаго о прекращеніи преслѣдованія въ подлогѣ на производство споровъ о подлогѣ въ судѣ гражданскомъ,—то вопросъ этотъ, какъ мнѣ кажется, разрѣшенъ совершенно правильно сенатомъ, который объяснилъ, во-первыхъ, что опредѣленія обвинительной камеры судебной палаты о прекращеніи слѣдствія вообще ни въ какомъ случаѣ не могутъ имѣть значенія окончательныхъ приговоровъ суда уголовнаго, постановляемыхъ по разсмотрѣніи дѣла по существу, вслѣдствіе чего, такія опредѣленія и не могутъ оказывать какое-либо вліяніе на производство споровъ о подлогѣ въ судѣ граж-

данскомъ и не могутъ предрѣшать разрѣшеніе этихъ споровъ; во-вторыхъ, что по этимъ основаніямъ заподозрѣнный актъ, несмотря на прекращеніе уголовнаго производства въ подлогѣ обвинительной камерой, по возобновленіи производства въ судѣ гражданскомъ, можетъ быть подвергнутъ снова разсмотрѣнію и изслѣдованію этимъ послѣднимъ судомъ, даже и въ томъ случаѣ, еслибы опредѣленіемъ палаты о прекращеніи слѣдствія заподозрѣнный документъ былъ признанъ подлиннымъ (рѣш. 1876 года, № 27), и въ-третьихъ, что при новомъ производствѣ по спору о подлогѣ въ судѣ гражданскомъ, судъ этотъ не въ правѣ отказать въ производствѣ изслѣдованія заподозрѣннаго акта способами, въ 547 ст. указанными, даже и въ тѣхъ случаяхъ, когда бы эти способы изслѣдованія уже были испробованы при производствѣ слѣдствія судомъ уголовнымъ (рѣш. 1868 года, № 205). Изъ этихъ рѣшеній сената, такимъ образомъ, оказывается, что послѣдствія прекращенія уголовнаго преслѣдованія по отношенію производства гражданскаго спора о подлогѣ должны быть тѣ же самыя, какъ и послѣдствія оправдательныхъ приговоровъ суда уголовнаго, въ которыхъ не указано, признанъ ли оспариваемый актъ подлиннымъ или подложнымъ. Понятно, что въ случаѣ противоположномъ, т.-е. когда бы въ приговорѣ суда уголовнаго, несмотря на оправданіе подсудимаго, было бы указано, признанъ ли рѣшеніемъ суда оспариваемый актъ подлиннымъ или подложнымъ, судъ гражданскій не въ правѣ обращаться къ изслѣдованію акта, а долженъ прямо принять его за доказательство, или исключить изъ числа доказательствъ, сообразно рѣшенію суда уголовнаго, которое, въ силу 30 ст. уст. угол. суд., обязательно для суда гражданскаго. На этомъ основаніи, тѣмъ болѣе, конечно, судъ гражданскій не въ правѣ обращаться къ изслѣдованію заподозрѣннаго акта въ случаяхъ обвиненія подсудимаго приговоромъ суда уголовнаго, даже и тогда, еслибы въ приговорѣ не было указано, признанъ ли актъ подлиннымъ или подложнымъ, потому что самое обвиненіе въ подлогѣ немыслимо безъ признанія въ то же время и акта подложнымъ.

Таковы правила нашего устава, которыми опредѣляется порядокъ производства по спорамъ о подлогахъ; неполнота ихъ, послѣ всего сказаннаго, кажется очевидной во многихъ отношеніяхъ; ни слова въ нихъ не говорится также и о послѣдствіяхъ нарушенія ихъ, на выясненіи коихъ мы, однако же, и должны теперь остановиться. Прежде, чѣмъ обратиться къ указанію послѣдствій нарушеній отдѣльныхъ постановленій, замѣчу, что послѣдствія нарушенія ихъ могутъ наступать при тѣхъ же самыхъ условіяхъ, какъ и послѣдствія нарушеній вообще всѣхъ правилъ устава о доказательствахъ, о которыхъ мной не разъ было уже упомянуто; по существу же самыя послѣдствія могутъ заключаться въ томъ, что нарушенія нѣкоторыхъ правилъ, которыми наиболѣе существенно ограждаются интересы сторонъ, могутъ вести къ отмѣнѣ рѣшенія, если только жалующаяся сторона требовала своевременно о направленіи производства на законный путь и если, несмотря на это, допущенныя отступленія, нарушающія ея интересы, не были судомъ исправлены. При наличности только этого условія существенными, по моему мнѣнію, должны быть признаваемы всѣ нарушенія правилъ, опредѣляющихъ порядокъ заявленія спора о подлогѣ и порядокъ предварительной письменной подготовки, или порядокъ обмѣна бумагъ между тяжущимися, относящихся до спора, несмотря на то, что нѣкоторыя изъ этихъ правилъ установлены, какъ мы видѣли, въ интересѣ публичномъ, вслѣдствіе чего, за точнымъ соблюденіемъ ихъ обязанъ слѣдить самъ судъ ex officio. Если мы примемъ указанное условіе за условіе sine qua non, или за условіе, при отсутствіи котораго невозможна и самая жалоба на нарушенія, то мы должны будемъ признать, что слѣдующія, напр., нарушенія не могутъ вести за собой никакихъ послѣдствій: а) принятіе къ производству и направленіе спора о

подлогѣ, несмотря на подачу заявленія о подлогѣ не въ отдѣльной бумагѣ, а въ бумагѣ, въ которой совмѣстно заявлены и другія какія-либо требованія, вопреки правилу 556 ст.; б) сообщеніе копіи заявленія о подлогѣ повѣренному, не уполномоченному на предъявленіе отвѣта по спору, вопреки правилу 557 ст., если, затѣмъ, самый отзывъ или отвѣтъ противъ заявленія былъ принятъ отъ самого тяжущагося, или принятіе отзыва по истеченіи срока, въ этой статьѣ указаннаго, и неисключеніе, вслѣдствіе этого, заподозрѣннаго акта изъ числа доказательствъ, вопреки правилу 558 ст.; в) принятіе доказательствъ подлога отъ заявителя спора по истеченіи срока, въ 559 ст. указаннаго, или назначеніе изслѣдованія заподозрѣннаго акта въ тѣхъ случаяхъ, когда бы заявителемъ спора никакихъ доказательствъ подлога представлено не было; г) несообщеніе доказательствъ подлога отвѣтчику по спору, вопреки правилу 560 ст.; д) безосновательный отказъ со стороны суда въ назначеніи изслѣдованія заподозрѣннаго акта, невызовъ сторонъ въ засѣданіе и невыслушаніе ихъ объясненій передъ постановленіемъ окончательнаго опредѣленія по спору о подлогѣ, а равно невыслушаніе заключенія прокурора въ этомъ засѣданіи, вопреки правилу 561 ст. При наличности же вышеуказаннаго условія и жалобы на нарушенія, всѣ перечисленныя отступленія отъ порядка производства по спору о подлогѣ, напротивъ, должны считаться существенными. Кромѣ того, безусловно существенными нарушеніями, могущими вести къ отмѣнѣ рѣшенія, какъ нарушенія, безусловно требующія исправленія, даже при отсутствіи вышеуказаннаго условія, должны, по моему мнѣнію, считаться слѣдующія: а) принятіе къ производству спора о подлогѣ отъ повѣреннаго, не уполномоченнаго спеціально довѣренностью на предъявленіе этого спора, или, наоборотъ, допущеніе къ отвѣту по спору повѣреннаго, также не уполномоченнаго довѣренностью на предъявленіе отвѣта по этому спору, на томъ, во-первыхъ, основаніи, что, въ силу правила 576 ст., отводы о неимѣніи повѣреннымъ уполномочія на веденіе дѣла могутъ быть заявляемы обѣими сторонами во всякомъ положеніи дѣла, каковое правило хотя относится до отводовъ, допускаемыхъ закономъ по отношенію уполномочія на веденіе самаго спора, подлежащаго разсмотрѣнію суда, но по аналогіи должно имѣть примѣненіе и по отношенію занимающаго насъ случая, такъ какъ, производство по спору о подлогѣ, хотя и возникаетъ при производствѣ главнаго дѣла, но есть отдѣльное и самостоятельное частное производство, на веденіе котораго требуется закономъ спеціальное уполномочіе, и, во-вторыхъ, потому, что судъ, въ силу правила 584 ст., обязанъ самъ ex officio слѣдить за тѣмъ, уполномочены ли повѣренные на веденіе извѣстнаго дѣла и, въ случаѣ обнаруженія противнаго, обязанъ не принимать дѣла къ своему разсмотрѣнію; примѣняя каковое правило по аналогіи къ занимающему насъ случаю, судъ, даже и безъ предъявленія со стороны тяжущихся отвода о неимѣніи повѣреннымъ уполномочія на предъявленіе спора о подлогѣ или на отвѣтъ по спору, обязанъ самъ ex officio не принимать споръ къ разсмотрѣнію; поступая же вопреки приведеннымъ законамъ, судъ допуститъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, существенное нарушеніе правилъ 555 и 557 ст.; б) непередача судомъ спора о подлогѣ прокурору для возбужденія уголовнаго преслѣдованія, въ случаѣ заявленія прямого обвиненія въ подлогѣ, вопреки правилу 563 ст., каковое нарушеніе призналъ существеннымъ и сенатъ (рѣш. 1871 года, № 585 и др.); в) непріостановленіе производства главнаго дѣла, вслѣдствіе обращенія спора о подлогѣ къ уголовному производству въ тѣхъ случаяхъ, когда разрѣшеніе дѣла зависитъ отъ заподозрѣннаго акта, вопреки правилу 564 ст., и г) отказъ въ назначеніи изслѣдованія заподозрѣннаго акта, въ случаяхъ и при обстоятельствахъ, въ правилѣ 565 ст. указанныхъ. Затѣмъ къ нарушеніямъ безусловно несущественнымъ, которыми ни въ чемъ не могутъ быть нарушены интересы сторонъ и которыя, поэтому, не могутъ

