

Матеріально и процессуально-правовыя основы ученія о распредѣленіи бремени доказыванія.

I.

Юридическая природа института „бремени доказыванія“ (onus probandi) вызываетъ въ научной литературѣ много controverſz.

Одни ученые (Gr. Leonhard) относятъ ученіе объ „onus probandi“ къ матеріальному праву. „Если матеріальное право связываетъ съ извѣстными фактическими предположеніями такое то правовое дѣйствіе,—то отсюда слѣдуетъ, что судья не можетъ провозглашать его, если не даны соотвѣтствующія предположенія. Этотъ ущербъ падаетъ на того, кто требуетъ отъ судьи соотвѣтствующаго правового эффекта и потому долженъ былъ доказать его фактическій составъ“ (стр. 143). „Нѣтъ ни одного положенія процессуальнаго права, которое оправдывало бы особныя правила объ onus probandi. Ученіе объ onus probandi есть обратная сторона (Kehrbild) гражданскаго права“ ¹⁾. Отсюда слѣдуетъ, что изъ гражданскаго кодекса мы узнаемъ тотъ составъ предположеній искомаго права, который долженъ быть доказанъ истцомъ. Истецъ несетъ onus probandi всего фак-

¹⁾ Fr. Leonhard. Die Bewerslast. Berlin. 1904, стр. 143, 246. Отсюда—слѣдующіе выводы: рядомъ съ нормами матеріальнаго права нѣтъ особнхъ правилъ о распредѣленіи доказательствъ.—Важно не то, кто долженъ доказывать, а—что должно быть доказано: onus probandi установленъ разъ на всегда и независимо отъ процессуальнаго положенія.—Тамъ, гдѣ матеріально правовое отношеніе регулируется иностраннымъ правомъ, и lex fori (касательно onus probandi) непримѣнимъ. Примѣнимо тоже иностранное право.

тического состава, который оправдываетъ требуемое правовое дѣйствіе (Wirkung) 1).

Господствующая доктрина смотритъ на дѣло иначе 2). Ученіе объ *onus probandi*—учить она—относится исключительно къ процессуальному праву. Процессуальная природа его явствуетъ изъ того, что все это ученіе связано съ принципомъ состязательности: сами стороны должны приносить матеріалъ, благопріятный для обоснованія ихъ требованій. „*Quod non est in actis, non est in mundo*“.— Къ тому же, ходъ процесса, въ особенности оцѣнка доказательствъ, имѣетъ рѣшающее значеніе для правилъ объ *onus probandi*: этотъ „*onus*“ переходитъ отъ одной стороны на другую, разъ первая представила, по крайней мѣрѣ, такую степень доказанности, которая достаточна для обоснованія извѣстнаго факта.

Въ новѣйшее время, однако, сильно представленное мнѣніе (Betzinger, Kress, Wach, Kuhn, Beck и др.) 3) держится компромиссной точки зрѣнія. Согласно этой теоріи, по своему содержанію, ученіе объ *onus probandi* принадлежитъ матеріальному праву. Лишь матеріальное право

1) Leonhard, ук. с., 79: „Въ дѣйствительности весь составъ предположений существенъ для результата. Если не доказана какая-либо часть,—дѣйствіе всего состава лишь возможно, но не навѣрное. Но простая возможность недостаточна! Если господствующія теоріи удовлетворяются этой возможностью, это приемлемо потому, что остающійся остатокъ состава предположений по большей части вѣроятенъ. Но это—уже та точка зрѣнія, съ которой надо считаться лишь при оцѣнкѣ доказанности фактовъ!“.

2) Dr. C. Reinhold. Die Lehre von dem Klagegrunde, den Einreden und der Beweislast. Berlin, 1838, стр. 64, его же. Zur Lehre von der Beweislast. Zeit. für d. Zpr. XX (1894), 113 сл.,—L. Rosenberg, Die Beweislast. Berlin, 1900, стр. 38;—Brodmann Zur Lehre von der Beweislast. Arch.—Praxis, 98 (1906), стр. 82, 85.

3) A. Wach. Die Beweislast. Zeit. f. ZP. XXIX (1901), 362: „Тема ученія—матеріальнаго содержанія. Но въ то же время это есть процессуальный институтъ“. Kress. Zur Lehre von der Beweislast nach dem BGB. Würzburg. 1899, стр. 8; Betsinger Die Beweislast im Zivilprozess. Berlin. 1904. стр. 12 сл.; Dr. H. Kuhn. Die Beweislast. Gmüßs Abhandl. z. schweiz. Recht. 47 Heft (1912), стр. 14 сл. указываетъ на то, что „*Beweisthema*“ помѣщено въ швейцарскомъ ZGB. (§ 8), а правила „*Beweisführung*“ (Beweis-verfahren,—mittel—kraft)—въ процессуальныхъ законахъ.—H. Beckh. Die Beweislast nach dem BGB. München. 1899, стр. 3.

учить,—какіе факты являются in casu предположеніями наличности искомаго права. Судьѣ важно знать:—достаточно ли для признанія права, если только не установлено не существованіе извѣстнаго факта, или—требуется положительное установленіе спорнаго факта? [Напр., какое значеніе имѣетъ въ процессѣ неясность вопроса объ уплатѣ долга?]. На эти вопросы отвѣты даетъ матеріальное гражданское право. Но на слѣдующій вопросъ: когда выполнены условія, при коихъ судья долженъ считать установленными предпосылки матеріальнаго права, отъ которыхъ зависитъ присужденіе или отказъ въ искѣ [иначе говоря:—какимъ путемъ достигается процессуальное установленіе фактовъ?].—на этотъ вопросъ отвѣчаетъ процессуальное право.

Таковы литературныя мнѣнія по изслѣдуемому вопросу. Теорія (матеріально-правовая) Leonhard'a стоитъ одиноко, служа лишь мишенью для выпадовъ критики со стороны какъ теоретиковъ, такъ и практиковъ. Она не нуждается и въ нашемъ дальнѣйшемъ опроверженіи: вѣдь, она не есть теорія распредѣленія бремени доказыванія. Возлагая весь *onus probandi*, она—очевидно—(какъ и указывалось критикой) вовсе не можетъ претендовать на разрѣшеніе этой проблемы. Послѣдняя же (компромиссная) теорія не совсѣмъ ясно опредѣляетъ роль матеріальнаго права въ ученіи объ *onus probandi*. Вѣдь, нельзя же согласиться съ тѣмъ, что вопросъ о томъ, кому (истцу или отвѣтчику) вредитъ неясность (сомнительность) факта (положительнаго или отрицательнаго); образующаго объективную предпосылку права,—есть вопросъ матеріальнаго права! Гражданскій кодексъ не занимается этими вопросами *ex professo*.

Матеріальное право устанавливаетъ свои объективныя признаки наличности притязанія. Напр., 1) дачу денегъ займа, 2) дѣеспособность должника, 3) невозвращеніе занятой суммы и пр. и пр. Но матеріальное право не призвано (это находить признаніе даже въ Германіи на почвѣ В. Г. В.) заниматься процессуальными проблемами. Подобно доктору, прописывающему больному лекарства и не вмѣшивающемуся въ вопросъ,—какъ его совѣты будутъ исполняться, и какъ его рецепты будутъ изготовляться,—также и гражданскій кодексъ въ силѣ лишь установить матеріально-

правовые, объективные признаки (предпосылки) притязанія: Нѣтъ одного изъ этихъ признаковъ,—нѣтъ и соответствующаго права!

Но что доказываетъ изъ этой массы предпосылокъ истецъ, и что—ответчикъ,—это образуетъ самостоятельную проблему процессуальнаго права, хотя бы для сего судья снова обращался и черпалъ матеріалъ изъ гражданскаго кодекса. Сами приемы расчлененія матеріальнаго права (напр., на нормы праворождающія и право препятствующія) созданы процессуальнымъ правомъ и въ интересахъ разрѣшенія чисто процессуальныхъ вопросовъ. Съ этой точки зрѣнія, проблема объ *onus probandi* есть явленіе процессуальнаго права, хотя она и разрѣшается на основаніи того матеріала, который дается матеріальнымъ правомъ.

Разбираемая контроверза о юридической природѣ ученія объ *onus probandi*—не „академическій вопросъ“ только, а имѣетъ, какъ увидимъ ниже, большое практическое значеніе. Лишь путемъ болѣе углубленнаго анализа научныхъ основъ проблемы объ „*onus probandi*“, и, именно, въ сторону изслѣдованія и уясненія взаимнаго отношенія матеріальной и процессуальной стороны этого процессуальнаго института, мы можемъ пролить свѣтъ на многіе темные вопросы ученія о распредѣленіи бремени доказыванія въ гражданскомъ процессѣ.

II.

1. Право, на которое претендуетъ истецъ, обусловливается:

- 1) наличностью всѣхъ праворождающихъ фактовъ, и
- 2) отсутствіемъ всѣхъ правопрепятствующихъ и правопогашающихъ фактовъ.

Напр., притязаніе изъ даренія предполагаетъ: 1) предложеніе и принятіе даренія, 2) соблюденіе извѣстной формы, 3) отсутствіе фактовъ, препятствующихъ возникновенію обязательства: напр., недѣеспособность контрагентовъ, отсутствіе симуляціи, отсутствіе пороковъ воли и т. п. 4) отсутствіе фактовъ, погашающихъ разѣ возникшее притязаніе: напр., исполненіе обязательства, зачетъ взаимныхъ требованій, прошеніе долга и т. п.

Вотъ всѣ эти (положительныя и отрицательныя) предпосылки, требуемыя матеріальнымъ правомъ для дѣйстви-

тельнаго и наличнаго существованія изв. притязанія, образуютъ матеріальное основаніе иска (*materieller Klagegrund*) ¹⁾.

