

**КУРС ДОКАЗАТЕЛЬСТВЕННОГО ПРАВА: ГРАЖДАНСКИЙ ПРОЦЕСС.
АРБИТРАЖНЫЙ ПРОЦЕСС. АДМИНИСТРАТИВНОЕ СУДОПРОИЗВОДСТВО**

2-е издание, переработанное и дополненное

**Под редакцией
доктора юридических наук, профессора
М.А. ФОКИНОЙ**

Рецензенты:

Фурсов Д.А., профессор кафедры гражданского, гражданского и административного судопроизводства Российского государственного университета правосудия, доктор юридических наук, профессор;

Носырева Е.И., заведующий кафедрой гражданского права и процесса юридического факультета Воронежского государственного университета, доктор юридических наук, профессор.

Авторский коллектив

Афанасьев Сергей Федорович, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой арбитражного процесса федерального государственного бюджетного образовательного учреждения высшего образования "Саратовская государственная юридическая академия", заведующий сектором отраслевых проблем правовой политики Саратовского филиала Федерального государственного бюджетного учреждения науки Института государства и права Российской академии наук, судья в отставке (§ 1, 2 гл. 3 разд. 1; гл. 2, 4 разд. 2);

Баулин Олег Владимирович, доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры гражданского права и процесса федерального государственного бюджетного образовательного учреждения высшего образования "Воронежский государственный университет", президент адвокатской палаты Воронежской области (гл. 5 разд. 1);

Лукьянова Ирина Николаевна, кандидат юридических наук, доцент, старший научный сотрудник сектора гражданского права, гражданского и арбитражного процесса Института государства и права Российской академии наук, заведующий кафедрой процессуального права федерального государственного бюджетного образовательного учреждения высшего образования "Всероссийская академия внешней торговли" (гл. 5, 7 разд. 2);

Опалев Рим Олегович, кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского и административного судопроизводства федерального государственного бюджетного образовательного учреждения высшего образования "Российский государственный университет правосудия" (гл. 4 разд. 1);

Михайлов Сергей Михайлович, кандидат юридических наук, доцент, и.о. заведующего кафедрой гражданского и административного судопроизводства федерального государственного бюджетного образовательного учреждения высшего образования "Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА)" (разд. 3);

Раскатова Наталья Николаевна, кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского, арбитражного, административного процессуального права федерального государственного бюджетного образовательного учреждения высшего образования "Российский государственный университет правосудия", судья Московского городского суда (гл. 6 разд. 2);

НАПИСАНИЕ на ЗАКАЗ и переработка:

1. Дипломы, курсовые, рефераты, чертежи...
 2. Диссертации и научные работы
 3. Школьные задания
- Онлайн-консультации

гражданского процессуального и предпринимательского права федерального государственного автономного образовательного учреждения высшего образования "Самарский национальный исследовательский университет имени академика С.П. Королева" (разд. 4);

Юсупов Тимур Бариевич, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры гражданского процессуального права Северо-Западного филиала федерального государственного бюджетного образовательного учреждения высшего образования "Российский государственный университет правосудия" (гл. 6 разд. 1).

Предисловие

*Justitia est constans et perpetua voluntas
jus suum cuique tribuendi.*

Правосудие есть постоянная и непрерывная воля
к предоставлению каждому своего права.

Домиций Ульпиан

Долгое время проблема доказывания занимала одно из центральных мест в науке гражданского процессуального права, ее решением на протяжении многих веков занимались выдающиеся ученые-процессуалисты. Актуальность данной проблемы определяется тем, что ни одно гражданское дело не может быть разрешено без доказывания. Разрешение гражданского дела означает, что суд устанавливает обстоятельства дела, применяет нормы материального права и выносит от имени государства решение, которым властно подтверждает взаимоотношения субъектов материального права, устраняет их спорность.

Функции суда в современном состязательном судопроизводстве связываются с приоритетом общечеловеческих ценностей, интересами человека и гражданина. В зависимости от степени свободы граждан в защите своих частных прав современными теоретиками и практиками решается вопрос о роли правоприменительных органов в гражданском и арбитражном процессах, административном судопроизводстве.

Действующее процессуальное законодательство не решило до конца последовательно проблему эффективности защиты субъективных прав и охраняемых законом интересов граждан и организаций. Актуальными для современной процессуальной науки являются проблемы российской модели доказывания, сочетающей в себе мировой опыт правосудия и отечественную правовую традицию, право судебного органа по изысканию доказательственного материала, согласованию процессуальных принципов, судебному познанию и доказыванию. Унификация в сфере доказательственной деятельности является следствием общепроцессуальной и международной юридической интеграции. При этом унификация должна рассматриваться в двух аспектах: во-первых, как процесс сближения процессуальных основ доказывания в гражданском, арбитражном процессах и административном судопроизводстве; во-вторых, как процесс взаимодействия российского доказательственного права с иностранным и международным.

Обеспечение эффективности рассмотрения дел невозможно без правильного и своевременного установления всех обстоятельств каждого дела. Судебное доказывание направлено в конечном счете на защиту права, устранение социальной неопределенности и приведение социальных отношений в соответствие с требованиями закона.

Актуальным является комплексное исследование общих теоретических проблем методологии: определение места судебного познания в системе познавательной деятельности человека, системы целей доказывания, основных функций доказывания в современном судопроизводстве.

Для практикующих юристов представляют интерес судебная практика применения отдельных видов доказательств в гражданском, арбитражном процессах и административном судопроизводстве, проблемы использования "электронных доказательств", аудио- и видеоконференц-связи в доказывании по гражданским делам, правовые позиции Европейского суда по правам человека, Конституционного Суда РФ, Верховного Суда РФ по вопросам доказывания и доказательств.

С учетом исторических традиций развития доказывания по гражданским делам разрабатываются фундаментальные положения теории доказательственного права. Это, в свою очередь, позволяет выработать конкретные предложения по совершенствованию доказательственного права, а также практические рекомендации по установлению обстоятельств по делу.

Целью настоящего издания является системное изложение проблемных вопросов доказывания и доказательств, обеспечивающее углубленное изучение основных институтов и норм, регулирующих доказательства и доказывание в гражданском и арбитражном процессах, административном судопроизводстве.

Гражданский и арбитражный процессы, административное судопроизводство - разновидности юридического процесса. Обособленность процессуальных отраслей обусловлена их взаимосвязью с различными отраслями материального права. Однако это не может препятствовать развитию интеграционных процессов в доказывании. В то же время нельзя отрицать тот факт, что содержание идентичных понятий доказательственного права в различных юрисдикционных процессах имеет различия.

Структура настоящего курса обусловлена системой доказательственного права. Условно курс можно разделить на три части: первая часть посвящена методологии судебного доказывания и общим проблемам доказывания; вторая - общей характеристике доказательств и отдельным видам доказательств; третья - доказыванию при проверке и пересмотре гражданских и административных дел, экономических споров; четвертая - особенностям доказывания по конкретным категориям дел, рассматриваемым в порядке гражданского и арбитражного процессов, административного судопроизводства.

Целью настоящего издания является оказание помощи в преподавании и самостоятельном изучении студентами, магистрантами и аспирантами доказательственного права. При помощи материала, содержащегося в данном курсе, могут быть решены следующие задачи:

- образовательная: изучение доказательственного права в комплексе с другими правовыми дисциплинами служит наиболее полному освоению богатейшего материала гражданско-процессуальной науки, того категориального аппарата, без знания которого невозможно понимание теории и практики современного судопроизводства;

- практическая: изучение доказательственного права направлено на формирование у студентов умения использовать полученные знания в правоприменительной деятельности;

- воспитательная: изучение доказательственного права во взаимодействии с другими профессиональными дисциплинами способствует формированию у студентов уважительного отношения и активного практического интереса к правовым ценностям гражданско-правовой науки, традициям и культуре отечественного и зарубежного гражданского судопроизводства.

В результате изучения доказательственного права студент должен:

иметь представление:

- о месте доказывания в системе гражданской процессуальной деятельности;
- об особенностях доказывания в гражданском и арбитражном процессах, административном судопроизводстве;
- об актуальных проблемах гражданского процессуального доказывания;

знать:

- понятие доказательственного права и его систему;
- специфику судебного познания;
- понятие судебного доказывания и его структуру;

- учение о предмете доказывания;
- понятие и классификацию доказательств;
- характеристику средств доказывания;
- особенности доказывания по отдельным категориям дел;

уметь:

- использовать полученные знания при рассмотрении гражданских дел в судах общей юрисдикции и арбитражных судах;
- работать с научной литературой, вести дискуссию по проблемам доказывания и доказательств.

Настоящий курс предназначен для магистрантов, аспирантов, преподавателей юридических вузов и факультетов, научных работников, практикующих юристов.

Раздел 1. ДОКАЗЫВАНИЕ В ГРАЖДАНСКОМ И АРБИТРАЖНОМ ПРОЦЕССАХ, АДМИНИСТРАТИВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ

Глава 1. ОСНОВНЫЕ ЭТАПЫ РАЗВИТИЯ ДОКАЗЫВАНИЯ И ДОКАЗАТЕЛЬСТВ ПО ГРАЖДАНСКИМ ДЕЛАМ В РОССИИ

Современное гражданское судопроизводство сформировалось в результате длительного исторического развития. Совершенствование государства и права характеризуется моментами преемственности и новизны, накоплением исторического опыта и постоянным преобразованием сложившихся и функционирующих на том или ином этапе государственно-правовых систем. Конкретно-исторический анализ правовых явлений дает возможность исследовать все их связи и отношения на различных этапах становления в том виде, в каком они протекали в реальной жизни. Сравнение прошлого и настоящего позволяет рассматривать отрицание предшествующих государственно-правовых форм в ходе развития не как их уничтожение, а как отрицание с удержанием отдельных сторон имеющегося исторического опыта. Это особенно необходимо для критического анализа прошлого и настоящего в их взаимосвязи, научного объяснения на этой основе перспектив государственно-правового развития <1>. Исторический анализ позволяет оценить предлагаемые в настоящее время концепции, проводимые реформы. Поэтому было бы неверно относиться к отечественной истории как к чему-то неактуальному для современности. В.Н. Синюков справедливо отмечает: "Просто невозможно, чтобы при самостоятельной и оригинальной русской культуре... не было самостоятельной и оригинальной государственности и правового сознания, продуктов одного и того же цельного национального духа" <2>.

<1> См.: Историческое и логическое в познании государства и права / Под ред. А.И. Королева. Л., 1988. С. 23.

<2> Синюков В.Н. Российская правовая система: введение в общую теорию. Саратов, 1994. С. 14.

Конкретно-исторический подход требует рассмотрения государственно-правовых явлений в динамике исторической жизни, в постоянном взаимодействии с другими явлениями, в определенной системе этого взаимодействия. Оценка памятников, институтов права, актов реформаторской деятельности должна осуществляться в сопоставлении с тем, что им предшествовало и что им пришло на смену. Нельзя подходить к реалиям прошлого с меркой сегодняшнего дня, "вытягивая" их из исторического контекста. Каждая норма права, каждое государственное учреждение должны рассматриваться через призму и в плоскости своего времени <1>.

<1> См.: Егоров С.А. История отечественного государства и права, IX - первая половина XIX века.

Опыт проблемного изложения. Ярославль, 2000. С. 6 - 7.

Значение исторического момента неодинаково в различных отраслях права. Он наиболее актуален для тех из них, кто регламентирует судоустройство и судопроизводство, поскольку именно здесь осуществляется практическое применение права. В судопроизводстве наиболее отчетливо проявляется реализация правовых норм в конкретных правоотношениях. На значимость исторических исследований в области судопроизводства указывали юристы XIX в. Так, Ф.М. Дмитриев отмечал: "Определить исторические особенности русского судопроизводства, показать, что в них было случайного и что существенного, - вот обязанность науки права... Труды подобного рода могут со временем иметь благотворное влияние на самую практику, которая только в сближении с наукою может заимствовать новые силы" <1>.

<1> Дмитриев Ф.М. История судебных инстанций и гражданского апелляционного производства от Судебника до Учреждения о губерниях. М., 1859. С. 580.

Исследование истории российского судопроизводства с целью научного познания современного состояния и определения его перспектив следует проводить в аспекте выделения его существенных положений. Доказательства и доказывание можно отнести к числу наиболее актуальных проблем гражданского судопроизводства, поскольку правильное установление фактических обстоятельств дела является необходимым условием правоприменения. Ретроспективный анализ судебного доказывания показывает его тесную взаимосвязь с социальной организацией общества, формами процесса, национальной культурой и традициями <1>.

<1> См.: Алексеев С.С. Философия права. М., 1998. С. 226; Коваленко А.Г. Институт доказывания в гражданском и арбитражном процессе. М., 2004. С. 33 - 34.

Современная историография не располагает сведениями о доказывании по гражданским делам в доклассовом обществе. Определенное исследование в этом направлении провел С.В. Пахман, его результатом был вывод о невозможности существования судебных доказательств в рамках "родового и общинного быта" <1>.

<1> См.: Пахман С.В. О судебных доказательствах по древнему русскому праву, преимущественно гражданскому, в историческом их развитии. М., 1851. С. 18.

Появление доказательств связано с социальными процессами, свойственными периоду становления раннефеодального государства. По мере прогресса человеческого общества усложняются общественные связи, отношения между индивидами, между человеком и обществом. Разрешение споров выходит за пределы рода и не может быть, как ранее, основано на взаимном доверии. С.В. Пахман отмечал: "Условием справедливости иска является не одно показание истца, но и собственное признание ответчика. Ясно, что при отсутствии признания, в случае запирательства ответчика, необходимо было представление таких фактов, которые бы служили к открытию истины и убеждению судьи в справедливости или ложности иска, - явилась потребность в судебных доказательствах" <1>.

<1> Там же. С. 12 - 17.

В ранние периоды существования государственности на Руси обычай являлся преобладающим источником права, а затем и законодательства <1>. По справедливому замечанию М.М. Михайлова, ни в одной из сторон общественной жизни в начальный период развития обычай не имеет такой силы и длительности действия, как в судопроизводстве <2>.

<1> См.: Лаптева Л.Е. Исследования обычного права народов Российской империи // Государство и право. 1997. N 8. С. 101.

<2> См.: Михайлов М.М. История образования и развития системы русского гражданского судопроизводства до Уложения 1649 года. СПб., 1848. С. 24.

Первые сведения о доказывании и доказательствах мы получаем из норм обычного права, содержащихся в Договоре Руси с Византией 911 г. В этот период различия между гражданским и уголовным процессами не проводилось, соответственно, одни и те же доказательства применялись по уголовным и гражданским делам. Статья 2 Договора Олега с греками гласит: "А о головах, когда случится убийство, узаконим так: ежели явно будет по уликам, представленным на лицо, то должно верить таковым уликам. Но ежели чему не будут верить, то пусть клянется та сторона, которая требует, чтобы не верили; и ежели после клятвы, данной по своей, окажется по розыску, что клятва дана была ложно, то клявшийся да примет казнь".

Ранние модификации форм судопроизводства имеют ярко выраженный состязательный характер. Русская Правда, как и другие источники древнего права, не называет состязательность в качестве принципа рассмотрения гражданских дел. Однако правовое положение сторон и особенно их роль в процессе доказывания настоятельно свидетельствуют об этом <1>. Стороны занимали равное положение в процессе и даже назывались одинаково - истцы. Они самостоятельно определяли предмет доказывания и доказательства, подтверждающие их требования и возражения. Установление фактических обстоятельств дела полностью возлагалось на стороны. Суд выполнял лишь функцию беспристрастного арбитра, оценивающего доказательства и постановляющего решение. По выражению Ф.М. Дмитриева, древний суд был "правильным боем между противниками" <2>.

<1> См.: Дювернуа Н.Л. Источники права и суд в Древней России. Опыты по истории русского гражданского права. М., 1869. С. 174.

<2> Дмитриев Ф.М. Указ. соч. С. 218.

В зависимости от категории дела представление доказательств осуществлялось истцом или ответчиком. Так, по искам о нарушении прав и растрате имущества дело разрешалось на основании показаний свидетелей, предоставляемых в суд истцом (ст. 99 Русской Правды). По спорам о праве собственности на земельный или рыболовецкий участок (ст. 9 Псковской судной грамоты), а также вытекающим из договора купли-продажи (ст. 31 Русской Правды, ст. 56 Псковской судной грамоты) обязанность по доказыванию возлагалась на ответчика. Псковская судная грамота разрешала ссылаться на показания свидетелей как истцу, так и ответчику (ст. 23). В отличие от свидетельских показаний право выбора присяги и судебного поединка как доказательства по общему правилу принадлежало ответчику. Например, Псковская судная грамота устанавливала, что ответчик мог сам принести присягу или положить у креста цену иска, предоставив присягнуть истцу по спорам, связанным с правом выкупа отчуждаемой земли (ст. 13), владением земельным или рыболовецким участком (ст. 9), договором купли-продажи (ст. 56), договором хранения (ст. ст. 16, 17). Как исключение в делах, вытекающих из договора займа (ст. 28), найма земельного участка (ст. 51), поединок мог выбрать истец. Только в одном случае, а именно по спорам о лесных участках, находящихся в межах двух владельцев, дело решалось судебным поединком не по желанию ответчика, а по указанию суда (ст. 10 Псковской судной грамоты).

Весь процесс распадался на выполнение доказательственных действий или их комплекса. Доказательства приводились перед судьями, записывались дьяками и доводились до сведения противоположной стороны. Пассивность сторон рассматривалась как отказ от совершения процессуального действия. Так, Новгородская судная грамота указывала, что спор решается в пользу другой стороны, если эта сторона в установленный судом срок не вызвала на очную ставку свидетелей или другую сторону (ст. 35) <1>.

<1> А.Ф. Воронов отмечает, что доказательства по новгородским законам собирались, наряду со

сторонами и доносчиками, и самим судьей. См.: Воронов А.Ф. Эволюция функциональных принципов гражданского процесса: Дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2009. С. 268. Данное утверждение вызывает возражения, поскольку анализ новгородского законодательства не позволяет сделать такой вывод. В обоснование своей позиции А.Ф. Воронов не приводит каких-либо аргументов, полагаясь на работу А. Куницина "Историческое изображение древнего судопроизводства в России" (СПб., 1843. С. 98).

По мере усиления государственной власти меняется роль суда в процессе доказывания. Псковская судная грамота 1467 г. подчеркивает возрастающую роль суда. Суд постепенно стал занимать более активную позицию в доказывании, приобретая право в исключительных случаях указывать сторонам на тот вид доказательств, который необходимо представить. По общему правилу стороны сами разыскивали доказательства, подтверждающие факты, на которые они ссылались. Однако если на основании представленных сторонами доказательств суд не мог правильно и обоснованно разрешить спор, то он был вправе послать своих людей на место для выяснения обстоятельств дела (ст. 24). В Псковской судной грамоте мы находим свидетельство усиливающейся активности суда, которая пока не выходит за рамки состязательного процесса и скорее напоминает содействие сторонам в собирании доказательств.

Средствами доказывания по древнему русскому праву служили показания сторон, показания свидетелей, внешние признаки, присяга, грамоты и ордалии. При этом надо иметь в виду, что каждый источник древнего русского права предлагает свой перечень средств доказывания.

Русско-византийский договор 911 г. свидетельствует о том, что главным судебным доказательством является **поличное**. Наряду с ним к доказательствам относились клятва (присяга), розыск и допрос свидетелей. Русская Правда указывает в качестве средств доказывания показания свидетелей, ордалии ("суды Божьи") и присягу (роту), собственное признание, признаки нарушения права <1>. Доказательствами по новгородскому и псковскому праву служили: по оценкам одних исследователей - показания сторон, показания свидетелей, поличное, внешние признаки, присяга, послушество, грамоты и "суды Божьи" <2>, по оценкам других - показания свидетелей и послухов, письменные документы и присяга <3>, по оценкам третьих - послухи, "суды Божьи" и акты <4>.

<1> См.: Пахман С.В. Указ. соч. С. 11, 36.

<2> См.: Мартышин О.В. Вольный Новгород. Общественно-политический строй и право феодальной республики. М., 1992. С. 357.

<3> См.: Егоров С.А. История отечественного государства и права, IX - первая половина XIX века. Опыт проблемного изложения. С. 87.

<4> См.: Владимирский-Буданов М.Ф. Обзор истории русского права. Ростов н/Д, 1995. С. 590.

Подводя итог анализу роли доказывания и доказательств в древнерусском праве, хотелось бы обратить внимание на проблему соотношения доказательств. Этот вопрос уже исследовался в научной литературе (С.В. Пахман, О.В. Мартышин). Однако спорность некоторых утверждений требует дополнительного рассмотрения отдельных аспектов соотношения доказательств.

Доказательства, используемые в гражданском процессе раннефеодального государства, можно разделить на две группы: рациональные и "суды Божьи". Рациональные доказательства (показания сторон, показания свидетелей, признаки нарушения права, письменные доказательства) имели приоритетное значение перед "судами Божьими" (присяга, испытание водой и железом, жребий, судебный поединок). Существовало общее правило: при достаточности рациональных доказательств "суды Божьи" не применялись. В частности, рассматривая соотношение средств доказывания, Н.Л. Дювернуа отмечал: "...если нет послухов, то следует (смотря по ценности иска) рота или жребий, испытание водой или железом" <1>.

<1> Дювернуа Н.Л. Указ. соч. С. 596.

Можно проследить определенные закономерности в применении рациональных и иррациональных доказательств. В литературе высказано мнение о том, что правила применения рациональных и иррациональных доказательств различны. В отношении системы рациональных доказательств утверждалось, что она не знала наделения отдельных видов доказательств особой юридической силой, установления преимуществ одних доказательств перед другими. Доказательства, относящиеся к категории "судов Божьих", имели разную юридическую силу <1>. В связи с этим О.В. Мартышин отрицает утверждение С.В. Пахмана о том, что доказательства "совместничали между собой не по юридической силе, потому что одно доказательство не противопоставлялось другому, а по применяемости в делах и случаях известного рода или в исках известной ценности и по употреблению одних вместо других при совершенном отсутствии или недостаточности последних" <2>.

<1> См.: Мартышин О.В. Указ. соч. С. 363.

<2> Пахман С.В. Указ. соч. С. 121.

Рассматривая вопрос о соотношении доказательств, хотелось бы обратить внимание на то, что их применение подчинялось общему критерию - характеру спора. Для "судов Божьих" действовал еще один принцип - тяжесть правонарушения.

Характер спора был основным критерием для определения перечня доказательств по делу, будь то рациональные или иррациональные доказательства. Судные грамоты определяли фактически то, что в современном гражданском судопроизводстве мы называем необходимыми доказательствами. Так, Псковская судная грамота определяла, что в спорах о владении землей судебными доказательствами являлись показания сторон и свидетелей, межевые знаки, грамоты на право владения, крестное целование, судебные поединки между свидетелями. Доказательствами в спорах, вытекающих из договора займа, являлись "доски", "рядницы" и иные записи, в подтверждение которых допускались крестное целование и поле.

Русская Правда, судные грамоты не предопределяли юридическую силу того или иного рационального доказательства. Исключение составляло, как указывалось выше, собственное признание стороны, освобождающее от необходимости дальнейшего доказывания. Доказательства соперничали между собой и могли быть оспорены. Однако конкуренция доказательств допускалась в рамках той системы доказательств, которая предусматривалась законом по определенной категории дел. В большинстве случаев устанавливалось определенное рациональное доказательство, а в случае его отсутствия (или в качестве дополнительного) - доказательство, относимое к числу "судов Божьих". В исключительных случаях закон предусматривал соперничество рациональных доказательств. В частности, по спорам между господином и закупом судебными доказательствами признавались записи или контракты, а также свидетельские показания (ст. ст. 44, 51 Псковской судной грамоты).

В отношении "судов Божьих" следует отметить, что выбор того или иного доказательства находился в прямо пропорциональной зависимости от тяжести совершенного правонарушения. При этом доказательства по мере тяжести (болезненности, опасности для жизни и здоровья) располагались в следующей последовательности: присяга (рота) или жребий, испытание водой, испытание железом (в более поздний период - поединки <1>). Так, испытание железом применялось по искам на сумму более половины гривны золотом, испытание водой - менее половины гривны золотом, присяга - до двух гривен серебром (ст. 22 Русской Правды в пространной редакции). Как справедливо отмечал С.В. Пахман, испытание железом по юридической силе имело преимущество перед испытанием водой, а последнее, в свою очередь, перед присягой. В отдельных случаях могло иметь место недопущение тех или иных иррациональных доказательств. Статья 28 Псковской судной грамоты запрещала прибегать к полю в делах о взыскании ссудного серебра при наличии залога. В этом случае рациональные доказательства признаются достаточными для разрешения дела по существу. Можно предположить, что Судная грамота исходила из того, что дела небольшой важности, по искам на незначительные суммы, должны разрешаться без "судов Божьих" в интересах безопасности истца.

<1> Новгородская и Псковская судные грамоты из всех древних ордалий упоминают только

поединок - поле. В связи с тем что поединок давал наибольший простор личным качествам сторон, он вытеснил иные виды ордалий. Поединок применялся по аналогичным спорам, что и древние ордалии. Он допускался по искам, возникающим из преступлений (ст. 27 Псковской судной грамоты), о земельной собственности, в которых право обеих сторон подтверждается равносильными письменными актами (ст. 10 Псковской судной грамоты), искам, возникающим из договоров, которые не требовали формального заключения сделки (ст. ст. 92, 101 Псковской судной грамоты). В иных случаях разрешение спора с помощью судебного поединка запрещалось (ст. 28 Псковской судной грамоты). Главное условие судебного поединка - физическое равенство сторон (ст. 19 Псковской судной грамоты). Престарелые, дети и монахи не обязаны были выходить на поединок взрослых и здоровых. Вместо сторон в поединке могли участвовать ответчики (представители), послухи, наймиты. Псковская судная грамота запрещает замену послуха наймитом (ст. 21).

Подробная регламентация в Новгородской и Псковской судных грамотах порядка проведения судебного поединка не дает основания для вывода о том, что судебной поединок был формой гражданского процесса (см.: Воронов А.Ф. Указ. соч. С. 268).

Определенные изменения претерпело доказательственное право периода Русского централизованного государства. Развитие социально-экономических отношений, централизация государственного и судебного аппарата обусловили изменение порядка судопроизводства. С усилением роли государства частные и общественные формы рассмотрения юридических споров были заменены государственными, что нашло отражение в формах процесса. В XV - XVII вв. судопроизводство носило розыскной (инквизиционный) либо состязательный характер. Розыскной процесс применялся по политическим и уголовным делам, состязательный - преимущественно по гражданским. Элементы инквизиционного процесса в гражданское судопроизводство проникали постепенно. Применительно к доказательственному праву это выражалось в изменении акцентов в распределении обязанностей по доказыванию и роли суда в доказывании, а также системы доказательств.

Судебники 1497 и 1550 г., Соборное уложение 1649 г. сохранили общее правило **представления доказательств**. Доказывать и опровергать иск должны были стороны. Дело разрешалось на основании тех доказательств, которые были ими представлены. Древнерусское право (в частности, Русская Правда, Псковская судная грамота) ставило истца в привилегированное положение в представлении доказательств. Начиная с XV в. безусловное доверие к его показаниям ослабевает. Анализ норм судебных 1497 и 1550 г. показывает, что названные нормативные акты были ориентированы на равные возможности сторон в доказывании. Исключение составлял порядок представления доказательств по спорам, связанным с приобретением краденой вещи. По этой категории дел представлять доказательства в виде свидетельских показаний должен был ответчик (ст. 46 Судебника 1497 г., ст. 95 Судебника 1550 г.). В силу состязательности процесса субъектами исследования доказательств выступал не только суд, но и стороны. Например, исследование осуществлялось путем допроса свидетелей как судом, так и сторонами <1>.

<1> См.: Пахман С.В. Указ. соч. С. 126.

Начиная с XVI в. появляется тенденция к расширению полномочий суда по установлению фактических обстоятельств дела. Судья не только заслушивал заявления сторон и рассматривал доказательства, но и сам требовал объяснения сторонами какого-либо факта, интересовался наличием у сторон доказательств, мог предложить последним рассмотреть определенное доказательство, принять или не принять доказательство, определял значение и силу доказательств, удостоверял подлинность доказательств, представляемых сторонами. Так, суду было предоставлено право отвергать доказательства, представляемые сторонами после общей ссылки, и "вершити дело по первой опчей ссылке" (ст. 168 гл. X Соборного уложения).

Со второй половины XVII в. в судебной практике стали встречаться случаи произвольного распоряжения судьей доказательствами. Например, вместо того, чтобы по просьбе ответчика предоставить истцу очную ставку с тем, кого он обвинял в составлении подложной крепости, судьи производили повальный обыск; или стороны просили о повальном обыске, а судьи требовали представления свидетельских показаний или письменных доказательств <1>.

<1> См.: Стефановский К. Разграничения гражданского и уголовного судопроизводства // Журнал Министерства народного просвещения. 1873. Ч. CLXVIII. С. 267.

В XV - XVII вв. система доказательств, применяемая по гражданским делам, включала в себя доказательства, как типичные для состязательного процесса (признание стороны, показания свидетелей, общая ссылка, присяга, письменные доказательства, поле или судебный поединок), так и свойственные следственному процессу (очная ставка, пытка, повальный обыск). Очная ставка и пытка применялись относительно редко. Уложение 1649 г. предусматривает применение очной ставки в случае насильственного оформления заемных и служилых кабал (ст. ст. 251, 252 гл. X), а затем при рассмотрении споров по вотчинным и поместным делам между родичами (ст. ст. 23, 54, 59 гл. XVI). Уложение 1649 г. узаконило применение обыска по делам, связанным со спорами о межах и старинных холопах, при отсутствии письменных доказательств (ст. 51 гл. XVII, ст. ст. 5, 29, 95, 108 гл. XVIII). Повальный обыск по гражданским делам производился по требованию сторон, хотя не исключалось назначение обыска по усмотрению судьи <1>.