вести, по жалобѣ которой-либо изъ нихъ, къ отмѣнѣ рѣшенія, должны считаться, по моему мнѣнію, напр., слѣдующія нарушенія: а) отказъ въ занесеніи въ протоколъ словеснаго заявленія о подлогѣ, вопреки правилу 556 ст., и вмѣненіе вмѣсто этого въ обязанность заявителю спора подать письменное заявленіе о подлогѣ; б) неналоженіе взысканія на заявителя спора о подлогѣ, въ случаяхъ, въ правилѣ 562 ст. указанныхъ, потому что это упущеніе суда нисколько до интересовъ жалующейся стороны не касается, и в) непередача судомъ, по постановленіи имъ опредѣленія о признаніи заподозрѣннаго акта подложнымъ, дѣла прокурору для возбужденія уголовнаго преслѣдованія и тому подобныя.

Въ заключеніе обзора правилъ нашего устава, опредѣляющихъ порядокъ производства по спорамъ о подлогахъ въ нашихъ общихъ судебныхъ установленіяхъ, я долженъ, согласно указанію, сдѣланному мной нѣсколько выше, обратиться къ разсмотрѣнію тѣхъ недоумѣній, которыя возникаютъ на практикѣ, относительно порядка разсмотрѣнія споровъ о подлогѣ, передаваемыхъ въ окружные суды изъ мировыхъ учрежденій. По отношенію порядка принятія этихъ споровъ къ разсмотрѣнію окружными судами, Юреневъ, въ своихъ практическихъ замѣткахъ, утверждаетъ слѣдующее: „1) окружный судъ, получивъ дѣло по спору о подлогѣ у мирового судьи отъ прокурора, никакого объявленія сторонѣ, предъявившей споръ о подлогѣ, посылать не долженъ, а ожидаетъ представленія доказательствъ о подлогѣ; 2) установленный въ статьѣ 559 уст. гражд. судопр. семидневный срокъ для представленія этихъ доказательствъ въ такихъ дѣлахъ слѣдуетъ считать со дня засѣданія мирового судьи, въ которомъ происходили, на основаніи ст. 110 уст., объясненія сторонъ, по поводу спора о подлогѣ, съ присоединеніемъ къ этому сроку поверстнаго“ (Судебн. Вѣстн. 1870 года, № 113). Изъ указанной статьи Юренева видно, что главнымъ мотивомъ къ установленію этихъ положеній, по отношенію порядка принятія окружнымъ судомъ къ разсмотрѣнію споровъ о подлогѣ, передаваемыхъ изъ мировыхъ учрежденій, послужило то обстоятельство, что онъ видитъ въ принятіи окружными судами къ разсмотрѣнію споровъ о подлогѣ, въ этихъ случаяхъ, какъ бы продолженіе производства по этимъ спорамъ, начатаго въ мировыхъ учрежденіяхъ, вслѣдствіе чего, по его мнѣнію, и производство въ окружномъ судѣ должно начинаться съ того самаго момента, на которомъ оно остановилось въ мировыхъ учрежденіяхъ; а какъ въ этихъ послѣднихъ учрежденіяхъ производство по спору дѣйствительно оканчивается моментомъ дачи отзыва отвѣтчикомъ по спору о подлогѣ о желаніи воспользоваться оспариваемымъ актомъ, какъ доказательствомъ, то, вслѣдствіе этого, становится понятнымъ— почему производство по спору о подлогѣ въ окружномъ судѣ должно, по мнѣнію Юренева, начинаться съ момента представленія доказательствъ подлога со стороны заявителя спора. Если мотивъ этотъ и основателенъ, если и нельзя не согласиться съ Юреневымъ въ томъ, что на производство по спору о подлогѣ въ окружномъ судѣ, переданное изъ мировыхъ учрежденій, слѣдуетъ смотрѣть, какъ на продолженіе производства, уже начатаго въ этихъ послѣднихъ учрежденіяхъ, вслѣдствіе чего, въ особой посылкѣ копіи протокола, въ которомъ записано заявленіе о подлогѣ, отвѣтчику по спору окружнымъ судомъ и дѣйствительно никакой надобности не представляется, то, тѣмъ не менѣе, въ остальномъ съ положеніями, выставленными Юреневымъ, по моему мнѣнію, согласиться нельзя, во-первыхъ, на томъ основаніи, что дальнѣйшій выводъ изъ положеній, выставленныхъ Юреневымъ, заключается несомнѣнно въ томъ, что въ случаяхъ непредставленія заявителемъ спора доказательствъ подлога въ семидневный срокъ со дня послѣдняго засѣданія мирового судьи, самый споръ о подлогѣ долженъ быть оставляемъ окружнымъ судомъ безъ послѣдствій, каковое положеніе неминуемо ведетъ къ от-

