

Проф. М. Т. ЯБЛОЧКОВЪ.

# „Бремя утверждения“

(onus proferendi)

ВЪ ГРАЖДАНСКОМЪ ПРОЦЕССѢ.

1933

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

ПЕТРОГРАДЪ.

Типографія Бр. В. и И. Линникъ, Невскій пр., 126/2.  
1916.

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

## I.

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

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

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

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

Содержаніе, границы и взаимное отношеніе этихъ двухъ

---

<sup>1)</sup> Такова традиціонная, сложившаяся доктрина. Ср. V. *Betzinger*. „Die Beweislast im Zivilprozess. Ein Handbuch für die Praxis. Berlin 1910, стр. 42.

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

опега: *opus proferendi* и *opus probandi*, лежащихъ на сторонахъ процесса, весьма спорны въ научной юриспруденціи.

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

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

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

<sup>1)</sup> *Contra*—немногіе юристы: *Birkmeyer*, *Rosenberg*.

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

<sup>3)</sup> *Dr. Kuhn*. *Die Beweislast*. *Gmürs Abhandl. z. schw. R.* 47 Heft (1912), 3.

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

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

Ученіе R. Schmidt опровергають Leonhard (Beweislast 194) и Kuhn (Beweislast, 3), указывая на то, что, рассуждая такъ, какъ Schmidt, мы должны были бы отрицать всю проблему и обѣ „opus probandi“. На самомъ же дѣлѣ, оба „опера“ относятся не до вопроса: кто утверждаетъ и доказываетъ (съ правовой силой), а—какія послѣдствія наступаютъ, если что-либо не установлено; иначе говоря, важенъ вопросъ—на какую сторону падутъ неблагоприятныя послѣдствія невыясненности извѣстныхъ обстоятельствъ <sup>2) 3)</sup>.

---

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

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

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

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

Если самостоятельное значеніе утверждений иногда игнорируется, это обязано тому, что не всегда эти утверждениа выставляются въ положительной формѣ. Многие утверждаются молчаливо. Напр., притязаніе изъ какой-либо сдѣлки всегда хранитъ въ себѣ утверждение, что на-лицо всѣ ея предположенія. Но если противникъ (напр., отвѣчикъ) положительно поднимаетъ вопросъ по этимъ пунктамъ, тѣмъ самымъ онъ вызываетъ истца къ выставленію положительныхъ утверждений <sup>3)</sup>.

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

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

---

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

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

<sup>3)</sup> *Leonhard*, ук. с. 223, называетъ это „Anregungslast“ отвѣчика, т. е. провокація его къ замѣнѣ молчаливыхъ утверждений положительными.

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

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

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

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

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

„Die Beweispflicht fällt mit der Behauptungspflicht zusammen!“ <sup>3)</sup>

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

---

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

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

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

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

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

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

Такъ, § 286 D. C. P. O. гласитъ:

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

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

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

---

<sup>1)</sup> *H. Kuhn*, ук. с. 5 даетъ такое опредѣленіе Beweislast: „die durch Behauptung, nötigenfalls—Beweis bestimmter Tatsachen abwendbare Gefahr des Unterliegens“.

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

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

Каждая сторона обязана высказаться по поводу утвержденій противника (§ 138 D. C. P. O.). Предметомъ судебного признанія являются утверждаемыя стороной обстоятельства (§ 288 D. C. P. O.), т. е. признаніе есть согласное утвержденіе сторонъ объ извѣстномъ обстоятельстве<sup>1)</sup>.

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

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

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

## II.

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

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

---

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