<1> См.: Соборное уложение 1649 года: Комментарии. Л., 1987. С. 205. По мнению К.Д. Кавелина, обыск проводился только по просьбе сторон (см.: Кавелин К.Д. Основные начала русского судопроизводства и гражданского судопроизводства в период времени от Уложения до Учреждения о губерниях // Собрание сочинений: В 4 т. СПб., 1904. Т. 4. Стб. 315).

К одним из главнейших доказательств Судебники 1497 и 1550 гг., Соборное уложение, как и более раннее законодательство, относят признание стороны. Судебник 1550 г. исключил необходимость доказывания по делу, если имелось признание стороны (ст. 25). В случае признания иска ответчиком, части иска суд должен был выносить решение, основываясь только на этом признании. В остальной части иска вопрос решался на основе представленных сторонами доказательств (ст. 8 гл. X Соборного уложения).

Система средств доказывания определялась формой процесса - суд, розыск или очная ставка. Так, очная ставка как форма гражданского судопроизводства занимала промежуточное положение между судом и розыском. Сущность очной ставки в Уложении раскрывается с помощью следующего выражения: "...ставити с очени на очи спрашивати и сыскивати..." (ст. 7 гл. X). Двойственный характер очной ставки состоял в том, что она по своей сути не отличалась от состязательной формы судопроизводства, но имела некоторые внешние признаки следственного процесса. При очной ставке применялись допрос и пытка, не допускалось применение присяги.

Начавшаяся с Судебника 1497 г. тенденция к усилению следственного (инквизиционного) процесса в период реформ Петра I достигла своего наибольшего развития. Соборное уложение уделяло следственному процессу много места, но предпочтение отдавалось состязательному судопроизводству. По мнению М.Ф. Владимирского-Буданова, "до Петра Великого состязательные формы процесса были общим явлением, а следственные - исключительным..." <1>.

<1> Владимирский-Буданов М.Ф. Обзор истории русского права. Киев; СПб., 1909. С. 640.

Приоритет следственного начала в процессе является одним из проявлений политического режима абсолютизма. Эта мысль - традиционное отражение взаимосвязи политического режима и формы процесса. Вместе с тем необходимо учитывать национальные традиции России, духовное состояние общества, а также личные качества Петра I. По мысли А.М. Панченко, юному государю Петру I "досталась держава, пребывающая в состоянии духовного кризиса и даже надрыва. Надлежало искать выход - и прежде всего в сфере идей" <1>. Свои идеи в области государственного устройства, права и культуры, как известно, Петр I основывал на европейской, прежде всего голландской, правовой и культурной традиции. Петр I желал получить на Западе руководство к практическому действию, идейно обосновать основной принцип, на котором базируются все реформы конца XVII - первой четверти XVIII в., - принцип полезности

<2>. В конкретных политических акциях Петра I можно найти отзвук европейских философских и политико-правовых учений (Т. Гоббса, Х. Вольфа, Вольтера, Гольбаха, Дж. Реале, Д. Антисери и др.). Вместе с тем не следует преувеличивать влияние западноевропейского права на русское право. По справедливому замечанию Г.В. Вернадского, западные учения и нормы заимствовались потому, что законодатель считал их подходящими для России. Однако то, что не считалось подходящим, отбрасывалось или видоизменялось (яркий пример этого - "Наказ" императрицы Екатерины II в отношении политической системы Монтескье) <3>.

<1> Панченко А.М. Начало Петровской реформы: идейная подоплека // Из истории русской культуры. М., 1996. Т. III. С. 510.

<2> См.: Панченко А.М. Церковная реформа и культура петровской эпохи // Из истории русской культуры. М., 1996. Т. III. С. 499.

<3> См.: Вернадский Г.В. Очерк истории Русского государства XVIII - XIX вв. (Период империи). М., 1998. С. 15 - 16.

Русские государи XVIII в., воспитанные на идеях Просвещения, стремились к укреплению режима неограниченной власти монарха. Свобода и равенство понимались ими как свобода и равенство подданных, над которыми возвышается абсолютный монарх. Исключались любые проявления в обществе классовых, сословных, религиозных, национальных особенностей. Как следствие - бесправное положение личности не только перед государем, но и перед любым государственным чиновником <1>. Период абсолютной монархии характеризуется доскональной регламентацией всех сторон жизни и деятельности подданных, всеобщим контролем за населением со стороны государственных органов, широкими полномочиями органов управления, ограничением политических прав и свобод подданных.

<1> См. подробнее: Сорокин Ю.А. Российский абсолютизм в последней трети XVIII в. Омск, 1999. С. 72 - 83.

21 февраля 1697 г. был издан именной Указ "Об отмене в судебных делах очных ставок, о бытии вместо оных распросу, об отводе оных, о присяге, о наказании лжесвидетелей и о пошлинных деньгах", которым был введен следственный процесс при рассмотрении как гражданских, так и уголовных дел: "А вместо судов и очных ставок по челобитью всяких чинов людей, в обидах и разореньях чинить розыск..." (ст. 1 Указа). Следственные начала процесса были детализированы Кратким изображением процессов или судебных тяжб 1715 г.

После Указа 1697 г. в судебной практике продолжалось разделение на "суд" и "розыск". Гражданские дела в силу сложившейся традиции рассматривались по правилам состязательного процесса <1>. 5 ноября 1723 г. был издан именной Указ "О форме суда", прямо противоположный предыдущим законам. Он отменил розыскной процесс по делам частного характера и по большинству уголовных дел, предписав, что "не надлежит различать (как прежде бывало) один суд, другой розыск...". Розыск сохранялся лишь для расследования особо тяжких государственных преступлений. По мнению К.Д. Кавелина, Указ означал "восстановление... древнего суда, формы гражданского судопроизводства... видоизмененной сообразно с потребностями времени" <2>.

<1> Нельзя согласиться с высказанным в литературе мнением о том, что Указ 1697 г. и Воинский устав предусматривали как для уголовных, так и для гражданских дел розыскной, следственный процесс. См.: Кутафин О.Е., Лебедев В.М., Семигин Г.Ю. Судебная власть в России: история, документы: В 6 т. / Отв. ред. С.А. Колунтаев. М., 2003. Т. 2: Период абсолютизма. С. 147 - 148.

<2> Кавелин К.Д. Указ. соч. Т. 4. Стб. 405.

За период правления Петра I в гражданском судопроизводстве сменились два прямо противоположных типа процесса - следственный и состязательный. Причины таких изменений уже

обсуждались исследователями. К ним относили неудобство следственной формы <1>, усиление волокиты в судах в условиях "розыска" <2>, отсутствие резкого противопоставления законодателем суда и розыска, наличие элементов состязательности в следственном процессе и, наоборот, фактическое сохранение на практике как следственного, так и состязательного процессов, преемственность законодательства <3>.

<1> См.: Там же. Стб. 404 - 410.

<2> См.: Юшков С.В. История государства и права СССР. Ч. 1. М., 1950. С. 303.

<3> См.: Российское законодательство X - XX веков: В 9 т. / Отв. ред. А.Г. Маньков; под общ. ред. О.И. Чистякова. М., 1986. Т. 4: Законодательство периода становления абсолютизма. С. 395 - 396.

Вряд ли можно объяснить переход от состязательного процесса к следственному и от следственного к состязательному стремительным изменением социально-экономических отношений. Представляется, что он во многом определялся личными политико-правовыми воззрениями Петра I. Абсолютизм не может создать закон в формальном смысле слова, так как при нем не существует ни принципа разделения властей, ни народного представительства, ни законодательной власти. Поэтому в рамках самодержавия нет принципиальной разницы между законом и распоряжением монарха. Абсолютный монарх только до тех пор связан законом, пока этот закон существует, а так как закон находится полностью в его власти, то, следовательно, до тех пор, пока он сам этого хочет <1>.

<1> См.: Сорокин Ю.А. Российский абсолютизм в последней трети XVIII в. С. 87.

Основными признаками следственного процесса периода становления абсолютизма являлись строгое тайное судопроизводство, письменная форма процесса, процессуальная активность суда, применение пыток, формальная оценка доказательств. Небольшая процессуальная активность сторон в доказывании имела место. Судья сам стремился к установлению истины. Более того, государство, вмешиваясь в дела частных лиц, обязывало истца доказывать обоснованность своего иска, а ответчика - "учиненное на него дополнение правдою опровергнуть под страхом наказания" (ст. ст. 1, 3 гл. I ч. II Краткого изображения процессов или судебных тяжб). По Краткому изображению процессов или судебных тяжб на суд была возложена обязанность по сбору судебных доказательств, допросу истца и ответчика. Вопрос о допуске доказательств решался судьей (например, ст. 11 гл. II ч. II). Положение сторон в исследовании доказательств было крайне несправедливым. Так, "свидетелем в суде не надлежит от кого иного, кроме судьи, допрошенным быть" (ст. 9 гл. III ч. III).

В регулировании доказывания и доказательств Краткое изображение процессов или судебных тяжб руководствовалось теорией формальных доказательств. Закон устанавливал силу каждого доказательства. Все доказательства подразделялись на полные (совершенные) и неполные (несовершенные). Впервые в истории отечественного законодательства была сформулирована норма, установившая перечень средств доказывания. К последним были отнесены следующие: собственное признание, свидетельские показания, документы и присяга. Как и в предыдущем законодательстве, приоритетное место в системе средств доказывания занимало **собственное признание**: "Когда кто признает, чем он виновен есть, тогда дальняго доказу не требует, понеже собственное признание есть лутчее свидетельство всего света" (ст. 1 гл. 2 ч. II). Полным доказательством считались показания двух **свидетелей**. Показание одного свидетеля равнялось половине доказательства, а иногда, в зависимости от социального положения или пола свидетеля, одной трети <1>. Исходя из теории формальных доказательств, судья при окончательной оценке показаний свидетелей должен был отдавать предпочтение показаниям мужчин перед показаниями женщин, показаниям знатных людей перед показаниями незнатных, показаниям духовных лиц, образованных людей перед показаниями необразованных.

<1> См.: Развитие русского права второй половины XVII - XVIII вв. / Под ред. Е.А. Скрипилева. М., 1992. С. 233.

Самостоятельными доказательствами признавались **документы**. Краткое изображение процессов или судебных тяжб дает примерный перечень письменных доказательств. Различаются два вида документов: документы, зарегистрированные в государственных органах, и частная переписка и записки. В отличие от предыдущего законодательства Краткое изображение процессов или судебных тяжб отдает письменным доказательствам приоритетное значение. Если документ решает вопрос об основном предмете спора, то в случае признания его достоверности противоположной стороной необходимость дальнейшего доказывания отпадала.

Впервые в качестве доказательства стали рассматриваться торговые книги. В соответствии с теорией формальных доказательств торговые книги купцов имели силу половины доказательства. Вместе с тем в ст. 5 гл. 4 ч. II Краткого изображения процессов или судебных тяжб отмечается повышение доказательственной ценности торговой книги при подтверждении купцом истинности записей в книге присягой. Законодатель предполагает, что если в книге имеются не только кредиторские, но и дебиторские записи, то ей можно верить <1>.

<1> См.: Российское законодательство X - XX веков: В 9 т. / Отв. ред. А.Г. Маньков; под общ. ред. О.И. Чистякова. Т. 4: Законодательство периода становления абсолютизма. С. 442.

В Указе "О форме суда" ярко проявились состязательные основы доказывания. Судебное следствие велось по каждому пункту челобитной. Ответчику вменялось в обязанность дать ответ по каждому пункту отдельно. Ответ на челобитную запрещалось давать в письменной форме. После "очищения" одного пункта переходили ко второму, третьему и т.д. (ст. 3). Доказательства представлялись сторонами по каждому пункту жалобы сначала истцом, затем ответчиком. Челобитчик был обязан собрать все необходимые бумаги до начала судебного разбирательства. Ответчик в любой момент судебного следствия мог ходатайствовать о приобщении к делу судебных доказательств. В этом случае истцу предоставлялось время, необходимое для поиска документов.

Указ 1723 г. не до конца последовательно возродил состязательные начала процесса <1>, что нашло проявление в доказывании. Он отменил розыск, судья решал дело на основании доказательств, представленных сторонами. Вместе с тем суд сам мог собирать справки по делу, т.е. дополнять его сведениями, не указанными сторонами. Названный Указ не определил пределов права суда собирать справки, что давало широкие возможности для судейского произвола. По свидетельству князя Д.М. Голицына, собирание судом справок значительно затягивало процесс. Он писал: "Хотя малая какая справка приказная, то не хотят подождать до иного времени, но как вздумают, так и посылают бессрочно; и того отнюдь не чинят, чтобы послать о том, еще взять письменное ведение, но только то у приказных людей вытвержено, что поволоки со всякою отповедью в город. А ино дело прямого еще и на алтын нет, а по кого пошлют, то самое легкое дело, что рубли два три убытку сделают, а иному рубли и десять учинят убытку, и тем людей Божьих весьма убытчат" <2>. Следует отметить, что в рассматриваемый период собирание судом справок не было распространенным явлением и ограничивалось, вероятно, "только теми случаями, когда стороны если не прямо этого требовали, то наводили суд на это... Признание Петром права суда собирать справки оказало дурное влияние лишь спустя целое столетие..." <3>.

<1> Нельзя согласиться с мнением о том, что Указ 1723 г. сделал суд единственной формой процесса. См.: Кутафин О.Е., Лебедев В.М., Семигин Г.Ю. Указ. соч. С. 146 - 147.

<2> Цит. по: Беляев И.Д. История русского законодательства. СПб., 1999. С. 503.

<3> Гольмстен А.Х. Состязательное начало гражданского процесса в теории и в русском законодательстве, преимущественно новейшем: Юридические исследования и статьи. СПб., 1894. С. 433.

Вскоре после издания Указа "О форме суда" стал сужаться круг дел, рассматриваемых по правилам состязательного судопроизводства. Только гражданские и небольшая часть уголовных дел рассматривались по правилам состязательного процесса. Указ "О форме суда" не только не устранил недостатки судопроизводства, но и в значительной степени усилил их. Несогласованность между

названным Указом и Кратким изображением процессов и судебных тяжб привела к полнейшей дезорганизации в области судопроизводства, "под покровом которой стали процветать такие порядки, которые не могли иметь ничего общего с целями правосудия" <1>.

<1> Латкин В.Н. Учебник истории русского права периода империи (XVIII - XIX столетия). СПб., 1899. С. 525.

У одних авторов сложилось мнение, что после Петра I идет плавное вытеснение "суда" розыском <1>. По оценке других исследователей, ситуация была значительно сложнее <2>. Указом от 27 июня 1765 г. Екатерина II предписала руководствоваться "формою суда", отменив при этом устное судоговорение. На практике судьи произвольно применяли то следственную, то состязательную форму процесса, не проводя различия между уголовными и гражданскими делами. При Екатерине II мы видим сочетание того и другого, но розыску уделялось серьезное внимание. В частности, большое внимание уделялось повальному обыску и пытке <3>.

<1> См.: Развитие русского права второй половины XVII - XVIII вв. / Отв. ред. А.Г. Маньков; под общ. ред. О.И. Чистякова. С. 239.

<2> Законодательство Екатерины II: В 2 т. / Под ред. О.И. Чистякова, Т.Е. Новицкой. М., 2001. Т. 2. С. 868.

<3> Члены Уложенной комиссии критически отнеслись к предложениям Екатерины II об ограничении пыток, полагая, что без пытки вообще обойтись нельзя, либо предлагали отменить ее только для дворянства. См.: Гернет М.Н. История царской тюрьмы: В 5 т. Изд. 3-е. М., 1960. Т. 1. С. 106.

Екатерина II предприняла определенные попытки демократизации судопроизводства. Ее приверженность к теории естественного права наиболее ярко проявилась в знаменитом "Наказе" от 30 июля 1767 г., данном Комиссии, о сочинении проекта нового Уложения. В своем законопроекте Екатерина II уравнивала людей перед законом, обозначая представителей разных сословий словом "граждане", предлагала смягчить жестокость феодальных судов гуманностью "гражданских" судов, признавала ответственность власти перед гражданами <1>. Различая сферу частных и общественных интересов, "Наказ" исходил из демократических основ правосудия, отводя сторонам равные права по защите своих интересов: "Ответчика должно слушать не только для узнавания дела, в котором его обвиняют, но и для того еще, чтоб он себя защищал: он должен или сам себя защищать, или выбирать кого для своего защищения" (ст. 116 "Наказа"). Под защитой понималось право ответчика представлять суду оправдательные доказательства (ст. 118 "Наказа"). В то же время Екатерина II сохранила свойственную рассматриваемому историческому этапу приверженность к теории формальных доказательств. Все доказательства подразделялись на совершенные и несовершенные. Совершенными признавались те доказательства, которые исключали невиновность обвиняемого, а несовершенными - допускающие невиновность. Для получения истинного вывода полагалось несколько несовершенных доказательств (ст. 175, 176 "Наказа"). Так, показания одного свидетеля считались несовершенным доказательством. Совершенным доказательством признавались показания двух свидетелей, поскольку "свидетель один утверждающий дело, и ответчик отрицающий от того, составляют две равные части; ради того должно быть еще третьей для опровержения ответчика, если не будет кроме того других неоспоримых доказательств, или общая ссылка на одного" (ст. 120 "Наказа"). Екатерина II осудила подход к оценке свидетельских показаний с точки зрения сословной принадлежности свидетеля (ст. 121 "Наказа").

<1> См.: Бурова Т.Л., Зарипова З.Н. Правосознание российского общества второй половины XVIII века. Арзамас, 2000. С. 10; Мигунова Т.Л. Право, администрация и суд в реформах Екатерины Великой. СПб., 2002. С. 40 - 60.

Если "Наказ" Екатерины II - теоретический трактат, то наказания избирателей, представленные в Уложенную комиссию, - выражение практических нужд и интересов отдельных общественных групп.

Подобные наказания ("малые" наказания) содержали немало предложений по совершенствованию судопроизводства, в том числе по совершенствованию доказывания. В частности, наказ г. Арзамаса рекомендовал ввести меры по обеспечению доказательств и отменить существующую практику, когда, "...не произведя формального суда, никаких осмотров не чинить...". В этом случае - "если (Воспроизведение текста. - М.Ф.)... вовсе будет не видно..." улик, т.е. таких улик, "как порубки лесов, скошение травы и протчаго, а особливо на битых ран освидетельствовать уже не можно...". Поэтому "...осмотры чинить еще до суда предвидится за нужное, ибо через оные осмотры в начале сделанная причина будет видна..." <1>. Аналогичной позиции придерживался романовский наказ, который просил, "егда подадутся в судебные места челобитная, явочная или исковая, приказать, не мешкая времени, при том челобитчике окольными людьми учинить обыск и свидетельство до суда, почему то судебное место, произведя суд по форме, по окончании оною, может без продолженья, яко уже в известном, ему обиженному сделать удовольствие" <2>.

<1> Сборник Императорского Русского исторического общества. СПб., 1889. Т. 68. С. 117 - 118.

<2> Там же. СПб., 1872. Т. 8. С. 456.

В условиях приоритета общей тенденции к усилению следственного начала судопроизводства верейский наказ рекомендовал изменить способы доставки справок, перенося эту обязанность со сторон на суд: "Что же будет касаться к тому следствию до справок с обеих сторон, как истца и ответчика, о которых от истца в челобитье, а ответчика в оправдании показано будет, таковые требовать из тех мест, куда подлежательны будут, наистрожайшим образом указами, а не от истца и ответчика, как ныне есть выносом" <1>.

<1> Там же. СПб., 1869. Т. 4. С. 373.

Депутаты Екатерининской комиссии выступили резко против состязательного процесса, "как он установлен в форме суда, но это и неудивительно, ибо от состязательного процесса осталась действительно только форма, которая лишь усложнила и удлинила процесс, между тем как самые дела решались по инквизиционному усмотрению суда" <1>. Аналогичной позиции придерживались и некоторые "малые" наказания. В частности, в верейском наказе говорится: "Суд ныне между всяких чинов людей производится по силе формы о суде 1723 г., как тою формою повелено; от чего все, а особливо бедные дворяне несут великие отягощения и в самой справедливости своих дел, а паче с неравным себе достатком и честию; не точию, чтобы сыскать свою претензию могли, но много того бывает, что истец с подания своего в судном месте челобитья лет пять и более ответчика своего к суду сыскивать не может... а хотя и сыщет, по недостатку своему, поверенного нанять не в состоянии; а сам по не знанию в приказных делах, и правости своей в суде изъясниться не может" <2>. По мере эволюции абсолютизма следственный процесс стал иметь преобладающее значение, о чем свидетельствуют Указ Сената от 20 января 1754 г. "О производстве суда следствием, а не формою по делам насильственного завладения имением и о чинении розысков в подлогах по судебному производству" <3>, Учреждение для управления губерний от 7 ноября 1775 г. <4>, Именной указ от 19 августа 1799 г. "О порядке производства дел о казенных имуществах" <5>.

<1> Владимирский-Буданов М.Ф. Обзор истории русского права. Киев, 1915. С. 643 - 644.

<2> Сборник Императорского Русского исторического общества. Т. 4. С. 371.

<3> См.: Полное собрание законов Российской империи с 1649 г. СПб., 1830. Т. 14. N 10.176.

<4> См.: Российское законодательство X - XX вв.: В 9 т. / Под ред. Е.И. Индова. М., 1987. Т. 5: Законодательство периода расцвета абсолютизма. С. 170 - 295.

<5> См.: Полное собрание законов Российской империи с 1649 г. СПб., 1830. Т. 25. N 19.090.

В первой половине XIX в. рассмотрение гражданских дел осуществлялось по правилам, установленным ч. 2 т. 10 Свода законов Российской империи (далее - Свод законов) <1>. В литературе гражданский процесс этого периода характеризуется как следственный, пронизанный инквизиционным началом <2>. Вместе с тем некоторые авторы XIX в. пытались доказать, что в России до Судебной реформы 1864 г. действовал состязательный процесс по ч. 2 т. 10 Свода законов <3>. Свод законов допускал рассмотрение спорных дел "судом по форме" по просьбе истца, а также в случае предоставления такого права высочайшим повелением (ст. 1062; здесь и далее в скобках указаны статьи из Свода законов Российской империи). Но "суд по форме" был не правилом, а исключением из общего порядка судопроизводства (по ч. 2 т. 10 Свода законов) и применялся очень ограниченно.

<1> См.: Свод законов Российской империи. Ч. 2: Законы о судопроизводстве и взысканиях гражданских. СПб., 1857. Т. 10.

<2> См.: Развитие русского права в первой половине XIX в. / Под ред. Е.А. Скрипилева. М., 1994. С. 245.

<3> См.: Гольмстен А.Х. Состязательное начало гражданского процесса в теории и в русском законодательстве, преимущественно новейшем. С. 434 - 480.

Гражданский процесс подразделялся на производство в делах спорных и бесспорных. Доказывание по спорным делам (вотчинное и исковое) происходило при активном (внешне) участии сторон. На истца возлагалась обязанность доказывать исковые требования. В свою очередь "ответчик основательным доказательством" обязан "себя оправдать и учиненное против него наказание правдою опровергнуть" (ст. 313). Это общее положение находило выражение в конкретных правомочиях: стороны могли ссылаться на показания свидетелей (ст. 358), представлять письменные доказательства (ст. 323), признавать факты (ст. ст. 293, 315) и т.д. Тем не менее определяющая роль в доказывании принадлежала суду. Он должен был установить все фактические данные и доказательства, их подтверждающие. Осмотр на месте и экспертиза назначались только судом (ст. ст. 356, 357). В отдельных случаях суд обязывал стороны ссылаться на конкретные доказательства. При недоказанности требований истца и возражений ответчика суд мог обязать ответчика к присяге. Отказ от присяги вел к обвинению в иске (ст. ст. 420 - 426). Это свидетельствует об ограниченной возможности сторон в выборе доказательств. В силу письменного характера процесса на суд возлагалась обязанность "приступить к решению всякого дела, особливо сомнительного и требующего изъяснения, не иначе как по учинении надлежащих справок как о подложности документов, представленных тяжущимися, так и подлинности показаний, учиненных ими" (ст. 441). Во избежание волокиты закон предоставлял суду право собирать справки в следующих случаях: 1) для определения подлинности документа (ст. ст. 323, 441); 2) для пояснения о дополнениях документа (ст. ст. 442, 542, 914, 1160); 3) для установления подлинности показаний сторон (ст. 441).

Свод законов не рассматривал справки и доказательства как явления тождественные. Формально справки занимали вспомогательное, второстепенное положение по отношению к доказательствам, и их наличие существенно не нарушало порядок представления доказательств сторонами. Но последнее утверждение верно лишь теоретически. На практике предоставление суду права собирать справки создавало условия для широкого судебного произвола. С помощью справок суд имел возможность контролировать доказательственную деятельность сторон, активно вмешиваться в установление фактических обстоятельств дела, затягивать рассмотрение дела на долгие годы. В ходе собирания справок суд (а точнее, его канцелярия), оказывая содействие одной стороне, ставил другую в неравное положение: "Справки обратились в средство деятельности суда в ущерб тому тяжущемуся, который не сумел угодить судье... Усилить доказательства одной стороны, ослабить доказательства другой, затянуть дело на многие года в интересах одной стороны, в ущерб другой - вот чему служили справки тогдашним судьям" <1>. Требование ст. 442 Свода законов, запрещавшей суду истребовать справки, не относящиеся к делу, не соблюдалось. Даже в Сенате дело не обходилось без пополнения справками. Все справки собирались полицией, которая была буквально завалена требованиями судов. В связи с этим они поступали в суд с громадным промедлением <2>.

<1> Гольмстен А.Х. Состязательное начало гражданского процесса в теории и в русском

законодательстве, преимущественно новейшем. С. 471.

<2> См.: Бочкарев В. Дореформенный суд // Судебная реформа / Под ред. Н.В. Давыдова и Н.Н. Полянского: В 2 т. М., 1915. Т. 1.

Институт справок тесно связан с целью доказывания. На стороны возлагалась обязанность "показывать настоящую оно истину, кратко и ясно, означать иск правдою, по долгу присяги и чистой совести, не прибавлять ничего лишнего и постороннего" (ст. 245). Одновременно суд должен был удостовериться в подлинности показаний сторон через справки (ст. 441). Следовательно, Свод законов предполагал установление по делу объективной (материальной) истины, сохранив в этом вопросе позицию, существовавшую в эпоху Петра I. Фактические обстоятельства дела подлежали установлению с абсолютной достоверностью независимо от воли сторон. С этой целью суду предоставлялось право вмешиваться в доказательственную деятельность сторон путем сбора справок.

Часть 2 т. 10 Свода законов содержала исчерпывающий перечень средств доказывания, применение которых подробно регламентировалось законом. В систему средств доказывания включались собственное признание, письменные доказательства, личный осмотр, показания сведущих людей, показания свидетелей, повальный обыск, присяга (ст. 314). Подробная регламентация применения и оценки каждого средства доказывания свидетельствует об установлении фактических обстоятельств дела в соответствии с теорией формальных доказательств. Как и ранее, признание стороны считалось совершенным доказательством, исключающим необходимость дальнейшего доказывания (ст. ст. 315, 316). Признание, "учиненное вне суда изустно, почитается недействительным, но признание вне суда, учиненное письменно, может, смотря по обстоятельствам, иметь силу доказательства" (ст. 317). Письменными доказательствами являлись акты-состояния (метрические книги, акты о принадлежности к какому-либо сословию и т.п.), акты управления имуществом (крепости и записи, духовные завещания, заемные письма, договоры и т.п.), акты присутственных мест (судебные журналы, протоколы, докладные книги, выписки из дел и т.п.) (ст. ст. 321, 322). Свод законов подробно регламентирует доказательственную силу каждого письменного доказательства. Например, "счет, собственноручно подписанный приемщиком, или должником, и возвращенный поставщику или верителю, составляет совершенное доказательство в пользу последнего, если подпись не будет от первого протестована в ее подлинности" (ст. 342).

Следственные основы судебного разбирательства гражданских дел - типичное явление в полицейском государстве. "Почти все недостатки нашего гражданского судопроизводства, - отмечали соединенные департаменты законов и гражданских дел Государственного совета, - зависят в особенности от применения к нему начал производства следственного, совершенно противного существу дел тяжбных, которые, касаясь исключительно интересов спорящих лиц, должны не только начинаться, но и получать дальнейшее направление не иначе, как по воле сих лиц; в следственном процессе, напротив, не только направление тяжбного дела совершенно зависит от судебного места, но даже и самое начало оно в судебном месте весьма часто зависит от усмотрения полиции" <1>. Исследование истории доказательственного права феодальной России показало прямую зависимость состояния основных институтов доказательственного права (распределение обязанности по доказыванию, конкретные средства доказывания и др.) от приоритета следственного или состязательного начала. Последнее, в свою очередь, детерминировано типом государства и политического режима.

<1> Журнал Соединенных департаментов законов и гражданских дел Государственного совета. 1859. N 7. С. 22.

Вследствие неудовлетворительного состояния правосудия в середине XIX в. возникла необходимость реформирования системы судоустройства и судопроизводства. Судебная реформа занимала центральное место среди реформ 60 - 70-х годов XIX в. Коренному изменению подверглось процессуальное законодательство. Это объяснялось его важностью для обеспечения неприкосновенности личности и имущества, что было весьма актуально после отмены крепостного права в России. Передовые принципы и институты Судебных уставов от 20 ноября 1864 г. были введены в результате победы либерального направления в правительственных сферах, где шла острая борьба за сущность и характер изменений судопроизводства и судоустройства.

Общие фундаментальные принципы Судебной реформы были отражены в Основных положениях преобразования судебной части в России, разработанных по повелению Александра II специально организованной комиссией (С.И. Зарудный, А.М. Плавский, К.П. Победоносцев, П.Н. Даневский и др.). В результате ее работы были составлены Основные положения гражданского судопроизводства, которые были рассмотрены и утверждены Соединенными департаментами законов и гражданских дел Государственного совета, а затем и общим собранием Государственного совета. 29 сентября 1862 г. данные Положения были утверждены царем и опубликованы.