казу въ правосудіи, такъ какъ, при принятіи его за руководство окружными судами, всѣ споры о подлогѣ, возникающіе въ мировыхъ учрежденіяхъ, огульно оставлялись бы безъ послѣдствій, потому что требованіе о представленіи доказательствъ въ семидневный срокъ со дня послѣдняго засѣданія мирового судьи само по себѣ представляется невозможнымъ и невыполнимымъ и, во-вторыхъ, еще и потому, что положенія Юренева противорѣчатъ, какъ мнѣ кажется, правиламъ устава, опредѣляющимъ порядокъ принятія окружными судами къ разсмотрѣнію частныхъ производствъ. Въ самомъ дѣлѣ, на основаніи этихъ правилъ слѣдуетъ, мнѣ кажется, придти къ тому заключенію, что судъ, руководствуясь ими, долженъ приступать къ разсмотрѣнію споровъ о подлогѣ, передаваемыхъ изъ мировыхъ учрежденій, также точно, какъ и при принятіи вообще всѣхъ другихъ частныхъ производствъ, слѣдующимъ образомъ: по полученіи дѣла отъ прокурора, предложеніемъ котораго собственно и возбуждается въ окружномъ судѣ самостоятельное частное производство по спору о подлогѣ, предсѣдатель суда, вмѣсто сообщенія отвѣтчику по спору о подлогѣ копіи заявленія о подлогѣ, въ чемъ, какъ мы замѣтили выше, и дѣйствительно никакой надобности не представляется, вслѣдствіе того, что въ извѣстность о предъявленіи спора о подлогѣ сторона противная должна быть поставляема на основаніи 110 ст. уже мировыми учрежденіями, долженъ, на основаніи правила 568 ст., послать сторонамъ по дѣйствительному ихъ мѣстожительству повѣстки о вызовѣ въ судъ, съ указаніемъ въ нихъ срока на явку, причемъ, въ повѣсткѣ, посылаемой заявителю спора, долженъ быть указанъ и срокъ, въ который онъ обязанъ представить доказательства подлога; срокъ долженъ быть назначаемъ на основаніи правила 559 ст. семидневный, а считаться долженъ со дня врученія повѣстки заявителю спора, съ присоединеніемъ срока поверстнаго; затѣмъ, по истеченіи срока на явку, предсѣдатель суда долженъ предложить споръ о подлогѣ, на основаніи правила 569 ст., на разсмотрѣніе суда и долженъ назначить день для засѣданія, въ которомъ судъ долженъ постановить опредѣленіе объ оставленіи спора безъ послѣдствій, еслибы доказательства подлога заявителемъ спора, въ назначенный ему срокъ, представлены не были; въ противномъ же случаѣ предсѣдатель суда, не внося дѣло о подлогѣ въ засѣданіе, долженъ своею властью сдѣлать распоряженіе о сообщеніи представленныхъ заявителемъ спора доказательствъ сторонѣ противной и въ дальнѣйшемъ производствѣ направить споръ о подлогѣ въ порядкѣ, въ 561 ст. указанномъ. Насколько мнѣ извѣстно, такой порядокъ принятія и направленія споровъ о подлогѣ, передаваемыхъ изъ мировыхъ учрежденій, и на самомъ дѣлѣ практикуется многими окружными судами, какъ это видно, напр., изъ опредѣленія Владимірскаго окружнаго суда по дѣлу Головина съ Тульцомъ (Судеб. Вѣст. 1867 г., № 284). По мнѣнію Вербловскаго, высказанному имъ въ его замѣткѣ „О порядкѣ производства въ окружномъ судѣ дѣлъ по спору о подлогѣ, заявленному у мирового судьи“ открытіе производства по спору о подлогѣ, переданному изъ мировыхъ учрежденій, въ окружномъ судѣ также должно начинаться посредствомъ посылки, по распоряженію предсѣдателя суда, сторонамъ въ ихъ дѣйствительное мѣстожительство повѣстокъ о вызовѣ въ судъ, къ исполненію какового распоряженія предсѣдатель суда, по мнѣнію Вербловскаго, долженъ, однако же, приступать не прежде, какъ по полученіи отъ кого-либо изъ тяжущихся денегъ, необходимыхъ на покрытіе расходовъ по врученію повѣстокъ судебнымъ приставомъ, до полученія которыхъ, производство по спору о подлогѣ должно оставаться безъ движенія. Повѣстки тяжущимся, по мнѣнію Вербловскаго, должны быть посылаемы непремѣнно черезъ судебнаго пристава, а не черезъ полицію, какъ это практикуется, по его свидѣтельству, во многихъ окружныхъ судахъ, и каковой порядокъ доставленія повѣстокъ и на самомъ дѣлѣ долженъ быть признанъ въ

настоящемъ случаѣ вполнѣ допустимымъ, на томъ основаніи, что производство по спору о подлогѣ въ окружномъ судѣ есть только продолженіе производства въ мировыхъ учрежденіяхъ, какъ это справедливо замѣтилъ Юреневъ, вслѣдствіе чего, и нельзя признать правильнымъ мнѣніе Вербловскаго о томъ, чтобы производство по спору о подлогѣ въ окружномъ судѣ подлежало оставленію безъ движенія до представленія тяжущимися денегъ, необходимыхъ на вознагражденіе судебнаго пристава. Напротивъ, слѣдуетъ полагать, что производству по спору о подлогѣ должно быть даваемо предсѣдателемъ суда немедленно движеніе по поступленіи его въ судъ, посредствомъ, какъ я сказалъ, посылки тяжущимся именно черезъ полицію повѣстокъ о явкѣ въ судъ, съ назначеніемъ имъ срока на явку. Съ другимъ положеніемъ, высказаннымъ Вербловскимъ о томъ, что къ назначенному сроку на явку въ судъ на тяжущихся должна лежать обязанность, въ силу общихъ правилъ 309—311 ст., подачи заявленія въ судъ объ избранномъ ими мѣстопребываніи въ томъ городѣ, гдѣ находится судъ, если они имѣютъ мѣстожительство въ другомъ городѣ, и что, вслѣдствіе этого, сообщеніе имъ дальнѣйшихъ подаваемыхъ ими при производствѣ по спору о подлогѣ бумагъ должно быть дѣлаемо въ избранное ими мѣстопребываніе, напротивъ, какъ съ положеніемъ вполнѣ правильнымъ, нельзя не согласиться. Въ дальнѣйшемъ производство по спору о подлогѣ въ окружномъ судѣ должно имѣть движеніе, какъ я сказалъ, въ порядкѣ, указанномъ для производства по этимъ спорамъ въ правилахъ 559—561 ст. Въ этомъ же порядкѣ должно быть направляемо производство по спору о подлогѣ и по мнѣнію Вербловскаго, который, кромѣ того, совершенно основательно замѣтилъ, во-первыхъ, что сторона, представившая заподозрѣнный актъ, должна имѣть право отказаться отъ него и по поступленіи дѣла о подлогѣ въ окружный судъ, послѣ чего споръ о подлогѣ долженъ подлежать устраненію, и, во-вторыхъ, что и заявитель спора о подлогѣ также долженъ имѣть право отказаться отъ своего спора и по поступленіи дѣла въ окружный судъ, послѣ чего споръ о подлогѣ хотя также долженъ подлежать устраненію, но, несмотря на это, заявитель долженъ быть подвергнутъ взысканію, указанному въ 562 ст. (Журн. гражд. и угол. пр. 1881 т., кн. 6, стр. 62—65). Если же бы случилось, что при производствѣ по спору о подлогѣ, переданному изъ мировыхъ учрежденій, въ окружномъ судѣ было заявлено прямое обвиненіе кого-либо въ подлогѣ, то окружный судъ обязанъ, на основаніи правила 563 ст., пріостановить у себя производство и передать свое опредѣленіе прокурору, такъ точно, какъ онъ это обязанъ дѣлать въ тѣхъ случаяхъ, когда споръ о подлогѣ заявляется по дѣлу, находящемуся у него въ производствѣ; а затѣмъ, въ случаяхъ, въ 565 ст. указанныхъ, обязанъ, по окончаніи уголовнаго производства и по просьбѣ которой-либо изъ сторонъ, снова дать движеніе гражданскому спору о подлогѣ и назначить изслѣдованіе заподозрѣннаго акта порядкомъ, въ 547—554 ст. указаннымъ. Мнѣ кажется даже, что окружный судъ обязанъ принимать къ своему производству споры о подлогѣ, передаваемые изъ мировыхъ учрежденій, и въ тѣхъ случаяхъ, когда бы, вслѣдствіе заявленія прямого обвиненія кого-либо въ подлогѣ, дѣло изъ мировыхъ учрежденій уже переходило на разсмотрѣніе суда уголовнаго, но подсудимый былъ оправданъ, или уголовное преслѣдованіе было прекращено, потому что и въ этихъ случаяхъ мировыя учрежденія, вслѣдствіе заявленія просьбы кѣмъ-либо изъ тяжущихся объ изслѣдованіи и разсмотрѣніи заподозрѣннаго акта по окончаніи уголовнаго производства, должны также для производства этихъ дѣйствій передавать споръ о подлогѣ на разсмотрѣніе окружнаго суда.