Строго говоря, судья можетъ присудить искомое притязаніе лишь при томъ условіи, если онъ убѣдился въ дѣйствительномъ и наличномъ его существованіи, т. е. въ наличности всѣхъ правопронзводящихъ фактовъ и отсутствіи всѣхъ правопрепятствующихъ фактовъ. Но если бы судья вадумалъ потребовать отъ истца доказательства всѣхъ этихъ предпосылокъ, истецъ никогда не кончилъ бы тяжбы, и юстиція выродилась бы въ произволъ судьи. Для облегченія правосудія и устраненія произвола судьи, задача судьи должна быть ограничена. Для судьи должна родиться необходимость присудить искомое притязаніе уже при установленности нѣкоторыхъ, точно отграниченныхъ, фактическихъ моментовъ матеріальнаго основанія иска.

Этотъ болѣе узкій кругъ фактовъ, взятыхъ изъ матеріальнаго основанія иска, достаточныхъ для того, чтобы судья могъ постановить рѣшеніе (благопріятное истцу), называется „процессуальнымъ (формальнымъ) основаніемъ иска“ (*prozessualische Klagegrund*) ²⁾.

Согласно господствующему въ теоретической и практической юриспруденціи ученію, истецъ, хотя и ищетъ дѣйствительное, наличное и преслѣдуемое право,—однако, какъ основаніе своего иска, ему надлежитъ привести лишь пра-

¹⁾ Н. Kress. Zur Lehre von der Beweislast nach dem BGB. Würzburg. 1899, стр. 8;—Reinhold. Die Lehre von dem Klagegrunde (1888) стр. 4 рекомендуетъ, вмѣсто этого термина,—лучшій: „предпосылка искового права“—*Voraussetzungen des Klagrechts*.

²⁾ Такое различіе матеріальнаго и процессуальнаго основанія иска проводится единодушно старой литературой. См. Maxen, Ueber Beweislast, Einreden und Exceptionen. 1861, стр. 8 сл.; Gerber. Beiträge zur Lehre vom Klagegrunde und der Beweislast, 1858, стр. 2, Burchardi въ Archiv-Praxis, Bd. 18, стр. 208; T. v. Helmolt. Beitrag zur Lehre des Unterschieds zwischen Klagablegnen und Einreden Giessen 1849, стр. 10. Wetzell System, §§ 16—18; Unger. System des österr. allg. Privatrechts, §§ 123—126, 129, 130; I. Plank. Lehrbuch, I 260; Bd. II (1896), стр. 29; Thon. Rechtsnorm und subjectives Recht. V, § 13, стр. 267; Hugo Kress. ук. с. 8 сл.; Н. Hamburger Die Beweislast bei der negativen Feststellungsklage. München, 1894, стр. 0, сл.; Reinhold, ук. с. („Die Lehre“...), 2; Beckh, ук. с. § 1, стр. 1, 7 сл.

ворождающіе факты (rechtserzeugende Tatsachen). „Процессуальное основаніе иска“ и есть „совокупность правововажныхъ фактовъ, закономъ требуемыхъ и обычно достаточныхъ непосредственно для возникновенія этого искового права“ ¹⁾.

Т. о., матеріальное и процессуальное основанія иска образуютъ два концентрическихъ круга неравной величины, изъ коихъ меньшій кругъ образуетъ процессуальное, а большій—матеріальное основаніе иска. Факты, заполняющіе пространство между этими двумя кругами (т. е. факты матеріальнаго основанія иска, не подлежащіе къ процессуальному основанію иска), образуютъ область возраженій (Einredethatsachen). Если эти послѣднія установлены на судѣ, истцу въ искѣ должно быть отказано, хотя бы онъ доказалъ процессуальное положеніе иска ²⁾.

Проблема объ „onus probandi“ и сводится къ выясненію того,—гдѣ должны быть проложены границы на безбрежно широкомъ полѣ матеріальнаго основанія иска (или возраженія); въ предѣлахъ коихъ очерчивается процессуальное основаніе иска. Эту границу мы можемъ назвать „границей познанія“ (сужденія) (Erkennungsschranke). Тѣ правила, которыя указываютъ намъ, гдѣ въ матеріальномъ основаніи иска (или возраженія) должна быть проложена „граница познанія“, составляютъ содержаніе общихъ правилъ объ „onus probandi“ ³⁾.

¹⁾ I. Plank. Lehrbuch, I, 260; II, 39: Klaggrund ist der Inbegriff der unmittelbar erheblichen, gesetzlich erforderlichen und regelmässig ausreichenden Entstehungsthatfachen des Rechts.

²⁾ Но и правополагающее или правопрепятствующее дѣйствіе многихъ фактовъ возраженій (Einredethatsache), въ свою очередь, зависить отъ ряда положительныхъ и отрицательныхъ предпосылокъ. И здѣсь, влѣдствіе невозможности установить въ процессѣ отутствіе всѣхъ мыслимыхъ препятствующихъ условій, необходимо различать: матеріальное основаніе возраженія (materielle Einredegrund) и процессуальное основаніе возраженій (prozessualische Einredegrund).

³⁾ Этой концепціи проблемы объ onus probandi нѣсколько не противорѣчитъ та безспорная и ходячая истина, что правила объ onus probandi служатъ средствомъ побѣдить судейское „non iquet“. Значеніе этихъ правилъ опредѣляется тѣмъ, что судейское non iquet проявляетъ себя, какъ до, такъ и послѣ про-

2. Изъ вышеизложеннаго явствуетъ, что изъ того сообщенія, что весь фактическій составъ предположеній искомаго права необходимо важенъ для результата:—существованія (Existenz) права,—отнюдь нельзя дѣлать вывода (вмѣстѣ съ Leonhard-омъ), что весь этотъ составъ лежитъ на *onus proferendi* и *onus probandi* истца. Господствующая теорія учить, что истецъ долженъ доказать лишь существенную часть этого состава (*einen gewissen Ausschnitt*—по выраженію Leonhard-a).

Этому не противсрѣчить требованіе, чтобы фактическое основаніе иска (*Klagegrund*) было представлено полно (*vollständig*). Какъ разъ, это и имѣетъ мѣсто—говорятъ I. Plank (*Lehrbuch*, II, 29) и Bethmann-Hollweg (*Versuche*, 350),—если истецъ утверждаетъ столько фактовъ, что изъ нихъ, предполагая ихъ правдивость, можетъ быть выведено существованіе утверждаемаго въ исковомъ прошеніи права. Но, чтобы убѣдить судью въ существованіи искомаго права, онъ отнюдь не обязанъ приводить такое количество фактовъ, чтобы исключалась даже возможность его несуществованія. Достаточно привести столько фактовъ, чтобы, исходя отъ общаго житейскаго опыта, казалось заключеніе о несуществованіи искомаго права неосновательнымъ. Посему, для полноты (*Vollständigkeit*) основанія иска достаточно утвержденія непосредственно важныхъ фактовъ, закономъ требуемыхъ и обычно достаточныхъ для возникновенія этого искомаго права. Разъ возникшее право несетъ въ себѣ способность къ длительному существованію, а посему судья въ правѣ и обязанъ изъ факта возникновенія права въ прошломъ заключить, по общему житейскому опыту, о существованіи его въ настоящемъ ¹⁾.

песса. Судья долженъ рѣшить—къ невыгодѣ того, на чьей сторонѣ лежалъ *onus probandi*.—Согласно господствующей точкѣ зрѣнія „*non liquet*“ возможно (т. е. судья дозволено остаться въ сомнѣніи) и касательно правопронизводящаго и правопрепятствующаго факта.

¹⁾ Эта теорія (*Fortdauertheorie*) учить, что судья долженъ исходить изъ того, что разъ возникшее соотояніе длится столь долго, пока не доказана причина, кладущая конецъ этому соотоянію. Различные ученые различно пытались обосновать это положеніе. Одни (Puchta, Schneider, Martinius, Beckh, Belzinger и др.),

Одна абстрактная возможность болѣе поздняго погашенія права для него безразлична и не принимается въ уваженіе при составленіи заключенія. Посему, не дѣло истца—утверждать отсутствіе какихъ либо фактовъ погашенія права (н пр., неуплата долга). То же надо сказать о фактахъ препятствующихъ возникновенію права (напр., недѣеспособность контрагента).

Но если, т. о., процессуальное основаніе иска ограничивается кругомъ праворождающихъ фактовъ, то возникаетъ вопросъ: какіе же, именно, факты должны быть отнесены къ этой категоріи? Намъ думается, что отвѣтъ на этотъ вопросъ дается слѣдующими соображеніями. Субъективное право обусловлено наличностью предпосылокъ: 1) подтверждающихъ существованіе права, и 2) отрицающихъ существованіе права¹⁾. Къ первымъ относятся (тѣмъ самымъ мы переходимъ къ процессуальной сторонѣ осуществленія субъективнаго права) тѣ предположенія, неустановленность, т. е. сомнительность коихъ—(не надо непременно опредѣленности въ несуществованіи ихъ!) влечетъ за собою то, что право не можетъ быть признано. Напр., фактъ дачи денегъ въ заемъ. Вотъ, эти факты (положительные и негативные), которые должны быть процессуально установлены, дабы право могло быть присуждено, образуютъ

вслѣдъ за глоссаторами, исходятъ изъ житейскаго предположенія (Vermuthungstheorie), что разъ возникшее состояніе должно длиться впредь. Другіе (Kress, Reinhold, Leonhard) оспариваютъ эту презумпцію. При измѣнчивости людскихъ отношеній („все течетъ“) и при назначеніи всѣхъ правоотношеній къ гибели, такая презумпція является совершенно произвольной. Эти ученые ищутъ обоснованія теоріи: или 1) въ принципѣ состязательности: каждая сторона доказуетъ факты ей благопріятные (Reinhold) или 2)—въ принципѣ: *da mihi factum, dabo tibi jus*: „существованіе права“ есть логическая операция, а истецъ доказываетъ лишь факты (Brodmann), или 3)—въ правилахъ оцѣнки доказательствъ (Leonhard), или 4)—въ ученіи о причинной связи: нѣтъ измѣненій въ внѣшнемъ мірѣ безъ достаточной причины: „принципъ покоя“ (Martinius, Kress) или „принципъ достаточнаго основанія“ (Fitting)—или 5) въ общихъ соображеніяхъ справедливости: невозможности требовать отъ истца доказательства отсутствія всѣхъ мыслимыхъ возможныхъ основаній погашенія права (Burckhard, Langenbeck), или—6) вообще въ идеѣ „Natur der Sachen“ (Martinius).