Основными положениями гражданского судопроизводства провозглашался состязательный процесс (ст. 7). Это касалось производства дел как у мировых судей, так и в окружных судах. Необходимые для дела справки, сведения, доказательства собирались самими тяжущимися; суд не должен был входить по данному вопросу ни в какую переписку ни с учреждениями, ни с лицами, но по просьбе сторон мог выдать последним свидетельства для получения данных справок и сведений <1>.

<1> См.: Судебные уставы с изложением рассуждений, на коих они основаны: В 3 ч. СПб., 1867. Ч. 1: Основные положения гражданского судопроизводства. Ст. 37.

Итогом законодательных работ по реформированию гражданского судопроизводства стал Устав гражданского судопроизводства, принятый Государственным советом и утвержденный монархом 20 ноября 1864 г. В Указе Правительствующему сенату в связи с принятием Судебных уставов говорилось: "Водворить в России суд скорый, правый, милостивый и равный для всех подданных, возвысить судебную власть, дать ей надлежащую самостоятельность и, вообще, утвердить в народе то уважение к закону, без которого невозможно общественное благосостояние и которое должно быть постоянным руководителем всех и каждого - от высшего до низшего" <1>.

<1> Российское законодательство X - XX вв.: В 9 т. / Под ред. В.В. Виленского. М., 1991. Т. 8: Судебная реформа. С. 28.

Устав гражданского судопроизводства ввел состязательную форму процесса для всех гражданских дел. Состязательное начало было одним из важнейших предметов исследования ученых-процессуалистов. Значительное внимание указанной проблеме уделялось в работах К.И. Малышева, Е.В. Васьковского, Е.А. Нефедьева, Т.М. Яблочкова, А.Х. Гольмстена, В.А. Рязановского и др. Общим было мнение о том, что Судебная реформа привела к становлению состязательного судопроизводства. Однако взгляды на понятие, содержание, границы действия и оценку состязательного начала в гражданском процессе существенно различались. Состязательность рассматривалась как принцип, форма, способ формирования процессуального материала. Большое внимание уделялось сравнительному анализу "следственного" и "состязательного" процессов. Отнесение судопроизводства к тому или другому типу проводилось в зависимости от соотношения деятельности сторон и роли суда в формировании фактического материала.

Большинство процессуалистов относили состязательность к принципам (началам) процесса. Так, К.И. Малышев рассматривал состязательность как принцип, в соответствии с которым "разные действия суда в процессе зависят от требований сторон, от их инициативы, и спорные отношения сторон обсуждаются по тем только фактам, которые сообщены суду тяжущимися" <1>. Состязательное начало он выводил из существа гражданских прав. Относя их к частной сфере лица, К.И. Малышев логически выводил свободу владельца в распоряжении ими: "Внутреннее развитие каждой сферы есть дело частных лиц, в ней заинтересованных". В связи с этим судебная власть "не призвана вмешиваться в эти частные дела **ex officio**: непрошеное вмешательство могло бы только окончательно расстроить отношения сторон и возбудить процесс там, где дело скорее уладилось без суда, без огласки и судебных издержек... Судебная власть не должна вмешиваться **ex officio** за ту завесу домашних и хозяйственных отношений, которую не хотят поднять сами тяжущиеся". Назначение суда в состязательном процессе К.И. Малышев видел в правильном разрешении спора по тем данным, которые ему сообщают тяжущиеся. Суд - нейтральный субъект процесса <2>.

<1> Малышев К.И. Курс гражданского судопроизводства: В 3 т. СПб., 1874 - 1879. Т. 1. С. 351.

<2> См.: Там же. С. 352.

Е.А. Нефедьев определял сущность состязательного судопроизводства путем сопоставления его со следственным процессом. В основу разграничения двух типов судопроизводства была положена роль суда в установлении фактических обстоятельств дела. Для разрешения дела по существу закон может установить два способа: 1) предоставить суду право принимать активное участие в выяснении обстоятельств дела, т.е. действовать **ex officio** в выяснении оснований для суждений о правоте той или другой стороны; 2) поставить суд в пассивное положение, т.е. предоставить суду право судить о правоте требований сторон на основе того, что будет предоставлено сторонами. В первом случае процесс основан на следственном начале, во втором - на состязательном <1>.

<1> См.: Нефедьев Е.А. Учебник русского гражданского судопроизводства. М., 1904. С. 140.

Е.В. Васьковским состязательность рассматривалась в двух аспектах: как принцип (начало) процесса и как форма судопроизводства. В первом случае под состязательностью понимался способ формирования процессуального материала и собирания доказательств, состоящий в том, что подготовка фактического материала производится сторонами, а суд дает ему оценку, принимая во внимание то, что доставлено сторонами, и в том виде, как доставлено. Смысл принципа состязательности Е.В. Васьковский видел в ответственности сторон за фактический материал процесса <1>.

<1> См.: Васьковский Е.В. Курс гражданского процесса: В 3 т. М., 1913. Т. 1. С. 378 - 379.

Большинство процессуалистов XIX столетия не проводили последовательно различия между принципами диспозитивности и состязательности, включая элементы диспозитивности в состязательное начало. Более того, полномочия сторон по представлению доказательств рассматривались как проявление не принципа состязательности, а принципа "формальной диспозитивности": "Обладая полной свободой распоряжения процессуальными средствами защиты, в том числе и доказательствами, которыми подтверждаются и устанавливаются те или иные части процессуального материала, тяжущиеся могут по своему усмотрению увеличивать или уменьшать количество самого материала. Естественно поэтому и возложить на них ответственность за полноту процессуального материала... Из принципа диспозитивности вытекает по отношению к собиранию фактического материала процесса только то, что суд не вправе разыскивать доказательства и требовать их предъявления вопреки выраженной воле сторон" <1>.

<1> Там же. С. 379 - 380.

В первоначальной редакции Устав гражданского судопроизводства (далее также - УГС) последовательно провел принцип состязательности в процессуальных правилах доказывания. Это выразилось в возложении на стороны обязанности доказывать свои требования и возражения (ст. ст. 81, 366 УГС). Обязанность доказывания лежала прежде всего на истце, что вытекало из той наступательной роли, которая принадлежит ему в процессе. Обязанность доказывания переходила от него к ответчику только после того, как истец доказал свои утверждения, так как ответчику в этом случае приходилось делать возражения, подлежащие доказыванию. Разъясняя ст. 366 УГС, кассационный департамент в своем решении указывал, что обязанность истца доказывать свой иск следует распространить на все судебное состязание и производство. Из указанной статьи не следует, что истец обязан при предъявлении иска доказывать все обстоятельства дела <1>. При установлении спорного факта обязанность представления доказательств возлагалась на сторону, которая утверждает наличие этого факта <2>. Задача тяжущихся - не доказать юридическую основательность своих заявлений и требований, а с

наибольшей полнотой указать фактические обстоятельства дела <3>. Суду предоставлялось право принимать в основание решения и доводы, которые хотя и не были буквально приведены тяжущимися, но следовали из представленных сторонами доказательств и документов <4>.

<1> См.: Решение Гражданского кассационного департамента. 1870. N 873 // Судебные уставы императора Александра II с разъяснениями кассационных департаментов Правительствующего сената. СПб., 1884. С. 159 - 160.

<2> См.: Решение Гражданского кассационного департамента. 1878. N 33 // Судебные уставы императора Александра II с разъяснениями кассационных департаментов Правительствующего сената. С. 161.

<3> См.: Яблочков Т.М. Учебник русского гражданского судопроизводства. Ярославль, 1912. С. 35.

<4> См.: Решение гражданского кассационного департамента. 1871. N 692 // Судебные уставы императора Александра II с разъяснениями кассационных департаментов Правительствующего сената. С. 162.

По отношению к доводам и доказательствам права сторон были ничем не ограничены: они могли приводить новые, не указанные в состязательных бумагах доводы и доказательства, вплоть до прекращения председательствующим прений (ст. 331 УГС). Это правило свидетельствует о стремлении законодателя предоставить сторонам возможность отстаивать свою позицию в процессе, привлекая с наибольшей полнотой доказательственный материал. В силу ст. ст. 263 и 315 УГС истец обязан представить доказательства своего иска в исковом прошении, а ответчик - возражения в ответе. После обмена состязательными бумагами может стать ясно, что своими доказательствами противная сторона поколебала доказательственную силу представленных доказательств, и без подкрепления новыми доказательствами первые будут опровергнуты. Поэтому единственная возможность тяжущегося защитить свою позицию в споре - представить доказательства и доводы в ходе устного состязания. Состязательный процесс предполагает взаимную информированность сторон о доказательственном материале. В целях обеспечения равноправной борьбы сторон до начала судебного заседания каждая сторона должна знать все доказательства, на которых противоположная сторона основывает свои требования. Представление новых доказательств требует дополнительной подготовки, для которой закон дает право просить об отсрочке заседания (ст. 331 УГС). В связи с рассматриваемым вопросом Правительствующий сенат отмечал: "...одно то, что каждый из представленных новых доводов и доказательств может вызвать с противоположной стороны особые возражения и привести суд в необходимость обсудить такие стороны дела и такие вопросы, которые при первоначальных доказательствах могли и не иметь места, не может колебать существа требований и оснований иска и не должно влечь за собой смешение понятий об основании иска и о доказательствах и доводах оно" <1>.

<1> См.: Исаченко В.Л. Гражданский процесс: Практический комментарий на вторую книгу Устава гражданского судопроизводства: В 6 т. Минск, 1890 - 1896. Т. 1. С. 742.

Стороны не были ограничены в представлении доказательств в апелляционном производстве. Право представлять новые доказательства принадлежало обеим сторонам независимо от оценки его судом первой степени. Любые доказательства, которые могли быть представлены, но не были представлены по каким-либо причинам при первоначальном рассмотрении дела, допускались к рассмотрению во второй степени суда. Закон предусматривал право сторон представлять доказательства относительно обстоятельств, возникших после первого рассмотрения дела (ст. ст. 331, 507, 777 УГС).

Устав гражданского судопроизводства предусматривал ряд мер по борьбе со злоупотреблением правами в сфере доказательственной деятельности со стороны юридически заинтересованных лиц. Эти злоупотребления выражались в представлении существенных для дела доказательств по окончании разбирательства дела, в судебных прениях, в затягивании процесса. В целях предотвращения злоупотреблений устанавливалось, что новые доводы и доказательства не могут быть приняты судом во внимание при вынесении решения и не могут служить основанием для возобновления состязания в новом

заседании, если они были представлены по окончании состязания или судебного заседания (ст. ст. 4, 367, 368, 693 УГС). Статья 190 проекта Устава гражданского судопроизводства предлагала следующую санкцию: "В случае неявки тяжущегося без уважительных причин суд вправе признать доказанными те обстоятельства, по которым требовалось его личное объяснение".

Процессуальная активность суда в доказывании носила неоднозначный характер. В одних случаях суд инициативно воздействовал на систему средств доказывания по конкретному делу, а в других - оказывал содействие сторонам в представлении ими доказательств.

Процессуальная помощь суда выражалась в следующем.

1. Суд оказывал сторонам помощь в собирании справок. По их просьбе он выдавал свидетельство, которым подтверждал необходимость справки. Но суд был не обязан удовлетворять каждое требование сторон о выдаче свидетельства и отказывал в нем, если справка не могла служить доказательством. Вопрос об использовании свидетельства об истребовании справок решался сторонами самостоятельно (ст. ст. 452 - 455 УГС). Все судебные и правительственные учреждения, а также должностные лица были обязаны немедленно выдать тяжущемуся, предъявившему свидетельство, необходимые сведения и документы. При невозможности удовлетворить просьбу в указанный срок тяжущемуся выдавалось об этом удостоверение и указывалось время, к которому сведения или документ могут быть выданы.

2. Показания свидетелей как вид доказательств обеспечивались вызовом свидетелей в суд (ст. 370 УГС). Уклоняющийся от дачи показаний свидетель подвергался штрафу.

3. При использовании показаний свидетелей, которые не могли явиться в судебное заседание (ст. ст. 382, 386 УГС), суд обеспечивал отображение показаний в установленной для этого процессуальной форме.

Устав гражданского судопроизводства предоставил суду некоторую инициативу в определении круга доказательств по конкретному делу. При недоказанности существенных обстоятельств дела суд объявлял об этом сторонам и назначал срок для разъяснения событий дела, не указывая сторонам, какие доказательства они должны представить (ст. 368 УГС). Это правило совместимо с состязательным началом, так как суд не указывал тяжущимся на конкретные доказательства и не собирал их сам, а лишь определял обстоятельства, по которым должны были представляться сторонами доказательства. Суд имел право выносить постановления относительно доказательств только тогда, когда это представлялось необходимым для дальнейшего производства по делу. Он не должен был требовать представления доказательств относительно фактов, которые не вызвали спора между сторонами, "возбуждать от себя сомнения и возражения вместо ответчика" <1>.

<1> Малышев К.И. Курс гражданского судопроизводства. Т. 1. С. 353 - 354.

Не имея права собирать доказательства, суд мог по просьбе сторон или по собственной инициативе производить проверку представленных сторонами доказательств, по которым был объявлен спор (ст. ст. 369, 499 УГС). Статья 400 УГС предоставила суду право "распроса" свидетелей. На основании ст. ст. 507 и 515 УГС суд был вправе по собственному усмотрению назначить осмотр на месте и экспертизу, а также истребовать заключение сведущих людей.

Совместными действиями суда и сторон проводилось исследование доказательств. Так, председатель суда, с его разрешения члены суда и стороны могли предлагать свидетелю вопросы не только по тем обстоятельствам, для подтверждения которых он был вызван, "но и вообще по всем предметам, которые каждая из них признает нужным выяснить" (ст. 400 УГС). Несмотря на то что суд по собственной инициативе мог назначить осмотр на месте, стороны имели право присутствовать при нем и делать указания и замечания (ст. 510 УГС).

Состязательный процесс прочно вошел в судебную практику. Спустя 25 лет после принятия Судебных уставов от 20 ноября 1864 г. Г.А. Джаншиев отмечал, что даже самые отчаянные сторонники дореформенного суда не решаются ныне доказывать вред гласного суда, состязательного судоговорения и адвокатуры. Вместе с тем деятели судебной реформы признавали возможность и даже необходимость

совершенствования Судебных уставов. Весь вопрос сводился лишь к тому, в каком направлении должны быть проведены эти дополнения, чтобы суд мог плодотворно функционировать <1>.

<1> См.: Джаншиев Г.А. Основы судебной реформы. М., 1891. С. 8 - 9.

Дальнейшее развитие гражданского процессуального законодательства в конце XIX - начале XX в. шло по пути усиления роли суда в процессе, дополнения состязательности судопроизводства элементами следственного начала. Этот процесс затронул не только гражданское процессуальное законодательство России, но прежде всего судопроизводство европейских стран. Так, австрийский Устав 1895 г. допускал требование судом личной явки стороны против ее желания и допрос свидетелей, на которых стороны не ссылались (п. п. 1, 4 ст. 183). Расширение инициативы и активности суда в гражданском процессе было вызвано потребностью гражданского быта, "которая неудержимо пробивает себе путь в жизнь, несмотря на то, что на этом пути стоит теория, провозглашающая состязательное начало самым важным из устоев гражданского процесса и в то же время отождествляющая его с пассивностью суда, в противоположность активности сторон. Движение это настолько сильно, что положительно заставляет отступить перед собою теорию... Очевидно, требуется полный и тщательный пересмотр всего учения о состязательном начале в гражданском процессе, до самых его корней и основ, с целью переработать теорию и привести ее в согласие с фактами положительного законодательства..." <1>.

<1> Гредескул Н.А. К оценке теории состязательного начала в гражданском процессе // Журнал Петербургского Юридического общества. 1898. N 2. С. 79 - 80.

Между теоретиками-процессуалистами возникли споры относительно понимания следственного и состязательного начала в аспекте их сочетания, т.е. о необходимости вмешательства суда в состязание сторон, в установление ими фактического состава. Общим для них было неприятие "чистой" состязательности процесса, признание необходимости дополнить законодательство нормами, закрепляющими материальную активность суда, ввести следственные элементы в состязательность. Еще в 1878 г. К.И. Малышев отмечал, что суд имеет определенные полномочия, касающиеся материальной стороны процесса, которые ему необходимы для того, чтобы "разъяснить себе дело", а их реализация зависит от доброй воли сторон <1>.

<1> См.: Малышев К.И. Курс гражданского судопроизводства. Т. 1. С. 362.

Изменения, внесенные в Устав гражданского судопроизводства в 1912 и 1914 гг., значительно усилили роль суда в доказывании. Так, судья по собственной инициативе мог приложить "не касающиеся существа дела" справочные сведения, находящиеся в его же делах (ст. 82). Судья приобрел право "потребовать представления тяжущимися доказательств, на которые они указывали в своих объяснениях, хотя бы на эти доказательства и не было сделано прямой ссылки" (ст. 82.1). Суду была предоставлена возможность принимать во внимание доказательства, представленные явившимися соучастниками, в пользу неявившихся, даже если последние на них не ссылались (ст. 15.3). Законом от 12 марта 1914 г. по делам, вытекающим из брачно-семейных правоотношений (о совместном жительстве супругов, о содержании жены, о правах родителей в отношении детей), суду было предоставлено право по собственному усмотрению поставить вопрос о допросе самих супругов (т.е. тяжущихся), их родственников (без ограничения степени родства) и соседей, а также других лиц, способных сообщить необходимые сведения по делу. Таким образом, в русском гражданском процессе (досоветский период) можно выделить несколько этапов в развитии доказывания и доказательств по гражданским делам:

- 1) этап формирования системы доказывания состязательного типа в нормах обычного права;
- 2) система доказывания состязательного типа периода сословно-представительной монархии (XV - начало XVII в.);
- 3) система доказывания следственного типа периода абсолютной монархии (XVII в. - 1864 г.);

4) система доказывания состязательного типа Российской империи (1864 - 1917 гг.).

В советский период развития гражданского процессуального законодательства был сделан огромный шаг назад - к следственному производству, к активизации роли суда в гражданском процессе, к сокращению состязательного начала в доказывании. Уже первые декреты о суде отменили принесение присяги, тайну купеческих и прочих книг и предоставили суду свободу допущения тех или иных доказательств. Статья 14 Декрета о суде от 7 марта 1918 г. N 2 (далее - Декрет) <1> предусматривала, что в отношении доказательств суд не стеснен никакими формальными соображениями и от него зависит, допустить ли по обстоятельствам дела те или иные доказательства. Суду предоставлялось право требовать представления доказательств от третьих лиц (ст. 24 Положения о народном суде РСФСР от 21 октября 1920 г. (далее - Положение от 21 октября 1920 г.) <2>). Положение о народном суде допускало возбуждение производства по делу не только по заявлению сторон, но и по предложению Исполнительного комитета Совета рабочих, крестьянских и красноармейских депутатов, должностных лиц и по усмотрению суда (ст. 53).

<1> СУ РСФСР. 1918. N 26. Ст. 420.

<2> СУ РСФСР. 1920. N 83. Ст. 407.

Инструкция Народного комиссариата юстиции РСФСР от 23 июля 1918 г. регламентировала состязательную форму судебного разбирательства в очень усеченном виде. Признание иска ответчиком для суда было необязательно, и если оно, по мнению суда, не соответствовало обстоятельствам дела, то суд имел право допрашивать свидетелей и исследовать другие доказательства по делу (ст. 30 Инструкции от 23 июля 1918 г. и ст. 67 Положения о народном суде от 30 ноября 1918 г.). Если же признание ответчиком иска согласовывалось с другими обстоятельствами дела, то суд мог, не допрашивая свидетелей и не обсуждая других доказательств, перейти к заключительным моментам процесса (ст. 69 Положения о народном суде от 21 октября 1920 г.).

Юристы 1920-х гг., исходя из классовых и идеологических позиций государства диктатуры пролетариата, отрицали инициативу и состязание сторон в процессе, утверждали активную роль суда. Вопрос о состязательном характере судопроизводства имел политический характер, поскольку от его содержания зависела степень вмешательства тоталитарного государства в сферу имущественных интересов граждан. Необходимость активной роли суда в процессе объяснялась интересами защиты прав рабочих и крестьян, не обладающих юридическими знаниями и не имеющих возможности пригласить адвокатов. Гражданский процесс надо было построить так, "чтобы рабочие и крестьяне, которые обращаются в суд с каким-нибудь гражданским требованием, заранее могли быть уверены в том, что они со стороны самого судьи встретят защиту и охрану своих интересов. Мы не имеем возможности обеспечить бесплатной юридической помощью население, а если так, то нам нужно построить процесс таким образом, чтобы судья сам оказывал содействие рабочим и крестьянам, которые будут к нему обращаться" <1>.

<1> Доклад и прения II сессии ВЦИК X созыва о ГПК: Заседание второе // Сборник статей и материалов по гражданскому процессу за 1922 - 1924 гг. С. 44.

Гражданский процессуальный кодекс, принятый 7 июля 1923 г. II сессией ВЦИК X созыва, отразил основные идеи Декрета о суде N 2 и Положения о народном суде от 21 октября 1920 г. В отличие от Положения от 21 октября 1920 г. право возбуждения гражданского дела в суде предоставлялось стороне (ст. 2 ГПК РСФСР).

ГПК РСФСР 1923 г. сочетал состязательную борьбу сторон с инициативой и активностью суда. В отличие от Устава гражданского судопроизводства 1864 г. ГПК РСФСР 1923 г. допускал только устное состязание сторон, проводимое в ходе судебного разбирательства. По общему правилу явка сторон в судебное заседание по гражданскому делу была не обязательна и дело могло быть заслушано в отсутствие стороны, если она извещена о времени разбирательства дела (ст. 98 ГПК РСФСР 1923 г.).

Однако суд имел право признать необходимыми личные объяснения сторон даже в том случае, когда в деле участвовали их представители (ст. 99 ГПК РСФСР 1923 г.). Законодатель руководствовался тем, что личное участие сторон в деле дает суду возможность лучше уяснить себе их действительные взаимоотношения <1>. В связи с этим суду предоставлялось право отложить слушание дела для обеспечения ему возможности выслушать личные объяснения не явившейся в заседание стороны. Однако, если сторона, несмотря на постановление суда о необходимости ее личных объяснений, все-таки не явится по вызову суда, суд должен решить дело на основании имеющихся материалов. К неявившейся стороне не применялись никакие принудительные меры. Принудительный привод ответчика допускался по делам об истребовании содержания неимуществу и нетрудоспособному супругу, заработной платы, взыскании с родителей средств на содержание детей (ст. ст. 101, 101-а ГПК РСФСР 1923 г.).

<1> См.: Клейнман А.Ф. Демократические принципы советского гражданского процесса // Советское государство и право. 1948. N 5. С. 55.

Спор между заинтересованными сторонами происходил прежде всего по поводу установленности (неустановленности) фактов, имеющих юридическое значение для решения дела. Каждая сторона должна была доказывать те обстоятельства, на которые она ссылалась как на основание своих требований и возражений (ст. 118 ГПК РСФСР 1923 г.). Подавая исковое заявление, истец должен был сообщить суду факты, на которых он основывает свои исковые требования (ст. 76 ГПК РСФСР 1923 г.). Система доказательств по конкретному делу формировалась в стадии подготовки. Представление доказательств сторонами, новых доказательств после начала разбора дела ГПК РСФСР 1923 г. допускал только в случае признания судом уважительности причин, препятствовавших своевременному представлению доказательств (ст. 106 ГПК РСФСР 1923 г.).

Состязательные полномочия сторон по участию в доказывании были представлены широким спектром прав. Стороны, в частности, имели право:

- 1) требовать у суда принятия допустимых доказательств для рассмотрения;
- 2) на участие в доказывании лично, через судебного представителя или совместно с ним (ст. 12 ГПК РСФСР 1923 г.);
- 3) знакомиться со всем производством суда и сосредоточенными в нем доказательствами (ст. 11 ГПК РСФСР 1923 г.);
- 4) на уведомление о времени рассмотрения доказательств (ст. ст. 98, 100 ГПК РСФСР 1923 г.);
- 5) на участие в исследовании допущенных судом доказательств (они могли присутствовать в судебном заседании при даче объяснений другой стороной; ставить перед ней вопросы; участвовать в допросе свидетеля; знакомиться во время заседания со всеми представленными и поступающими в производство документами, задавать друг другу и свидетелям вопросы в связи с ними, а также заявлять споры о подлоге; заявлять отводы против лиц, намеченных в качестве экспертов (ст. 153 ГПК РСФСР 1923 г.), принимать участие в постановке перед ними вопросов, знакомиться с письменными заключениями экспертов, задавать им в заседании вопросы в целях обоснования и разъяснения ранее данных ими заключений; присутствовать при местном осмотре (ст. 160 ГПК РСФСР 1923 г.) и обращать внимание суда на различные обстоятельства, требовать внесения их в протокол, приобщения различных материалов, планов, чертежей, эскизов, снимков);
- 6) вносить суду свои предложения об оценке доказательств в ходе судебных прений <1>.

<1> См.: Юдельсон К.С. Проблема доказывания в советском гражданском процессе. М., 1951. С. 95 - 99.

Заинтересованным лицам предоставлялась возможность принимать активное участие в процессуальных действиях, совершаемых судом, выражать свою точку зрения по всем вопросам дела во

всех стадиях судебного разбирательства.

Принцип состязательности в советском гражданском процессе означал сочетание самодеятельности и инициативы сторон с активностью и инициативой суда. Инициатива и активность суда рассматривались как основа состязательности в советском гражданском процессе <1>. В одном из выступлений на II сессии ВЦИК X созыва по проекту Гражданского процессуального кодекса отмечалось: "Мы обязываем судью к самодеятельности, мы обязываем судью принимать активное участие в гражданском процессе..." <2>. Особенно ярко это проявлялось в ст. 5 ГПК РСФСР 1923 г., определившей, что суд обязан:

<1> См.: Там же. С. 68.

<2> Вторая сессия Всероссийского Центрального Исполнительного Комитета X созыва: Стенографический отчет и постановления. М., 1923. С. 41 - 42.

1) не ограничиваясь представленными сторонами объяснениями и материалами, способствовать выяснению фактов, имеющих существенное значение для дела, и подтверждению их доказательствами;

2) оказывать сторонам содействие к ограждению их прав и законных интересов, с тем чтобы их юридическая неосведомленность, малограмотность и другие подобные этому обстоятельства не могли быть использованы им во вред;

3) разъяснять тяжущимся их процессуальные права, предупреждая о последствиях, связанных с процессуальными действиями или упущениями их. Таким образом, ст. 5 ГПК РСФСР 1923 г. устанавливала обязанность суда "...всемерно стремиться к уяснению действительных прав и взаимоотношений тяжущихся...", которая неизбежно тесно связана с правом суда по собственной инициативе собирать доказательства.

Закон предоставлял суду четыре варианта воздействия на систему доказательств по конкретному гражданскому делу. Во-первых, суд по собственной инициативе мог собирать доказательства (ст. 118 ГПК РСФСР 1923 г.). Во-вторых, он имел право предложить сторонам представить дополнительные доказательства (ст. 118 ГПК РСФСР 1923 г.). В-третьих, допуск доказательств в процесс зависел от того, найдет ли их суд существенными для дела (ст. 119 ГПК РСФСР 1923 г.). В-четвертых, суд мог по собственной инициативе проводить проверочные действия по представленным доказательствам (ст. 121 ГПК РСФСР 1923 г.). Все это позволяло рассматривать суд в качестве субъекта доказывания <1>.

<1> См.: Юдельсон К.С. Проблема доказывания в советском гражданском процессе. С. 142 - 145.

В первые годы кассационной практики Верховного Суда РСФСР подчеркивались обязанности суда по установлению фактической стороны дела. В докладе Гражданско-кассационной коллегии (ГКК) Верховного Суда РСФСР за 1926 г. в качестве недостатка работы судов обращалось внимание на то, что суды не принимают всех мер к выяснению взаимоотношений сторон, не проявляют необходимой инициативы в выяснении всех обстоятельств или возлагают все бремя доказывания на стороны <1>. В инструктивном письме ГКК Верховного Суда РСФСР 1928 г. говорилось: "Текст и общий смысл этой статьи (ст. 5 ГПК), служащий одним из главных отличий основ дореволюционного гражданского процесса от установленных ГПК положений: 1) освобождающих от старых форм состязательного процесса и 2) обязывающих суд к оказанию активного содействия тяжущимся, к ограждению их прав и законных интересов, дабы юридическая неосведомленность, малограмотность и тому подобные обстоятельства не могли быть использованы им во вред, настолько ясен, что не нуждается в комментариях" <2>. Таким образом, Верховный Суд РСФСР указывал судам на необходимость оказывать сторонам помощь и поддержку в процессе доказывания их утверждений и возражений. Эта мысль еще более конкретно выражена в указании Верховного Суда РСФСР по вопросу об активности суда в области собирания доказательств: "По значительному количеству дел ГКК приходилось указывать судам, что если сторона оказывается не в состоянии представить необходимые для дела доказательства, то сам суд обязан в целях выяснения действительных взаимоотношений сторон не только проверить имеющиеся в деле доказательства и доводы сторон, но и по собственному почину выяснить, однако без волокиты,

фактические обстоятельства дела", "...мотивировка суда, что "истец не доказал" и т.п., при недопустимой пассивности со стороны суда, не является достаточным основанием к отказу в иске..." <3>. Недоказанность иска не влекла за собой механического отказа в иске.

<1> См.: Гражданский процессуальный кодекс. М., 1950. С. 230.

<2> Сборник действующих разъяснений Верховного Суда РСФСР, изданных за время с 1923 г. до 1 января 1929 г. М., 1930. С. 166.

<3> Там же. С. 67.