Кромѣ сказаннаго по поводу того, какимъ порядкомъ окружные суды обязаны приступать къ разсмотрѣнію споровъ о подлогѣ, передаваемыхъ изъ мировыхъ учрежденій, я не могу не остановиться еще на одномъ вопросѣ,

возбуждаемомъ Юреневымъ въ указанной выше статьѣ его и заключающемся въ томъ: обязанъ ли окружный судъ входить въ разсмотрѣніе всякаго спора о подлогѣ, передаваемаго изъ мировыхъ учрежденій, на основаніи 110 ст.? Вопросъ этотъ Юреневъ совершенно основательно разрѣшаетъ отрицательно и говоритъ: „вопросъ этотъ долженъ быть разрѣшенъ въ томъ смыслѣ, что окружный судъ, не стѣсняясь мнѣніемъ мирового судьи, обязанъ входить въ разсмотрѣніе лишь такихъ дѣлъ этого рода,въ которыхъ дѣйствительно возникаетъ споръ о подложности акта, подлежащій разрѣшенію въ гражданскомъ порядкѣ". Напротивъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда бы оказалось, что переданный изъ мировыхъ учрежденій споръ не есть споръ о подлогѣ, а есть или споръ противъ дѣйствительности акта, или заявленіе объ обманѣ при выдачѣ обязательства и тому подобное, окружный судъ, по мнѣнію Юренева, въ правѣ de plano отвергнутъ такой споръ безъ разсмотрѣнія и дѣло возвратить мировому судьѣ. Я не могу не согласиться въ настоящемъ случаѣ съ мнѣніемъ Юренева, такъ какъ, оно можетъ быть подкрѣплено тѣми же соображеніями, которыя были развиваемы мной при толкованіи правила 541 ст., въ доказательство того, что судъ не только въ вправѣ, но и обязанъ вообще входить въ повѣрку содержанія заявляемаго спора, прежде принятія его къ разсмотрѣнію въ порядкѣ, для производства по спорамъ о подлогѣ указанномъ. Но входить прежде разсмотрѣнія спора о подлогѣ въ обсужденіе доказательнаго значенія оспариваемаго акта и степени его существенности для рѣшенія дѣла, какъ доказательства, и, затѣмъ, отказываться отъ разсмотрѣнія спора о подлогѣ на томъ основаніи, что оспариваемый актъ, писанный отъ неграмотнаго безъ засвидѣтельствованія въ установленномъ порядкѣ подлинности подписи на немъ, сдѣланной за неграмотнаго, судъ, по совершенно вѣрному объясненію сената, никакого права имѣть не можетъ и отказываться по этой причинѣ недѣйствительности акта, какъ доказательства, отъ разсмотрѣнія спора о подлогѣ не долженъ, на томъ основаніи, что опредѣленіе значенія акта, какъ доказательства, должно всецѣло принадлежать суду, разсматривающему дѣло по существу, а никакъ не суду, разсматривающему только споръ о подлогѣ (рѣш. общ. собр. 1-го и кассац. департ. 1882 года, № 14). Въ тѣхъ случаяхъ, когда бы изъ присылаемаго мировыми учрежденіями дѣла для производства по спору о подлогѣ не было видно, что мировыми учрежденіями, предварительно передачи дѣла въ окружный судъ, были совершены всѣ дѣйствія, указанныя въ 110 ст., за исключеніемъ, разумѣется, только тѣхъ случаевъ, когда совершеніе этихъ дѣйствій представляется невозможнымъ, вслѣдствіе заявленія спора о подлогѣ не противъ акта, представленнаго стороной, но противъ судопроизводственнаго акта, относящагося къ самому дѣлу, судъ, по совершенно справедливому объясненію Петербургскаго окружнаго суда, данному имъ въ опредѣленіи по дѣлу Ананьина съ Калининымъ, не имѣетъ возможности приступать къ разсмотрѣнію спора о подлогѣ, вслѣдствіе чего, и долженъ возвратить дѣло въ мировыя учрежденія для соблюденія ими предварительнаго порядка, въ 110 ст. указаннаго (Судеб. Вѣст. 1866 г., № 88), но и въ подобныхъ случаяхъ, мнѣ кажется, прежде, чѣмъ предложить на разсмотрѣніе окружнаго суда споръ, переданный изъ мировыхъ учрежденій, предсѣдатель суда обязанъ вызвать стороны и, только по истеченіи срока, назначеннаго на явку, долженъ внести дѣло въ засѣданіе. Это необходимо для того, чтобы стороны для осуществленія ихъ права обжалованія передъ судебной палатой опредѣленій, постановляемыхъ окружнымъ судомъ по спорамъ, передаваемымъ изъ мировыхъ учрежденій, имѣли свѣдѣнія о движеніи ихъ дѣла въ окружномъ судѣ и могли, хотя приблизительно, знать время разрѣшенія ихъ спора, чтобы не пропустить срока на принесеніе жалобы. Что жалобы на опредѣленія окружныхъ судовъ, постановляемыя по спорамъ о подлогахъ, передаваемымъ изъ мировыхъ учрежденій, вообще допу-

стимы, то это совершенно основательно признали Одесская судебная палата въ опредѣленіи по дѣлу Гальцера и Харьковская по дѣлу Пискуна съ Гриценко (Сборн. Кохманскаго, №№ 175 и 180). Одесская судебная палата опредѣленіе свое, въ пользу допустимости жалобъ на опредѣленія окружныхъ судовъ по спорамъ о подлогѣ, передаваемымъ изъ мировыхъ учрежденій, мотивируетъ, во-первыхъ, тѣмъ, что опредѣленія окружнаго суда для мировыхъ учрежденій обязательны, вслѣдствіе чего, при недозволеніи обжаловать ихъ въ частномъ порядкѣ передъ судебной палатой, стороны не имѣли бы никакой возможности достигнуть исправленія неправильныхъ опредѣленій, и, во-вторыхъ, тѣмъ, что въ силу 11 ст. устава каждый спорный предметъ подлежитъ разсмотрѣнію въ двухъ судебныхъ инстанціяхъ, каковой законъ, по мнѣнію палаты, и долженъ служить основаніемъ къ допущенію жалобъ. За допустимость принесенія этихъ жалобъ на опредѣленія окружнаго суда высказался впослѣдствіи и сенатъ (рѣш. 1880 года, № 68).

§ 13. Предположенія.

Хотя понятіе предположенія и не чуждо нашему законодательству, но собственно правилъ общихъ, которыми бы опредѣлялось существо и значеніе предположенія, какъ доказательства въ гражданскомъ процессѣ, ни въ нашихъ гражданскихъ законахъ, ни въ уставѣ судопроизводства не содержится. Правда, при составленіи уставовъ, было сдѣлано предложеніе нѣкоторыми изъ составителей ихъ восполнить этотъ, по моему мнѣнію, довольно существенный пробѣлъ нашего законодательства, посредствомъ включенія въ уставъ правилъ объ уликахъ или законныхъ предположеніяхъ, по примѣненію къ статьямъ 1349—1353 французскаго гражданскаго кодекса, какъ сказано въ изданіи государственной канцеляріи (т. I, стр. 239); но предположеніе это, при окончательномъ обсужденіи устава, не было принято, по двумъ основаніямъ, указаннымъ въ мотивахъ. Не было оно принято, во-первыхъ, потому, что ученіе о законныхъ предположеніяхъ, по мнѣнію составителей уставовъ, тѣсно связано съ основными началами гражданскаго права, вслѣдствіе чего, оно и могло бы быть внесено въ уставъ судопроизводства только тогда, когда бы и самые законы гражданскаго права были обработаны съ надлежащей ясностью, и во-вторыхъ, потому, что ученіе о предположеніяхъ и въ теоріи въ настоящее время представляется еще спорнымъ, вслѣдствіе чего, по мнѣнію составителей уставовъ, обращеніе его въ законъ представлялось бы опаснымъ по практическимъ послѣдствіямъ. Въ виду возможности усвоенія невѣрной теоріи законодателемъ, Гольмстенъ въ его рецензіи на настоящій „Опытъ комментарія“ также считаетъ опаснымъ и нежелательнымъ включеніе въ законъ какихъ-либо общихъ опредѣленій о значеніи предположеній (Журн. гражд. и угол. пр. 1880 г., кн. 3, стр. 158). Основанія эти мнѣ кажутся, однако же, далеко не убѣдительными. Напротивъ, мнѣ кажется гораздо опаснѣе оставлять судебную практику безъ всякихъ руководящихъ началъ, чѣмъ опасаться какихъ-то послѣдствій спорности ученія о предположеніяхъ въ теоріи права. Судебныя мѣста, встрѣчаясь съ тѣмъ или другимъ предположеніемъ, установленнымъ закономъ на извѣстный частный случай, и не имѣя въ то же время никакихъ общихъ опредѣленій о существѣ и значеніи предположенія, поневолѣ должны обращаться къ теоріи и въ ней черпать матеріалы для оцѣнки предположенія, что̀ можетъ вести къ большему произволу, такъ какъ, выборъ для этого той или другой спорной теоріи зависитъ, конечно, отъ усмотрѣнія самихъ судей, вслѣдствіе чего, нельзя, какъ мнѣ кажется, не пожалѣть, что пробѣлъ нашихъ гражданскихъ законовъ, устанавливающихъ законныя предположенія только на нѣкоторые частные случаи, но не заключающихъ въ себѣ