¹⁾ Beckh, ук. с., § 1, стр. 1 сл.

предпосылки, подтверждающія существованіе права. Ко второй категоріи относятся факты (полож., негативн.), сомнительность (неустановленность) коихъ имѣетъ совершенно другое послѣдствіе. Напр., фактъ неплати долга. Если паличность этихъ послѣднихъ фактовъ только сомнительна [—не требуется непременно установленія ихъ наличности!],—искомое право должно быть присуждено. Эти факты образуютъ предпосылки, отрицающія существованіе права.

Отсюда ясно, что для побѣды истцу достаточно установленія лишь первой категоріи фактовъ. Неустановленность (сомнительность) второй категоріи фактовъ ему не повредить.

Углубляя анализъ содержанія этихъ типовъ предпосылокъ (праворождающихъ, правопогашающихъ), господствующая нынѣ теорія¹⁾ относитъ: 1) къ первой категоріи—специфическія предположенія возникновенія права, а—2) ко второй категоріи—общія (allgemeine) предположенія возникновенія права.

„Специфическіе факты возникновенія суть факты, которые имѣютъ послѣдствіемъ возникновеніе права, т. е. они суть непосредственныя, существенныя условія, свойственныя данному конкретному правоотношенію. Такъ, напр., къ „специфическимъ условіямъ“ договора купли—продажи принадлежитъ соглашеніе о 1) предметѣ, 2) цѣнѣ, 3) прочихъ договорныхъ условіяхъ договора (pacta adjecta). Onus probandi по нимъ лежитъ на истцѣ²⁾. Для дѣйствительности договора, нужны еще многія другія условія: дѣеспособность лицъ, оборотоспособность вещи, совпаденіе воли и заявленія. Но эти послѣднія условія не

¹⁾ E. Brodmann. Vom Stoffe des Rechts und seiner Struktur. Das Recht im Prozess. Berlin, 1897, стр. 110; Kress, ук. с. 47; Reinhold, ук. с. 35; Bethmann-Hollweg. Versuche, 350.—Той же теоріи держатся: Wetzell, Heffter, Unger, Savigny, Plank, Arndts, Fitting, Römer, A. Wach. Такъ же: Motiven zu §§ 193—195 Entw. eines bürgerl. GB. Bd. I, стр. 382.

²⁾ Unger. System, § 123, стр. 454. Истецъ долженъ утверждать и доказывать лишь такіе факты, „welche die specifischen Entstehungsgründe des behaupteten Rechts seien“. Cp. l. 5 pr. D. 22. 3. Ab ea parte quae dicit, adversarium suum aliquo jure prohibitum esse, specialiter lege vel constitutione, id probari debere“.

свойственны лишь куплѣ--продажѣ, а общи всѣмъ договорамъ. Вотъ, эти общія предположенія силы юридической сдѣлки не принадлежать къ праворождающимъ фактамъ, и *onus probandi* по нимъ лежитъ на отвѣтчикѣ.

Почему это такъ? Вслѣдъ за Bethmann-Hollweg (*Versuche*, 350), господствующая доктрина учитъ, что „специфическіе факты возникновенія права“ дѣйствуютъ, какъ непосредственная основа даннаго понятія, по общему правилу (*in der Regel*). Прочія условія суть исключенія (*Ausnahme von der Regel*), которыя должны быть доказаны тѣмъ, кто на нихъ ссылается. Болѣе глубокое обоснованіе этой теоріи дали Савиньи и Пухта. Основное понятіе всякаго права—говорятъ они—есть свобода. Задача и цѣль положительнаго права—не угнетать или задерживать развитіе гражданскаго общества, а—регулировать его, защищать и тѣмъ самымъ содѣйствовать его развитію. Но основа жизни и развитія оборота есть дѣеспособность людей (т. е. дарованная правомъ свобода дѣйствія съ правовымъ эффектомъ). Поэтому, она образуетъ (само собою предполагающееся) правило. То же надо сказать объ оборотоспособности вещи, о совпаденіи воли и заявленія.

3. На основаніи вышеизложеннаго, мы получаемъ надежный критерій для распредѣленія бремени доказыванія между сторонами. Разсмотримъ—въ видѣ иллюстраціи къ сказанному—нѣсколько типовъ исковъ ¹⁾.

I. Вещные иски.

Сущность вещнаго права заключается въ (полномъ или частичномъ) господствѣ надъ вещью. Сколь долго никто не нарушаетъ это господство, уполномоченный имѣетъ то, что онъ можетъ требовать, въ силу своего вещнаго притязанія. На что ему жаловаться, при этихъ условіяхъ? Лишь съ момента нарушенія права, рождается у вещью управомоченнаго право на искъ (*Klagrecht*) противъ опредѣленнаго лица на опредѣленное удовлетвореніе. Такъ рождается „*rei*

¹⁾ Къ послѣдующему см. *Reinhold*, ук. с. 67 сл.

vindicatio“, actio negatoria, actio confessoria, actio pignoratitia, hereditatis petitio.

Т. о., во всѣхъ вещныхъ искахъ утверждение правонарушенія принадлежитъ къ „процессуальному основанію иска“. Напр., для обоснованія rei vindicatio (кромѣ требуемаго доказательства пріобрѣтенія собственности), необходимо утверждение, что отвѣтчикъ и въ настоящее время (т. е. къ моменту *litis contestatio*) владѣетъ вещь. [Недостаточно доказательства, что отвѣтчикъ когда то въ прошломъ владѣлъ вещью].

II. Личные иски изъ договоровъ.

Здѣсь надо различать,—что составляетъ предметъ притязанія: 1) упущеніе (*ommissio*) или дѣйствіе (*commissio*): *dare, facere*. Къ обязательствамъ упущенія примѣнимо то, что сказано о вещныхъ притязаніяхъ: управомоченный удовлетворенъ столь долго, покуда что либо не случится, чѣмъ нарушается его право. Здѣсь процессуальное основаніе иска состоитъ изъ: 1) факта, на коемъ покоится обязанность (договоръ) и 2) факта нарушенія отвѣтчикомъ его обязанности.—Въ обязательствахъ, имѣющихъ предметомъ положительныя дѣйствія, „*actio nata est*“ уже съ того момента, когда наступилъ срокъ исполненія (—конечно: „*quod sine die debetur, statim debetur*“¹⁾). Особого правонарушенія (напр., положительный отказъ должника, безрезультатная *interpellatio* кредитора)—здѣсь не требуется. Правонарушеніе содержится въ самомъ неисполненіи положительнаго дѣйствія. Неисполненіе равнозначуще здѣсь съ продолженіемъ дѣйствія (*Fortbestehen*) обязательства. Это значитъ, что правонарушеніе не нуждается особо въ доказательствахъ, ибо оно совпадаетъ съ продолженіемъ правонарушенія¹⁾. Посему, процессуальное основаніе иска охватываетъ здѣсь лишь: 1) фактъ договора, 2) возникновеніе требованія (напр., истеченіе срока, наступленіе условія).

¹⁾ См. Savigny. System, V, §§ 239—241; стр. 280—312; Его же Obligationenrecht, Bd. I, стр. 296 сл.

Но все сказанное оправдывается лишь въ такихъ договорныхъ отношеніяхъ, въ конхъ исполненіе (solutio) влечетъ за собою погашеніе правоотношенія. [Напр., возвращеніе долга по займу, возвратъ взятой на прокатъ вещи, уплата покупной суммы и пр.]. Истецъ, представляя доказательства возникновенія долга, исполняетъ все, что на немъ лежитъ, касательно *onus probandi*. Иное мы должны сказать въ тѣхъ случаяхъ, когда мы, по самому свойству договорныхъ отношеній, имѣемъ длящееся исполненіе однимъ контрагентомъ своихъ (самыхъ разнообразныхъ) обязанностей передъ другимъ! Напр., договоръ аренды. Арендаторы истощаютъ землю, неаккуратно платятъ деньги, — расхищаютъ данный имъ инвентарь, и, наконецъ, самовольно покидаютъ снятую въ аренду землю. Хозяинъ предъявляетъ искъ объ убыткахъ. Онъ долженъ утверждать и доказать всѣ тѣ правонарушительные факты, которые, по его мнѣнію, даютъ ему право требовать возмѣщенія убытковъ, уплаты неустойки и пр. Ибо здѣсь исполненіе обязанности (хорошаго обращенія съ вещью) не вызываетъ погашенія долговыхъ отношеній. Если бы хозяинъ вздумалъ ограничиться представленіемъ суду лишь 1) аренднаго договора и 2) требованія убытковъ, не субстанціировавъ ближайшимъ образомъ своего требованія, то и противнику его и суду было бы невразумительно — какіе факты инкриминируются отвѣтчику и противъ чего этотъ послѣдній долженъ защищаться. Не можетъ же, въ самомъ дѣлѣ, отвѣтчикъ опровергать и защищаться противъ всѣхъ мыслимо возможныхъ правонарушительныхъ фактовъ! И если истецъ даже точно укажетъ ему инкриминируемые факты (напр., зараженіе лошадей хозяина сапомъ), мы не можемъ сказать, что исполненіе этой обязанности должникомъ (не заражать лошадей сапомъ) ожидалось отъ него, и „до тѣхъ поръ, пока не доказано исполненіе этой обязанности, продолжается (fortdauert) соотвѣтствующее (неисполненное) правоотношеніе“!