Дальнейшее развитие гражданского процессуального законодательства шло по пути усиления элементов следственного процесса. 20 ноября 1929 г. была изменена редакция ст. 80 ГПК РСФСР 1923 г., она была дополнена ст. ст. 80-а, 80-б, 80-в. Указанными законодательными новеллами вводилась предварительная подготовка дела. Первоначальная редакция ст. 80 не заключала в себе указания на необходимость производства судьей предварительной подготовки дела. До введения нового закона суд имел очень ограниченные полномочия в подготовке дела к слушанию. Суд был вправе до вызова ответчика удовлетворить частные ходатайства истца о вызове свидетелей, о выдаче свидетельств для получения документа или справки или затребовать таковые, если они не могут вызвать по своему характеру возражения ответчика и необходимы для разрешения дела. Новая редакция этой статьи и вновь введенные ст. ст. 80-а - 80-в ГПК РСФСР 1923 г. усилили обязанность суда проявлять инициативу в определении круга доказательств, а затем и обеспечивать судебное заседание материалами, исследование которых необходимо для разрешения дела. На досудебную подготовку дела как на стадию, в которой суд первой инстанции должен сам собирать все недостающие доказательства, неоднократно обращал внимание Пленум Верховного Суда СССР. в Постановлении от 28 октября 1935 г. N 18/6/y "О строжайшем соблюдении процессуальных норм в гражданском процессе" указывалось, что "основной обязанностью суда первой инстанции является всестороннее исследование обстоятельств и точное установление фактов. Поэтому досудебная подготовка гражданских дел является обязательной во всех случаях, за исключением тех, когда ввиду ясности обстоятельств дела и полноты доказательств судья находит предварительную подготовку дела излишней" <1>. "Предложить всем судам строго соблюдать требования статьи 80 ГПК РСФСР и соответствующих статей ГПК других союзных республик, и назначение гражданских дел к слушанию в судебном заседании производить лишь после того, как дело будет подготовлено к слушанию, т.е. уточнены требования и возражения сторон, выявлены и собраны необходимые для решения дела доказательства" (Постановление Верховного Суда СССР от 25 апреля 1947 г. N 7/1/y "Об ускорении рассмотрения гражданских дел в судах" <2>).

<1> Сборник действующих постановлений Пленума Верховного Суда СССР 1924 - 1951 г. М., 1952. С. 214 - 215.

<2> Там же. С. 220 - 221.

Гражданский процессуальный кодекс РСФСР, введенный в действие с 1 октября 1964 г., отразил состязательное начало в том же виде, в каком оно было закреплено Кодексом 1923 г. ГПК РСФСР 1964 г. в содержание принципа состязательности включил два важнейших компонента: 1) каждая сторона должна доказать основания своих требований и возражений (ст. 50 ГПК РСФСР 1964 г.), отстаивать свою позицию в деле; 2) состязательная форма гражданского процесса, в соответствии с которой не только представление и исследование доказательств, но и все гражданское судопроизводство происходит в форме спора, состязания сторон и других лиц, участвующих в деле.

Центральное место в состязательной деятельности сторон занимало представление доказательств. ГПК РСФСР 1964 г. допускал реализацию этого права на протяжении всего рассмотрения дела в суде первой инстанции. До окончания судебного разбирательства стороны были вправе требовать от суда принять к рассмотрению собранные ими доказательства.

Право сторон на представление доказательств обеспечивалось процессуальной помощью суда в

этом. Так, заслушивание свидетельских показаний обеспечивалось вызовом свидетелей в суд (ст. ст. 106, 108 ГПК РСФСР 1964 г.). Если свидетель не являлся в судебное заседание, то он подвергался штрафу, а при неявке по вторичному вызову - принудительному приводу (ч. 2 ст. 62 ГПК РСФСР 1964 г.). В тех случаях, когда свидетель не мог присутствовать в судебном заседании, суд был обязан получить у него показания в установленной процессуальной форме (ст. 52, ч. 4 ст. 62 ГПК РСФСР 1964 г.). Исследование судом письменных и вещественных доказательств обеспечивалось: 1) затребованием их судом; 2) выдачей запроса на право их получения для представления в суд; 3) применением санкций к лицам и учреждениям, не выполняющим требования суда (ст. ст. 64, 65, 69, 70 ГПК РСФСР 1964 г.). Вещественные и письменные доказательства, которые не могли быть доставлены в суд, осматривались и исследовались по месту их нахождения.

Закон закрепил активную роль сторон в исследовании доказательств. Им были предоставлены следующие права: 1) задавать друг другу вопросы (ст. 166 ГПК РСФСР 1964 г.); 2) участвовать в допросе свидетелей; 3) знакомиться во время заседания со всеми представленными и поступающими в производство документами, по ним задавать вопросы друг другу, а также другим участникам процесса, давать объяснения, а также заявлять о подложности документа (ст. 177 ГПК РСФСР 1964 г.); 4) принимать участие в обсуждении заключения эксперта и задавать ему вопросы (ст. 180 ГПК РСФСР 1964 г.); 5) участвовать в местном осмотре и обращать при этом внимание суда на различные обстоятельства, настаивать, чтобы эти обстоятельства были зафиксированы в протоколе, требовать приобщения к делу различных материалов, планов, чертежей, эскизов, снимков.

Большинство вопросов решалось судом с учетом мнения лиц, участвующих в деле. Статья 156 ГПК РСФСР 1964 г. установила, что решения по всем заявлениям и ходатайствам об истребовании новых доказательств и по другим вопросам, связанным с разбирательством дела, должны применяться судом после заслушивания мнений лиц, участвующих в деле, и заключения прокурора.

Фактически принцип состязательности был в значительной степени нейтрализован активной ролью суда в выяснении обстоятельств дела и объективной истины. Суд был обязан, не ограничиваясь представленными материалами и объяснениями, принимать все предусмотренные законом меры для всестороннего, полного и объективного выяснения действительных обстоятельств дела, прав и обязанностей сторон (ч. 1 ст. 14 ГПК РСФСР 1964 г.). Если представленных доказательств было недостаточно для разрешения дела, то суд был вправе предложить сторонам и другим лицам, участвующим в деле, представить дополнительные доказательства или собрать их по собственной инициативе (ч. 2 ст. 50 ГПК РСФСР 1964 г.). Оценку доказательств суд обязан был производить на основе всестороннего, полного и объективного рассмотрения в судебном заседании всех обстоятельств дела (ст. 56 ГПК РСФСР 1964 г.), т.е. не только представленных в дело сторонами, но и тех, которые суд обязан был собрать сам. В результате бремя собирания доказательств было переложено на суд, который должен был осуществлять несвойственные ему функции фактического "следователя" по гражданским делам и одновременно адвоката обеих сторон, а стороны могли бездействовать, не неся никакой ответственности.

Модель советского гражданского судопроизводства существенно отличалась от традиционного понимания состязательного процесса. Суд фактически выполнял функцию либо "помощника", либо "противника" одной из сторон.

В начале 90-х годов прошлого столетия Россия вступила в качественно новый период своего развития. Следственно-состязательные начала гражданского судопроизводства перестали соответствовать новым экономическим отношениям, приоритетам демократического правового государства. В частности, гражданское законодательство закрепило правила об одинаковых гарантиях защиты права собственности любого субъекта - гражданина, юридического лица, государства и его субъектов, муниципальных образований (п. 4 ст. 212 ГК РФ). Равная гарантированность прав участников материальных правоотношений определяет их равные возможности в защите своих субъективных прав и охраняемых законом интересов.

Судебная реформа в сфере гражданского судопроизводства определила состязательность как одну из концептуальных проблем по осуществлению правосудия по гражданским делам. Конституция Российской Федерации закрепила положение о том, что судопроизводство осуществляется на основе состязательности и равноправия сторон (ч. 3 ст. 123).

Федеральный закон от 30 ноября 1995 г. N 189-ФЗ "О внесении изменений и дополнений в Гражданский процессуальный кодекс РСФСР", принятый Государственной Думой 27 октября 1995 г., имел реформационное значение, в том числе и в сфере доказывания. Существенным изменениям подверглась ст. 14 ГПК РСФСР, закреплявшая ранее принцип всестороннего, полного, объективного выяснения обстоятельств дела. Названный принцип был заменен принципами состязательности и равноправия сторон. Было установлено, что стороны пользуются равными правами по представлению доказательств и участию в их исследовании.

По оценке большинства исследователей, установление объективной истины перестало быть задачей суда. Закон допустил вынесение решения на основе вероятных знаний. В случае уклонения стороны от прохождения экспертизы, непредставления письменных или вещественных доказательств основой решения суда является предположение о существовании либо об отсутствии определенных юридических фактов (ст. ст. 65, 70, 74 ГПК РСФСР) <1>.

<1> См.: Грось Л. Новое в гражданском процессуальном законодательстве // Хозяйство и право. 1996. N 7. С. 72; Баулин О.В. Бремя доказывания при разбирательстве гражданских дел. М., 2004. С. 125.

Федеральный закон "О внесении изменений и дополнений в Гражданский процессуальный кодекс РСФСР" впервые достаточно последовательно установил процессуальное сотрудничество как основу взаимоотношений суда и лиц, участвующих в деле, по установлению фактических обстоятельств. Обязанностью суда стало создание необходимых условий для всестороннего и полного исследования обстоятельств дела: разъяснение лицам, участвующим в деле, их прав и обязанностей, предупреждение о последствиях совершения или несовершения процессуальных действий, оказание им содействия в осуществлении их прав (ч. 3 ст. 14 ГПК РСФСР).

Рассматриваемым Законом были заложены основы процессуального сотрудничества суда и лиц, участвующих в деле, в сфере доказывания. Процессуальную помощь суд должен оказывать как при формировании предмета доказывания, так и при представлении доказательств. В соответствии со ст. 50 ГПК РСФСР 1964 г. суд стал определять, какие обстоятельства имеют значение для дела, какой из сторон они подлежат доказыванию, ставить их на обсуждение, даже если стороны на какие-либо из них не ссылались. Суд мог предложить им представить дополнительные доказательства. В случае, когда представление дополнительных доказательств для сторон и других лиц, участвующих в деле, затруднительно, суд по их ходатайству стал оказывать им содействие в собирании доказательств. Статьи 64 и 69 ГПК РСФСР 1964 г. определяли порядок истребования доказательств судом по ходатайству лица, участвующего в деле. В Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 31 октября 1995 г. N 8 "О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия" <1> отмечается: "При рассмотрении гражданских дел следует исходить из представленных истцом и ответчиком доказательств. Вместе с тем суд может предложить сторонам представить дополнительные доказательства. В случае необходимости... суд по ходатайству сторон принимает меры к истребованию таких доказательств" (п. 10).

<1> Бюллетень Верховного Суда РФ. 1996. N 2.

Принцип состязательности, хотя и в ограниченном виде, нашел проявление в суде кассационной инстанции. Суду второй инстанции было предоставлено право исследовать новые доказательства и устанавливать новые факты. Однако представление новых доказательств в суд кассационной инстанции стало возможным только в случае, если суд признает, что они не могли быть представлены в суд первой инстанции.

Арбитражный процессуальный кодекс РФ от 5 марта 1992 г. не содержал указания на состязательность как на принципиальное положение арбитражного процесса. Вместе с тем на основе анализа регулирования доказывания можно сделать вывод о том, что АПК РФ 1992 г. установил смешанный тип процесса. В соответствии со ст. 40 АПК РФ 1992 г. каждая сторона должна была доказывать те обстоятельства, на которые она ссылается как на основание своих требований и

возражений. Доказательства представлялись и другими лицами, участвующими в деле. Об общей обязанности суда собирать доказательства, а также содействовать в представлении доказательств не говорилось. В то же время АПК РФ 1992 г. содержал правило о возможности назначения экспертизы арбитражным судом. Лица, участвующие в деле, имели право представить арбитражному суду вопросы, которые должны быть разъяснены экспертизой. Окончательно круг вопросов, по которым требовалось заключение экспертизы, определялся арбитражным судом.

Арбитражный процессуальный кодекс РФ от 5 мая 1995 г. более четко реализовал принцип состязательности в доказывании. Принцип состязательности был определен как принцип арбитражного процесса (ст. 7 АПК РФ 1995 г.). Обязанность доказывания, как и ранее по общему правилу, возлагалась на лиц, участвующих в деле. Арбитражный суд приобрел право предлагать лицам, участвующим в деле, представить дополнительные доказательства, если сочтет невозможным рассмотреть дело на основе имеющихся доказательств (ст. 53 АПК РФ 1995 г.). Кодекс установил особенности реализации принципа состязательности при рассмотрении споров о признании недействительными актов государственных органов, органов местного самоуправления и иных органов: обязанность доказывания обстоятельств, послуживших основанием для принятия оспариваемых актов, была возложена на орган, принявший акт.

В соответствии с АПК РФ 1995 г. лица, участвующие в деле, приобрели право требовать от арбитражного суда содействия в собирании доказательств (ст. 54). Суд был уполномочен истребовать доказательства только при наличии ходатайства участника процесса. Назначение экспертизы стало проводиться судом только по ходатайству участника процесса. Более того, лица, участвующие в деле, приобрели право присутствовать при проведении экспертизы (ст. 67 АПК РФ 1995 г.).

Таким образом, в результате реформирования гражданского судопроизводства и формирования арбитражного процесса в 1990-х гг. сформировался судебный процесс смешанного типа, сочетающий признаки состязательного и следственного процессов, с преобладанием состязательного начала.

Вследствие неопределенности типа гражданского судопроизводства среди ученых-процессуалистов получила развитие дискуссия о сочетании следственного и состязательного начал в гражданском и арбитражном процессах. Состязательность стала рассматриваться как приоритетное направление развития судопроизводства. В рамках дискуссии сложились два направления в понимании состязательности: "чистая состязательность" по англо-американскому типу и состязательность смешанного типа по европейскому стандарту.

Сторонники "чистой состязательности" руководствовались "спортивной теорией правосудия" (**sporting theory of justice**) <1>, допускающей преобладание в процессе более сильной в экономическом и юридическом смыслах стороны <2>. В отечественной науке приверженцем взглядов, в соответствии с которыми принцип состязательности (в понимании, максимально приближенном к англо-американскому судопроизводству) должен детерминировать доказательственную деятельность, стала И.В. Решетникова <3>.

<1> Sport Guide to the European Convention of Human Rights. 1981. P. 34.

<2> Состязательность в "чистом" виде критикуется западными юристами. Об этом см.: Кудрявцева Е.В. Судебное решение в английском гражданском процессе. М., 1998. С. 67.

<3> См.: Решетникова И.В. Доказательственное право в российском гражданском судопроизводстве. Екатеринбург, 1997.

В ходе дискуссии, развернувшейся в преддверии принятия новых процессуальных кодексов <1>, преобладающим стало мнение о неприемлемости "чистой состязательности" в России. В пояснительной записке к проекту ГПК РФ 1995 г. отмечалось, что "...обязанность доказывания по проекту ГПК РФ лежит на сторонах, но суд по просьбе стороны содействует ей в собирании доказательств. Помощь сторонам в осуществлении доказательственной деятельности ставится по проекту ГПК РФ в зависимость от активности стороны, ее поведения в процессе. Разработчики проекта ГПК РФ считают, что совсем исключать определенную помощь суда, как этого требуют практические работники, нельзя" <2>.

<1> См.: Путь к закону / Под ред. М.К. Треушникова. М., 2004. С. 23 - 25, 81 - 83, 88, 98 - 99, 120 - 121, 125 - 128.

<2> Путь к закону / Под ред. М.К. Треушникова. М., 2004. С. 278.

М.К. Треушников справедливо отметил, что "как определенную крайность нужно рассматривать ситуацию, когда исходя из идеи "чистой состязательности" процесса в ст. 66 АПК РФ ("Назначение экспертизы") не было предусмотрено назначение экспертизы арбитражным судом по своей инициативе" <1>. В то же время звучали предостережения от тотального усиления следственных начал <2>.

<1> Треушников М.К. Судебные доказательства. М., 1999. С. 12.

<2> См.: Амосов С. Пределы судебного познания в процессуальном праве // Российская юстиция. 2001. N 1. С. 33 - 35.

Таким образом, к началу 2000-х гг. в России сформировались гражданский и арбитражный процессы смешанного типа, сочетающие в себе как состязательную борьбу сторон (частное начало), так и активность суда (публичное начало). Модель доказывания состязательно-следственного типа нашла закрепление в Арбитражном процессуальном кодексе РФ от 24 июля 2002 г. N 95-ФЗ (далее - АПК РФ) и Гражданском процессуальном кодексе РФ от 14 ноября 2002 г. N 138-ФЗ (далее - ГПК РФ).

Глава 2. ДОКАЗАТЕЛЬСТВЕННОЕ ПРАВО: ПОНЯТИЕ И СТРУКТУРА

§ 1. Нормы, регулирующие доказывание по гражданским и административным делам, экономическим спорам, их место в системе гражданского процессуального права, арбитражного процессуального права и административного процессуального права

Правовую основу доказывания по гражданским делам составляют нормы, регулирующие доказывание по гражданским делам. Их значение заключается в нормативном регламентировании порядка установления обстоятельств дела. По справедливому мнению С.С. Алексеева, регламентирование следует понимать как урегулирование отношений между людьми, которое выражается в предоставлении субъективных прав и возложении обязанностей <1>.

<1> См.: Алексеев С.С. Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. М., 1966. С. 106.

Нормы доказательственного права регламентируют:

1) круг общественных отношений, на которые распространяется действие норм доказательственного права;

2) содержание деятельности участников доказывания. Нормы предоставляют гарантированную возможность совершать действия, направленные на установление фактических обстоятельств дела, и возлагают пассивную обязанность воздерживаться от противодействия этому. Например, в случае, если необходимые доказательства затруднительно представить в суд, лица, участвующие в деле, имеют право ходатайствовать перед судом об их истребовании (ч. 1 ст. 57 ГПК РФ; ч. 4 ст. 66 АПК РФ; ч. 1 ст. 63 Кодекса административного судопроизводства РФ от 8 марта 2015 г. N 21-ФЗ (далее - КАС РФ)). Лицо, у которого находится истребуемое доказательство, направляет его в суд или передает в руки лицу, имеющему соответствующий запрос, для представления в суд. Должностные лица или граждане, не имеющие возможности представить истребуемое доказательство вообще или в установленный судом срок, должны известить об этом суд в течение пяти дней со дня получения запроса (ч. ч. 2, 3 ст. 57 ГПК

РФ; ч. 8 ст. 66 АПК РФ; ч. 4 ст. 63 КАС РФ);

3) место совершения действий (например, свидетель может быть допрошен судом в месте своего пребывания, если он вследствие болезни, старости, инвалидности или других уважительных причин не в состоянии явиться по вызову суда) (ч. 1 ст. 70 ГПК РФ);

4) порядок представления, обеспечения, раскрытия, исследования и оценки доказательств (нормы, закрепленные в гл. 6, ст. ст. 132, 149, 170, 174 - 187 ГПК РФ; гл. 7, ст. 72, 125, 126, 131, 136 АПК РФ; гл. 6, ст. ст. 125, 126, 135, 138 КАС РФ; и др.);

5) процессуальные средства, применяемые в доказывании (доказательства, презумпции, фикции);

6) юридические средства, с помощью которых обеспечивается должное поведение участников доказывания (например, ч. 3 ст. 57 ГПК РФ; ч. 9 ст. 66 АПК РФ; ч. 5 ст. 63 КАС РФ).

Гражданские процессуальные, арбитражные процессуальные и судебно-административные процессуальные нормы обладают разнообразными свойствами и признаками, позволяющими классифицировать их по различным основаниям. Общепринятой в доктрине гражданского процессуального права является классификация норм: по содержанию - дефинитивные и регулятивные; по сфере применения - общие, специальные и исключительные; по степени обязательности - диспозитивные и императивные; по форме выражения правил поведения - управомочивающие, обязывающие и запрещающие <1>. В.В. Молчанов выделяет три типа гражданских, арбитражных процессуальных норм: регулятивные, охранительные, обобщающие; по степени конкретизации предписаний - абсолютно определенные и относительно определенные; в зависимости от характера регулирования отношений - императивные и диспозитивные <2>.

<1> Курс советского гражданского процессуального права: В 2 т. М., 1981. Т. 1. С. 83 - 87.

КонсультантПлюс: примечание.

Учебник "Арбитражный процесс" (под ред. М.К. Треушникова) включен в информационный банк согласно публикации - Городец, 2007 (издание третье, исправленное и дополненное).

<2> Гражданский процесс: Учебник / Под ред. М.К. Треушникова. 5-е изд., перераб. и доп. М., 2014. С. 55 - 58; Арбитражный процесс: Учебник / Под ред. М.К. Треушникова. 6-е изд., перераб. и доп. М., 2017. С. 46 - 49.

Каждая классификация имеет важное теоретическое и практическое значение. Для уяснения роли норм в механизме доказывания по гражданским делам наиболее актуальным представляется выделение регулятивных и охранительных норм.

Регулятивные нормы определяют права и обязанности участников доказывания. Общепринято в составе регулятивных норм выделять управомочивающие, обязывающие и запрещающие нормы. В качестве примера управомочивающей нормы можно назвать положения ст. 35 ГПК РФ, в соответствии с которой лица, участвующие в деле, имеют право знакомиться с материалами дела; делать выписки из них; представлять доказательства и участвовать в их исследовании; задавать вопросы другим лицам, участвующим в деле, свидетелям, экспертам и специалистам. Обязывающие нормы устанавливают обязанности участников процесса. Так, в соответствии с ч. 1 ст. 70 ГПК РФ лицо, вызванное в качестве свидетеля, обязано явиться в суд и дать правдивые показания. Запрещающие нормы устанавливают запрет на совершение определенных действий. В частности, ст. 162 ГК РФ запрещает при нарушении простой письменной сделки ссылаться на свидетельские показания в подтверждение сделки и ее условий.

Охранительные нормы устанавливают меры государственного принуждения, применяемые в целях защиты прав участников доказывания. Так, ч. 2 ст. 57 ГПК РФ предусматривает право лиц, участвующих в деле, в случае невозможности самостоятельно представить доказательство ходатайствовать перед судом об истребовании доказательства (регулятивная норма). Корреспондирующим действием суда является

выдача запроса об истребовании доказательств (регулятивная норма). Часть 3 ст. 57 ГПК РФ регламентирует применение штрафных санкций в отношении лиц, у которых находится доказательство, необходимое кому-либо из участников процесса для доказывания своих требований и возражений (охранительная норма). Таким образом, регулятивные нормы играют роль гипотезы и диспозиции нормы, а охранительные - роль санкции.

Обобщающие нормы не являются самостоятельной нормативной основой возникновения, изменения и прекращения правоотношений между участниками доказательственной деятельности. Однако при их помощи в обобщенном виде определяются особенности регулируемых отношений, содержание основных правовых категорий. В частности, содержание норм, закрепленных в ст. 2 ГПК РФ и ст. 2 АПК РФ, составляет характеристика задач гражданского судопроизводства, а нормы ст. 55 ГПК РФ и ст. 64 АПК РФ содержат дефиниции доказательств. В системном толковании они позволяют сделать вывод о цели доказывания по гражданским делам. На основании системного толкования норм, закрепленных в ст. ст. 3 и 59 КАС РФ, можно сделать вывод о цели доказывания по административному делу.

По степени конкретизации предписаний правовые нормы подразделяются на абсолютно определенные и относительно определенные. Абсолютно определенные нормы четко определяют условия их применения, права и обязанности участников познавательной-доказательственной деятельности. Например, норма, содержащаяся в ст. 65 ГПК РФ, предписывает истцу или иному лицу, по инициативе которого возбуждается дело, в заявлении об обеспечении доказательств указывать: содержание рассматриваемого дела; сведения о сторонах и месте их проживания или месте их нахождения; доказательства, которые необходимо обеспечить; обстоятельства, для подтверждения которых необходимы эти доказательства; причины, побудившие заявителя обратиться с просьбой об обеспечении доказательств.

Относительно определенные нормы не дают исчерпывающего ответа на вопрос об условиях действия нормы, правах и обязанностях участников доказывания. Так, по общему правилу арбитражный суд осматривает и исследует письменные и вещественные доказательства в ходе судебного разбирательства в суде. Вместе с тем в случае невозможности или затруднительности их доставки в суд они могут быть осмотрены и исследованы по месту их нахождения (ч. 1 ст. 78 АПК РФ).

Императивные и диспозитивные нормы доказательственного права отражают метод правового регулирования соответствующих правоотношений, прав и обязанностей участников доказывания. Поскольку в гражданском и арбитражном процессах сочетаются частное и публичное начала, властные действия суда дополняются детерминирующими развитие судопроизводства действиями лиц, участвующих в деле, наличие диспозитивных и императивных норм является закономерным. Так, категоричное предписание содержится в норме, закрепленной в ч. 1 ст. 85 ГПК РФ: "Эксперт обязан принять к производству порученную ему экспертизу и провести полное исследование представленных материалов и документов; дать обоснованное и объективное заключение по поставленным перед ним вопросам и направить его в суд, назначивший экспертизу; явиться по вызову суда для личного участия в судебном заседании и ответить на вопросы, связанные с проведенным исследованием и данным им заключением". В то же время норма, закрепленная в ч. 3 ст. 85 ГПК РФ, по ряду вопросов предоставляет право эксперту действовать по собственному усмотрению: "Эксперт, поскольку это необходимо для дачи заключения, имеет право знакомиться с материалами дела, относящимися к предмету экспертизы; просить суд о предоставлении ему дополнительных материалов и документов для исследования; задавать в судебном заседании вопросы лицам, участвующим в деле, и свидетелям; ходатайствовать о привлечении к проведению экспертизы других экспертов".

Утверждение о сочетании частных и публичных методов защиты права, диспозитивных и императивных норм является актуальным и для административного судопроизводства с одной оговоркой: публичные методы защиты права в административном судопроизводстве преобладают над частными, что обусловлено юридической природой дел, рассматриваемых по правилам этого судопроизводства. Например, при рассмотрении административных дел, в отличие от гражданских, суд вправе истребовать доказательства по собственной инициативе (ч. 1 ст. 63 КАС РФ).

Регулятивные и охранительные, абсолютно определенные и относительно определенные, диспозитивные и императивные нормы различаются по их роли в механизме доказывания, однако

независимо от их классификации они являются правовым средством достижения цели доказывания.

Общезвестно, что отдельные нормы никогда не действуют обособленно, изолированно друг от друга. Нормы, регулирующие доказывание в гражданском и арбитражном процессах, административном судопроизводстве, - обширная совокупность юридических норм, определяющих порядок представления, раскрытия, исследования, оценки доказательств и еще достаточно широкий спектр вопросов, связанных с установлением фактических обстоятельств дела. Все названные нормы дополняют друг друга и реализуются во взаимной связи, поэтому нормы, составляющие доказательственное право, образуют единый нормативный механизм регламентирования <1> и их совокупность является системой. Нормы, регулирующие доказывание по гражданским и административным делам, занимают определенное место в системе гражданского процессуального права и арбитражного процессуального права, а также имеют свою собственную самостоятельную организацию. Эти вопросы в дальнейшем будут исследованы с использованием системного подхода.

<1> Алексеев С.С. Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. С. 115.

§ 2. Система доказательственного права

Системный подход - общенаучный метод исследования. Он был сформирован на базе философских понятий применительно к процессам управления объектами <1>. Системный подход достаточно широко используется в различных областях знаний, что позволяет говорить о его универсальности <2>. Активизация системных разработок объясняется высоким уровнем накопления информации, переходом науки к исследованию наиболее сложноорганизованных объектов, глубоким проникновением во внутренние процессы их жизнедеятельности. В связи с этим системный подход характеризуется в качестве "одной из фундаментальных стратегий научного исследования, исторически вызванной необходимостью изучения сложноорганизованных систем адекватными познавательными средствами" <3>.

<1> Родоначальником системного подхода как специально-научного метода принято считать Л. фон Берталанфи (см.: Берталанфи Л. фон. История и статус общей теории систем // Системные исследования. М., 1973).

<2> См.: Исследования по общей теории систем / Под ред. В.Н. Садовского, Э.Г. Юдина. М., 1969; Блауберг И.В., Юдин Э.Г. Становление и сущность системного подхода. М., 1973; Сагатовский В.Н. Системная деятельность и ее философское осмысление // Системные исследования. М., 1981. С. 53; Тиунова Л.Б. Системные связи правовой действительности. СПб., 1991. С. 9 - 10; Туркин Ю.С. Теория систем: В 2 т. М., 1995. Т. 1; Коротяев В.В. Философские основания общей теории систем. Архангельск, 2006; Шепталин Г.А. Общая теория систем и системный анализ: Учеб. пособие. Челябинск, 2007; Артюхов В.В. Общая теория систем: самоорганизация, устойчивость, разнообразие, кризисы. М., 2009.

<3> Маркарян Э.С. Системное исследование человеческой деятельности // Вопросы философии. 1972. N 10. С. 77.

В основе системного подхода лежит теория систем, которая и составляет предмет изучения этой междисциплинарной методологической науки; объекты, не обладающие признаками системы, исследовать с помощью системного подхода бессмысленно. Под системой же понимается некоторая совокупность (множественность) предметов, связанных между собой определенным образом и благодаря этой взаимосвязи образующих новое целое, не сводимое к простому сложению компонентов <1>. Для системного подхода принципиально важными являются такие понятия, как "объект", "целостность", "структура", "организация", "элемент", "связь" и т.п. <2>. Опираясь на использование специфических приемов и собственный категориальный аппарат, исследование объекта при системном подходе позволяет максимально полно выявить его элементы, обнаружить сущностные связи, выявить функционально обусловленную структуру и не пропустить вновь возникшие свойства объекта, которые свидетельствуют о наличии именно системы, а не сводятся к свойствам отдельных элементов. В таком

аспекте может быть исследована любая система, в том числе и правовая. Чтобы глубже распознать то или иное системное явление, увидеть его многогранность и специфику, необходимо уяснить внутреннюю организацию взаимосвязей между отдельными элементами. По справедливому мнению Д.А. Керимова, в единстве системно-структурного познания обнаруживается не только субстанциональная целостность права, но и внутренняя организация, связи, отношения и взаимодействия его компонентов, внешнего выражения правового целого и его частей <3>. Системный подход наиболее целесообразен для исследования сложных, структурированных правовых образований. Н.И. Матузов справедливо отмечает, что ценность системно-структурного подхода заключается в предоставлении исследователю дополнительных аналитических возможностей для комплексного анализа правовых систем, в использовании правовых рычагов в их согласованном, а не в разобщенном виде <4>. Любое право имеет свою систему, даже если оно не систематизировано. Система показывает, из каких частей, элементов состоит право и как они соотносятся между собой <5>.