никакихъ общихъ опредѣленій о существѣ и значеніи предположенія, не былъ восполненъ при составленіи уставовъ.

Литература наша по вопросу о значеніи презумпціи представляется также далеко не богатой. Въ ней, кромѣ прекрасной статьи Оршанскаго: „О законныхъ предположеніяхъ и ихъ значеніи", помѣщенной въ Журналѣ гражд. и уголовн. права за 1874 годъ, нѣсколькихъ замѣчаній Побѣдоносцева въ его Судебномъ руководствѣ,—замѣчаній, достаточно, впрочемъ, оцѣненныхъ по достоинству Оршанскимъ и, на самомъ дѣлѣ, не имѣющихъ никакого ни теоретическаго, ни практическаго значенія, да еще нѣкоторыхъ замѣчаній Малинина въ его Комментаріи къ 366 ст. устава, также не имѣющихъ особаго значенія, мы ничего болѣе не имѣемъ. Что же собственно касается статьи Оршанскаго и въ особенности теоретической ея части, то она можетъ служить большимъ подспорьемъ нашей практикѣ, при разрѣшеніи общихъ вопросовъ о значеніи предположенія, тѣмъ болѣе, что она составлена по лучшему и новѣйшему сочиненію Буркгарда: Die civilistischen präsumtionen.

Обратимся, однако, къ опредѣленію предположенія. Итальянское гражданское уложеніе (ст. 1349) опредѣляетъ предположеніе слѣдующимъ образомъ: „улики или предположенія суть послѣдствія, выводимыя закономъ или судьею изъ извѣстнаго событія къ неизвѣстному". Я привелъ это опредѣленіе итальянскаго уложенія потому, что оно вполнѣ соотвѣтствуетъ научному опредѣленію понятія предположенія, дѣлаемому логикой и юриспруденціей, вслѣдствіе чего, оно, безъ всякихъ затрудненій, можетъ быть принято къ руководству судебной практикой. Кромѣ того, его нельзя не признать и достаточно полнымъ, потому что оно совмѣщаетъ въ себѣ признаки отдѣльныхъ видовъ предположенія, указываемыхъ теоріей права, хотя, всматриваясь въ него ближе, нельзя съ другой стороны не обратить вниманія на нѣкоторую неточность редакціи его,—неточность, могущую вести не только къ смѣшенію, но даже къ отождествленію понятій предположенія и улики, понятій, которыя, по моему мнѣнію, должны быть, однако же, различаемы. Въ чемъ собственно должно заключаться самое различіе между ними, я укажу нѣсколько ниже, а пока необходимо еще остановиться нѣсколько на выясненіи общаго понятія предположенія и его значенія, такъ какъ только что цитированное опредѣленіе предположенія итальянскаго уложенія, если и полно, зато слишкомъ обще. Въ самомъ дѣлѣ — выражаютъ ли съ достаточной очевидностью сущность предположенія слова уложенія: „предположенія суть послѣдствія, выводимыя изъ извѣстнаго событія къ неизвѣстному"? Не лучше ли будетъ сказать, какъ это дѣлаетъ Уильзъ: „предположеніе есть вѣроятное заключеніе, основанное на фактахъ достовѣрныхъ или доказанныхъ, относительно дѣйствительности главнаго факта, которая, однако же, не подтверждается какими-либо прямыми доказательствами". Сдѣлавши такое опредѣленіе предположенія, Уильзъ приходитъ, далѣе, къ слѣдующему выводу: „такимъ образомъ, слово „предположеніе", по самому существу своему, означаетъ заключеніе, относящееся къ такимъ фактамъ или нравственнымъ явленіямъ, которые, какъ намъ извѣстно изъ опыта, непремѣнно или большею частью находятся въ связи съ какимъ-нибудь другимъ фактомъ" (Опытъ теоріи косвен. уликъ, стр. 18). Этими словами Уильза выражется, по моему мнѣнію, съ достаточной ясностью, не только сущность предположенія, но намѣчаются, вмѣстѣ съ тѣмъ, какъ основанія, такъ и условія допустимости всякаго предположенія. Именно, основаніемъ предположенія долженъ быть признаваемъ опытъ, который указываетъ, что въ дѣйствительности извѣстные факты, въ огромномъ большинствѣ случаевъ, сопровождаются непремѣнно другими, также извѣстными, опредѣленными фактами или событіями, которые относятся къ первымъ, какъ слѣдствіе къ причинѣ и существованіе которыхъ, поэтому, можетъ быть при-

знаваемо несомнѣннымъ, хотя бы они и не были доказаны, если только наличность первыхъ представляется достаточно очевидной и доказанной, или, говоря короче, языкомъ юристовъ — основаніемъ предположенія должно служить всегда id quod plerumque fit. Условіемъ же допустимости извѣстнаго предположенія въ каждомъ конкретномъ случаѣ слѣдуетъ признавать несомнѣнность той связи между фактами доказанными и фактами, до которыхъ относится дѣлаемое предположеніе,—связи, которая бы, такъ сказать, дѣлала необходимымъ заключеніе о существованіи именно предполагаемаго факта, а не какого-либо иного.