Еще примѣръ. Прокать верховой лошади. Лошадь должна быть 1) возвращена, 2) въ неповрежденномъ видѣ. Если хозяинъ манежа требуетъ возврата взятой лошади, онъ доказываетъ лишь договоръ (а не — невозвращеніе). Но если онъ ищетъ убытки отъ поврежденія лошади, онъ дол-

женъ это доказать, ибо это есть новый фактъ, обосновывающій его претензію. О „продолженіи“ (Fortdauer) возникшаго правоотношенія здѣсь, конечно, не можетъ быть и рѣчи ¹⁾.

Надо ли причислить къ „процессуальному основанію“ иска, направленного на исполненіе содержанія договора (напр., поставка извѣстнаго товара, возвращеніе взятой на прокатъ вещи), моментъ виновности должника? Надо замѣтить, что неосторожность должника ни въ чемъ не измѣняетъ его обязанности исполненія. Невиновная (случайная) невозможность исполненія есть основаніе для расторженія (Aufhebungsgrund) правоотношенія. Отсюда ясно, что истецъ не долженъ доказывать, что неисполненіе послѣдовало, или исполненіе сдѣлалось невозможнымъ, вслѣдствіе вины должника. Дѣло должника — доказать случай. Это бесспорно при требованіи исполненія обязательства. Но тѣ же основанія разумны и въ томъ случаѣ, если кредиторъ, вмѣсто исполненія, требуетъ возмѣщенія убытковъ! Многіе юристы почему то требуютъ здѣсь доказательства виновности должника. Но не понятно, — почему истецъ долженъ быть поставленъ здѣсь въ худшее положеніе! Вѣдь, возмѣщеніе убытковъ есть

¹⁾ Contra: E. Martinus. Behauptungs- und Beweislast bei der Negative und dem bedingten Vertrage. Berlin. 1902, стр. 45. Его исходная точка зрѣнія: принципъ — „negativa non probantur“. Но несостоятельность его теоріи вытекаетъ изъ его же примѣра. По квартирному договору на квартиранта возлагаются безчисленныя обязанности къ извѣстнымъ дѣйствіямъ (чистить улицы, мести лѣстницы, освѣщать сѣни, дома и пр.) и оговорено право расторженія договора при неисполненіи любой изъ этихъ обязанностей. — Если домохозяинъ, требующій расторженія договора, ссылается только на „кв. договоръ“, то — по теоріи Martinus, — судья долженъ исходить отъ предположенія, что отвѣтчикъ систематически упускалъ исполнять каждую изъ этихъ обязанностей, — покуда квартирантъ не будетъ утверждать (и докажетъ) исполненіе соответствующей обязанности! Явный абсурдъ! Onus probandi здѣсь лежитъ на истцѣ, ибо самъ кв. договоръ, какъ таковой, не есть праворождающій фактъ для его расторженія! Авторъ, стр. 45, не останавливается передъ нелѣпыми выводами своей теоріи и коррективомъ противъ злоупотребленія правомъ молчать выставляетъ надежду на „Anstands- und Opportunitätsrücksichten“ (!).

эквивалентъ требованія исполненія обязательства въ натурѣ ¹⁾.

III. Деликтные иски.

Тогда какъ въ договорныхъ отношеніяхъ договоръ образуетъ праворождающій фактъ,—въ деликтахъ эту роль играетъ моментъ вины (*culpa*), каковой поэтому и входитъ въ составъ процессуальнаго основанія иска. Въ самомъ дѣлѣ, въ внѣдоговорной области убытокъ можетъ послѣдовать: 1) по неосторожности отвѣтчика, 2) по винѣ самого потерпѣвшаго, 3) вслѣдствіе случая (*casus, vis major*). Изъ всѣхъ этихъ возможностей каждая имѣетъ притязаніе на вѣроятіе. *Damnum sentit dominus*—есть основной принципъ гражданского права. Поэтому, истецъ долженъ привести данныя, что двѣ послѣднія возможности исключены, т. е. дѣйствию указаннаго принципа нѣтъ мѣста въ данномъ случаѣ.

Правда, въ практической юриспруденціи (въ томъ числѣ и русской) ²⁾ защищается иное распредѣленіе бремени доказыванія. Съ точки зрѣнія объективной, внѣшней,—самъ фактъ причиненія убытка служить показывателемъ виновности дѣятеля. Вотъ почему, доказательства виновности, въ смыслѣ упречности воли дѣятеля, не требуются: довольствуются доказательствомъ причинной связи между неправомѣрнымъ сознательнымъ дѣйствіемъ лица и возникшимъ убыткомъ. Учинителю извѣстнаго правонарушенія—говорить это ученіе—легче и удобнѣе представить соотвѣтствующія своимъ интересамъ доказательства. Вѣдь, дѣло идетъ о его собственныхъ дѣйствіяхъ! Ему лучше извѣстны тѣ условія и обстоятельства, при коихъ онъ дѣйствовалъ. Онъ и долженъ доказывать свою невиновность, или—вѣрнѣе, акскульпирующие его обстоятельства ³⁾.

¹⁾ Это обстоятельно развито W. Gautschi—*Beweislast und Beweiswürdigung bei freiem richterlichen Ermessen*. Zürich, 1913 г. стр. 25.

²⁾ Такова практика Правит. Сената. Кас. Рѣш. 1870/1132; 1871/1125 1876/114; 1883/8; 1888/65.

³⁾ См. проф. Б. Поповъ. Распредѣленіе доказательствъ между сторонами въ гражданскомъ процессѣ. Харьковъ, 1905 г., стр. 46.

Намъ, однако, думается, что такое разсужденіе поконится на смѣшеніи понятій! Часто виновность вытекаетъ изъ самого дѣянія и сопровождавшихъ его обстоятельствъ. Но это—данныя „опыта жизни“, не имѣющія вліянія на *onus probandi*, а вліяющія лишь на способъ доказыванія (*Beweisführung*)¹⁾.

Т. о., несомнѣнно, что, на ряду съ 1) правонарушительнымъ фактомъ, 2) причинной связью между дѣяніемъ и убыткомъ, и—3) ви на делинквента входитъ въ составъ процессуальнаго основанія иска.

IV. Наслѣдственные иски (*hereditatis petitio*).

Право на законное наслѣдованіе имѣютъ ближайшіе по крови родственники умершаго. Ближайшій родственникъ исключаетъ дальнѣйшаго. Фактъ ближайшихъ родственныхъ отношеній принадлежитъ къ матеріальному основанію иска. Но если два лица спорятъ о порядкѣ законнаго наслѣдованія, то къ процессуальному основанію иска принадлежитъ лишь утвержденіе, что истецъ вообще состоитъ въ родствѣ съ наслѣдодателемъ, а не то, что онъ „ближайшій родственникъ“. Дѣло отвѣтчика, возражая, доказать свое ближайшее родство²⁾.

V. *Condictio causa data causa non secuta*.

Въ литературѣ идетъ споръ: истецъ ли долженъ доказывать неосуществленіе *causae datae* (напр., ненаступленіе событія брака) или отвѣтчикъ долженъ доказывать исполненіе ея? Надо исходить изъ того, что, по волѣ обѣихъ сторонъ, ожидаемое будущее событіе (напр., свадьба при „*donatio ante nuptias*“, l 15, 16 C. 5.3) должно образовать основаніе обязанности (*Verpflichtungsgrund*) для дающаго и основаніе приобрѣтенія (*Erwerbsgrund*)—для получающаго. Значить,—сколь долго это событіе не наступило,—на сторонѣ, получившаго лежитъ неосновательное обогащеніе, которое есть основаніе для *condictio*³⁾. Лишь съ момента

¹⁾ См. нашу статью: „Понятіе доказательства въ германскомъ процессѣ“, имѣющую вскорѣ появиться въ печати.

²⁾ Reinhold, ук. с. 88, относитъ это возраженіе къ такъ называемымъ „*Reinzerstörende Thatsachen*“.

³⁾ Reinhold, ук. с. 116: „*Das Klagefundament ist das von vorn herein grundlose Haben auf Seiten des Beklagten*“. Здѣсь же, прим. 1, приведена литература вопроса.

исполненія ожидаемаго условія, контрагентъ получаетъ право на данное ему. Съ этой точки зрѣнія, не истецъ долженъ утверждать и доказывать не исполненіе условія, а, — отвѣтчикъ обязанъ къ этому, касательно исполненія условія. Посему (отрицательный) фактъ: „бракъ не послѣдовалъ“ входитъ въ матеріальное основаніе иска, но онъ не входитъ въ процессуальное основаніе иска.

III.

1. Соотвѣтственно различенію между матеріальнымъ и процессуальнымъ основаніемъ иска, намъ надлежитъ различать и матеріальную и процессуальную стороны и въ тѣхъ формахъ, въ которыхъ совершается собираніе фактическаго процессуальнаго матеріала и которыхъ обозначаются терминами: 1) бремя утвержденія (*onus proferrendi*)¹⁾ и 2) бремя доказыванія (*onus probandi*), лежащія на сторонахъ процесса.

Такъ какъ нынѣ господствующая доктрина отрицаетъ необходимость внесенія въ понятіе этихъ „*opera*“ личнаго субъективнаго элемента, т. е. не понимаетъ „*onus*“, какъ личную обязанность данной стороны утверждать и доказать извѣстный фактъ, а снабжаетъ, наоборотъ, правовой силой всякое правововажное обстоятельство, — независимо отъ того, какая изъ сторонъ его внесла въ процессъ (своимъ утвержденіемъ или доказательствомъ), и даже независимо отъ того, — какимъ путемъ этотъ фактъ былъ установленъ на судѣ²⁾, — то ясно, что опасность (*periculum*) того, что извѣстное обстоятельство не будетъ внесено (ни судомъ, ни противникомъ) въ процессъ образуетъ матеріальный *onus proferrendi*, лежащій на извѣстной сторонѣ въ процессѣ. Тѣ условія, при коихъ наступаетъ личная необходимость выставить соотвѣтствующія по-

¹⁾ Martinius, ук. с. 4, такъ опредѣляетъ „*Behauptungslast*“: „Die dem Rechtssuchenden gesetzlich auferlegte Last, die im Interesse des Durchdringens mit seinem Antrage in einem prozessualen Verfahren erforderlichen thatsächlichen Behauptungen aufzustellen“.