<1> См.: Клер Дж. Наука о системах: новое измерение науки // Системные исследования. М., 1983. С. 61 - 85.

<2> См.: Блауберг И.В., Юдин Э.Г. Указ. соч.; Садовский В.Н. Основания общей теории систем: логико-методологический анализ. М., 1974.

<3> См.: Керимов Д.А. Философские проблемы права. М., 1972. С. 309.

<4> См.: Теория государства и права / Под ред. Н.И. Матузова, А.В. Малько. Саратов, 1995. С. 236.

<5> См.: Теория государства и права: Учебник для вузов / Под ред. Н.И. Матузова, А.В. Малько. М., 2009. С. 304 - 305.

Проблема места доказательственного права в системе гражданского процессуального права является предметом продолжительных научных дискуссий.

Длительное время в науке гражданского процессуального права нормы, регулирующие доказывание и доказательства, относили к общему институту гражданского процессуального права. Так, А.А. Добровольский нормы, регулирующие доказывание и доказательства, рассматривал в качестве общего института в соответствии с их общим значением и расположением в общей части гражданского процессуального права <1>. М.Г. Авдюков в качестве критерия отнесения норм доказательственного права к общему институту указывал общее значение для всех стадий и видов производства <2>. Аналогичной позиции придерживалась М.С. Шакарян, полагая, что общие нормы относятся по содержанию ко всему процессу <3>. Позиция М.Г. Авдюкова и М.С. Шакарян представляется наиболее убедительной по следующим причинам. Во-первых, внешне обособленное закрепление норм в системе права не является признаком, характеризующим институт. Не только АПК РФ и ГПК РФ выступают источниками доказательственного права. Нормы доказательственного права включены в Гражданский, Семейный, Жилищный кодексы РФ (далее - ГК РФ, СК РФ, ЖК РФ) и в ряд других законов. Нормы, регулирующие процесс доказывания, содержатся не только в Общей, но и в Особенной части как АПК РФ, так и ГПК РФ (например, нормы, регулирующие особенности доказывания на отдельных стадиях процесса, содержатся в ч. 2 ст. 325, ч. 2 ст. 327.1 ГПК РФ, в ч. 2 ст. 268 АПК РФ, в отдельных видах судопроизводства по отдельным категориям дел - в ст. ст. 249 и 283 ГПК РФ, ст. 189 АПК РФ, ст. 284 КАС РФ). Во-вторых, закрепление норм в системе законодательства - вопрос юридической техники, т.е. процесс субъективный. Удобство пользования нормативным материалом часто определяет порядок расположения норм права в структуре законодательных актов, поэтому такой критерий, как "расположение в общей части гражданского процессуального права", не может служить основанием для отнесения норм доказательственного права к категории общих институтов.

<1> См.: Добровольский А.А. Предмет и система советского гражданского процессуального права // Советский гражданский процесс / Под ред. А.А. Добровольского. М., 1979. С. 15 - 16.

<2> См.: Там же. С. 9.

<3> См.: Шакарян М.С. Понятие, предмет и система гражданского процессуального права и его значение // Гражданский процесс / Под ред. М.С. Шакарян. М., 1993. С. 15.

Ю.К. Осипов выделял в гражданском процессуальном праве общие и специальные институты. В основу разделения гражданского процессуального права на институты он предлагал положить такую классификацию регулируемых правом общественных отношений, которая отражала бы главное содержание последних - деятельность суда по применению норм материального права <1>. По мнению Ю.К. Осипова, основанием объединения норм гражданского процессуального права в специальные институты является применение норм материального права по стадиям процесса. В общие институты объединяются нормы, регулирующие общие аспекты, присущие не отдельному процессуальному отношению, а всей их системе по конкретному делу как целому. Поскольку процессуальные отношения есть отношения по поводу применения права, а последнее невозможно без установления фактических обстоятельств конкретного дела, к числу общих институтов Ю.К. Осипов отнес институт судебных доказательств <2>. Позиция Ю.К. Осипова неоднократно вызвала справедливую критику <3>. В частности, И.В. Решетникова отмечает, что доказывание не сводится только к материально-правовому спору, а охватывает обоснование иных юридических фактов <4>. Развивая ее мысль, можно сказать, что доказыванию подлежат не только юридические, но и доказательственные факты, а также факты, дающие суду основание для вынесения частного определения по делу.

<1> См.: Осипов Ю.К. Понятие институтов гражданского процессуального права // Правоведение. 1973. N 1. С. 57.

<2> См.: Осипов Ю.К. Подведомственность юридических дел. Свердловск, 1973. С. 68 - 83.

<3> См.: Шерстюк В.М. Система советского гражданского процессуального права. М., 1989. С. 81 - 82.

<4> См.: Решетникова И.В. Доказательственное право в гражданском судопроизводстве. Екатеринбург, 1997. С. 101.

Я.Ф. Фархтдинов объединял нормы в процессуальные институты по функциональному и предметному признакам. По его мнению, нормы относятся к общим институтам гражданского процессуального права на основании того, что они регулируют общие вопросы. Однако общие институты не равнозначны. Выделяя в зависимости от выполняемых функций основные и общезакрепительные институты, Я.Ф. Фархтдинов рассматривал институт доказательств как общий. Институт доказательств, по его мнению, как и другие общезакрепительные институты, суммирует общие аспекты различных процессуальных отношений, выдвигает их вперед, в общую часть права <1>.

<1> См.: Фархтдинов Я.Ф. Источники гражданского процессуального права. Казань, 1986. С. 31.

И.В. Решетникова, рассматривая доказательственное право в качестве комплексного межотраслевого института, выделяет общие и специальные нормы. Общие нормы регламентируют общие вопросы процесса доказывания: понятие доказательства, обязанность доказывания, относимость и допустимость доказательств, их оценку, обеспечение доказательств, судебные поручения, средства доказывания. К специальным нормам относятся нормы, предусматривающие специфику доказывания по различным видам судопроизводства, по отдельным стадиям гражданского процесса, отдельным категориям дел. Общие нормы доказательственного права являются институтом общей части гражданского процессуального права, специальные нормы включаются в институты особенной части гражданского процессуального и материального права. Следовательно, по мнению И.В. Решетниковой, доказательственное право - это специфическое правовое образование, состоящее из норм права, принадлежащих различным отраслям и институтам права <1>.

<1> См.: Решетникова И.В. Доказательственное право в гражданском судопроизводстве. С. 106 -

113.

Рассматривая доказательственное право как межотраслевой институт гражданского процессуального права и арбитражного процессуального права, О.В. Баулин полагает, что комплекс норм о доказывании не может считаться подотраслью процессуального права, поскольку отсутствует его обособление от прочих процессуальных норм и институтов <1>.

<1> См.: Баулин О.В. Некоторые вопросы методики преподавания курса "Доказательства и доказывание в гражданском судопроизводстве" // Гражданский процесс: наука и преподавание / Под ред. М.К. Треушниковой, Е.А. Борисовой. М., 2005. С. 162.

Авторы приведенных выше позиций сходятся в одном: рассматривая структуру доказательственного права как института гражданского процессуального права того или иного вида, они характеризуют его как совокупность норм. Между тем анализ норм, регулирующих доказывание, позволяет выделить в системе доказательственного права структурные образования, что дает возможность отнести его к более высокому уровню в иерархии системы гражданского процессуального права и арбитражного процессуального права.

Попытки обосновать наличие доказательственного права как подотрасли права были предприняты в науке уголовно-процессуального права Г.М. Миньковским в работе "Теория доказательств в советском уголовном процессе" <1>, а также авторами коллективной монографии "Проблемы доказательств в советском уголовном процессе" <2>. Термин "доказательственное право" встречается и в более поздних работах <3>.

<1> См.: Теория доказательств в советском уголовном процессе / Под ред. Н.В. Жогина. М., 1973. С. 7 - 9.

<2> См.: Горский Г.Ф., Кокорев Л.Д., Элькин П.С. Проблемы доказательств в советском уголовном процессе. Воронеж, 1978.

<3> См.: Зажицкий В. Вопросы доказательственного права // Советская юстиция. 1992. N 19 - 20. С. 3 - 4.

Г.М. Миньковский рассматривал доказательственное право в качестве подсистемы уголовно-процессуального права, которая находится в отношениях координации и субординации с другими подсистемами названной отрасли. Автор выделил общую и особенную части доказательственного права. Поскольку Г.М. Миньковский характеризовал доказательственное право как часть уголовно-процессуального права, то логично полагать, что имеется в виду подотрасль права. Однако этот вопрос не получил решения в его работе.

Более последовательно рассмотрен вопрос о доказательственном праве как подотрасли права в упомянутой выше монографии "Проблемы доказательств в советском уголовном процессе". В качестве предпосылок выделения доказательственного права в подотрасль уголовно-процессуального права называются наличие предмета, метода и функциональное назначение доказательственного права. Доказательственное право рассматривается как цельное структурное подразделение уголовно-процессуального права, имеющее свою собственную организацию. Составляющие его нормы подразделяются на две части: общую и особенную. В общую часть входят нормы, регламентирующие положения, относящиеся в равной мере ко всем видам доказательств, к использованию их на всех стадиях уголовного процесса и по всем уголовным делам. К числу таких положений были отнесены понятие доказательств, их относимость и допустимость, цель, предмет и процесс доказывания, круг и правовой статус субъектов доказывания. В особенную часть доказывания предлагалось включить нормы, регламентирующие: а) отдельные виды доказательств; б) особенности доказывания на отдельных стадиях процесса; в) особенности доказывания применительно к отдельным категориям дел. Обособленность доказательственного права как укрупненного подразделения уголовно-процессуального права

объяснялась наличием специфических правовых институтов, регулирующих разновидности и конкретные участки общественных отношений, охватываемых данной подотраслью права <1>.

<1> См.: Горский Г.Ф., Кокорев Л.Д., Элькинд П.С. Указ. соч. С. 32 - 34.

В науке гражданского процессуального права термин "доказательственное право" также нашел применение. Т.В. Сахнова специально не рассматривает вопрос о месте доказательственного права в системе гражданского процессуального права, однако предложение относительно определения его места в ГПК РФ позволяет сделать предположение, что названный автор рассматривает доказательственное право как укрупненное структурное образование гражданского процессуального права <1>.

<1> См.: Сахнова Т.В. Регламентация доказательств и доказывания в гражданском процессе // Государство и право. 1993. N 7. С. 52 - 53.

Неоднородность института доказательств была отмечена В.М. Шерстюком. По его мнению, институт доказательств включает в себя правовые общности (субинституты) <1>.

<1> См.: Шерстюк В.М. Система советского гражданского процессуального права. С. 66.

Право - полиструктурная регулятивная система, которой свойственна иерархия структур. В специальной литературе выделяются следующие элементы права: отрасль права, подотрасль права, объединения институтов, институт, субинститут, нормы права <1>. В зависимости от качественных характеристик системное образование может быть отнесено к тому или иному элементу права.

<1> О.С. Иоффе выделил в качестве структурного элемента системы права правовой принцип (см.: Иоффе О.С. Структурные подразделения системы права // Ученые записки ВНИИСЗ. Вып. 14. М., 1968. С. 45 - 48).

В связи с неоднозначным решением вопроса о месте доказательственного права в системе гражданского процессуального права и арбитражного процессуального права представляется целесообразным еще раз обратиться к этой проблеме. Мы не можем согласиться ни с мнением о том, что доказательственное право является подотраслью гражданского процессуального права и арбитражного процессуального права, ни с отнесением доказательственного права к институту процессуального права, в том числе сложному.

Комплекс норм, регламентирующих доказывание по гражданским делам, не может рассматриваться в качестве подотрасли гражданского процессуального права и арбитражного процессуального права в связи с тем, что не соответствует требованиям, предъявляемым к подотрасли права, а именно высокой степени специализации, дифференциации и интеграции входящих в ее состав правовых общностей, отсутствует обособление от прочих процессуальных норм и институтов, нормы доказательственного права непосредственно не включаются в отрасль гражданского процессуального или арбитражного процессуального права, а пронизывают исковое производство, особое производство, производство по делам, возникающим из административных и иных публичных правоотношений (арбитражный процесс), а также производство в суде первой инстанции, производство в суде апелляционной инстанции, производство в суде кассационной инстанции и др.

Доказательственное право не может быть рассмотрено как субинститут в связи с тем, что для установления фактических обстоятельств дела субъектами доказывания применяются не только нормы процессуального, но и нормы материального права. В связи с удвоением структуры права рассматривать доказательственное право в рамках одной процессуальной системы (гражданское процессуальное право или арбитражное процессуальное право) как совокупность субинститутов института "доказательства и

доказывание" не представляется возможным.

Субинститут и институт должны иметь единый предмет. Институты доказательственного права, регулирующие разновидности и конкретные участки общественных отношений, как это будет описано далее, имеют самостоятельные предметы правового регулирования, хотя и объединяются общей целью.

В содержании сложных институтов всегда есть значительный, не распределяемый по субинститутам "остаток", который не сводится к одним лишь общим нормам. Когда же в результате развития правоотношений и совершенствования законодательства весь нормативный материал распределяется по устойчивым, юридически равновеликим комплексам, это означает, что указанные комплексы приобрели статус институтов <1>. Все нормы доказательственного права распределены по институтам и составляют общий и специальные институты, а так называемых остаточных норм, за исключением общих, не установлено.

<1> См.: Иоффе О.С. Структурные подразделения системы права. С. 152.

На сочетание норм материального права и процессуального права в регулировании доказывания по гражданским делам неоднократно обращалось внимание в научной литературе. Так, А.Х. Гольмстен относил к процессуальному праву правила о форме и отдельных видах доказательств, о порядке их принятия, а к материальному - правила о содержании и предмете доказательств <1>. На материально-правовую природу института распределения бремени доказывания указывал М.А. Гурвич <2>. Проблема процессуальной или материальной природы норм, регулирующих доказывание, остается дискуссионной и в настоящее время.

<1> См.: Гольмстен А.Х. Учебник русского гражданского судопроизводства. 5-е изд. СПб., 1913. С. 136.

<2> См.: Гурвич М.А. Является ли доказывание в гражданском процессе юридической обязанностью? // Советская юстиция. 1975. С. 14 - 15.

Определение юридической природы норм, составляющих доказательственное право, важно с точки зрения выявления норм, регулирующих функциональную сторону механизма доказывания по гражданским делам. Для определения природы норм доказательственного права, содержащихся в материальном законодательстве, в литературе предлагается исходить из функций этих норм и их способности регулировать правоотношения вне судебного процесса <1>. Если рассматриваемые нормы одновременно влияют на процессуальную форму доказывания и устанавливают материально-правовые последствия событий и действий, можно говорить о двойственной природе таких норм - материально-правовой и процессуальной. Рассматривая данный вопрос в связи с распределением бремени доказывания, О.В. Баулин справедливо отмечает, что материальное значение имеет результат деятельности, а не сами правила о распределении доказательственного бремени <2>. При этом следует добавить, что процессуальная сторона предписаний, имеющих двойственную природу, проявляется только в случае спора. Таким образом, указанные нормы материального права одновременно регулируют как материально-правовые, так и процессуальные отношения и являются составной частью материально-правовых институтов.

<1> См.: Медведев И.Г. Письменные доказательства в частном праве России и Франции. СПб., 2004. С. 33.

<2> См.: Баулин О.В. Некоторые вопросы методики преподавания курса "Доказательства и доказывание в гражданском судопроизводстве" // Гражданский процесс: наука и преподавание. М., 2004. С. 164.

Нормы, имеющие двойственную природу, регулируют процессуальные последствия несоблюдения

простой письменной формы сделки (ст. 162 ГК РФ), закрепляют доказательственные презумпции. Такие нормы в полной мере могут быть отнесены к числу норм доказательственного права.

Согласно действующему законодательству обстоятельства, имеющие значение для правильного рассмотрения дела, определяются арбитражным судом на основании требований и возражений лиц, участвующих в деле, в соответствии с подлежащими применению нормами материального права (ч. 2 ст. 65 АПК РФ). На основании норм материального права, регулирующих спорное правоотношение, определяется предмет доказывания. Несмотря на то что данные нормы формируют основные направления деятельности по установлению фактических обстоятельств дела, они не определяют процедуру, процессуальную форму доказывания, соответственно в механизм доказывания включены быть не могут.

С выделением судебного административного процессуального права система доказательственного права усложнилась. В.М. Шерстюк рассматривает усложнение системы российского права как закономерный процесс. Ее развитие идет по нескольким направлениям: обогащение элементарного состава системы за счет введения в нее новых норм и институтов; более тонкая конкретизация и специализация существующих норм и институтов; дальнейшая интеграция элементов системы на различных ее уровнях путем обогащения общих положений отрасли права и ее структурных подразделений <1>.

<1> Шерстюк В.М. Современные проблемы системы гражданского процессуального права // Избранные труды. М., 2017. С. 707.

Анализ норм доказательственного права позволяет рассматривать его как системное образование на уровне объединения институтов гражданского процессуального права, арбитражного процессуального права, административного процессуального права <1>. Аргументацией настоящего положения могут служить следующие предпосылки.

<1> В литературе признается самостоятельность судебного административного процессуального права. См.: Административное судопроизводство: Учебник для студентов высших учебных заведений по направлению "Юриспруденция" (специалист, бакалавр, магистр) / Под ред. В.В. Яркова. М., 2016. С. 28.

1. Доказательственное право имеет самостоятельное место в системе гражданского процессуального, арбитражного процессуального или административного процессуального права. Объединения институтов являются структурными подразделениями подотрасли права или правового комплекса <1>. В специальной литературе в качестве подотраслей гражданского процессуального права называют производство в суде первой инстанции и производство по пересмотру судебных актов, а в качестве объединений институтов - исковое производство, производство по делам, возникающим из публичных отношений, особое производство, производство в кассационной инстанции и др. <2>. Таким образом, в качестве укрупненных подразделений отрасли права рассматриваются лишь подразделения, носящие специальный характер и объединяющие нормы Особенной части ГПК РФ (АПК РФ, КАС РФ).

<1> См.: Шерстюк В.М. Система советского гражданского процессуального права. С. 100.

<2> См.: Там же.

Объединения правовых институтов могут быть двух видов: общие и предметные <1>. Названные В.М. Шерстюком объединения институтов носят предметный характер и связаны с особенностями отдельных укрупненных разновидностей в предмете регулирования гражданского процессуального права. Доказательственное право объединяет институты общего значения. Между общими и предметными объединениями институтов складываются отношения координации. В связи с общим характером норм доказательственного права они используются как при рассмотрении дела в суде первой инстанции, так и на проверочных стадиях процесса.

<1> См.: Алексеев С.С. Структура советского права. М., 1975. С. 154.

2. Доказательственное право имеет свой однородный предмет регулирования, который составляет дифференцированный круг общественных отношений. Предмет правового регулирования является важнейшим системообразующим фактором. Единство предмета - общее условие существования любого структурного подразделения права, определяющее однородность его фактического содержания <1>.

<1> См.: Алексеев С.С. Структура советского права. М., 1975. С. 49.

Предметом правового регулирования гражданского процессуального права являются общественные отношения, складывающиеся между судом и иными участниками гражданского судопроизводства <1>. Вместе с тем в научной литературе высказано мнение о том, что предметом правового регулирования объединения институтов выступает специфическая деятельность субъектов судопроизводства <2>. Это в полной мере относится и к доказательственному праву, предметом которого выступают общественные отношения, которые формируются между участниками доказательственной деятельности в ходе установления фактических обстоятельств дела по гражданским и административным делам в рамках гражданского, арбитражного процессов и административного судопроизводства. Специфичность отношений по доказыванию определяется характером деятельности участников процесса по установлению фактических обстоятельств дела. И.В. Решетникова видит специфику правоотношений по доказыванию в том, что их обязательным субъектом является суд <3>. По нашему мнению, приведенное утверждение не отражает особенностей рассматриваемых правоотношений, поскольку суд является обязательным субъектом любых процессуальных правоотношений.

<1> См.: Сахнова Т.В. Курс гражданского процесса: теоретические начала и основные институты. М., 2008. С. 41.

<2> См.: Шерстюк В.М. Система советского гражданского процессуального права. С. 100.

<3> См.: Решетникова И.В. Доказательственное право в гражданском судопроизводстве. С. 112.

3. Доказательственное право, будучи цельным структурным подразделением гражданского процессуального, арбитражного процессуального и административного процессуального права, имеет свою собственную организацию.

Обособленность доказательственного права как укрупненного подразделения гражданского процессуального, арбитражного процессуального или административного процессуального права получает выражение в наличии в его составе правовых институтов, многие из которых имеют комплексный характер.

"Объединение институтов представляет собой системно-цельное правовое образование. А это значит, что содержание составляющих его институтов приведено в какое-то единство (согласовано, сцементировано единством понятий, терминов и т.д.), т.е. является правовой общностью" <1>. Доказательственное право есть результат дифференциации и интеграции правового регулирования. В результате дифференциации правового регулирования происходит его разветвление, оно приобретает на элементарном уровне специфические черты. Дифференциация привела к формированию в системе доказательственного права самостоятельных институтов: института объяснений сторон и третьих лиц (гражданское процессуальное право), института объяснений лиц, участвующих в деле (арбитражное процессуальное право, административное процессуальное право), института вещественных доказательств, института свидетельских показаний, института письменных доказательств, института судебной экспертизы, института аудио- и видеозаписей.

<1> Алексеев С.С. Структура советского права. С. 153.

Итогом интеграции правового регулирования в сфере доказывания стало создание ассоциации общих норм доказательственного права, в которую включены нормы, регламентирующие положения, относящиеся в равной мере ко всем видам доказательств, к использованию их на всех стадиях процесса и по всем категориям дел. Это нормы, регламентирующие понятие доказательств, их относимость и допустимость, цель доказывания, представление и оценку доказательств.

В системных исследованиях вопрос об институтах, составляющих доказательственное право, не получил решения. Однако при изучении отдельных вопросов доказательственного права ученые признают наличие в составе доказательственного права самостоятельных правовых институтов. Например, Т.В. Сахнова, рассматривая вопросы судебной экспертизы, пишет: "...судебная экспертиза - это институт процессуального права... Институт судебной экспертизы имеет самостоятельное значение в системе как гражданского процессуального, так и уголовно-процессуального права" <1>.

<1> Сахнова Т.В. Экспертиза в суде по гражданским делам. М., 1997. С. 3 - 4.

Научные разработки в области теории права и отраслевых дисциплин позволяют выделить критерии, на основании которых нормы права объединяются в институты, и признаки правового института, сопоставление которых с институтами доказательственного права позволяет обосновать наличие таковых в системе гражданского процессуального и арбитражного процессуального права. Критериями деления права на институты являются предмет правового регулирования и метод правового регулирования <1>.

<1> См.: Теория государства и права / Под ред. С.С. Алексеева. М., 1985. С. 280.

Институты доказательственного права имеют самостоятельные предметы регулирования, которые в силу многоуровневого характера гражданского процессуального права, арбитражного процессуального и административного процессуального права в совокупности составляют предмет регулирования доказательственного права. Так, предмет регулирования института судебной экспертизы составляют отношения по назначению, производству экспертизы, получению и оценке заключения эксперта. Предмет регулирования института письменных доказательств составляют отношения по представлению, исследованию и оценке письменных доказательств. Разновидность процессуальных отношений доказательственного права требует обособленного регулирования и является предпосылкой для выделения самостоятельного правового института.

В теории права и отраслевых юридических науках существует мнение, что показателем юридического своеобразия подразделения структуры права выступают ее регулятивные свойства и прежде всего метод регулирования <1>. Категория метода правового регулирования применяется для характеристики регулирующего воздействия на общественные отношения различных правовых образований. В зависимости от вида последних следует различать общий (общеправовой) метод регулирования, отраслевой (общеправовой) метод, метод регулирования определенного вида или комплекса отношений правовым институтом и метод регулирования, присущий отдельной юридической норме <2>.

<1> См.: Алексеев С.С. Структура советского права. С. 22; Поленина С.В. Теоретические проблемы системы советского законодательства. М., 1979. С. 33; Яковлев В.Ф. Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений. Свердловск, 1972. С. 171 - 172; Киримова Е.А. Правовой институт: понятие и виды / Под ред. И.Н. Сенякина. Саратов, 2000. С. 8; Пилипенко Е.А. Система российского права: структурно-сравнительный анализ: Дис. ... канд. юрид. наук. Ростов н/Д, 2003. С. 53.

<2> См.: Байтин М.И., Петров Д.Е. Метод регулирования в системе права: виды и структура // Журнал российского права. 2006. N 2.

Вопрос о единстве и дифференциации метода правового регулирования решается неоднозначно. В теории права и отраслевых юридических науках многие признают, что институты различных отраслей права имеют свои методы регулирования <1>. По мнению других авторов, институтам гражданского процессуального права, в том числе доказательственному праву, не свойствен специфический метод регулирования <2>. Поскольку гражданское процессуальное доказывание осуществляется в рамках гражданского судопроизводства, то имеет место единый метод регулирования, присущий гражданскому процессу, - императивно-диспозитивный.

<1> См.: Керимов Д.А. Указ. соч. С. 300; Поленина С.В. Указ. соч. С. 33; Сорокин В.Д. Метод правового регулирования. Теоретические проблемы. М., 1976. С. 93 - 94; Яковлев В.Ф. Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений. С. 171 - 172; Шерстюк В.М. Система советского гражданского процессуального права. С. 88 - 89; Иоффе О.С. Структурные подразделения системы права. С. 54.

<2> См.: Юков М.К. К вопросу о критериях выделения институтов в гражданском процессуальном праве // Проблемы действия и совершенствования советского гражданского процессуального законодательства. Свердловск, 1982. С. 52 - 53.

В современной литературе обращается внимание на различие в методах правового регулирования в гражданском процессуальном (арбитражном процессуальном) и административном процессуальном праве. Особенности гражданско-правовых споров, их частноправовой характер, равноправие сторон в гражданско-правовых отношениях, возможность и целесообразность преобладания диспозитивного метода регулирования в соответствующих процессуальных отношениях позволяют формировать единые подходы к судопроизводству в данной сфере реализации права в рамках единого гражданского (цивилистического) процесса. Материально-правовая сторона административных споров обусловлена не частным спором равных субъектов права, а публичными отношениями, возникающими между органами государственной власти, муниципального самоуправления или их должностными лицами, государственными или муниципальными служащими и отдельными субъектами права. В силу публично-правового характера спора административное судопроизводство предполагает преимущественно императивный метод регулирования процессуальных отношений <1>.

<1> См.: Воскобитова Л.А. Судебная власть как публично-правовая основа всех видов судопроизводства // Проблемы развития процессуального права России: Монография / Под ред. В.М. Жуйкова. М., 2016. С. 36.

Соглашаясь с мнением о некотором приоритете императивного начала в методе защиты права в рамках административного судопроизводства (по сравнению с гражданским и арбитражным процессами), нельзя не отметить, что метод административного процессуального права сочетает в себе как императивные, так и диспозитивные начала. Императивные начала метода административного процессуального права проявляются в следующем: 1) процессуальные нормы определяют положение суда как органа судебной власти; 2) в качестве основных процессуальных юридических фактов выступают процессуальные действия суда; 3) судебное процессуальное право обеспечивает суду право контроля за отдельными действиями сторон; 4) судебный административный процесс основывается на строго определенном процессуальном порядке осуществления правосудия - процессуальной форме. Диспозитивные начала метода судебного административного права: 1) равенство сторон административного судопроизводства в тех правовых возможностях, которые предоставлены им для защиты своих прав и интересов; 2) свобода использования этих прав, поскольку по общему правилу субъекты административного процессуального права вправе осуществлять либо не осуществлять свои права; 3) равная система гарантий субъектов судебного административного процесса, поскольку административное процессуальное право защищает интересы административного истца в смысле процессуальных гарантий так же, как и интересы административного ответчика <1>. Административному процессуальному праву присущ принцип диспозитивности <2>.

<1> Административное судопроизводство / Под ред. В.В. Яркова. С. 30.

<2> Административное судопроизводство: Учебник для студентов юридических вузов, факультетов и юристов, повышающих квалификацию / Под ред. М.К. Треушникова. М., 2017. С. 89 - 94.

С точки зрения системного подхода метод гражданского процессуального (арбитражного процессуального, административного процессуального) права имеет иерархическую структуру. Это позволяет рассматривать его как единую систему органически связанных между собой способов и средств правового регулирования <1>. Метод правового регулирования отдельного института является элементом общеотраслевого метода гражданского процессуального (арбитражного процессуального, административного процессуального) права. Полагаем, что доказательственное право в рамках единого отраслевого метода регулирования имеет определенные особенности, поскольку "единство отраслевого метода не означает отсутствия его дифференциации применительно к отдельным институтам и группам институтов" <2>. К числу таких особенностей можно отнести следующие: специфику юридических фактов, вызывающих к жизни соответствующие правоотношения, их изменение и прекращение; связь таких фактов с доказыванием; зависимость правового статуса субъектов доказывания от познавательных целей; характер юридических мер воздействия. Способ правового регулирования институтов доказательственного права находит выражение в соответствующих процессуальных нормах. Так, институт судебной экспертизы содержит нормы, регулирующие основания возникновения процессуальных правоотношений по поводу экспертизы. Ими являются юридические факты, главный из которых - определение судьей о назначении экспертизы. ГПК РФ, АПК РФ и КАС РФ регламентируют процессуальные действия, направленные на получение заключения эксперта.

<1> См.: Мельников А.А. Советский гражданский процессуальный закон. М., 1973. С. 90.

<2> Яковлев В.Ф. К проблеме гражданско-правового метода регулирования общественных отношений // Сб. уч. тр. Свердлов. юрид. ин-та. 1970. Вып. 13. С. 41.