Относительно раздѣленія предположеній на отдѣльные виды, я долженъ сказать, что несмотря на то, что раздѣленіе ихъ на три вида, сдѣланное еще средневѣковыми юристами, многими новѣйшими цивилистами и оспаривается, но что, тѣмъ не менѣе, дѣленіе это не только не утратило своего значенія и въ настоящее время и удержалось до сихъ поръ въ теоріи, но что оно даже принято за основаніе раздѣленія предположеній и многими новѣйшими законодательствами. Причина этому заключается, конечно, въ томъ, что раздѣленіе предположеній, предложенное средневѣковыми юристами, имѣетъ свое основаніе въ дѣйствительномъ различіи нѣкоторыхъ существенныхъ признаковъ отдѣльныхъ видовъ предположенія,—признаковъ, оказывающихъ вліяніе какъ на значеніе, такъ и на послѣдствія того или другого вида предположенія. Дѣлятся же предположенія собственно на слѣдующіе три вида: a) praesumptiones juris tantum, или такія предположенія, которыя установлены самимъ закономъ, когда самъ законъ предписываетъ заключать изъ наличности извѣстныхъ фактовъ о существованіи другого факта, но, при этомъ, дозволяетъ, однако же, опровергать существованіе этого послѣдняго факта, посредствомъ представленія доказательствъ противнаго, или доказательствъ тому, что презюмируемый закономъ фактъ на самомъ дѣлѣ не имѣетъ мѣста; б) praesumptiones juris et de jure, или предположенія, также установленныя самимъ закономъ, но когда законъ воспрещаетъ отвергать существованіе презюмируемаго факта, посредствомъ представленія какихъ-либо доказательствъ противнаго, и в) praesumptiones hominis, или простыя, естественныя предположенія, которыя могутъ выводить сами судьи изъ фактовъ извѣстныхъ и доказанныхъ относительно существованія другихъ фактовъ, по ихъ внутреннему убѣжденію, сообразно обстоятельствамъ каждаго дѣла. По поводу этого раздѣленія я не могу, однако же, не замѣтить, что его никоимъ образомъ нельзя признать за раздѣленіе, основанное на различіи самой природы отдѣльныхъ видовъ предположенія, такъ какъ природа всѣхъ предположеній одинакова и что если оно, несмотря на это, и сохраняетъ свое значеніе и въ настоящее время, то только благодаря современному состоянію положительнаго права европейскихъ народовъ, дѣлающему такое раздѣленіе необходимымъ. Наше законодательство не составляетъ въ настоящемъ случаѣ слишкомъ рѣзкаго исключенія, вслѣдствіе чего, раздѣленіе это должно быть принимаемо во вниманіе при оцѣнкѣ и его постановленій, устанавливающихъ законныя предположенія на нѣкоторые частные случаи и притомъ устанавливающихъ относительно нѣкоторыхъ фактовъ презумпціи juris et de jure, а относительно другихъ только презумпціи juris tantum, какъ это мы увидимъ нѣсколько ниже изъ отдѣльныхъ примѣровъ. Правда, нашъ законъ ничего не говоритъ о презумпціяхъ hominis, но изъ этого молчанія никоимъ образомъ не слѣдуетъ, конечно, заключать, что нашъ законъ воспрещаетъ судьямъ принимать въ соображеніе, при рѣшеніи дѣла, простыя, естественныя предположенія, или косвенныя доказательства, имѣющія въ процессѣ гражданскомъ приблизительно то же значеніе, какое, какъ доказательство, имѣютъ косвенныя улики въ процессѣ уголовномъ, въ которомъ этотъ родъ доказательства не только

не воспрещенъ, но имѣетъ такое обширное примѣненіе. Напротивъ, въ пользу допустимости естественныхъ предположеній или уликъ, какъ доказательства, въ процессѣ гражданскомъ можно привести то соображеніе, что воспретить судьямъ принимать во вниманіе предположенія значило бы, безъ всякаго основанія, лишать ихъ возможности, во многихъ случаяхъ, одного изъ лучшихъ средствъ, а иногда быть можетъ и средства единственнаго, могущаго вести къ раскрытію истины. Не можетъ быть, конечно, сомнѣнія въ томъ, что косвенныя улики, какъ доказательство, имѣютъ несравненно болѣе обширное примѣненіе въ процессѣ уголовномъ, чѣмъ гражданскомъ, потому что споры гражданскіе бо́льшею частью имѣютъ въ основаніи своемъ факты, относящіеся къ области договорныхъ соглашеній, по отношенію которыхъ, по самымъ способамъ доказыванія ихъ, предположенія, какъ доказательство, не должны быть допускаемы; но, несмотря на это, естественныя предположенія, по справедливому замѣчанію Бонье, играютъ, какъ доказательство, не послѣднюю роль и въ процессѣ гражданскомъ (Traité des preuves, изд. 4, т. II, стр. 388), напр. въ искахъ объ убыткахъ, причиненныхъ преступленіемъ, когда такіе иски предъявляются самостоятельно въ судѣ гражданскомъ, хотя бы, напр., за невозможностью возбудить искъ уголовный за давностью или смертью обвиняемаго; въ искахъ объ убыткахъ, причиненныхъ quasi-delict'омъ, иногда въ спорахъ о законности рожденія и тому подобныхъ.

Кромѣ указаннаго раздѣленія презумпцій на три вида, сдѣланнаго средневѣковыми юристами, я считаю необходимымъ указать еще на одно подраздѣленіе собственно презумпцій juris, сдѣланное новѣйшимъ цивилистомъ Буркгардомъ, подраздѣленіе, практическую важность и полезность котораго признаетъ и Оршанскій въ вышеуказанной статьѣ его (Журн. гражд. и угол. права 1874 г., кн. 4, стр. 13). Именно, Буркгардъ раздѣляетъ этотъ видъ предположеній еще на praesumptiones facti и praesumptiones voluntatis. Къ первымъ онъ относитъ тѣ случаи, когда законъ предписываетъ отъ наличности одного факта заключать о существованіи другого, могущаго имѣть вліяніе на спорное правоотношеніе; а ко вторымъ — случаи, когда законъ самъ нормируетъ извѣстныя выраженія воли частныхъ лицъ, когда эта воля выражена не ясно, или вовсе не выражена, въ силу того соображенія, что воля эта, еслибы она была ясно выражена, то разрѣшила бы данный вопросъ именно въ смыслѣ, нормируемомъ закономъ. Къ этой послѣдней категоріи предположеній Буркгарда относятся всѣ постановленія гражданскихъ законовъ, составляющія такъ называемое jus dispotivum, постановленія довольно многочисленныя въ иностранныхъ гражданскихъ кодексахъ, и представляющія едва ли не два или три примѣра въ нашемъ.

Установивши понятіе и раздѣленіе предположеній, обратимся къ разсмотрѣнію тѣхъ случаевъ законныхъ предположеній, которые содержатся въ нашихъ гражданскихъ законахъ и начнемъ съ указанія случаевъ презумпцій juris et de jure. Къ этой категоріи предположеній слѣдуетъ отнести слѣдующія: а) правда, которую, выражаясь словами французскаго гражданскаго кодекса, законъ предполагаетъ въ рѣшеніяхъ судебныхъ мѣстъ, вошедшихъ въ окончательную законную силу (ст. 893—895 уст. гр. суд.); (презумпція juris et de jure въ настоящемъ случаѣ заключается, конечно, въ томъ, что законъ воспрещаетъ опровергать какими бы то ни было доказательствами справедливость и существованіе юридическаго отношенія, признаннаго и установленнаго, вошедшими въ окончательную законную силу, судебными рѣшеніями); б) сила, которую законъ предполагаетъ въ принятой стороной присягѣ, которая должна быть принимаема за неопровержимое доказательство тѣхъ фактовъ, въ подкрѣпленіе которыхъ она принята и которая не можетъ быть опровергаема никакими другими доказательствами (ст. 498 уст. гр. суд.); в) предписаніе закона считать всѣ имущества дви-

жимыя и денежные капиталы имуществомъ благопріобрѣтеннымъ и воспрещеніе принимать какіе-либо споры о ихъ родовомъ происхожденіи (ст. 398 X т. 1 ч.); г) воспрещеніе принимать какіе-либо споры противъ подлинности крѣпостныхъ духовныхъ завѣщаній (ст. 1042 X т. 1 ч.); д) воспрещеніе принимать споры противъ духовныхъ завѣщаній въ томъ, что завѣщаемые капиталы и вещи суть родовые (ст. 1103 X т. 1 ч.); е) воспрещеніе принимать споры о безденежности крѣпостныхъ заемныхъ писемъ (ст. 2015 X т. 1 ч.); ж) воспрещеніе допускать къ выкупу родовыхъ имуществъ родственниковъ, которые вмѣсто продавцевъ къ купчимъ, или при записке въ крѣпостныхъ книгахъ руки приложили, или во свидѣтельствѣ подписались (ст. 1362 X т. 1 ч.). Оршанскій видитъ въ этомъ послѣднемъ случаѣ презумпцію juris et de jure на томъ основаніи, что законъ, предполагая въ участіи родственниковъ въ совершеніи купчей крѣпости согласіе на переходъ имѣнія въ чужой родъ и потому какъ бы отреченіе отъ права на выкупъ, не допускаетъ, затѣмъ, никакихъ доказательствъ въ подкрѣпленіе того, что отреченія съ ихъ стороны отъ этого права не было (Журн. гражд. и угол. пр. 1874 г., кн. 5, стр. 53); з) воспрещеніе закона признавать дѣйствительными акты, совершаемые лицами неправоспособными, какъ-то: малолѣтними и несовершеннолѣтними, лицами, состоящими подъ законнымъ прещеніемъ, какъ-то: безумными и сумасшедшими (ст. 218, 220 и спеціально по отношенію недѣйствительности духовныхъ завѣщаній и купчихъ крѣпостей 1019, 1382 и 1383 X т. 1 ч.); (презумпцію juris et de jure слѣдуетъ, по моему мнѣнію, видѣть въ подобномъ воспрещеніи закона потому, что законъ, полагая въ основаніи неправоспособности указанныхъ лицъ распоряжаться ихъ имуществомъ отсутствіе вполнѣ развитой и разумной воли, необходимой для совершенія юридическихъ дѣйствій, не допускаетъ, конечно, принятія какихъ-либо доказательствъ противнаго, напр. доказательствъ въ подтвержденіе того, что лицо, совершившее актъ, несмотря на его несовершеннолѣтіе, обладало, однако же, такимъ развитіемъ разума и воли, что было способно распорядиться своимъ имуществомъ).