²⁾ См. нашу статью: „Бремя утвержденія (*onus proferrendi*) въ гражданскомъ процессѣ“, „Вѣстникъ Гражданскаго Права“, 1916 № 4, стр. 37.

ложительныя утверждєнія, образуютъ процессуальный *onus proferendi*. [Объ матеріальномъ и процессуальномъ *onus probandi*, см. ниже: IV].

Этотъ процессуальный *onus proferendi* наступлетъ: 1) если соотвѣтствующее правововажное обстоятельство не было установлено на судѣ въ результатѣ повѣрки доказательствъ (по инымъ вопросамъ) ¹⁾ 2) если соотвѣтствующее утверждєніе не было уже выставлено противникомъ на судѣ („антиципированное судебное признаніе“) ²⁾ 3) если соотвѣтствующее обстоятельство не устанавливается—*a priori*—законной презумпціей ³⁾ или ноторностью (*notoria non egent probatione*) ⁴⁾.

2. Соотвѣтственно проводимому нами различію между матеріальнымъ и процессуальнымъ основаніями иска, и утверждєнія той или другой стороны въ процессъ могутъ быть гораздо богаче и полнѣе, чѣмъ лежащій на этой сторонѣ кругъ доказуемыхъ фактовъ. Сторона, напр., можетъ утверждать отсутствіе пороковъ воли у контрагента, оборотоспособность вещи и пр., т. е. такіе (отрицательные) факты, которые входятъ въ матеріальное основаніе иска. Для *onus probandi* безспорно это не имѣетъ значенія, ибо для этого „бремени“ важно не то, что сторона фактически утверждаетъ, а то, что она должна утверждать для обоснованія своего требованія ⁵⁾.

¹⁾ См. цит. наш у статью въ „Вѣстн. Гражд. Права“, 1916 г. № 4 и 5.

²⁾ См. наши статьи: „Матеріальные признаки судебного признанія“ въ „Журн. Мин. Юстиціи“ 1915 г. № 3, стр. 103 сл., и „Недостаточное обоснованіе требованія (иска или возраженія) въ „Вѣстн. Гражд. Права“, 1916, № 5.

³⁾ Contra: Beck h, ук. с. 90; особенностью презумпцій (*juris*) онъ выставляетъ то, что здѣсь процессуальный *onus proferendi* не соотвѣтствуетъ безусловно матеріальному *onus probandi*. Презюмированный фактъ долженъ быть утверждаемъ заинтересованной стороной (или противникомъ).

⁴⁾ См. нашу статью: „Бремя утверждєнія“, Вѣстн. Гр. Права 1916, № 5.

⁵⁾ М. Pagenstecher, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft, Berlin, 1905, стр. 186, выставляетъ оригинальную теорію: судья самъ отъ себя дополняетъ процессуальный матеріаль предпосылками, необходимыми для признанія права дѣйствительнымъ и сущест-

Господствующая теорія, однако, настаивающая на томъ, что бремя утвержденья всегда совпадаетъ съ бременемъ доказыванія ¹⁾, не могла справиться съ тѣмъ явленіемъ, что сторона, ищущая извѣстное право, домогается права, какъ теперь существующаго, т. е. утверждаетъ непогашеніе разъ возникшаго (Fortbestehen) права. Напр., предъявляя искъ изъ займа, истецъ заявляетъ: „такого то числа г. Х. занялъ у меня 100 рублей и до сихъ поръ ихъ не вернулъ“. А между тѣмъ, фактъ погашенія долга, по общепризнаваемому взгляду, доказываетъ отвѣтчикъ ²⁾. Здѣсь утвержденье (наличнаго существованія права) стороны не совпадаетъ съ объемомъ ожидаемаго отъ нея доказательства (—возникновеніе права въ прошломъ). Получается явный разладъ между „*onus proferrendi*“ и „*onus probandi*“—наперекоръ господствующей доктринѣ, отрицающей возможность такого разлада.

Въ литературѣ и практической юриспруденціи не было недостатка въ попыткахъ объяснить это противорѣчіе. Такъ, германскій Рейхсгерихтъ (Entsch.-Bd. IX, № 98, стр. 339) говорить: „Если руководящій принципъ выражаютъ такъ,

существующимъ, разъ онъ не утверждались сторонами; напр., дѣеспособность контрагентовъ, неуплата долга и т. п. „По дѣйствующему праву, судья долженъ выполнить утвержденія сторонъ и, т. о., возстановить тотъ комплектъ фактовъ, который позволяетъ ему правовое подведеніе ихъ подъ определенное рѣшеніе“.

¹⁾ Unger. System des österr. allg. Privatrechts, II, стр. 450: „Обязанность доказывать идетъ рука объ руку съ обязанностью приведенія фактовъ. Если обычно спрашиваютъ: что должна доказывать каждая сторона,—это объясняется тѣмъ, что не утвержденіе, а лишь доказательство есть настоящее бремя. Обязанность доказать есть послѣдствіе обязанности утвержденія. Не потому сторона должна утверждать, что она должна доказывать, а—наоборотъ—то что сторона должна утверждать, она, въ случаѣ надобности, должна и доказывать“. Windscheid. Pand. I, § 113, Anm. 4: „То что обычно называется вопросомъ объ „*onus probandi*“, есть собственно вопросъ о бремени утвержденія“. Вопросъ—которая сторона доказываетъ—сводится къ вопросу: „*ob eine Tatsache zu den Klage—(Replik) Tatsachen oder zu den Einrede—(Duplik) Tatsachen gehöre*“.

²⁾ Contra одинъ лишь Leonhard, ук.-с. 357. Неуплата долга—„*Tatbestand-Merkmal des klägerischen Anspruchs bildet*“. Поэтому, *onus probandi* падаетъ на истца.—Но германская судебная практика держится иного воззрѣнія (Einredetheorie).

что истецъ долженъ доказать „основаніе своего иска“, то подъ основаніемъ иска надо понимать основаніе осуществляемаго искомъ притязанія. И нельзя отождествлять матеріальное бремя утвержденія и доказыванія съ процессуальной обязанностью связнаго показанія обстоятельствъ дѣла (prozessuale Darlegungspflicht).

Итакъ, Рейхсгерихтъ различаетъ „Behauptungs“—и „Darlegungspflicht“—Послѣднее необходимо для связи, для того, чтобы сдѣлать болѣе понятнымъ для судьи требованія истца, для уразумѣнія логической связи излагаемаго; но оно не есть то „утвержденіе“, которое доказывается ¹⁾.

Надо, однако, замѣтить, что терминъ „Darlegungspflicht“ въ научномъ языкѣ процессуалистовъ не привился. Другіе юристы пытались замѣнить это понятіе выраженіями: „общее утвержденіе“ истца ²⁾, или — „фактическія утвержденія“ ³⁾, или „молчаливое утвержденіе“ ⁴⁾. Ко всѣмъ этимъ попыткамъ умѣстно замѣчаніе Martinius-a (ук. с., 44): „бремя, которое можно и не нести, не давить, а потому и не является таковымъ“ ⁵⁾.

Несостоятельно объясненіе Reinhold, ук. с., 32: истецъ обязанъ привести лишь праворождающіе факты. „Но этимъ мы отнюдь не желаемъ сказать, что истецъ не долженъ

1) То же понятіе „prozessuale Darlegungspflicht“ вводитъ въ юридическій обиходъ Leonhard, ук. с. 195.

2) Unger, System, II, 365, 451.

3) Rosenberg. Die Beweislast, 51: „factische Behauptungslast“.

4) Kress, ук. с. 124: „Въ утвержденіи процессуальнаго основанія иска и въ требованіи о присужденіи всегда лежитъ молчаливое утвержденіе того, что искомое право существуетъ въ настоящемъ. Во всякомъ случаѣ доказывать такое утвержденіе онъ не обязанъ. Но какую цѣнность можетъ имѣть утвержденіе при этихъ условіяхъ!“—Reinhold, ук. с. 33: „Утвержденіе, что право истца еще существуетъ, лежитъ уже въ самомъ предъявленіи иска, и, именно, въ искомомъ требованіи, напр.—исполненія обязательства“. Ср. I. Plank, Lehrbuch, I, 400. Въ требованіи истца о присужденіи лежитъ утвержденіе существованія принадлежности ему противъ суда права. Именно—права требовать теперь же соотвѣтствующаго присужденія. Это есть „formelle Grundlage“ иска,—чисто процессуальной природы.

5) Martinius, ук. с. 45, является послѣдовательнымъ, категорически отрицающій обязанность истца утверждать наличное существованіе искомаго требованія.

утверждать, что ему принадлежит дѣйствительное право, и, именно, какъ теперь еще существующее. Это онъ, конечно, долженъ утверждать. Nur braucht er diese Behauptung nicht tatsächlich zu substantziiren“ (?!). Противорѣчивость и невразумительность такого построения бросаются въ глаза ¹⁾.

Болѣе логично и вразумительно объясненіе Н. Fitting-a ²⁾. Не все—говорить онъ,—что сторона должна утверждать, дабы ея требованіе не показалось безпочвеннымъ и непонятнымъ, она должна въ случаѣ спора и доказывать. Мы должны исходить изъ предположенія продолженія разъ возникшаго состоянія (Fortdauer des bisherigen Zustandes): не наступленіе измѣненія, если нѣтъ этому никакого достаточнаго основанія. Поэтому, ссылка (Berufung) на продолженіе прежняго состоянія, по ея юридической природѣ, не нуждается въ какомъ особомъ установленіи. Судъ долженъ исходить изъ предположенія этого продолженія (Fortdauer), если наступленіе измѣненія или 1) совершенно не утверждалось, или 2) утверждалось, но не было установлено.