Специфика познавательных целей - установление фактических обстоятельств дела породила особенности субъектного состава. Так, свидетель несет уголовную ответственность за дачу заведомо ложных показаний и за отказ от дачи показаний (ч. 2 ст. 70 ГПК РФ, п. 7 ч. 2 ст. 153 АПК РФ, ч. 1 ст. 160 КАС РФ). Иной метод правового регулирования предусмотрен для института объяснений сторон и третьих лиц (гражданское процессуальное право), института лиц, участвующих в деле (арбитражное процессуальное право, административное процессуальное право). В силу принципа состязательности от волеизъявления стороны зависит дача объяснений. Содержание объяснений сторон зависит от их собственного усмотрения. Действующее законодательство не предусматривает ответственности сторон за уклонение от дачи объяснений или за дачу заведомо ложных объяснений.

В связи с тем что институты доказательственного права воздействуют на различные аспекты, участки правоотношений по установлению фактических обстоятельств дела, различаются и способы воздействия на регулируемые отношения. Для гражданского процессуального права характерно сочетание двух основных способов регулирования правовых отношений - дозволения и предписания <1>. Это общее положение находит специфичное проявление на различных уровнях системы гражданского процессуального права и в его структурных подразделениях. Анализ норм доказательственного права показывает специфику правового регулирования в его отдельных институтах, которая выражается в приоритете того или иного приема регулирования.

<1> См.: Боннер А.Т. Применение нормативных актов в гражданском процессе: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1980. С. 12.

В институтах, регулирующих объяснения сторон и третьих лиц, преимущественное положение занимает такой способ правового регулирования, как дозволение, которое выражается в управомочивающих нормах. Стороны имеют право давать устные и письменные объяснения суду (ч. 1 ст. 35 ГПК РФ, ч. 1 ст. 41 АПК РФ, ч. 1 ст. 45 КАС РФ). Лица, участвующие в деле, вправе задавать вопросы

другим участникам процесса (ч. 1 ст. 174 ГПК РФ, ч. 1 ст. 41 АПК РФ, ч. 1 ст. 45 КАС РФ). Дозволение характерно для правовой регламентации поведения сторон и третьих лиц при даче показаний. Поскольку гражданские процессуальные правоотношения формируются как властеотношения, то суд является их обязательным субъектом. Его деятельность в ходе исследования и оценки показаний сторон и третьих лиц регулируется с помощью предписаний, выраженных в обязывающих нормах. В частности, объяснения сторон и третьих лиц подлежат проверке и оценке наряду с другими собранными по делу доказательствами (ч. 1 ст. 68 ГПК РФ).

В других институтах доказательственного права предпочтение отдается обязывающим нормам. Так, лицо, вызванное в качестве свидетеля, обязано явиться в суд и дать правдивые показания (ч. 1 ст. 70 ГПК РФ, ч. 2 и 3 ст. 56 АПК РФ, ч. 4 ст. 51 и ст. 160 КАС РФ). Лицо, ходатайствующее об истребовании доказательства, обязано указать, какие обстоятельства, имеющие значение для дела, могут быть установлены этим доказательством (ч. 2 ст. 57 ГПК РФ, ч. 4 ст. 66 АПК РФ). Лицо, назначенное экспертом, обязано явиться по вызову суда и ответить на вопросы, связанные с проведенным исследованием и данным им заключением (ч. 1 ст. 85 ГПК РФ, ч. 2 ст. 55 АПК РФ, ч. 2 ст. 49 КАС РФ).

Предписание как способ правового регулирования характеризует ассоциацию общих норм доказательственного права. Это объясняется тем, что большинство общих норм адресовано суду. Суд как орган власти осуществляет управление процессом, в том числе и деятельностью субъектов процесса по установлению фактических обстоятельств дела. Вынося судебное решение, суд применяет нормы права в зависимости от фактических обстоятельств дела, поэтому непременным условием вынесения законного и обоснованного решения является доброкачественность фактического материала. Большинство норм общего института носят обязывающий характер. Например, в соответствии с ч. 1 ст. 62 ГПК РФ, ч. 1 ст. 73 АПК РФ, ч. 1 ст. 66 КАС РФ суд (арбитражный суд), рассматривающий дело, в случае необходимости собирания доказательств в другом городе или районе поручает соответствующему суду произвести определенные процессуальные действия. Руководствуясь ст. 59 ГПК РФ и ст. 60 КАС РФ, суд принимает только те из представляемых доказательств, которые имеют значение для дела.

Метод предписания сочетается с методом государственного принуждения. Государственное принуждение состоит в воздействии со стороны суда на поведение субъектов процессуальной деятельности путем обеспечения выполнения ими процессуальных обязанностей, пресечения и предотвращения нежелательных с точки зрения права действий в целях создания условий для нормального хода гражданского судопроизводства <1>. Метод государственного принуждения свойствен специальным институтам доказательственного права. Так, ч. 3 ст. 57 ГПК РФ, ч. 5 ст. 63 КАС РФ и ч. 9 ст. 66 АПК РФ устанавливают ответственность в виде штрафа для лиц, уклоняющихся от представления в суд доказательств.

<1> См.: Цихоцкий А.В. Государственное принуждение в механизме обеспечения эффективности гражданского судопроизводства // Журнал российского права. 2000. N 8. С. 21.

Вопрос о понятии и признаках правового института вызывает пристальное внимание как в теории права, так и в отраслевых науках <1>. С точки зрения применения системного подхода наибольший интерес представляет понятие института гражданского процессуального права, предложенное В.М. Шерстюком: как законодательно обособленная совокупность (целостность) закономерно связанных однородных и однопорядковых по сфере действия норм этой отрасли права, обеспечивающих законченное регулирование элементов (сторон) гражданских процессуальных отношений, направленных на осуществление правосудия по гражданским делам <2>.

<1> Например, С.С. Алексеев понимает под институтом права "законодательно обособленный комплекс юридических норм, обеспечивающий цельное регулирование данной разновидности или ее стороны" (см.: Алексеев С.С. Проблемы теории права: Курс лекций: В 2 т. Свердловск, 1972 - 1973. Т. 1. С. 18 - 19). В.С. Якушев характеризует правовой институт как основанную на законе совокупность норм, призванных регулировать в рамках предмета данной отрасли права определенное, обладающее относительной самостоятельностью общественное отношение, а также связанные с ним производные отношения (см.: Якушев В.С. О понятии правового института // Правоведение. 1970. N 6. С. 67). По

мнению Ю.К. Осипова, правовые институты - это обособленные группы юридических норм, регламентирующих отдельные виды однородных общественных отношений или отдельные стороны всех отношений данного рода независимо от их видовой принадлежности (см.: Осипов Ю.К. Понятие институтов гражданского процессуального права. С. 55). Н.И. Матузов определяет институт права как небольшую устойчивую группу правовых норм, регулирующих определенную разновидность общественных отношений. Институт обладает относительной автономией, так как касается в известной мере самостоятельных вопросов (см.: Теория государства и права / Под ред. Н.И. Матузова, А.В. Малько. М., 1995. С. 298).

<2> См.: Шерстюк В.М. Система советского гражданского процессуального права. С. 65.

Институты, составляющие доказательственное право, имеют комплексный характер, в силу чего не все из указанных признаков могут быть характерны для того или иного института. Им свойственны: однородность норм, составляющих правовой институт; комплексное регулирование элементов гражданских процессуальных или арбитражных процессуальных правоотношений; взаимосвязь элементов, составляющих процессуальный институт.

Однородность норм, составляющих правовой институт. Правовые институты нацелены на регламентирование определенного участка общественных отношений данного вида или рода - отдельной их разновидности, общей стороны отношений ряда видов, их элементов и т.д. <1>. В доказательственном праве специальные институты посвящены разновидностям средств доказывания (объяснениям сторон и третьих лиц, вещественным доказательствам, письменным доказательствам, свидетельским показаниям, аудио- и видеозаписям). Общие нормы доказательственного права регламентируют общие вопросы доказательственного права, актуальные для всех специальных институтов.

<1> См.: Алексеев С.С. Структура советского права. С. 119.

Комплексное регулирование элементов, сторон гражданских процессуальных или арбитражных процессуальных правоотношений. В теории права в качестве определяющего момента в характеристике института права как самостоятельного подразделения права рассматривается его способность "в пределах своего участка общественных отношений данного вида или рода обеспечить цельное, относительно законченное регулирование" <1>. Институт доказательственного права должен включать комплекс норм, которые охватывают все существенные моменты регулирования соответствующей стороны правоотношений по доказыванию. Так, институт свидетельских показаний включает нормы, регулирующие субъектный состав свидетельских показаний, допустимость свидетельских показаний, порядок вызова свидетеля на судебное заседание и его допроса, особенности допроса отдельных категорий свидетелей, особенности допроса свидетелей в порядке судебного поручения, обеспечение свидетельских показаний, основания освобождения от дачи свидетельских показаний (свидетельский иммунитет). Институт судебной экспертизы достаточно подробно регулирует круг лиц, имеющих право производства экспертизы, права, обязанности и ответственность эксперта, порядок назначения экспертизы, процессуальную форму исследования заключения эксперта, условия проведения дополнительной, повторной и комплексной экспертизы. Названные институты доказательственного права (как и другие) обеспечивают относительно законченное регулирование отдельных сторон правоотношений по доказыванию.

<1> Там же. С. 120.

Взаимосвязь элементов, составляющих процессуальный институт. Нормы института взаимосвязаны и образуют единое целое. Эти связи между нормами не временные, не случайные, а устойчивые, объективные и закономерные. Они ведут к возникновению качественно новой правовой целостности - правовому институту <1>. Взаимосвязь норм в рамках института следует рассматривать в аспекте их неразрывного единства. Правовые институты складываются, объективно подчиняясь своим собственным закономерностям, которые в свою очередь являются результатом закономерного объединения общественных отношений <2>. Нормы, составляющие институты доказательственного

права, обладают такой степенью единства правовых норм, что при изъятии из института каких-либо норм становится невозможной регламентация отдельных сторон доказательственной деятельности. В то же время некоторые нормы, изъятые из института, не могут проявить свои регулятивные свойства. Так, правило свидетельского иммунитета не имеет смысла вне института свидетельских показаний. Изъятие из института судебной экспертизы нормы, регламентирующей порядок получения образцов почерка для сравнительного исследования документа и подписи на документе (ст. 81 ГПК РФ), делает невозможным проведение почерковедческой экспертизы.

<1> См.: Шерстюк В.М. Система советского гражданского процессуального права. С. 61.

<2> См.: Киримова Е.А. Правовой институт (теоретико-правовое исследование): Дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1998. С. 70.

В.М. Шерстюк рассматривает однородность норм и взаимосвязь элементов, составляющих процессуальный институт, в аспекте "отраслевой чистоты", предполагающей включение в состав гражданских процессуальных институтов только гражданских процессуальных норм <1>. Это не соответствует пониманию доказательственного права как комплексного системно-структурного образования.

<1> См.: Шерстюк В.М. Система советского гражданского процессуального права. С. 60.

И.В. Решетникова относит доказательственное право к комплексному институту в связи с тем, что в нем объединяются нормы общей и особенной частей гражданского процессуального права (процессуальные нормы - процессуальные нормы), а также нормы гражданского процессуального права и материального права (процессуальные нормы - материально-правовые нормы). С данной позицией можно было бы согласиться, если бы доказательственное право не содержало структурных подразделений - правовых институтов. Нормы общей и особенной частей гражданского процессуального права, а также процессуальные нормы отраслей материального права, регламентирующие доказывание <1>, распределяются по институтам доказательственного права в соответствии с их предметом. В ассоциацию общих норм доказательственного права объединяются нормы общей части гражданского процессуального или арбитражного процессуального права и нормы материального права. С учетом содержания норм материального права решаются вопросы о предмете доказывания, об относимости и допустимости доказательств, об особенностях распределения обязанностей по доказыванию и т.д.

<1> См.: Зайцев И.М. Процессуальные нормы Гражданского кодекса Российской Федерации // Вестник Саратов. гос. акад. права. 1998. N 1. С. 5.

Институты доказательственного права состоят из норм общей и особенной частей гражданского процессуального права либо арбитражного процессуального права, а также соответствующих норм материального права. Например, институт судебной экспертизы составляют нормы общей части гражданского процессуального или арбитражного процессуального права и нормы особенной части доказательственного права. Нормы общей части регулируют порядок назначения экспертизы (ст. 79 ГПК РФ, ст. 82 АПК РФ, ст. 77 КАС РФ), порядок проведения экспертизы (ст. 84 ГПК РФ, ст. 83 АПК РФ, ст. 79 КАС РФ), обязанности и права эксперта (ст. 85 ГПК РФ, ст. 49 КАС РФ), требования, предъявляемые к заключению эксперта (ст. 86 ГПК РФ, ст. 86 АПК РФ, ст. 82 КАС РФ), оценку судом заключения эксперта (ч. 3 ст. 86 ГПК РФ). Нормы особенной части регламентируют порядок назначения первичной, повторной и дополнительной судебной экспертизы, порядок исследования заключения эксперта (ст. 187 ГПК РФ) <1>, обязательность проведения судебной экспертизы по делам о признании гражданина недееспособным (ст. 283 ГПК РФ). В последнем случае мы имеем дело с так называемым удвоением структуры права. Норма ст. 283 ГПК РФ одновременно входит и в состав института признания гражданина недееспособным, и в состав института судебной экспертизы. В литературе высказано мнение, что законодательная обособленность является признаком института судебной экспертизы <2>. Однако в силу того, что нормы, составляющие институт судебной экспертизы, имеют разноплоскостной характер, что типично для

комплексных институтов, институт судебной экспертизы не может быть признан законодательно обособленным <3>.

<1> Порядок назначения повторной и дополнительной экспертизы в арбитражном процессе и административном судопроизводстве регламентируется нормами общей части арбитражного процессуального права и административного процессуального права (ст. 87 АПК РФ, ст. 83 КАС РФ).

<2> См.: Сахнова Т.В. Экспертиза в суде по гражданским делам. С. 3.

<3> См.: Алексеев С.С. Структура советского права. С. 121.

Наличие в составе институтов доказательственного права норм материального процессуального права, а также элементов удвоения системы права не позволяет выделять применительно к ним такие признаки института права, как однопорядковость и законодательная обособленность. Кроме того, надо учитывать, что в совокупности нормы, составляющие ассоциацию общих норм и специальные институты доказательственного права, выступают в качестве общих норм по отношению к нормам, которые регламентируют особенности судопроизводства по отдельным категориям дел и на отдельных стадиях процесса.

Таким образом, доказательственное право представляет собой самостоятельное системно-структурное образование на уровне объединения институтов в системе гражданского процессуального права, арбитражного процессуального права и административного процессуального права. Его элементами выступают ассоциация общих норм и институты доказательственного права. Нормы материально-правового характера, закрепленные в законодательстве и обладающие двойным - материально-правовым и процессуальным эффектом, включаются в доказательственное право через составляющие его элементы, придавая им комплексный характер.

§ 3. Роль судебной практики в регулировании доказывания в гражданском и арбитражном процессах, административном судопроизводстве

Наряду с нормами права важную роль в механизме доказывания по гражданским делам играет судебная практика. Проблема законодательного признания за судом функций в сфере правотворчества не нова для отечественной юридической мысли. Она закономерно возникает в условиях реформирования социальных отношений как инструмент быстрого реагирования на появление новых социальных институтов.

На необходимость изучения судебной практики как правового явления указывал еще классик российской цивилистики И.А. Покровский, который отмечал: "Закон, даже самый обширный, даже представляющий весьма полную кодификацию, неизбежно имеет пробелы, так как, несмотря на все свое старание, он не может охватить всего бесконечного разнообразия житейских отношений. Закон, даже самый совершенный, неизбежно отстает от жизни: раз изданный, он остается неподвижен, меж тем как жизнь идет непрерывно вперед, творя новые потребности и новые отношения. <...> Закон и суд не две враждующие силы, а два одинаково необходимых фактора юрисдикции" <1>. Другой классик российской цивилистики - Д.И. Мейер считал, что судебная практика всегда служит помощницей законодательству, дополняя его пробелы, точнее, определяя применение закона к данным случаям <2>. Г.Ф. Шершеневич отмечал особое значение толкований кассационных департаментов Сената, ввиду того что их решения и определения разъясняют точный смысл законов, публикуются для всеобщего сведения для руководства к единообразному их применению. В то же время он отмечал, что нигде в нашем законодательстве не признано за Сенатом право издавать законы, и констатировал отсутствие единого мнения по вопросу судебной практики, признавая, что часть ученых-юристов отрицают юридическую обязательность кассационных решений. Г.Ф. Шершеневич считал судебную практику лишь видом обычного права <3>.

<1> Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 94 - 95.

<2> См.: Мейер Д.И. Русское гражданское право. М., 2000. С. 59.

<3> См.: Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. Тула, 2001. С. 44, 66 - 67.

В советской доктрине не было единого понимания значения судебной практики, ее роли в правовом регулировании. Преимущественно отрицалась возможность создания судом правовых норм, поскольку считалось, что судебные органы осуществляют правосудие как одну из форм применения закона, не связанную с правотворческими полномочиями суда.

Вопрос о роли и значении судебной практики был вновь поставлен учеными-правоведами в преддверии судебной реформы в Российской Федерации <1>. Диапазон мнений был огромен: от полного отрицания судебной практики как источника права до предложений о законодательном закреплении прецедентного права <2>.

<1> См.: Ершов В.В. Суд в правовом государстве // Советская юстиция. 1990. N 24. С. 2.

<2> См.: Судебная практика как источник права / Отв. ред. Б.Н. Топорнин. М., 1997; Лапин Б.Н. Новое концептуальное измерение проблем унификации законодательства о гражданском судопроизводстве в рамках СНГ // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. 2001. N 1. М., 2002. С. 167; Нешатаева Т.Н. К вопросу об источниках права - судебном прецеденте и доктрине // Вестник ВАС РФ. 2000. N 5. С. 105 - 107; Рогожин Н. Судебная практика и ее роль в предпринимательской деятельности. М., 2004; Ефимова В.В. Контроль в арбитражном процессе как способ устранения судебных ошибок: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2004. С. 16 - 17; Попова Ю.А. О концепции судебного права России // Заметки о современном гражданском и арбитражном процессуальном праве / Под ред. М.К. Треушниковой. М., 2004. С. 152; Боннер А.Т. Судебный прецедент в российской правовой системе // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. 2004. N 3. СПб., 2005. С. 151 - 161; Казанцев С.М. Проблема единообразия судебной практики в Российской Федерации // Там же. С. 162 - 172; Борисова Е.А. Судебная практика как источник гражданского процессуального права // Там же. С. 173 - 184; Ершов В.В. Правовая цивилизация: теоретические и практические вопросы международного права // Российская юстиция. 2004. N 5. С. 7 - 10; Лазарев Л.В. Правовые позиции Конституционного Суда России. М., 2008; Зверев Д.В. Новые источники гражданского процессуального права в свете Конвенции о защите прав человека и основных свобод // Европейская интеграция и развитие цивилистического процесса России / Под ред. Р.Ф. Каллистратовой и М.А. Фокиной. М., 2006. С. 17 - 23; Марченко М.Н. Источники права: Учебное пособие. М., 2008; Полонский Б.Я. В поисках правовой позиции // ЭЖ-Юрист. 2008. N 14 (519). С. 1, 5 - 6; Жилин Г.А. Источники гражданского и арбитражного процессуального права // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. 2007. N 6. СПб., 2008. С. 72 - 92; Ярклов В.В. Статус судебной практики в России: некоторые вопросы // Тенденции развития гражданского процессуального права России: Сб. науч. статей. СПб., 2008; Корнев А.В. Разъяснения высших судов по вопросам судебной практики как форма правотворчества в России: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2016. N 2. С. 7 - 12; Судебная практика в современной правовой системе России / Под ред. Т.Я. Хабриевой, В.В. Лазарева. М., 2017; и др.

С теоретических позиций закон перестал быть единственным источником права. Нормативной основой нового правопонимания стала ст. 2 Конституции РФ, которая придала человеку статус высшей ценности, объявила о верховенстве его прав и свобод. Принципы свободы, равенства, справедливости стали теми началами, которые пронизывают всю деятельность государства, находят закрепление в нормах права и составляют сущность права. Тем самым признан приоритет высшей ценности над позитивным правом. Судебная практика, соответствующая общественным правовым идеалам, приобретает все большее значение. "Суд уже не только субъект толкования закона, разрешения конфликтных отношений, не только правоприменитель, он вносит свои инновации, он творец права". "Именно через его властные функции идет правообразование, правореализация и правоохрана. Суд выполняет своего рода системообразующую функцию, благодаря чему система раскрывает свои эмерджентные качества, позволяющие в сущности идентифицировать ее в качестве национальной и суверенной" <1>.

<1> Лазарев В.В. Место суда и судебной практики в правовой системе // Судебная практика в современной правовой системе России / Под ред. Т.Я. Хабриевой, В.В. Лазарева. С. 40.

Самостоятельность судебной практики обусловлена отделением судебной власти от законодательной и исполнительной. По справедливому замечанию Т.Н. Нешатаевой, "создание общеобязательных правил поведения - свойство, генетически присущее судебной власти. Судебная власть как одна из ветвей власти не может существовать без возможности правового воздействия на действительность" <1>.

<1> Нешатаева Т.Н. Указ. соч. С. 107.

Аналогичные подходы сформированы и в странах СНГ. Так, Гражданский кодекс Республики Беларусь 1999 г. (ст. 3) включил в число нормативных правовых актов постановления Пленума Верховного Суда Республики Беларусь. Судебную практику стали относить к источникам права, отмечая при этом ее особенности <1>.

<1> См.: Таранова Т.С. Судебная практика и прецедент // Арбитражный и гражданский процесс. 2005. N 1. С. 15.

Значительное влияние на отношение к судебной практике в России имеет процесс сближения двух правовых систем - англо-американской и континентальной. В настоящее время в странах состязательной системы правосудия наблюдается тенденция возрастания роли закона, а в континентальной - роли судебного прецедента. Как справедливо отметил В.Ф. Яковлев, в США и в Англии в значительной степени прецеденты, ранее сложившиеся, вытесняются статутными положениями, положениями законов, в Европе же (например, в Германии) роль судебной практики возрастает. Судьи теперь участвуют в создании и формировании права. Отсюда повышается роль судов, значение их деятельности для формирования правовой системы <1>. Вместе с тем в Германии не существует обязательной силы прецедента, за исключением решений Федерального конституционного суда <2>. Нормотворческая роль судебной практики при толковании закона и восполнении пробелов в законе закреплена за Кассационным судом Франции. По мнению Э. Серверена, конечной целью судебной власти являются гарантированность прав и применение существующих норм, а не правотворчество само по себе <3>.

<1> См.: Стенограмма научно-практической конференции "Гражданское законодательство России на современном этапе: проблемы и пути развития" от 14 февраля 2002 г. // Сайт Исследовательского института частного права (www.privlaw.ru).

<2> См.: Гюнтер К. Судостроительство и сфера компетенции судов // Судебная практика как источник права. М., 2000. С. 66; Судебные системы европейских стран: Справочник / Пер. с фр. Д.И. Васильева; пер. с англ. О.Б. Кобякова. М., 2002. С. 74, 78.

<3> См.: Серверен Э. Роль судей и судебной практики в процессе нормотворчества // Судебная практика как источник права. М., 2000. С. 47 - 49.

В правовых системах демократических стран признается, что суды вносят определенный вклад в формирование прецедентов и в создание норм. Конституционные суды могут влиять непосредственно на существование нормы, они могут препятствовать введению ее в действие, признавать норму недействующей или не подлежащей применению. Высшие судебные инстанции наделены правом контроля за интерпретацией правовых норм обычными судами в процессе рассмотрения конкретных дел. Во Франции обязательная сила прецедента не признается и даже запрещена, формирование судебной практики предстает в виде результата деятельности высших судебных инстанций <1>. В Бельгии кассационный суд выполняет регулятивную роль, обеспечивая единообразие толкования права <2>. В Греции Верховный суд по гражданским делам не рассматривает фактическую сторону дела, а определяет,

правильно ли применен закон нижестоящими судами. Высший специальный суд обладает полномочиями выносить постановления по поводу жалобы на неконституционность статей закона. Положение закона, объявленное неконституционным, перестает действовать с момента публикации решения об этом или по истечении определенного этим решением срока (ч. 4 ст. 100 Конституции Греции) <3>. Федеральный суд Швейцарии осуществляет контроль за единообразным применением гражданского права на территории федерации <4>. В Италии Конституционный суд имеет право объявить неконституционной норму закона или акт, имеющий силу закона, вследствие чего они утрачивают силу на следующий день после опубликования решения суда. Кассационный суд Италии обеспечивает точное соблюдение и единообразное толкование закона, единство национального объективного права <5>. Решения Пленума Верховного суда Португалии являются судебными прецедентами. Правотворческие функции официально признаны в Испании за Верховным судом <6>.

<1> См.: Там же. С. 52 - 53.

<2> См.: Судебные системы европейских стран. С. 56, 62.

<3> См.: Там же. С. 96.

<4> См.: Там же. С. 317.

<5> См.: Там же. С. 141, 144.

<6> См.: Бойцова В.В., Бойцова Л.В. Судебный прецедент: зарубежный опыт и российские перспективы // Российский судья. 1999. N 3. С. 14 - 18.

В доктрине под судебной практикой понимается вся совокупность деятельности судов по применению законодательства при рассмотрении гражданских, уголовных, административных и иных судебных дел <1>. Теория права различает три вида судебной практики: текущую, прецедентную и руководящую <2>. ГПК РФ и АПК РФ дают основания для вывода о том, что либо судебная практика является вторичным (дополнительным) источником гражданского процессуального права и арбитражного процессуального права, либо имеется тенденция приобрести такой статус (в зависимости от вида судебной практики). В частности, в качестве основания для отмены или изменения судебного постановления (акта) в порядке надзора законодательство указывает "нарушение единообразия в толковании и применении судами норм права" (ч. 1 ст. 304 АПК РФ, ст. 391.1 ГПК РФ).

<1> См.: Лебедев В.М. Судебная практика и развитие законодательства // Законодательство России в XXI веке. М., 2002. С. 42.

<2> В связи с тем что прецедент является самостоятельным видом судебной практики, вызывает принципиальное возражение необоснованно широкое понимание прецедентного права, источниками которого называются руководящие разъяснения и толкования конституционных и верховных судов (см.: Лапин Б.Н. Указ. соч. С. 167).

В любом случае в целях правовой аргументации практикующие юристы ссылаются для подтверждения или опровержения своих правовых позиций по конкретным делам на положения судебной практики. Наличие по рассматриваемому делу судебной практики во многом определяет позицию судьи при вынесении аналогичного судебного акта <1>. В связи с этим представляется обоснованным выделение в доктрине нового критерия для выделения форм практики - восприятие в качестве обязательных форм выражения судебной практики субъектами права. Это обусловлено механизмом правового регулирования, который требует помимо закрепления форм в законодательстве восприятия судебной практики и судебных актов как продолжения законодательных, а также связь между формами, установленными законодательством, и реальным их действием в регулировании общественных отношений <2>.

<1> См.: Добрачев Д.В. Роль судебной практики в современном арбитражном процессе // Арбитражный и гражданский процесс. 2003. N 9. С. 11.

<2> См.: Залоило М.В., Власенко Н.А., Шуберт Т.Э. Понятие, формы и содержание судебной практики // Судебная практика в современной правовой системе России / Под ред. Т.Я. Хабриевой, В.В. Лазарева. С. 98.

Современное российское законодательство чрезвычайно мобильно и поэтому нуждается в существенных изменениях и дополнениях. В.В. Ярков справедливо отметил, что правовое регулирование имеет определенные пределы детализации, за рамками которой нормативный акт рискует превратиться в свод юридических казусов: "Создание права есть непрерывный процесс приближения к новому и качественному состоянию, которое питается постоянной динамикой общественных связей и деятельностью их участников, отраженной в том числе и в судебной практике" <1>. М.В. Залоило, Н.А. Власенко, Т.Э. Шуберт на основе анализа судебной практики обратили внимание на существование некоторой сферы общественных отношений, реально нуждающихся в дополнительном правовом регулировании. Между тем какое-либо конкретное регулирование данного вопроса отсутствует либо предоставляет правоприменителю такую дискрецию, которая, по сути, дезавуирует смысл данного регулирования. В связи с этим суды приходят к выводу о необходимости выведения нового нормативного правила <2>.

<1> Ярков В.В. Статус судебной практики в России: некоторые вопросы. С. 66.

<2> См.: Залоило М.В., Власенко Н.А., Шуберт Т.Э. Понятие, формы и содержание судебной практики // Судебная практика в современной правовой системе России / Под ред. Т.Я. Хабриевой, В.В. Лазарева. С. 84.

Становление судебного (судейского) права как самостоятельной доктрины несколько не подрывает идею верховенства закона. Отношение государства к судебной практике является одним из проявлений правовой политики государства. Чтобы определить возможность высших судов выполнять нормотворческие функции и степень обязательности судебных актов, следует провести анализ законодательства.