Если мы сравнимъ приведенные случаи презумпцій juris et de jure нашего законодательства съ случаями, указанными въ законодательствахъ иностранныхъ, напр. во французскомъ code civil, то на первый взглядъ насъ можетъ поразить многочисленность случаевъ этой категоріи презумпцій въ нашемъ законѣ;между тѣмъ, какъ на самомъ дѣлѣ этого нѣтъ; многочисленными же онѣ могутъ показаться потому, что нашъ законъ и здѣсь, какъ и вообще, казуистиченъ и устанавливаетъ презумпціи почти что на каждый конкретный случай отдѣльно, а не въ видѣ общей презумпціи на цѣлую категорію аналогичныхъ случаевъ, какъ это дѣлаетъ code civil въ двухъ первыхъ пунктахъ 1350 ст. Правда, нѣкоторыхъ презумпцій juris et de jure, имѣющихся въ нашихъ законахъ, какъ, напр., воспрещенія принимать споры о родовомъ происхожденіи движимыхъ имуществъ, или воспрещенія оспаривать безденежность крѣпостныхъ заемныхъ писемъ, въ законодательствахъ иностранныхъ мы не найдемъ; но принятіе ихъ нашимъ законодательствомъ достаточно объясняется особенностями постановленій его о раздѣленіи имуществъ на родовыя и благопріобрѣтенныя, а также излишнимъ формализмомъ его опредѣленій, въ отношеніи формы сдѣлокъ.

Какъ на случаи презумпцій второй категоріи, или презумпцій juris tantum, я могу указать въ нашемъ законодательствѣ на слѣдующія: а) всѣ дѣти, рожденныя въ законномъ бракѣ, почитаются законными (ст. 119 X т. 1 ч.); (эта презумпція заимствована изъ римскаго права, въ которомъ она была выражена правиломъ—pater est, quem justae nuptiae demonstrant); б) владѣніе признается добросовѣстнымъ дотолѣ, пока не будетъ доказано, что владѣльцу достовѣрно извѣстна неправость его владѣнія (530 ст. X т. 1 ч.);

в) движимыя вещи почитаются собственностью того, кто ими владѣетъ, доколѣ противное не будетъ доказано (ст. 534 X т. 1 ч.); г) надранное заемное письмо въ рукахъ должника служитъ доказательствомъ платежа, когда противное тому не будетъ доказано (ст. 2053 X т. 1 ч.); д) относительно заемныхъ обязательствъ, выдаваемыхъ обществами сибирскихъ обывателей и мезенскихъ самоѣдовъ круговое ручательство всего общества всегда предполагается (ст. 2094 X т. 1 ч.); (доказательства противнаго, кажется, могутъ быть допускаемы, вслѣдствіе чего, я и отнесъ этотъ случай къ презумпціямъ juris tantum); е) имѣніе жены въ случаѣ несостоятельности мужа, если оно пріобрѣтено ею менѣе, чѣмъ за десять лѣтъ до открытія несостоятельности мужа, подвергается описи и продажѣ за его долги наравнѣ съ его имуществомъ, если ею не будетъ представлено доказательствъ тому, что имѣніе ей досталось въ приданое, или по наслѣдству, или пріобрѣтено на собственные ея капиталы (презумпція здѣсь заключается въ томъ, что, по мысли закона, имѣніе жены, скорѣе всего, слѣдуетъ считать пріобрѣтеннымъ ею на средства мужа, доколѣ не доказано противное; выводится же это предположеніе изъ совокупности содержанія статей 2268—2275 X т. 2 ч.). Кромѣ перечисленныхъ случаевъ законныхъ предположеній juris tantum, я могу указать еще на случаи презумпцій juris tantum voluntatis, къ которымъ должны быть отнесены слѣдующія презумпціи: а) если образъ пользованія имуществомъ, взятымъ въ суду, въ договорѣ не опредѣленъ, то пользоваться имъ взявшій въ ссуду долженъ согласно его предназначенію (ст. 2097 X т. 1 ч.); б) принявшій имущество на сохраненіе имѣетъ право на вознагражденіе, даже еслибы о вознагражденіи не было упомянуто въ договорѣ, если только издержки на сохраненіе имущества произошли отъ какого-либо неожиданнаго случая, возможность котораго, при заключеніи договора, нельзя было предвидѣть (ст. 2107 X т. 1 ч.); в) на случай неустановленія срока окончанія работы, порученной ремесленнику, при договорѣ личнаго найма, работа должна быть окончена въ срокъ, положенный вообще для окончанія сего рода работъ приговоромъ ремесленной управы (ст. 2217 X т. 1 ч.).

Я не утверждаю, чтобы мной были перечислены всѣ безъ исключенія случаи законныхъ предположеній, предусмотрѣнные нашими гражданскими законами, но думаю, что болѣе выдающіеся случаи указаны; изъ сравненія же нашего законодательства, въ отношеніи степени развитія въ немъ презумптивнаго элемента, съ законодательствами иностранными, напр. итальянскимъ, въ которомъ даже при бѣгломъ просмотрѣ его можно указать болѣе двадцати-пяти отдѣльныхъ примѣровъ презумпцій juris tantum, не включая сюда цѣлаго ряда случаевъ презумпцій juris voluntatis, наше законодательство оказывается весьма бѣднымъ. Никакихъ общихъ положеній, относительно условій допустимости и доказательнаго значенія презумпцій, наше законодательство, какъ я уже сказалъ, также въ себѣ не содержитъ, но въ немъ, по примѣру законодательствъ иностранныхъ, указаны нѣкоторые частные случаи, когда извѣстныя презумпціи не допускаются. Случаи эти слѣдующіе: а) бракомъ не устанавливается общее владѣніе супруговъ въ имуществѣ (ст. 109 X т. 1 ч.); б) молчаніе законнаго наслѣдника при спорѣ сонаслѣдниковъ противъ духовнаго завѣщанія не должно быть принимаемо за отреченіе отъ наслѣдства (ст. 1267 X т. 1 ч.); в) солидарность отвѣтственности должниковъ по обязательству не предполагается, если въ обязательствѣ не выражено положительно, что должники отвѣчаютъ другъ за друга и одинъ за всѣхъ (ст. 1548 X т. 1 ч.); г) прекращеніе договора по взысканіи неустойки не предполагается, если о прекращеніи не выражено прямо въ договорѣ (ст. 1585 X т. 1 ч.); д) право на вознагражденіе въ пользу поклажепринимателей за сохраненіе имущества вообще не предполагается, если о вознагражденіи въ договорѣ ничего сказано не было (ст. 2107 X т. 1 ч.);

е) право на содержаніе и жилище въ пользу нанявшагося не предполагается, если въ договоръ личнаго найма никакого условія объ этомъ правѣ включено не было (ст. 2223 X т. 1 ч.); ж) право передовѣрія за повѣреннымъ не предполагается, если ему это право довѣренностью предоставлено не было (ст. 2329 X т. 1 ч.) и друг. Приведу, впрочемъ, еще одинъ случай, указанный сенатомъ, который говоритъ, что „по закону не предполагается, чтобы переходъ цѣнности въ гражданскомъ оборотѣ происходилъ безвозмездно", въ подкрѣпленіе чего дѣлаетъ ссылку на 574 и 2017 ст. X т. 1 ч. (рѣшеніе 1874 года, № 713).