Если конструировать ту же мысль, исходя отъ принциповъ, установленныхъ новѣйшей наукой процессуальнаго права, то мы должны прійти, какъ намъ представляется, къ совершенно необходимому различію слѣдующихъ понятій. Соотвѣтственно различію матеріальнаго и процессуальнаго основаній иска, надлежитъ различать и матеріальное и процессуальное бремя утвержденія (onus proferendi) ³⁾.

Процессуальный *onus proferendi* охватываетъ тотъ кругъ фактовъ, который составляетъ процессуально основаніе иска. Матеріальный *onus proferendi* охватываетъ тѣ утвержденія (по собственному почину, или какъ реплика

¹⁾ Reinhold, съ одной стороны, утверждаетъ, что „behaupten“—конечно, нужно, но излишне лишь „tatsächlich zu substantziiren“(?!). А, съ другой стороны, сейчасъ же авторъ утверждаетъ, что „behaupten“ излишне, ибо оно (молчаливо) лежитъ въ самомъ исковомъ требованіи!

²⁾ Н. Fitting. Die Grundlagen der Beweislast. Zeit. für d-Zpr. Bd. XIII (1889), стр. 8, 19.

³⁾ Конечно „onus“ (бремя) мы понимаемъ здѣсь, какъ терминъ техническій: условный языкъ юристовъ.

на споръ отвѣтчика), которыя взяты изъ матеріальнаго основанія иска. Они „утверждаются“ или молчаливо или положительно.

Т. о., когда мы говоримъ, что „onus proferendi совпадаетъ съ onus probandi“, мы имѣемъ въ виду процессуальную сторону обоихъ понятій. А что принадлежитъ къ процессуальной, и что—къ матеріальной сторонѣ основанія иска,—должно опредѣляться на основѣ особыхъ принциповъ: истецъ доказываетъ (положительные и отрицательные) факты правопроизводящіе, а отвѣтчикъ—факты правопогашающіе, и правопрепятствующіе.

Этимъ оправдывается правило, что истецъ не утверждаетъ и не доказываетъ наличное существованіе (Existenz) искомаго права. Неуплата долга (вообще неисполненіе ожидаемаго предоставленія) не есть „праворождающій“ фактъ ¹⁾. Вотъ почему, правило, возлагающее onus probandi, касательно исполненія обязательства, на должника,—получаетъ значеніе самостоятельнаго и самодовлѣющаго принципа, не истекающаго изъ какихъ либо другихъ началъ ²⁾ и не дающее права дѣлать аналогичные выводы и для прочихъ случаевъ ³⁾.

¹⁾ Но, наоборотъ, если неуплата долга должникомъ является правопроизводящимъ фактомъ, она должна быть доказана истцомъ. Напр., В. обѣщаетъ г. А выдать ему 1000 рублей 23 марта 1920 года для успѣха въ его научныхъ занятіяхъ, если г. С. не уплатитъ А ту же обѣщанную ему сумму.—Если А ищетъ 1000 рублей съ г. В, онъ долженъ доказать негативный фактъ: — неуплату долга г. С.

²⁾ Contra: Martinius, ук. с. 45, выводитъ этотъ принципъ изъ общаго правила: *negativa non probantur*.

³⁾ Martinius, ук. с. 45, обсуждаетъ на равныхъ началахъ случаи утвержденія истца: „Отвѣтчикъ занялъ у меня 1000 марокъ, но долга своего не уплатилъ“ и: „Отвѣтчикъ обѣщалъ мнѣ подарить 1000 марокъ, если 23 марта 1902 г. въ г. Э. не пойдетъ снѣга“. Авторъ нивелируетъ эти случаи на общемъ принципѣ: „право молчать относительно наступленія негативнаго условія“, и onus probandi въ обоихъ случаяхъ возлагаетъ на отвѣтчика.—Невѣрность этого построенія явствуетъ изъ того, что наличность (или отсутствіе) снѣга есть, именно, въ силу договора, праворождающій фактъ, ибо лишь съ этого момента возникаетъ обязательство, а потому онъ долженъ быть утверждаемъ и доказанъ истцомъ. Авторъ

Такимъ путемъ устраняется теоретическое затрудненіе въ кажущемся несовпаденіи *onus proferendi* и *onus probandi*: истецъ ищетъ свое право, какъ нынѣ существующее, а утверждаетъ и доказуетъ право, какъ нѣкогда возникшее.

Таковъ—общій „принципъ состязательности“: факты, нуждающіеся въ установленіи для успѣшнаго обоснованія или оспариванія права, должны быть утверждаемы въ процессѣ той стороною, для которой существуетъ, по матеріальному праву, эта потребность установленія. Процессуальное бремя утвержденія является точнымъ рефлексомъ матеріальнаго бремени доказыванія (объ этомъ понятіи, см. ниже, IV, 1).

3. Намъ надлежитъ устранить еще одно сомнѣніе. возникающее на почвѣ русскаго дѣйствующаго права. Ст. 314 Уст. Гражд. Суд. гласитъ: „Въ письменномъ объясненіи должно быть выражено положительно: признаетъ ли отвѣтчикъ или отвергаетъ требованія истца и тѣ обстоятельства, на коихъ сіи требованія основаны“. Ст. 315: „Въ письменномъ объясненіи должны быть изложены обстоятельства, на коихъ основанъ споръ отвѣтчика, и приведены подкрѣпляющія этотъ споръ доказательства“.

Здѣсь какъ будто замѣчается разладъ между бременемъ утвержденія и бременемъ доказыванія. Во-1)хъ, отвѣтчикъ долженъ утверждать („выразить положительно“):—признаетъ ли онъ или отвергаетъ требованіе истца (ст. 314). Но

во-2)хъ, отвѣтчикъ долженъ доказывать („привести подкрѣпляющія этотъ споръ доказательства“) (ст. 315, 366!):—

а) лишь то, что изначала лежало на его—отвѣтчика—бремени доказыванія,

б) то, что позднѣе перешло на его—отвѣтчика—бремя доказыванія, въ результатъ (успѣшнаго) выполненія про-

говорить: „Отсутствіе снѣга столь долго подразумевается (*ist selbstverständlich*), пока отвѣтчикъ не утверждаетъ этого факта“. Но наврядъ ли примѣръ автора былъ бы убѣдительнъ, если бы, вмѣсто 23 марта, отсутствіе снѣга предполагалось (какъ само собою разумѣющееся!) въ декабрь мѣсяцъ.

тивникомъ лежавшаго на немъ *onus probandi*. [Такъ наз.,— „противодоказательство“].

Но на самомъ дѣлѣ указаннаго разлада здѣсь нѣтъ. Ибо „*onus proferrendi*“ лежалъ на истцѣ, какъ „первичная“ его обязанность. *Onus probandi*, какъ эвентуальная, „вторичная“ обязанность, возникаетъ на случай спора отвѣтчика. А споръ отвѣтчика можетъ быть выраженъ лишь въ формѣ заявленій, т. е. утвержденій! ¹⁾.

Т. о., „утвержденія“ бываютъ двоякаго рода. Одни изъ нихъ являются негирующими, ибо ихъ функція сводится къ провокаціи противника выставить соотвѣтствующія (упущенныя имъ) утвержденія или доказательства. Это есть ничто иное, какъ оспариваніе, отрицаніе (*negatio*). Другія же являются возраженіями (*exscriptio, replicatio*), и о нихъ то шла рѣчь выше.

IV. .

1. Выше (III) мы говорили о „бремени утвержденія“. Теперь обратимся къ „бремени доказыванія“. При построеніи и разрѣшеніи силлогизма судебного рѣшенія насъ интересуютъ слѣдующіе вопросы:

Во-1)-хъ: какія фактическія отношенія должны быть налицо, въ силу дѣйствующихъ нормъ права и особенно особенностей случая,—дабы послѣдовало рѣшеніе въ извѣстномъ смыслѣ?

Во-2)-хъ: какія изъ этихъ фактическихъ отношеній нуждаются—по ихъ природѣ—въ особомъ установленіи (*Feststellung*), и какъ это „установленіе“ достигается (дѣятельностью суда? сторонъ?) ²⁾.

Опирая процессуальнымъ матеріаломъ (фактическимъ, доказательнымъ), полагаемымъ въ основу судебного рѣшенія, судья безсиленъ преслѣдовать задачу установленія не-

¹⁾ См. нашу статью: „Формы спора и неоспариванія въ гражданскомъ процесѣ“, „Юридическій Вѣстникъ“, 1914 г. №№ 3—4.

²⁾ *Fitting*, ук. с. 14.—Замѣтимъ, что доказываніе (*Beweisen*), на ряду съ суд. признаніемъ, ноторностью и зак. презумпціями,—есть одинъ изъ видовъ процессуальнаго „установленія“ (*Feststellung*).

пререкаемой, абсолютной, объективной истины. Неправильно думать, что судья всегда долженъ рѣшать вопросъ о правдѣ или неправдѣ фактического утверждения ¹⁾ и что въ гражданскомъ процессѣ, такъ же какъ и въ уголовномъ процессѣ, нѣтъ—*non liquet*! ²⁾. На самомъ дѣлѣ, судья часто наталкивается на сомнительность извѣстнаго утверждения и отсюда дѣлаетъ заключеніе, что соотвѣтствующее утвержденіе ложно, т. е. утверждаемое обстоятельство не имѣло мѣста. И такимъ путемъ достигается то, что, съ правовой точки зрѣнія, „*non liquet*“, какъ такового, не существуетъ ³⁾.