Современное законодательство придало постановлениям Конституционного Суда РФ качество источника права. Конституция РФ определила в рассматриваемом аспекте два направления деятельности Конституционного Суда РФ: толкование Конституции РФ и проверку конституционности закона, примененного или подлежащего применению (ч. ч. 4 и 5 ст. 125). Конституционный Суд РФ является судебным органом конституционного контроля, который разрешает дела о соответствии с Конституции РФ нормативных актов и по запросам судов проверяет конституционность закона, подлежащего применению, дает толкование Конституции РФ. Конституционный Суд РФ решает исключительно вопросы права, руководствуясь Конституцией РФ. В соответствии с ч. 3 ст. 79 Федерального конституционного закона от 21 июля 1994 г. N 1-ФКЗ "О Конституционном Суде Российской Федерации" (далее - Закон о Конституционном Суде РФ) <1> акты или их отдельные положения, признанные неконституционными, утрачивают силу; признанные не соответствующими Конституции РФ, не вступившие в силу международные договоры Российской Федерации не подлежат введению в действие и применению. Решения судов и иных органов, основанные на актах, признанных неконституционными, не подлежат исполнению и должны быть пересмотрены в установленных федеральным законом случаях. Решение Конституционного Суда РФ действует непосредственно и не требует подтверждения другими органами и должностными лицами (ч. 2 ст. 79). Статья 80 Закона о Конституционном Суде РФ возлагает обязанность на государственные органы и должностные лица по приведению законов и иных нормативных актов в соответствие с Конституцией РФ в связи с решением Конституционного Суда РФ, если нормативные акты, их отдельные положения признаны неконституционными либо имеется необходимость устранения пробела в правовом регулировании. Таким образом, в силу прямого указания Закона о Конституционном Суде РФ в случае, если закон или норма, регулирующие гражданские процессуальные отношения, будут признаны неконституционными, суд обязан вынести решение на основании постановления Конституционного Суда РФ <2>.

<1> СЗ РФ. 1994. N 13. Ст. 1447.

<2> Подробнее см.: Витрук Н.В. Конституционное правосудие. Судебное конституционное право и процесс: Учеб. пособие. М., 1998. С. 311 - 315.

Вопрос о природе решений Конституционного Суда РФ вызывал и продолжает вызывать дискуссию. Так, по мнению С.А. Авакьяна, Конституционный Суд РФ "выступает в роли второго законодателя" <1>. В.О. Лучин и О.Н. Дорониная указывают, что решения суда "по своей юридической силе сближаются с законами" <2>. Б.С. Эбзеев рассматривает решения Конституционного Суда РФ как источники права, формулирующие конституционно-правовые прецеденты <3>. По мнению М.Н. Марченко, нормативный характер постановлений Конституционного Суда РФ состоит в том, что они имеют общеобязательный характер и с неизбежностью предполагают многократность их применения <4>. Г.А. Жилин отмечает нормативно-прецедентное значение постановлений Конституционного Суда РФ, поскольку они обязательны не только для сторон данного конституционно-правового спора, но и для всех других субъектов, а их юридическая сила распространяется и на нормативные правовые акты, которые по содержанию аналогичны акту, ставшему предметом проверки <5>.

<1> Авакьян С.А. Конституция России: природа, эволюция, современность. М., 1998. С. 206.

<2> Лучин В.О., Дорониная О.Н. Жалобы граждан в Конституционный Суд Российской Федерации. М., 1998. С. 124 - 125.

<3> См.: Эбзеев Б.С. Конституционный Суд РФ: правовая природа, функции, основные направления деятельности // Вестник Конституционного Суда РФ. 1996. N 6. С. 18.

<4> См.: Марченко М.Н. Источники права: Учеб. пособие. С. 399.

<5> См.: Жилин Г.А. Правосудие по гражданским делам: актуальные вопросы. М., 2010. С. 364.

В науке существует и противоположная точка зрения. Возражая против отнесения судебных актов к источникам права, В.С. Нерсисянц писал, что решение судебного органа о несоответствии рассматриваемого нормативного правового акта Конституции РФ, закону - это лишь основание для отмены данного акта компетентным правотворческим органом, а не сама отмена <1>. В качестве "прецедента толкования (уяснения для себя и разъяснения для других соответствующего существующего права)" рассматривает правовые позиции Конституционного Суда РФ В.В. Ершов <2>. Оригинальную, но не бесспорную позицию занял О.Ю. Котов. Изучив юридическую природу решений Конституционного Суда РФ, касающихся гражданского процессуального законодательства, он делает вывод о том, что решения суда не являются источниками права, но они наделяются Конституцией РФ общеобязательной силой вследствие того, что представляют собой ее самостоятельное продолжение. По мнению О.Ю. Котова, юридическую природу решений Конституционного Суда РФ "нельзя однозначно отождествить ни с нормотворчеством, ни с правоприменением. По своей природе это особые решения государственного органа, принятые во исполнение Конституции, наделенные ею силой общеобязательности, декларирующие, исходя из известных конституционных принципов, содержание того или иного права и на основе этого констатирующие конституционность или неконституционность нормы текущего законодательства" <3>. На нормативность правовой позиции Конституционного Суда РФ обращает внимание А.В. Габов <4>.

<1> См.: Судебная практика как источник права / Отв. ред. Б.Н. Топорнин. С. 34 - 41.

КонсультантПлюс: примечание.

Статья Е.А. Ершовой, В.В. Ершова "Прецеденты толкования Европейского суда по правам человека" включена в информационный банк согласно публикации - Антология научной мысли: К 10-летию

Российской академии правосудия: Сборник статей / Отв. ред. В.В. Ершов, Н.А. Тузов. Статут, 2008.

<2> См.: Ершов В.В. Прецеденты толкования Европейского суда по правам человека // Российское правосудие. 2007. N 1 (9). С. 29.

<3> Котов О.Ю. Влияние решений Конституционного Суда Российской Федерации на гражданское судопроизводство. М., 2002. С. 56 - 57.

<4> Габов А.В. Влияние правовых позиций Конституционного Суда Российской Федерации на судебную практику // Судебная практика в современной правовой системе России / Под ред. Т.Я. Хабриевой, В.В. Лазарева.

Разнообразие научных воззрений относительно юридической природы постановлений Конституционного Суда РФ связано с многоплановостью и комплексным характером исследуемого явления. С учетом этого хотелось бы обратить внимание на двойственный характер Конституционного Суда РФ: с одной стороны, он является органом правосудия, а с другой - конституционным органом государственной власти и одним из высших органов государственной власти. Поэтому нет оснований рассматривать деятельность Конституционного Суда РФ как чисто судебную деятельность. Анализ законодательства и практики Конституционного Суда РФ позволяет сделать вывод о его особом статусе, связанном с наличием права императивно воздействовать на законодательную деятельность высших государственных органов и субъектов Российской Федерации. Решая вопрос о конституционности оспоренных норм, Конституционный Суд РФ неизбежно вторгается в решение более масштабных юридических проблем, формирует основы российского права <1>. Следует согласиться с выводом Л.В. Лазарева о том, что решения Конституционного Суда РФ, "не относясь в полной мере ни к одному из существенных источников права... одновременно вбирают в себя те или иные черты (признаки) и приобретают тем самым новое качество, становясь самостоятельным источником права" <2>.

<1> См.: Эбзеев Б.С. Конституция. Правовое государство. Конституционный суд. М., 1997. С. 112 - 114, 120 - 123; Фархтдинов Я.Ф. Источники гражданского процессуального права. С. 356; Самостоятельность и независимость судебной власти / Под ред. В.В. Ершова. М., 2006. С. 147.

<2> Лазарев Л.В. Правовые позиции Конституционного Суда РФ. М., 2008. С. 53.

Не ставя перед собой задачи анализа всей дискуссии по данной проблеме, хотим обратить внимание на значение постановлений Конституционного Суда РФ для гражданского, арбитражного процессов, административного судопроизводства. Анализ конкретных актов Конституционного Суда РФ, воздействующих на гражданское и арбитражное судопроизводство, невозможен без уяснения вопроса об обязательности и прецедентности постановлений Конституционного Суда РФ. В отличие от решений арбитражного суда и суда общей юрисдикции в постановлениях Конституционного Суда РФ обязательное значение имеет не только резолютивная, но и мотивировочная часть, поскольку в последней сосредоточены правовые позиции суда.

Правотворческая сущность решений Конституционного Суда РФ обусловлена сформулированными в них правовыми позициями <1>. По справедливому мнению Г.А. Гаджиева и В.И. Анишиной, понятие "правовая позиция" коррелирует с правом, а постановление Конституционного Суда РФ, содержащее оценку оспоренной нормы, всегда имеет отношение к законодательству. Признав норму права не соответствующей Конституции РФ, Конституционный Суд РФ объявляет ее недействующей, что влечет изменения в законодательстве <2>. Постановления Конституционного Суда РФ об отмене или установлении норм имеют сходство с нормативным актом и приобретают значение источника права. Нормативность, общеобязательность, принятие органом, осуществляющим деятельность по осуществлению конституционного правосудия, придают правовым позициям Конституционного Суда РФ качество формально-юридического источника права. В механизме правового регулирования они замещают дефектные законодательные нормы, влияясь в систему права и принимая на себя функцию регулятора общественных отношений <3>. Влияние правовых позиций Конституционного Суда РФ на судебную практику осуществляется в случаях, когда: 1) суд признает неконституционными акты или их

отдельные положения. Суды всех уровней не вправе принимать решения, основываясь на таких актах; 2) суд признает не соответствующим Конституции РФ закон, примененный в конкретном деле, в связи с принятием решения по которому заявитель обращался в Конституционный Суд РФ, что признано новым обстоятельством, являющимся основанием для пересмотра вступивших в законную силу судебных постановлений; 3) суд оценивает смысл правовой нормы, придаваемый ей сложившейся правоприменительной практикой <4>.

<1> Обзор дискуссии см.: Кряжкова О.Н. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации: теоретические основы и практика реализации в России. М., 2006. С. 17 - 40.

<2> См.: Самостоятельность и независимость судебной власти / Под ред. В.В. Ершова. М., 2006. С. 176.

<3> См.: Жилин Г.А. Правосудие по гражданским делам: актуальные вопросы. С. 366.

<4> См.: Габов А.В. Указ. соч.

Постановления Конституционного Суда РФ оказали определенное влияние на развитие современного доказательственного права. Анализ правовых позиций Конституционного Суда РФ по вопросам доказывания и доказательств показывает, что в своих постановлениях суд либо формирует принципиально новую позицию, либо применяет метод расширительного толкования, состоящий в распространении на новое дело ранее созданной правовой позиции.

Можно выделить несколько направлений, по которым Конституционный Суд РФ сформировал правовые позиции, касающиеся процесса доказывания и доказательств. Предметом рассмотрения Суда были вопросы распределения бремени доказывания, предмета доказывания и фактов, не подлежащих доказыванию, использования отдельных средств доказывания, доказывания на проверочных стадиях судопроизводства.

Примером оценки Конституционным Судом РФ смысла правовой нормы, придаваемой ей сложившейся судебной практикой, служит Постановление Конституционного Суда РФ от 20 октября 2015 г. N 27-П "По делу о проверке конституционности части третьей статьи 333 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан А.И. Кабанова и В.А. Мартынова". Оценивая толкование ч. 3 ст. 333 ГПК РФ, Конституционный Суд РФ указал, с учетом характера и сложности процессуального вопроса, доводов и возражений на частную жалобу относительно исследования доказательств, на отсутствие необходимости вызова лиц, участвующих в деле, в суд апелляционной инстанции и извещения их о времени и месте его проведения, предполагая при этом, что сторонам будет обеспечена возможность посредством процессуальных механизмов (процедур) письменного производства без проведения слушания с участием сторон изложить свои возражения по рассматриваемому вопросу и направить суду письменные доказательства. Если для проверки законности и обоснованности определения суда первой инстанции, на которое подана частная жалоба, суду апелляционной инстанции необходимо исследовать и оценить не только доказательства, положенные в основу данного определения, но и представленные стороной новые доказательства, которые не были ею представлены в суд первой инстанции по уважительной причине, суд апелляционной инстанции обязан назначить судебное заседание с проведением слушания и известить лиц, участвующих в деле, о времени и месте судебного заседания <1>.

<1> В Особом мнении судьи Конституционного Суда Г.А. Жилина высказано мнение о несоответствии ч. 3 ст. 333 ГПК РФ Конституции РФ // Вестник Конституционного Суда РФ. 2016. N 1.

в Постановлении от 19 мая 1998 г. N 15-П "По делу о проверке конституционности отдельных положений статей 2, 12, 17, 24 и 34 Основ законодательства Российской Федерации о нотариате" Конституционный Суд РФ охарактеризовал деятельность частных нотариусов как юридическую, что "гарантирует доказательственную силу и публичное признание нотариально оформленных документов и предопределяет специальный публично-правовой статус нотариусов" (п. 2) <1>. Данная правовая позиция

была использована в качестве аргументации публично-правового характера деятельности нотариусов, занимающихся частной практикой, в п. 4 Постановления Конституционного Суда РФ от 23 декабря 1999 г. N 18-П "По делу о проверке конституционности отдельных положений статей 1, 2, 4 и 6 Федерального закона от 4 января 1999 года "О тарифах страховых взносов в Пенсионный фонд Российской Федерации, Фонд социального страхования Российской Федерации, Государственный фонд занятости населения Российской Федерации и в фонды обязательного медицинского страхования на 1999 год" и статьи 1 Федерального закона от 30 марта 1999 года "О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон "О тарифах страховых взносов в Пенсионный фонд Российской Федерации, Фонд социального страхования Российской Федерации, Государственный фонд занятости населения Российской Федерации и в фонды обязательного медицинского страхования на 1998 год" в связи с жалобами граждан, общественных организаций инвалидов и запросами судов" <2>.

<1> СЗ РФ. 1998. N 22. Ст. 2491.

<2> СЗ РФ. 2000. N 3. Ст. 353.

Значительное внимание в Постановлениях Конституционного Суда РФ уделяется общим и частным правилам распределения обязанностей по доказыванию. В этом аспекте представляет интерес Постановление от 25 января 2001 г. N 1-П "По делу о проверке конституционности положения пункта 2 статьи 1070 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан И.В. Богданова, А.Б. Зернова, С.И. Кальянова и Н.В. Труханова" <1>. В нем была сформулирована правовая позиция, в соответствии с которой подлежит возмещению государством вред, причиненный при осуществлении гражданского судопроизводства в результате незаконных действий (или бездействия), не только при разрешении дела по существу, но и в иных случаях, если вина судьи установлена не приговором суда, а иным соответствующим судебным решением. При этом специальное внимание уделялось вопросу распределения обязанностей по доказыванию. По общему правилу бремя доказывания отсутствия вины возлагается на причинителя вреда (п. 2 ст. 1064 ГК РФ). Однако по спорам о возмещении вреда, причиненного незаконными действиями органов судебной власти, не действует презумпция виновности причинителя вреда, вина которого устанавливается за пределами производства по иску о возмещении вреда. Поэтому обычное для деликтных обязательств решение вопроса о распределении бремени доказывания и о допустимости доказательств вины причинителя вреда могло бы "парализовать" всякий контроль и надзор за осуществлением правосудия из-за опасения породить споры о возмещении причиненного вреда. Исходя из особенностей гражданского процессуального доказывания, а также учитывая, что активность суда в собирании доказательств ограничена, Конституционный Суд РФ указал на взаимосвязь ответственности государства за вред, причиненный при осуществлении правосудия в порядке гражданского судопроизводства, с уголовно наказуемым деянием судьи, а также с противоправным действием (бездействием) судьи, установленным иным судебным решением.

<1> СЗ РФ. 2001. N 7. Ст. 700.

Непосредственное влияние на распределение бремени доказывания по делам, возникающим из публичных правоотношений, имеет Постановление Конституционного Суда РФ от 16 июля 2004 г. N 15-П "По делу о проверке конституционности части 5 статьи 59 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросами Государственного Собрания - Курултая Республики Башкортостан, Губернатора Ярославской области, Арбитражного суда Красноярского края, жалобами ряда организаций и граждан" <1>. В нем, в частности, отмечалось, что принцип диспозитивности, значимый при рассмотрении дел, возникающих из публичных правоотношений, может быть ограничен в силу специфики публично-правового спора в тех случаях, когда природа спорного публичного правоотношения не предполагает возможность свободного распоряжения субъективным материальным правом. На правила распределения обязанностей по доказыванию при рассмотрении административных дел обращено внимание в Постановлении Конституционного Суда РФ от 11 июля 2017 г. "По делу о проверке конституционности положений статьи 111, части 5 статьи 247 и пункта 2 части 1 статьи 248 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации, частей 1 и 2 статьи 110 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами гражданки Н.Б. Слободяник и Федерального государственного бюджетного учреждения "Российский

сельскохозяйственный центр". Со ссылкой на ч. 5 ст. 247 и ст. 248 КАС РФ Конституционный Суд РФ указал, что стороны по административному делу обязаны по общему правилу доказать те обстоятельства, на которые они ссылаются в обоснование своих требований и возражений, при этом обязанность доказывания указанных в ст. 248 оснований для пересмотра результатов определения кадастровой стоимости возлагается на административного истца <2>.

<1> СЗ РФ. 2004. N 31. Ст. 3282.

<2> СЗ РФ. 2017. N 30. Ст. 4726.

Примером расширительного толкования является Постановление Конституционного Суда РФ от 27 апреля 2001 г. N 7-П "По делу о проверке конституционности ряда положений Таможенного кодекса Российской Федерации в связи с запросом Арбитражного суда города Санкт-Петербурга и Ленинградской области, жалобами открытых акционерных обществ "АвтоВАЗ" и "Комбинат "Североникель", обществ с ограниченной ответственностью "Верность", "Вита-Плюс" и "Невско-Балтийская транспортная компания", товарищества с ограниченной ответственностью "Совместное российско-южноафриканское предприятие "Эконт" и гражданина А.Д. Чулкова" <1>. Это Постановление распространило на таможенные правоотношения действие правовой позиции, сформулированной Конституционным Судом РФ в Постановлении от 25 января 2001 г. N 1-П, в соответствии с которой к основаниям ответственности, исходя из общего состава правонарушения, относится вина, если в самом законе прямо и недвусмысленно не установлено иное. Соответственно отсутствие вины при нарушении таможенных правил является одним из обстоятельств, исключающих производство по делу о данном нарушении, поскольку свидетельствует об отсутствии самого состава таможенного правонарушения. На основании этого в Постановлении от 27 апреля 2001 г. N 7-П Конституционным Судом РФ сформулирована правовая позиция по вопросу распределения обязанностей по доказыванию в делах, возникающих из таможенных правоотношений: "Решая вопрос о распределении бремени доказывания вины, законодатель вправе - если конкретный состав таможенного правонарушения не требует иного - освободить от него органы государственной власти при обеспечении возможности для самих субъектов правонарушения подтвердить свою невиновность. По смыслу оспариваемых положений Таможенного кодекса Российской Федерации, предприятия, учреждения и организации, а также лица, занимающиеся предпринимательской деятельностью без образования юридического лица, не могут быть лишены возможности доказать, что нарушение таможенных правил вызвано чрезвычайными, объективно непредотвратимыми обстоятельствами и другими непредвиденными, непреодолимыми для данных субъектов таможенных отношений препятствиями, находящимися вне их контроля" (п. 1.1). Кроме того, в рассматриваемом Постановлении было обращено внимание на необходимость соблюдения принципа обязательности доказывания обстоятельства дела независимо от распределения бремени доказывания: "...суд, обеспечивающий в связи с привлечением к ответственности за нарушение таможенных правил защиту прав и свобод физических и юридических лиц посредством судопроизводства, основанного на состязательности и равноправии сторон (статья 123 Конституции Российской Федерации), не может ограничиваться формальной констатацией лишь факта нарушения таможенных правил, не выявляя иные связанные с ним обстоятельства..." (п. 1.1).

<1> СЗ РФ. 2001. N 23. Ст. 2409.

Правовые позиции, сформулированные по вопросам вины и порядка ее доказывания, впоследствии были распространены на правоотношения, возникающие в исполнительном производстве <1>, и неоднократно использовались в практике Конституционного Суда РФ <2>.

<1> См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 30 июля 2001 г. N 13-П "По делу о проверке конституционности положений подпункта 7 пункта 1 статьи 7, пункта 1 статьи 77 и пункта 1 статьи 81 Федерального закона "Об исполнительном производстве" в связи с запросами Арбитражного суда Воронежской области, Арбитражного суда Саратовской области и жалобой открытого акционерного общества "Разрез "Изыхский" // СЗ РФ. 2001. N 32. Ст. 3412.

<2> См.: Определение Конституционного Суда РФ от 22 января 2004 г. N 38-О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Павловой Клавдии Филипповны на нарушение ее конституционных прав пунктом 2 статьи 28 Федерального закона "О прокуратуре Российской Федерации", пунктом 5 части первой статьи 448 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, пунктом 3 статьи 16 Закона Российской Федерации "О статусе судей Российской Федерации" // СПС "КонсультантПлюс".

Путем толкования законодательства Конституционным Судом РФ была выведена правовая позиция относительно вины налогоплательщика. В то время как в законодательстве отсутствовали какие-либо указания на вину как на основание привлечения к ответственности налогоплательщика, Конституционный Суд РФ указал на наличие такой презумпции в российской правовой системе. В Постановлении Конституционного Суда РФ от 17 декабря 1996 г. N 20-П "По делу о проверке конституционности пунктов 2 и 3 части первой статьи 11 Закона Российской Федерации от 24 июня 1993 года "О федеральных органах налоговой полиции" <1> говорится, что обязательным признаком налогового правонарушения является вина и при производстве по делу о налоговом правонарушении подлежит доказыванию как сам факт совершения такого правонарушения, так и степень вины налогоплательщика. Презумпция добросовестности налогоплательщика также нашла свое закрепление в правовой позиции, сформулированной в Определении Конституционного Суда РФ от 25 июля 2001 г. N 138-О "По ходатайству Министерства Российской Федерации по налогам и сборам о разъяснении Постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 12 октября 1998 года по делу о проверке конституционности пункта 3 статьи 11 Закона Российской Федерации "Об основах налоговой системы в Российской Федерации" <2>.

<1> СЗ РФ. 1997. N 1. Ст. 197.

<2> СЗ РФ. 2001. N 32. Ст. 3410.

Представляет интерес правовая позиция Конституционного Суда РФ, касающаяся обстоятельств, не подлежащих доказыванию. В Постановлении Конституционного Суда РФ от 19 июня 2002 г. N 11-П "По делу о проверке конституционности ряда положений Закона Российской Федерации от 18 июня 1992 года "О социальной защите граждан, подвергшихся воздействию радиации вследствие катастрофы на Чернобыльской АЭС" (в редакциях от 24 ноября 1995 года и от 12 февраля 2001 года), Федеральных законов от 12 февраля 2001 года "О внесении изменений и дополнений в Закон Российской Федерации "О социальной защите граждан, подвергшихся воздействию радиации вследствие катастрофы на Чернобыльской АЭС", от 19 июня 2000 года "О минимальном размере оплаты труда" и от 7 августа 2000 года "О порядке установления размеров стипендий и социальных выплат в Российской Федерации" в связи с запросами Верховного Суда Российской Федерации и Октябрьского районного суда города Краснодара, жалобами граждан и общественных организаций чернобыльцев" <1> отмечался конституционно-правовой характер отношений между государством, с деятельностью которого в сфере ядерной энергетики было связано причинение вреда, и гражданами (такая правовая позиция выражена Конституционным Судом РФ в Постановлении от 1 декабря 1997 г. N 18-П "По делу о проверке конституционности отдельных положений статьи 1 Федерального закона от 24 ноября 1995 года "О внесении изменений и дополнений в Закон Российской Федерации "О социальной защите граждан, подвергшихся воздействию радиации вследствие катастрофы на Чернобыльской АЭС") <2>. При решении вопроса о возмещении вреда, причиненного Чернобыльской катастрофой, следует исходить из конституционных свобод гражданина и человека независимо от каких-либо обстоятельств, в том числе независимо от профессиональной принадлежности, должностного положения этих лиц и уровня их заработной платы. В связи с этим процедуры назначения и определения размера компенсационных выплат не требуют от гражданина доказывания наличия и объема причиненного здоровью вреда, который подлежит возмещению <3>.

<1> СЗ РФ. 2002. N 27. Ст. 2779.

<2> СЗ РФ. 1997. N 50. Ст. 5711.

<3> СЗ РФ. 2002. N 27. Ст. 2779.

Правовая позиция по вопросу обстоятельств, не подлежащих доказыванию, содержится в Постановлении Конституционного Суда РФ от 26 декабря 2002 г. N 17-П "По делу о проверке конституционности положения абзаца второго п. 4 ст. 11 Федерального закона "Об обязательном государственном страховании жизни и здоровья военнослужащих, граждан, призванных на военные сборы, лиц рядового и начальствующего состава органов внутренних дел Российской Федерации, Государственной противопожарной службы, сотрудников учреждений и органов уголовно-исполнительной системы и сотрудников федеральных органов налоговой полиции" в связи с жалобой гражданина М.А. Будынина" <1>. В соответствии с п. 4 данного Постановления не подлежат доказыванию размер задолженности и финансовое положение страховщика, а также обстоятельства, которые могут служить основанием для освобождения страховщика от ответственности за нарушение обязательства. Основанием для невыплаты страховщиком страховых сумм в срок выступает сам факт задержки внесения страховых взносов страхователем.

<1> СЗ РФ. 2003. N 1. Ст. 152.

В ряде постановлений Конституционного Суда РФ обращалось внимание на то, что в случаях, когда суды при рассмотрении дела не исследуют по существу фактические обстоятельства, ограничиваясь только установлением формальных условий применения нормы, право на судебную защиту, предусмотренное ч. 1 ст. 46 Конституции РФ, оказывается ущемленным (Постановления Конституционного Суда РФ от 6 июня 1995 г. N 7-П "По делу о проверке конституционности абзаца 2 части седьмой статьи 19 Закона РСФСР от 18 апреля 1991 года "О милиции" в связи с жалобой гражданина В.М. Минакова" <1>, от 13 июня 1996 г. N 14-П "По делу о проверке конституционности части пятой статьи 97 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобой гражданина В.В. Щелухина" <2>, от 28 октября 1999 г. N 14-П "По делу о проверке конституционности статьи 2 Федерального закона "О внесении изменений и дополнений в Закон Российской Федерации "О налоге на прибыль предприятий и организаций" в связи с жалобой ОАО "Энергомашбанк" <3>, от 14 июля 2003 г. N 12-П "По делу о проверке конституционности положений статьи 4, пункта 1 статьи 164, пунктов 1 и 4 статьи 165 Налогового кодекса Российской Федерации, статьи 11 Таможенного кодекса Российской Федерации и статьи 10 Закона Российской Федерации "О налоге на добавленную стоимость" в связи с запросами Арбитражного суда Липецкой области, жалобами ООО "Папирус", ОАО "Дальневосточное морское пароходство" и ООО "Коммерческая компания "Балис" <4>). В частности, в Постановлении от 14 июля 2003 г. N 12-П отмечалось, что, отказывая налогоплательщику в возмещении суммы налога на добавленную стоимость при реализации товаров, вывезенных в таможенном режиме экспорта судами через морские порты, со ссылкой на отсутствие коносамента как нарушение требований положений п. 1 ст. 165 Налогового кодекса РФ (далее - НК РФ), налоговые органы исходят из принципа возложения на налогоплательщика бремени по надлежащему документальному подтверждению обоснованности применения налоговой ставки 0% (п. 2.2). Подобная правоприменительная практика, по мнению Конституционного Суда РФ, свидетельствует о формальном подходе к решению вопроса об условиях реализации налогоплательщиком соответствующего права, что приводит к его существенному ущемлению. В связи с этим обращается внимание на возможность взаимозаменяемости доказательств, а именно: поскольку погрузочный билет, применяемый в практике паромных перевозок в качестве документа, подтверждающего прием груза, содержит ту же информацию, что и коносамент, и допускается в качестве доказательств при рассмотрении гражданских правовых споров, связанных с договорами перевозки грузов, он обладает доказательственным значением и в сфере налоговых отношений.

<1> СЗ РФ. 1995. N 24. Ст. 2342.

<2> СЗ РФ. 1996. N 26. Ст. 3815.

<3> СЗ РФ. 1999. N 45. Ст. 5478.

<4> СЗ РФ. 2003. N 30. Ст. 3100.

Существенное значение для регламентации процесса доказывания имеет правовая позиция Конституционного Суда РФ по вопросу протоколирования порядка исследования новых доказательств, представленных в суд второй инстанции. По смыслу правовых позиций Конституционного Суда РФ отсутствие в процессуальном законодательстве прямого указания на необходимость протоколирования заседания суда кассационной инстанции не препятствует принятию соответствующим судом решения о необходимости ведения такого протокола в случае, если судом кассационной инстанции исследуются новые доказательства по делу, не бывшие предметом рассмотрения судом первой инстанции (Определения Конституционного Суда РФ от 12 июля 2005 г. N 335-О "По жалобе гражданина Дикина Александра Витальевича на нарушение его конституционных прав положениями статей 377 и 388 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации" <1> и N 336-О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Бровченко Сергея Васильевича на нарушение его конституционных прав статьями 377 и 388 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации" <2>). Возможность ведения протокола на этой стадии судопроизводства вытекает также из ч. 3 ст. 358 ГПК РФ, предписывающей суду кассационной инстанции исследовать доказательства в установленном для суда первой инстанции порядке, одним из обязательных элементов которого является ведение протокола судебного заседания, где подлежат отражению все процессуальные действия, совершаемые судом (ст. 228 ГПК РФ). Соответственно лица, участвующие в деле, вправе снимать копии с протокола заседания суда кассационной инстанции, если таковой ведется, исходя из общих положений гражданского процессуального законодательства, в частности ст. 35 ГПК РФ о правах указанных лиц <3>. С 1 января 2012 г. ведение протокола в суде апелляционной инстанции стало обязательным в силу прямого указания закона (ч. 5 ст. 327 ГПК РФ (в ред. Федерального закона от 9 декабря 2010 г. N 353-ФЗ)).

<1> СПС "КонсультантПлюс".

<2> СЗ РФ. 2005. N 42. Ст. 4348.

<3> См.: Определение Конституционного Суда РФ от 21 декабря 2006 г. N 629-О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Горохова Валерия Николаевича на нарушение его конституционных прав частью первой статьи 7, пунктом 1 части первой статьи 16, статьями 228 и 231, частью второй статьи 376 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, пунктом 2 статьи 16 Закона Российской Федерации "О статусе судей в Российской Федерации", подпунктом 4 пункта 13 и пунктом 26 Положения о квалификационных коллегиях судей" // СПС "КонсультантПлюс".