Относительно презумпцій hominis я долженъ сказать, что всѣ раздѣленія ихъ и правила, выработанныя средневѣковыми юристами, съ цѣлью опредѣленія доказательной силы отдѣльныхъ, установленныхъ ими категорій естественныхъ предположеній, съ паденіемъ системы формальныхъ доказательствъ, утратили въ настоящее время всякое значеніе и, потому, перечисленіе ихъ является безполезнымъ. Напротивъ, современныя законодательства и наука права отказываются совершенно преподать какія-либо руководящія начала для опредѣленія доказательной силы и значенія естественныхъ предположеній въ конкретныхъ случаяхъ, вслѣдствіе слишкомъ большого разнообразія самыхъ обстоятельствъ, дающихъ основанія предположеніямъ, а считаютъ за лучшее предоставить оцѣнку значенія и силы уликъ свободному и благоразумному усмотрѣнію судей, рѣшающихъ дѣло по существу.

Что касается, наконецъ, вообще значенія презумпцій въ системѣ доказательствъ, то, по моему мнѣнію, только естественнымъ предположеніямъ, которыя имѣютъ, какъ доказательство, то же значеніе въ процессѣ гражданскомъ, какое присуще такъ называемымъ косвеннымъ уликамъ въ процессѣ уголовномъ, можетъ быть присвоено, какъ средству, могущему въ извѣстной степени вести къ раскрытію матеріальной истины въ процессѣ, значеніе доказательства и, притомъ, такого доказательства, которое въ нѣкоторыхъ случаяхъ оказывается даже болѣе надежнымъ, чѣмъ доказательства прямыя, какъ, напр., показанія свидѣтелей, какъ это утверждаютъ многіе англійскіе юристы, мнѣнія которыхъ приведены у Уильза (Опытъ теоріи косвен. уликъ, стр. 27 и слѣд.). Напротивъ, на законныя предположенія обоихъ видовъ, не говоря уже о презумпціяхъ juris voluntatis, которыя составляютъ не что иное, какъ jus dispositivum, нельзя, по моему мнѣнію, смотрѣть, какъ на доказательства въ настоящемъ и прямомъ значеніи этого понятія; въ нихъ скорѣе слѣдуетъ видѣть только такія заключенія или положенія закона, которыя ведутъ къ перемѣщенію onus probandi, или лучше сказать, къ перемѣщенію обязанности доказывать со стороны утверждающей о существованіи презюмируемыхъ фактовъ на сторону, отрицающую ихъ существованіе, какъ это замѣтилъ Малининъ (Комментарій къ 366 ст. уст., стр. 80), разумѣется въ тѣхъ случаяхъ, когда опроверженіе ихъ допускается самымъ существомъ презумпціи. (Имѣя въ виду эти соображенія о значеніи законныхъ предположеній, какъ доказательства, я въ правѣ, кажется, былъ указать нѣсколько выше на неточность опредѣленія понятія предположенія итальянскаго уложенія, смѣшивающаго улики съ предположеніями). Какая же, спрашивается, цѣль помѣщенія въ законѣ такихъ положеній? Отвѣчать на этотъ вопросъ нетрудно, потому что самое существо этихъ положеній достаточно обнаруживаетъ и ту цѣль, которую имѣлъ въ виду достигнуть законодатель установленіемъ презумпцій — это желаніе поставить достовѣрность презюмируемыхъ имъ фактовъ внѣ всякаго спора (презумпціи juris et de jure), или по крайней мѣрѣ—до доказательства противнаго, т.-е. до доказательства несоотвѣтствія презумпціи съ матеріальной истиной въ данномъ случаѣ (презумпціи juris tantum), или, наконецъ, съ цѣлью регулированія

частныхъ правоотношеній, самими сторонами достаточно неопредѣленныхъ (презумпціи juris voluntatis). Это ближайшая цѣль установленія законныхъ предположеній, достиженіемъ которой законодатель имѣлъ, однако же, въ виду, какъ мнѣ кажется, главнымъ образомъ, осуществленіе еще и другой цѣли — охраненіе интереса публичнаго: общественнаго и семейнаго спокойствія. Такъ, напр., установленіемъ принципа неопровержимости судебныхъ рѣшеній, законодатель имѣетъ въ виду положить какъ конецъ спорамъ, такъ равно охранить авторитетъ судебной власти, а установленіемъ, напр., презумпціи: всѣ дѣти, рожденныя въ бракѣ, считаются законными, — охранить семейное спокойствіе, потому что такой презумпціей дѣйствительно могутъ быть предотвращены многіе неосновательные споры. Безъ сомнѣнія, во многихъ частныхъ случаяхъ законное предположеніе дѣйствительно можетъ противорѣчить матеріальной истинѣ, что̀, кажется, собственно и даетъ поводъ многимъ юристамъ вовсе отвергать необходимость и полезность презумптивнаго элемента въ правѣ. Изъ нашихъ юристовъ по крайней мѣрѣ Спасовичъ высказываетъ такой взглядъ, въ его статьѣ — „Обзоръ рѣшеній гражд. касс. департ. за 1871—1872 годы," на значеніе законныхъ предположеній: „Юридическія презумпціи суть вообще зло, котораго слѣдуетъ всячески избѣгать. Законовѣдѣніе опирается на костыли, называемые предположеніями, только тогда, когда оно не въ состояніи разрѣшить вопросъ прямо и естественно, а должно разрубить его на угадъ и искусственно" (Журн. гражд. и угол. права 1873 г., кн. 2, стр. 177). Оршанскій въ выше указанной статьѣ его, по моему мнѣнію, съ достаточной ясностью доказалъ несостоятельность подобныхъ взглядовъ на значеніе законныхъ предположеній, и я вполнѣ согласенъ съ нимъ въ томъ, что на развитіе презумптивнаго элемента въ правѣ скорѣе слѣдуетъ смотрѣть, какъ на прогрессъ законодательства, вслѣдствіе чего, наше законодательство, по бѣдности развитія въ немъ этого элемента, должно быть признаваемо однимъ изъ отсталыхъ. Правда, установленіе большого числа презумпцій juris et de jure нельзя не признать вреднымъ, потому что, въ случаяхъ противорѣчія предположенія матеріальной истинѣ и при невозможности опроверженія его, обязательность его можетъ вести къ большой несправедливости, что̀ само по себѣ составляетъ уже большое зло, вслѣдствіе чего, установленіе такихъ предположеній въ законѣ должно ограничиваться только случаями дѣйствительной необходимости, а нормы закона, опредѣляющія эти случаи, должны подлежать ограничительному толкованію. Что же касается презумпцій juris tantum, то большее развитіе ихъ въ нашемъ законодательствѣ нельзя не признать весьма желательнымъ.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

ОТДѢЛЪ ВТОРОЙ.

Порядокъ производства дѣлъ въ окружныхъ судахъ.

ГЛАВА ВТОРАЯ

О доказательствахъ.

	стран.
Предварительныя замѣчанія	1
§ 1. Общія правила	8
§ 2. Показанія свидѣтелей	30
§ 3. Дознаніе черезъ окольныхъ людей	137
§ 4. Письменныя доказательства	161
§ 5. Признаніе	280
§ 6. Присяга	315
§ 7. Общія правила о повѣркѣ доказательствъ	332
§ 8. Осмотръ на мѣстѣ	339
§ 9. Заключеніе свѣдущихъ людей	353
§ 10. Общія правила о повѣркѣ письменныхъ доказательствъ	398
§ 11. Производство по сомнѣнію въ подлинности акта	423
§ 12. Производство по спору о подлогѣ акта	439
§ 13. Предположенія	472