Отсюда явствуетъ, что судья обращается не съ фактами, а—съ гипотетическими величинами;—не съ дѣйствительнымъ, а съ представляемымъ, какъ фактически наличнымъ составомъ фактовъ. И это—не особенность дѣятельности судьи, какъ такового, а свойство, присущее всякому дѣятелю, оперирующему логическими понятіями и умозаключеніями! ⁴⁾. Но отсюда вытекаетъ одно важное для процесса положеніе: та или другая сторона можетъ по-

¹⁾ Иного мнѣнія нѣкоторые германскіе юристы (напр., Kress, ук. с. 13), на почвѣ §§ 286, 475 D. C. P. O. Эти нормы даютъ судью выборъ лишь между убѣжденіемъ въ правдивости или неправдивости утверждения стороны. Почему, судья не имѣетъ права, касательно факта, принадлежащаго къ процессуальному основанію иска (возраженія), довольствоваться „*non liquet*“.—Съ этимъ ученіемъ согласиться нельзя. Судья оперируетъ не только понятіемъ доказанности, но и понятіемъ недоказанности (= *non liquet*) „*Non liquet*“, съ правовой точки зрѣнія, означаетъ отсутствіе (на глазахъ судьи) утверждаемаго факта.

²⁾ Ср.—L. Rosenberg. Zur Lehre vom sog. qualifizierten Geständnisse.—Archiv—Praxis—Bd. 94 (1903), стр. 5.

³⁾ A. Knieriem. Behauptungspflicht und Beweislast bei der Klage auf Zahlung eines angemessenen Kaufpreises. Berlin. 1896, стр. 2: „Состоявшееся, по заключенію состязанія, суд. рѣшеніе не знаетъ „*non liquet*“. Быть можетъ, судья осталось много фактовъ покрытыхъ мракомъ,—все же суд. рѣшеніе всегда знаетъ все, что оно должно знать. Это покоится, конечно, на фикціи, но эта фикція неизбежна. Юстиція должна была бы прекратить свою дѣятельность, если бы она пожелала отказаться отъ этой фикціи“.

⁴⁾ А потому отсюда нельзя дѣлать какіе либо выводы въ ученіи о задачахъ и цѣляхъ гражданского процесса!

страдать отъ несоотвѣтствія этого гипотетическаго сужденія съ дѣйствительностью.

Объ стороны несутъ рискъ не установленія (Feststellungslast) выгоднаго для нихъ факта—предпосылки благоприятной для нихъ нормы закона.

Вотъ эта проблема—на кого падутъ неблагоприятныя послѣдствія не установленности извѣстныхъ фактическихъ обстоятельствъ—образуетъ содержаніе того института, который именуется бременемъ установленія (Feststellungslast), или — „матеріальнымъ бременемъ доказыванія“.

Здѣсь мы не задаемся вопросомъ,—кто собираетъ соотвѣтствующій матеріаль для судейскаго убѣжденія—судъ или стороны. Намъ не важно и то, какая изъ сторонъ внесла правововажное обстоятельство своимъ утвержденіемъ и доказательствомъ. Проблема о матеріальномъ бремени доказыванія имѣетъ одну лишь объективную сторону; она не касается вопроса—кто доказываетъ, а лишь—что должно быть доказано ¹⁾. А установлено ли это самимъ судомъ ex officio (напр., касательно содержанія нормы иностраннаго права или обычая) или доказано той стороной, коей это выгодно, или установлено это противникомъ (судебное признаніе), или выяснено случайно при повѣркѣ доказательствъ по другимъ обстоятельствамъ дѣла,—это безразлично.

„Время установленія“, съ этой точки зрѣнія, понимается не въ смыслѣ необходимости (onus) къ какому-либо опредѣленному личному дѣйствію (ср. Einlassungspflicht: обязанность вступить въ процессъ), а—въ смыслѣ извѣстнаго страданія, терпѣнія (Leiden, Not, Beschwer, Last) ²⁾. Поэтому, даже и при слѣдственномъ (официальномъ) принципѣ стороны отягощены опасностью (Not) быть побѣжден-

¹⁾ Н. Fitting, ук. с. 13. Разъ судъ все равно,—какая изъ сторонъ доказала фактъ, не можетъ быть рѣчи о добровольномъ „Uebernahme der Beweispflicht“ стороной, не обязанной къ доказательству. Ибо, если этой послѣдней не удастся доказательство, она отъ этого не несетъ никакихъ невыгодныхъ послѣдствій.

²⁾ Въ этомъ смыслѣ (Last der Nichtfeststellbarkeit):—L. Rosenberg, ук. с. Arch. Praxis, 94, стр. 5—11; Dr. Kuhn, ук. с. 3; Beckh, ук. с. 9; Kress, ук. с. 19.

ными, если истинность известнаго утверждения не можетъ быть установлена. И въ слѣдственномъ процессѣ отправленіе правосудія невозможно безъ границъ познания, сужденія (Erkennungsschranke). Проблема объ *onus probandi* посему одинаково жгуча во всякомъ процессѣ, на какихъ началахъ онъ ни былъ бы построенъ. Если бы процессъ былъ построенъ на принципѣ официальности (слѣдственности), отпала бы только необходимость къ личной дѣятельности сторонъ. Но осталось бы различіе между: 1) предпосылками, идущими на пользу лица, утверждающаго право и 2) предпосылками, идущими на пользу лица, оспаривающаго право. И, т. о., сохранилъ бы свою остроту вопросъ: въ интересахъ какой изъ сторонъ требовалось установить (feststellungsbedürftig) такой то (оставшійся сомнительнымъ) фактъ. На этой сторонѣ—говоримъ мы—лежала „опасность неустановленія“ соответствующаго факта ¹⁾).

Т. о., правила объ *onus probandi* имѣютъ назначеніе устранить препятствіе къ судоотправленію, вытекающее изъ невозможности установить съ логической опредѣленностью наличное существованіе притязанія. Съ этой точки зрѣнія, эти правила—первымъ дѣломъ—представляютъ изъ себя не инструкцію для поведенія сторонамъ, а—наставленіе судѣ: какъ онъ долженъ рѣшить дѣло.

2. Вышесказаннымъ разграничивается понятіе матеріальнаго *onus probandi* отъ понятія процессуальнаго *onus probandi*. Подъ послѣднимъ мы разумѣмъ необходимость къ личной дѣятельности сторонъ по представленію доказательствъ. Процессуальное бремя доказыванія есть, касательно матеріальнаго, нѣчто привходящее, зависимое отъ послѣдняго и имъ обусловленное. Собственный интересъ диктуетъ сторонѣ лично принять мѣры къ отвращенію опасности неустановленія благоприятнаго для нея факта.

Совокупность процессуальныхъ условій, при которыхъ возникаетъ практическая необходимость къ ини-

¹⁾ Beckh, ук. с. 12: „Materielle Beweislast in jedem Prozesse schlechthin und mit begrifflicher Notwendigkeit erfordert wird“.

ціативѣ и активности, рождаетъ „процессуальный *onus probandi*“. Это есть не самостоятельное и особое „правовое понятіе“, а есть лишь практическое слѣдствіе изъ другихъ правовыхъ правилъ ¹⁾.

„Матеріальный *onus probandi*“ можетъ (по не совсѣмъ точному выраженію *Beckh*, ук. с. 9) „выродиться“ въ процессуальный—лишь при особыхъ условіяхъ: при коихъ наступить эта практическая необходимость („*prozessuales Beweisbedürfniss*“).

И, прежде всего, этотъ институтъ обязанъ принципу состязательности и въ значительной степени теряетъ свое значеніе при принципѣ официальности (*Offizialprinzip*). Ибо пассивность суда создаетъ ту опасность, которая можетъ быть устранена лишь самодѣятельностью сторонъ.

Но не всякое утвержденіе сторона должна доказывать, а лишь то, которое не признается (оспаривается) противникомъ. Признаніе же противника освобождаетъ не только отъ *onus probandi*, но и отъ *onus proferendi* ²⁾. Возникаетъ вопросъ: требуется ли (для необходимости доказыванія) положительный споръ противника (ст. 314—315 У. Г. С.)? Мы полагаемъ, что молчаніе отвѣтчика (отсутствіе спора) само по себѣ не есть признаніе ³⁾. Голословнымъ утвержденіямъ истца судья не вѣритъ безъ доказательствъ (ст. 129, 368, 722 У. Г. С.)! [Ср. Кас. Рѣш. 1912/45: отсутствіе возраженій отвѣтчика не освобождаетъ истца отъ обязанности доказывать] ⁴⁾.

¹⁾ *Fitting*, ук. с. 12. Искъ изъ займа, если не доказанъ заемъ, получаетъ отказъ, не потому, что „по нормамъ закона на истца падаетъ соотвѣтствующій *onus probandi*“, а, наоборотъ,—т. к. самъ фактъ займа не установленъ и въ искѣ должно быть отказано, на основаніи особыхъ правовыхъ принциповъ,—на истца падаетъ соотвѣтствующій *onus probandi*. Ибо ради этихъ принциповъ, ради предотвращенія отказа въ искѣ, на его сторонѣ лежала практическая необходимость доказать эти факты.

²⁾ См. нашу статью: „Матеріальные признаки судебного признанія“, Журн. Мин. Юст. 1915, № 3, стр. 103 сл.

³⁾ См. нашу статью: „Формы спора и неоспариванія“. „Юридич. Вѣстн.“ 1914 № 3—4.

⁴⁾ Поэтому, строго говоря, неточно говорить, что *onus proferendi*—первичная и главная, а *onus probandi*—вторичная и авертутальная обязанность сторонъ въ процессѣ. Разъ оба онега совпадаютъ въ одномъ лицѣ, и разъ судья безъ доказательствъ не вѣритъ,—оба

Но разладъ между *onus proferrendi* и *onus probandi*, въ смыслѣ освобожденія утверждающаго отъ доказыванія, возможенъ, если 1) одна сторона утверждаетъ, а 2) другая избавляетъ ее отъ *onus probandi* своимъ признаніемъ (ст. 479—480 У. Г. С.). Если же она просто не оспариваетъ утвержденій (обходитъ ихъ молчаніемъ), то судъ не можетъ аргументировать такъ: „утвержденіе нуждается въ доказательствахъ лишь постольку, поскольку оно оспаривается противникомъ. Разъ *in casu* этого спора нѣту, то я свободенъ отъ изслѣдованія правдивости этого утвержденія“ 1). Нѣтъ! Такъ аргументировать судъ не въ правѣ, ибо судейская обязанность—постановить объективно правильное рѣшеніе. Поэтому отсутствіе спора (молчаніе) не можетъ разсматриваться, какъ юридическій принципъ, связующій судъ 2). Это отсутствіе спора (молча-

нега суть первичная и главная обязанности. Споръ противника не рождаетъ необходимость доказыванія; вѣрнѣе сказать: признаніе противника разъединяетъ обѣ указанныя обязанности.

1) Contra: O. Bülow. Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten. Archiv Praxis, 62 (1870), стр. 32: „Нельзя представлять себѣ дѣла такъ, что каждое утвержденіе стороны изначала и абсолютно нуждается въ доказательствахъ (*beweisbedürftig ist*), является какъ бы презумптивной ложью, какъ нѣчто, что вообще лишь черезъ *consensus* противника получаетъ силу достовѣрности на глазахъ суда, и, если согласія не послѣдовало, оно должно быть доказано... Теперь утвержденіямъ на судѣ придается болѣе высокая цѣнность. То, что сторона утверждаетъ передъ судомъ, какъ истинное, заслуживаетъ, и безъ присяги, по крайней мѣрѣ, такого уваженія, что противникъ, который съ этимъ не согласенъ, долженъ взять на себя трудъ опровергнуть это своимъ—„нѣтъ!“ Оставленіе безъ отвѣта утвержденій противника есть теперь опущеніе (*Verwirkung*) своего права защиты, а не нарушеніе обязанности содѣйствія“. Т. о. авторъ (стр. 33, 53) полагаетъ, что въ современномъ процессѣ самостоятельнымъ и равноправнымъ основаніемъ процессуальной достовѣрности фактическихъ элементовъ суд. рѣшенія является, кромѣ 1) вторности и 2) суд. признанія, и 3) оставленіе безъ отвѣта утвержденій противника. Замѣтимъ, что не такова точка зрѣнія нашего У. Г. С. Правило (ст. 366): „истецъ долженъ доказать свой искъ“ абсолютно и не обусловлено наличностью спора со стороны отвѣтчика“. „Въ заочномъ рѣшеніи судъ присуждаетъ истцу всѣ требованія имъ доказанныя“ (ст. 422).

2) Не спасаетъ противоположную теорію и оговорка, что судъ „можетъ“ счесть молчаніе отвѣтчика за признаніе. Бар. Нолькенъ, Практическое руководство У. Г. С. т. II, стр. 340.—Вѣдь, судъ по

ніе) можетъ имѣть лишь чисто доказательное значеніе [точка зрѣнія оцѣнки доказательства!], поскольку оно говорить за правдивость утвержденій истца. Напр., одни утвержденія истца оспариваются, а другія, рядомъ лежащія, обходятся молчаніемъ. Здѣсь вступаетъ въ свои права принципъ свободной судейской оцѣнки (Beweiswürdigung) процессуальнаго матеріала.

Итакъ, вотъ—при наличности какихъ процессуальныхъ условій наступаетъ „практическая необходимость“ къ личной дѣятельности стороны къ представленію доказательствъ. Но и здѣсь умѣстно сказать то же про процессуальный *onus probandi*, что нами было сказано про матеріальный *onus probandi*. Слово „onus“ есть техническій терминъ, имѣющій въ виду не хлопоты и безпокойство собиранія доказательнаго матеріала, а—опасность неудачи доказательства или—(неблагопріятныя) послѣдствія ихъ непредставленія ¹⁾.

3. Изъ вышеизложеннаго явствуетъ, что матеріальный *onus probandi* отнюдь не включаетъ въ себя безусловно во всѣхъ случаяхъ процессуальный *onus probandi*. Но если дѣло доходить до процессуальнаго *onus probandi*, объемъ его долженъ отвѣчать матеріальному *onus probandi*.

Beckh, ук. с., 13, однако, утверждаетъ, что въ одномъ случаѣ эти понятія могутъ не совпадать. Именно, если вслѣдствіе представленія доказательствъ (Beweisführung ¹⁾) одной стороны, *onus probandi* сдвигается на противника,

капризу дѣйствовать не можетъ, и разъ на лицо соотв. объективныя условія, судъ и обязанъ такъ поступить. Слова: „можетъ“, „въ правѣ“ указываютъ лишь на недостигаемость кассационной повѣрки до дѣятельности судьи, но вовсе не на „право“ суда поступать, какъ ему угодно. То довѣріе, которое оказывается суду въ уваженіе фактическихъ обстоятельствъ дѣла не даетъ ему „права“ дѣйствовать несогласно видамъ закона. Правильно замѣчаетъ O. Bülow-Dispositives Civilprozessrecht. Archiv—Praxis Bd. 64 (1881) стр. 94: „право“ отказаться отъ примѣненія закона не можетъ быть дано суду. Судъ никогда не можетъ отказываться отъ исполненія своихъ полномочій, ибо рѣчь идетъ не о выгодахъ судьи. Soweit der Richter zu etwas befugt ist, ist er hierzu auch verpflichtet, und auf Pflichterfüllung kann nicht vom Verpflichteten verzichtet werden“.

¹⁾ Brodmann. Zur Lehre von der Beweislast. Archiv—Praxis, Bd. 98 (1906), стр. 82.

утверждающаго противное тому, что съ большою дозою вѣроятія доказано другою стороною. „Здѣсь можетъ оказаться, что процессуальный *onus probandi* не совпадаетъ съ матеріальнымъ“.

Мы лично думаемъ, что это несовпаденіе двухъ видовъ бремени доказыванія не доказано Вескх'омъ. Ибо зачѣмъ же сдвигать процессуальный *onus probandi*, если матеріальный *onus probandi* (т. е. послѣдствія неустановленности) остаются на прежней сторонѣ?

Авторъ, конечно, правъ въ томъ отношеніи, что разъ одна сторона доказала ¹⁾ то, что ей надлежало доказать, т. е. дала высшую степень вѣроятія, правдоподобія ея утвержденія, то противодоказательство (*Gegenbeweis*), т. е. опроверженіе истинности установленнаго, переходитъ на противника. Но при такомъ положеніи вещей, просто, матеріальный и процессуальный *onus probandi* переходятъ на другую сторону. Они всегда вмѣстѣ, неразлучны.

Вотъ почему, если вѣрна формула ученія объ *onus probandi*, какъ „ученія о послѣдствіяхъ отсутствія доказательства“, то—въ томъ, конечно, смыслѣ, что мы должны при этомъ исходить отъ момента заключенія судебного состязанія, а не ограничиваться однимъ моментомъ подачи иска. Въ моментъ подачи иска, матеріальный *onus probandi* на сторонѣ истца весьма ограниченъ. Но онъ расширяется въ той мѣрѣ, въ какой развиваетъ свою дѣятельность отвѣтчикъ.

Напр., фактъ дачи займа установленъ истцомъ. Отвѣтчикъ теперь несетъ *onus probandi*—или того: 1) что факта займа все же не было, или 2) долговое отношеніе не возникло (напр., вслѣдствіе недѣеспособности лица), или 3)—долгъ уплаченъ.—Затѣмъ противодоказательство переходитъ опять на истца: напр., 1) опроверженіе обстоятельствъ, доказанныхъ отвѣтчикомъ, 2) доказательство одобренія займа опекуномъ, 3) доказательство тому, что уплата относилась къ другому долгу и т. п.

Какъ часовой маятникъ, изъ стороны въ сторону пере-

¹⁾ Изслѣдованію понятія „доказательства“ нами посвящается особая статья.

качивается „дамокловъ мечъ“, висящій надъ головою тяжущагося, обязаннаго къ доказательству. Въ современномъ процессѣ, построенномъ въ общемъ и цѣломъ на началѣ состязательности, принципиально оба вида „бремени“ покрываютъ другъ друга. Различіе, однако, этихъ понятій имѣетъ то значеніе, что показываетъ намъ, что споръ одной стороны, какъ таковой, никогда не можетъ самъ родить *onus probandi* другой стороны, который самъ по себѣ на этой сторонѣ не лежалъ. Этотъ споръ можетъ лишь превратить эвентуальность въ реальность. Этимъ опредѣляется практическое значеніе указаннаго различія.

V.

Настоящая статья, отнюдь не претендующая на исчерпывающее разрѣшеніе проблемы объ *onus probandi*, имѣетъ своей задачей установить лишь методологическіе приемы изслѣдованія этого важнаго института процессуальнаго права. Нашей задачей было доказать, что въ трехъ важныхъ основахъ, на коихъ покоится все ученіе о собираніи процессуальнаго матеріала: основаніе иска, бремя утвержденія и бремя доказыванія,—надо различать матеріально и процессуально—правовыя стороны этихъ понятій.

Таковы итоги новѣйшей западно-европейской научной мысли. Принять ихъ въ обиходъ практики,—значитъ, ввести всю безбрежную казуистику въ русло научныхъ и логическихъ построеній. А это не только многое объяснить и оправдать, но и дать напередъ руководящія идеи. А безъ этихъ послѣднихъ юристъ-практикъ подобенъ моряку, плывущему въ океанѣ безъ компаса и руля, по произволу случайнаго вѣтра и удара волнъ.

Проф. Т. М. Яблочковъ.