Важное значение для определения пределов доказывания в суде апелляционной инстанции имеет Постановление Конституционного Суда РФ от 21 апреля 2010 г. N 10-П "По делу о проверке конституционности части первой статьи 320, части второй статьи 327 и статьи 328 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами гражданки Е.В. Алейниковой и общества с ограниченной ответственностью "Три К" и запросами Норильского городского суда Красноярского края и Центрального районного суда города Читы" <1>. В отношении лиц, привлеченных к участию в деле, но не извещенных о времени и месте судебного заседания, Суд указал, что они объективно лишаются права представить суду первой инстанции свою позицию относительно существа дела, участвовать в исследовании доказательств, возражать относительно ходатайств и доводов других лиц, лиц, участвующих в деле, и т.д. Для них суд апелляционной инстанции выступает как суд второй инстанции. Апелляционному суду должно быть предоставлено право отменить решение мирового судьи, который рассмотрел дело в отсутствие кого-либо из лиц, участвующих в деле и не извещенных о времени и месте судебного заседания, или разрешил вопрос о правах и об обязанностях лиц, не привлеченных к участию в деле, и направить дело на новое рассмотрение.

<1> СЗ РФ. 2010. N 19. Ст. 2357.

В Постановлении от 30 ноября 2012 г. N 29-П "По делу о проверке конституционности положений части пятой статьи 244.6 и части второй статьи 333 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан А.Г. Круглова, А.В. Маргина, В.А. Мартынова и Ю.С. Шардыко" <1> Конституционный Суд РФ указал на конституционную оправданность прямого указания на случаи,

когда проверка законности и обоснованности определения суда первой инстанции вследствие необходимости исследования доказательств требует обязательного проведения судом второй инстанции слушания с извещением о времени и месте судебного заседания лиц, участвующих в деле. В связи с этим была сформирована правовая позиция, в соответствии с которой в случае подачи лицами, участвующими в деле, частной жалобы на определение суда первой инстанции им необходимо предоставить возможность донести до суда свою позицию устно.

<1> СЗ РФ. 2012. N 51. Ст. 7323.

Представляет интерес и сохраняет актуальность до настоящего времени правовая позиция относительно доказывания на стадии судебного надзора, сформулированная в Постановлении Конституционного Суда РФ от 3 февраля 1998 г. N 5-П "По делу о проверке конституционности статей 180, 181, пункта 3 части 1 статьи 187 и статьи 192 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации" <1>. Суд указал, что арбитражный суд, рассматривающий дело в порядке надзора, не вправе устанавливать или считать доказанными обстоятельства, которые не были установлены в решении, постановлении либо были отвергнуты им; предрешать вопросы достоверности или недостоверности того или иного доказательства, преимущества одних доказательств перед другими, а также определять, какая норма материального права должна быть применена и какое решение, постановление должно быть принято при новом рассмотрении дела. Если надзорная инстанция приходит к выводу о том, что решение, постановление должно быть отменено в силу недостаточной обоснованности, она не может на этом основании принять новое решение.

<1> СЗ РФ. 1998. N 6. Ст. 784. См. также: Определение Конституционного Суда РФ от 19 апреля 2007 г. N 205-О-О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы общества с ограниченной ответственностью "СТ Девелопмент" на нарушение конституционных прав и свобод пунктом 3 части первой статьи 305 АПК Российской Федерации" // СПС "КонсультантПлюс".

Перечень аналогичных примеров можно было бы расширить. Правовые позиции Конституционного Суда РФ по вопросам доказывания и доказательств подлежат обязательному применению при рассмотрении соответствующих дел. Сам Конституционный Суд РФ в своих решениях неоднократно ссылается на ранее сформулированные правовые позиции, в том числе относительно доказывания и доказательств. В этом смысле постановления Конституционного Суда РФ можно рассматривать в качестве судебного прецедента. Поэтому нельзя согласиться с мнением о том, что только постановления Конституционного Суда РФ о признании акта неконституционным можно рассматривать в качестве источника гражданского процессуального права <1>.

<1> См.: Фархтдинов Я.Ф. Источники гражданского процессуального права Российской Федерации. Казань, 2001. С. 359.

Разъяснения Пленума Верховного Суда РФ представляют собой ставший традиционным в России способ выражения судебной практики. Закон РСФСР от 8 июля 1981 г. "О судостроительстве РСФСР" <1> (ст. 56) наделял Верховный Суд РФ правом давать руководящие разъяснения судам по вопросам применения законодательства. Конституция РФ 1993 г. сохранила полномочия Верховного Суда РФ по даче разъяснений по вопросам судебной практики, но понятие "руководящие" применительно к этим разъяснениям теперь не упоминается. С одной стороны, дача разъяснений возведена в ранг конституционного полномочия Верховного Суда РФ, а с другой - отсутствует указание об их руководящем характере. Аналогичная ситуация воспроизведена в Федеральном конституционном законе от 7 февраля 2011 г. N 1-ФКЗ "О судах общей юрисдикции в Российской Федерации" <2>.

<1> Ведомости Верховного Совета РСФСР. 1981. N 28. Ст. 976.

<2> СЗ РФ. 2011. N 7. Ст. 898.

Неоднозначное отношение к судебной практике в официальной доктрине и правовой реальности вызвало теоретическое обсуждение вопроса о правовой природе разъяснений Пленума Верховного Суда РФ. По этой проблеме были высказаны различные точки зрения. Одни авторы полагают, что руководящие разъяснения Пленума не могут сравниваться с подзаконными нормативными актами: они лишь разъясняют то, что содержится в тех нормах права, которым посвящено данное постановление, и осуществляют судебное толкование, разъяснение права, но не нормотворчество, оказывают огромное влияние на все направления судебной практики и вместе с тем дают материал для издания новых законов <1>.

<1> См.: Новицкий И.Б. Источники советского гражданского права. М., 1959. С. 127; Гурвич М.А. Судебное решение. Теоретические проблемы. М., 1976. С. 127; Авдюков М.Г. Принцип законности в гражданском судопроизводстве. М., 1970. С. 190 - 201; Фархтдинов Я.Ф. Источники гражданского процессуального права Российской Федерации. С. 136 - 154; Нерсисянц В.С. Суд не законодательствует, а применяет право (о правоприменительной природе судебных актов) // Судебная практика как источник права / Отв. ред. Б.Н. Топорнин. С. 34 - 41; Гурова Т.В. Судебный прецедент как формальный источник права и его место в системе источников права в России // Атриум. 1997. N 3. С. 7; Ершов В.В. Признание нормативных актов противоречащими Конституции РФ и федеральным законам: теория вопросов // Российская юстиция. 2003. N 4. С. 9.

Двойственную оценку характера и значения постановлений Пленума Верховного Суда РФ можно найти в работах Н.Н. Вопленко, П.Я. Трубникова, А.Т. Боннера. Так, А.Т. Боннер, признавая, что Пленум Верховного Суда РФ в известной мере занимается нормотворчеством, в то же время не относит его постановления к источникам права и характеризует их как "своеобразный заменитель нормативного акта" <1>. Н.Н. Вопленко, с одной стороны, рассматривает постановления Пленума Верховного Суда РФ как акты толкования права, а с другой - полагает, что содержащиеся в них организационно-вспомогательные правила имеют безусловно нормативный характер <2>. П.Я. Трубников, отмечая, что в руководящих разъяснениях должен быть сформулирован лишь "логический вывод о подлинном содержании толкуемого акта без внесения в него каких-либо новых нормативных элементов", признает нормотворческую роль пленумов <3>. В работах последних лет судебная практика рассматривается в контексте толкования и конкретизации права <4>.

<1> См.: Боннер А.Т. Применение нормативных актов в гражданском процессе: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. С. 149; Он же. Судебный прецедент в российской правовой системе. С. 161.

<2> См.: Вопленко Н.Н. Официальное толкование норм права. М., 1976. С. 99 - 105.

<3> См.: Трубников П.Я. Вопросы гражданского процесса в практике Верховного Суда СССР. М., 1979. С. 214, 217.

<4> Залоило М.В., Власенко Н.А., Шуберт Т.Э. Понятие, формы и содержание судебной практики // Судебная практика в современной правовой системе России / Под ред. Т.Я. Хабриевой, В.В. Лазарева. С. 67 - 100.

Другие ученые исходят из того, что разъяснения высших судебных органов имеют нормативный характер. Такую точку зрения отстаивали А.Г. Гойхбарг, С.И. Вильяновский, С.Н. Абрамов, С.Л. Зивс, А.Ф. Клейнман, В.В. Лазарев, А.К. Безина, Ю.Х. Калмыков, Г.Т. Ткешелиадзе, К.И. Комиссаров, В.Н. Щеглов и др. <1>.

<1> См.: Гойхбарг А.Г. Курс гражданского процесса. М.; Л., 1928. С. 34; Вильяновский С.И. Значение судебной практики в гражданском праве // Ученые записки ВЮОН. Вып. IX. 1947. С. 244; Абрамов С.Н. Гражданский процесс. М., 1948. С. 124 - 126; Зивс С.Л. Источники права. М., 1981. С. 176; Клейнман А.Ф.

Советский гражданский процесс. М., 1954. С. 15; Лазарев В.В. Пробелы в праве и пути их устранения. М., 1974. С. 136 - 145; Безина А.К. Судебная практика и развитие советского трудового законодательства. Казань, 1971. С. 102; Калмыков Ю.Х. Вопросы применения гражданско-правовых норм. Саратов, 1976. С. 35; Ткешелиадзе Г.Т. Судебная практика и уголовный закон. Тбилиси, 1975. С. 29 - 42; Комиссаров К.И. Задачи судебного надзора в сфере гражданского судопроизводства. Свердловск, 1971. С. 122 - 125; Щеглов В.Н. Советское гражданское процессуальное право. Томск, 1976. С. 12.

М.Н. Марченко, отмечая нормативный и общеобязательный характер постановлений Пленума Верховного Суда РФ, рассматривает их в качестве актов, имеющих общий прецедентный характер <1>. В.В. Ярков полагает, что судебная практика высших судов России приобретает нормативное значение, поскольку позволяет разрешать новые дела на основе ранее вынесенных решений высших судебных органов <2>.

КонсультантПлюс: примечание.

Монография М.Н. Марченко "Судебное правотворчество и судебское право" включена в информационный банк согласно публикации - Проспект, 2011.

<1> См.: Марченко М.Н. Судебное правотворчество и судебское право. М., 2007. С. 430.

<2> См.: Ярков В.В. Статус судебной практики в России: некоторые вопросы. С. 66.

Не ставя знака равенства между нормой права и правоположением, выработанным в постановлении Пленума Верховного Суда РФ, полагаем, что такие постановления являются вспомогательными источниками гражданского процессуального права и арбитражного процессуального права. В.М. Жуйков отмечает: "Характер постановлений Пленума Верховного Суда РФ по вопросам судебной практики должен быть прежним - они остаются обязательными для судов и других правоприменителей" <1>. Если бы суды дожидались, когда проблемы в процессуальном законодательстве будут устранены законодателем, то граждане не смогли бы реализовать многие права, т.е. им было бы отказано в правосудии. Что является недопустимым" <2>. Указанное мнение в большей степени соответствует современному правопониманию. В связи с этим представляется возможным в современных условиях легализовать правоположения судебной практики как источника права <3>. Опасения противников рассмотрения судебной практики как источника права представляются преувеличенными. В частности, английские суды не опасаются использовать для постановлений и решений самые многочисленные источники. Ими могут быть нормы материального и процессуального права, статуты парламента, подзаконные акты, прецеденты, обычаи, даже сочинения видных правоведов и юридические учебники <4>.

<1> Жуйков В.М. Применение судами Конституции Российской Федерации // Комментарий российского законодательства. М., 1995. С. 15.

<2> Жуйков В.М. Концептуальные положения о развитии суда и судебной практики // Судебная практика в современной правовой системе России / Под ред. Т.Я. Хабриевой, В.В. Лазарева. С. 63.

<3> См.: Жилин Г.А. Соотношение публичного и частного в деятельности судов общей юрисдикции по осуществлению правосудия по гражданским делам // Теоретические и прикладные проблемы реформы гражданской юрисдикции: Межвузовский сборник научных трудов. Екатеринбург, 1998. С. 43.

<4> См.: Кудрявцева Е.В. Судебное решение в английском гражданском процессе: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1996. С. 15.

Вопрос о значимости правоположений, закрепленных в постановлениях высших судов, требует специального пояснения, которое можно сделать на примере необходимых доказательств.

Перечни необходимых доказательств, закрепленные в постановлениях высших судебных органов,

содержат обобщенное выражение устоявшейся практики применения законодательства либо назревшие потребности такой практики. Первые попытки определения необходимых доказательств по отдельным категориям дел были предприняты в нормах обычного права (Русская Правда, Псковская судная грамота и др.), которые имели преимущественно казуальный характер. По мере развития общества и юридической мысли нормы, регулирующие доказывание, приобретали все более общий, абстрактный характер. Абстрактный характер правовых норм демонстрирует мощь, глубину и социальную ценность нормативного способа руководства обществом, но в то же время ведет к необходимости выработки более детальных положений, позволяющих правильно реализовать регулятивную функцию права <1>. Необходимые доказательства являются конкретизацией процессуальной формы доказывания по отдельным категориям дел. Их ценность состоит в том, что они выработаны не только законодателем, но и судебной практикой в ходе многократного применения закона и основаны на значимости для правоприменения. В постановлениях Пленумов Верховного Суда РФ конкретизируются материальные и процессуальные нормы доказательственного права, которые адаптируются к конкретным жизненным ситуациям (например, Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г. N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации" <2>, от 20 апреля 2006 г. N 8 "О применении судами законодательства при рассмотрении дел об усыновлении (удочерении) детей" <3>). Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 26 декабря 2017 г. N 58 "О применении судами законодательства об обязательном страховании гражданской ответственности владельцев транспортных средств" к числу необходимых доказательств отнесло страховой полис, указав, что он является доказательством, подтверждающим заключение договора обязательного страхования гражданской ответственности владельца транспортного средства, пока не доказано иное. При возникновении спора о наличии договора обязательного страхования, заключенного в виде электронного документа, судам следует наряду с другими доказательствами по делу принимать во внимание сведения, предоставленные профессиональным объединением страховщиков, о факте заключения предоставленного договора обязательного страхования в виде электронного документа, а также условия такого договора (п. 7.2 ст. 15, п. 3 ст. 30 Федерального закона от 25 апреля 2002 г. N 40-ФЗ "Об обязательном страховании гражданской ответственности владельцев транспортных средств"). Сообщение профессионального объединения страховщиков об отсутствии в автоматизированной информационной системе обязательного страхования данных о страховом полисе само по себе не является безусловным доказательством неисполнения обязанности по заключению договора страхования и должно оцениваться наряду с другими доказательствами (ст. 67 ГПК РФ, ст. 71 АПК РФ) <4>.

<1> См.: Плюхина М.А., Решетникова И.В. Доказывание в судебной практике по гражданским делам. Екатеринбург, 1997. С. 18.

<2> Бюллетень Верховного Суда РФ. 2004. N 6.

<3> Там же. 2006. N 6.

<4> СПС "КонсультантПлюс".

Рассматривая постановления пленумов высших судебных органов в контексте вспомогательных источников права, следует отметить неоднородность их содержания <1>. Достаточно часто они повторяют содержание правовых норм. Так, п. 6 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 20 января 2003 г. N 2 "О некоторых вопросах, возникших в связи с принятием и введением в действие Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации" <2> воспроизводит содержание ч. 4 ст. 22 ГПК РФ. В Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 27 сентября 2016 г. N 36 "О некоторых вопросах применения судами Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации" <3> Суд, сославшись на ч. 2 ст. 61 и ст. 154 КАС РФ, указал, что ходатайство об исключении доказательства из административного дела ввиду его недопустимости разрешается судом после заслушивания мнения лиц, участвующих в деле, их представителей путем вынесения определения, в том числе протокольного <4>. В Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 27 декабря 2016 г. N 64 "О некоторых вопросах, возникающих при рассмотрении судами дел, связанных с приостановлением деятельности или ликвидацией некоммерческих организаций, а также запретом деятельности общественных или религиозных объединений, не являющихся юридическими лицами" Суд со ссылкой на ст. ст. 102, 135, 16 КАС РФ указал, что обязанность по доказыванию исполнения определения суда о размещении извещения

на сайте уполномоченного органа возлагается на данный орган, который должен предоставить сведения о размещении указанной информации <5>. Аналогичных примеров можно привести немало. Такие положения включают в себя необходимые логические выводы, раскрывающие содержание закона, и являются образцом для правильного применения закона. Но они не могут рассматриваться в качестве источника права, поскольку не содержат принципиально новых положений.

<1> А.Т. Боннер по содержанию выделяет пять групп постановлений высших судебных органов: 1) постановления, которые ограничиваются цитированием нормативных актов или отсылкой к ним; 2) постановления, содержащие рекомендации соответствующим судам; 3) постановления, в которых дается толкование действующего законодательства; 4) постановления, в которых преодолеваются пробелы в действующем законодательстве на основе аналогии закона или права; 5) постановления, содержащие положения, которых не было в действующем законодательстве (см.: Боннер А.Т. Судебный прецедент в российской правовой системе. С. 157).

<2> Бюллетень Верховного Суда РФ. 2003. N 3.

<3> Бюллетень Верховного Суда РФ. 2016. N 11.

<4> Бюллетень Верховного Суда РФ. 2016. N 11.

<5> Бюллетень Верховного Суда РФ. 2017. N 2.

Собственно, к результатам судебного правотворчества можно отнести правовые позиции, которые разрабатываются в ходе так называемого восполняющего толкования. Общепринятым является отнесение правовых позиций к итогам, результатам судебной деятельности. Процесс толкования содержит в себе правотворческие элементы, поскольку суд, исходя из общих правовых представлений, юридических закономерностей, раскрывает смысл и детализирует положения закона, устраняет правовую неопределенность. В ходе конкретизации правовых норм Пленум Верховного Суда РФ создает в рамках и на основе закона правоположения, которые являются результатом обобщения судебной практики по определенной категории дел. Эта особенность судебной практики была давно отмечена в юридической литературе <1>. В качестве примера нормы, разработанной в ходе восполняющего толкования, можно указать на п. 2 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 9 июля 2003 г. N 11 "О практике рассмотрения арбитражными судами заявлений о принятии обеспечительных мер, связанных с запретом проводить общие собрания акционеров" <2>. В п. 3 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27 декабря 2016 г. N 62 "О некоторых вопросах применения судами положений Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации и Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации о приказном производстве" дано определение понятия бесспорных требований, т.е. требований, подтвержденных письменными доказательствами, достоверность которых не вызывает сомнений, а также признаваемых должником <3>.

<1> См.: Братусь С.Н., Венгеров А.Б. Понятие, содержание и формы судебной практики // Судебная практика в советской правовой системе. М., 1975. С. 25.

<2> Вестник ВАС РФ. 2003. N 9.

<3> Бюллетень Верховного Суда РФ. 2017. N 2.

Можно привести немало примеров, когда правовые позиции, выработанные судебной практикой в ходе толкования и разъяснения законов, воспринимались законодателем и становились юридическими нормами. Именно судебная практика сделала шаг навстречу усиливающейся потребности в расширении системы средств доказывания. В Постановлении Пленума Верховного Суда СССР от 1 декабря 1983 г. N 10 "О применении процессуального законодательства при рассмотрении гражданских дел в суде первой инстанции" указывалось, что в случае необходимости судом могут с учетом мнения лиц, участвующих в деле, исследоваться предоставленные звуко- и видеозаписи (п. 9). Это было обусловлено объективными причинами: все более распространенным становилось использование магнитофонов, видеокамер как на профессиональном уровне, так и в бытовых целях. АПК РФ и ГПК РФ ввели аудио- и видеозапись в

систему средств доказывания по гражданским делам.

Правовые позиции, установленные в разъяснениях Пленума Верховного Суда РФ, регулируют общественные отношения безотносительно к тому, получили они закрепление в законе или сохранили прежнюю юридическую форму. В последнем случае следует учитывать, что правовые позиции, выработанные судебной практикой, не могут применяться самостоятельно, вне связи с правовыми нормами, что дает основание отнести их ко вторичным источникам гражданского процессуального права, арбитражного процессуального права и административного процессуального права.

ГПК РФ, АПК РФ и КАС РФ подчеркнули значимость судебной практики для правоприменительного процесса. Обеспечение единства судебной практики стало одной из целевых установок надзорного производства. Единство судебной практики может быть достигнуто в том случае, если толкование норм права, даваемое высшими судебными органами, будет носить императивный характер. При этом такой характер может быть придан только постановлениям Пленума. Иные разъяснения Верховного Суда РФ, обобщения практики, проводимые судами, обязательной силы не имеют, а носят лишь рекомендательный характер.

В рассматриваемом аспекте перспективна практика Европейского суда по правам человека (далее также - Европейский суд). Собственно, значение для отечественного правопорядка имеют не столько правовые нормы, регулирующие порядок судопроизводства, закрепленные в Конвенции (они уже воплощены в новом процессуальном законодательстве), сколько опыт реализации положений Конвенции в практике Европейского суда <1>.

<1> Решение Европейского суда не является по своей природе международно-правовой нормой. Подробнее об этом см.: Туманов В.А. Европейский суд по правам человека. Очерк организации и деятельности. М., 2001. С. 89 - 105; Зимненко Б.Л. Нормы международного права в судебной практике Российской Федерации. М., 2003. С. 72; Канашевский В.А. Международные нормы и гражданское законодательство России. М., 2004. С. 254 - 257.

Место и значимость решений международных судебных органов в системе источников российского права обусловлены следующими обстоятельствами: статусом и положением международного судебного права; степенью обязательности для России; содержанием и основной направленностью принятого решения; актуальностью и значимостью для российской юридической практики и правовой системы в целом <1>.

<1> См.: Самостоятельность и независимость судебной власти / Под ред. В.В. Ершова. М., 2006. С. 164 - 165.

Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод 1950 г. вступила в силу в отношении Российской Федерации 5 мая 1998 г. Как указано в Федеральном законе от 30 марта 1998 г. N 54-ФЗ "О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней", "Российская Федерация в соответствии со статьей 46 Конвенции признает **ipso facto** и без специального соглашения юрисдикцию Европейского суда по правам человека обязательной по вопросам толкования и применения Конвенции и Протоколов к ней в случаях предполагаемого нарушения Российской Федерацией положений этих договорных актов, когда предполагаемое нарушение имело место после их вступления в действие в отношении Российской Федерации" <1>.

<1> СЗ РФ. 1998. N 14. Ст. 1514.

Если Конвенция и Протоколы к ней в силу ст. 15 Конституции РФ являются составной частью правовой системы России, то вопрос о правовой природе решений Европейского суда остается открытым. В одних случаях они рассматриваются как составная часть внутреннего права <1>, в других - как прецедент толкования <2>, в третьих - отрицается возможность включения актов Европейского суда в круг

источников российского права <3>. Не раскрывая всех аспектов дискуссии по вопросу о юридической природе актов Европейского суда (поскольку данная проблема не входит в предмет настоящего исследования), отметим: в широком смысле все прецедентные постановления Европейского суда можно отнести к источникам национального права. Г.А. Жилин справедливо отметил, что исходя из естественно-правовой природы прав и свобод человека общепризнанные стандарты осуществления правосудия должны воплощаться в правилах судопроизводства вне зависимости от того, нашли они закрепление в нормах позитивного права или нет <4>.

КонсультантПлюс: примечание.

Монография М.Н. Марченко "Судебное правотворчество и судебное право" включена в информационный банк согласно публикации - Проспект, 2011.

<1> См.: Вильдхабер Л. Прецедент в Европейском суде по правам человека // Государство и право. 2001. N 12. С. 6; Сальвиа М. Де. Европейская конвенция по правам человека. СПб., 2004. С. 86; Марченко М.Н. Судебное правотворчество и судебное право. С. 493; Лазарев В.В., Мурашова Е.Н. Место решений Европейского суда по правам человека в национальной правовой системе // Журнал российского права. 2007. N 9. С. 124; Абдрашитова В.В. Теоретико-правовые основы исполнения решений Европейского суда по правам человека: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008. С. 5 - 20; Афанасьев С.Ф. О юридической природе постановлений Европейского суда по правам человека и их правовом значении для российского цивилистического процесса // Концепция развития судебной системы, системы добровольного и принудительного исполнения решений Конституционного Суда РФ, судов общей юрисдикции, арбитражных, третейских судов и Европейского суда по правам человека. Краснодар; СПб., 2007. С. 254 - 263; Он же. Конвенция о защите прав человека и основных свобод и российское гражданское судопроизводство. М., 2008. С. 163 - 164.

КонсультантПлюс: примечание.

Учебник "Международное право и правовая система Российской Федерации. Общая часть: Курс лекций" (Зимненко Б.Л.) включен в информационный банк отдельным материалом - Статут, РАП, 2010.

<2> См.: Зимненко Б.Л. Международное право и правовая система Российской Федерации. М., 2006. С. 308 - 309; Ершов В.В. Правовые позиции Европейского суда по правам человека // Российское правосудие. 2007. N 1. С. 31; Пацация М.Ш. Европейский суд по правам человека и пересмотр судебных актов по арбитражным делам // Законодательство и экономика. 2006. N 3.

<3> См.: Абашидзе А.Х., Алиевич Е.С. Право Совета Европы. Конвенция о защите прав человека и основных свобод. М., 2007. С. 167 - 174; Травников М.А. Будущее Европейского суда по правам человека: тупик или смена концепции // Журнал российского права. 2002. N 6. С. 73.

<4> См.: Жилин Г.А. Решения Европейского суда по правам человека в системе источников гражданского и арбитражного процессуального права // Журнал конституционного правосудия. 2009. N 1.

Обязательной силой для России обладают акты применения права, вынесенные в отношении России по конкретному делу (п. 2 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27 июня 2013 г. N 21 "О применении судами общей юрисдикции Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 года и протоколов к ней") <1>.

<1> Бюллетень Верховного Суда РФ. 2013. N 8.

Нельзя отрицать значимость для отечественного судопроизводства прецедентной практики Европейского суда, сформированной без участия России. При разрешении споров по жалобам против Российской Федерации Европейский суд опирается на выводы и правовые позиции, сформированные им до ноября 1998 г. Это вызывает необходимость безусловного учета всей практики Европейского суда, включающей акты применения и толкования конвенциональных норм <1>. Российское государство,

подписавшее Конвенцию, признает взятые на себя ограничения и подчиняется правам человека, принципам правового государства и демократии. Следовательно, права и свободы, закрепленные Конвенцией, поскольку она является международным договором, и решения Европейского суда в той степени, в какой они выражают общепризнанные принципы и нормы международного права, являются составной частью российской правовой системы <2>.

КонсультантПлюс: примечание.

Монография М.Н. Марченко "Судебное правотворчество и судебское право" включена в информационный банк согласно публикации - Проспект, 2011.

<1> О соотношении актов применения и толкования см.: Марченко М.Н. Судебное правотворчество и судебское право. С. 492.

<2> См.: Зорькин В.Д. Конституционный Суд России в европейском правовом поле // Журнал российского права. 2005. N 3. С. 4.

Прецеденты Европейского суда становятся основой при решении аналогичных категорий дел, обеспечивают единообразие судебной практики Европейского суда и судов других государств, в том числе Российской Федерации. Пленум Верховного Суда РФ в п. 2 Постановления от 27 июня 2013 г. N 21 указал: "С целью эффективной защиты прав и свобод человека судами учитываются правовые позиции Европейского Суда, изложенные в ставших окончательными постановлениях, которые приняты в отношении других государств - участников Конвенции. При этом правовая позиция учитывается судом, если обстоятельства рассматриваемого им дела аналогичны обстоятельствам, ставшим предметом анализа и выводов Европейского Суда". Верховный Суд РФ обратил внимание судов на то, что законодательство Российской Федерации может предусматривать более высокий уровень защиты прав и свобод человека в сравнении со стандартами, гарантируемыми Конвенцией и Протоколами к ней в толковании Суда. В таких случаях суды, руководствуясь ст. 53 Конвенции, должны применять положения, содержащиеся в законодательстве Российской Федерации (п. 3) <1>.

<1> Бюллетень Верховного Суда РФ. 2013. N 8.

Сделав предварительные замечания, обратимся к прецедентной практике Европейского суда по вопросам доказывания и доказательств. Определяющим мотивом ряда решений Европейского суда является детерминация доказывания действием принципов состязательности и равноправия сторон. Суд сформулировал правовую позицию, в соответствии с которой в отношении споров о гражданских правах и обязанностях действует требование состязательности и равенства сторон. Это равенство предполагает, что каждая сторона должна иметь разумную возможность представить дело, включая доказательства, в условиях, в которых ни одна из сторон не имеет явного преимущества (решения от 27 декабря 1993 г. по делу "Домбо Бехер против Нидерландов" <1>, от 9 декабря 1994 г. по делу "Греческие нефтеперерабатывающие заводы "Стрэн" и "Стратис Андреадис" против Греции" <2>, от 23 октября 1996 г. по делу "Анкерл против Швейцарии" <3>, от 24 февраля 1997 г. по делу "Де Хаэс и Гийселс против Бельгии" <4>, от 1 июля 2003 г. по делу "Суоменен против Финляндии" <5>). Право на состязательное судебное разбирательство предполагает возможность лиц, участвующих в деле, ознакомиться с каждым доказательством или замечанием, представленным на рассмотрение суда любым лицом, даже независимым судьей, с целью повлиять на решение суда и оспорить его (Постановление ЕСПЧ от 31 мая 2016 г. по делу "Ольга Назаренко (**Olga Nazarenko**) против Российской Федерации" (жалоба N 3189/07)) <6>.

<1> Сервер Европейского суда по правам человека: <http://www.echr.coe.int>.

<2> Европейский суд по правам человека: Избранные решения. М., 2000. Т. 2. С. 59 - 68.

<3> Там же.

<4> Там же. С. 391 - 402.

<5> Сервер Европейского суда по правам человека: <http://www.echr.coe.int>.

<6> Там же.

В условиях состязательного гражданского судопроизводства остается актуальным вопрос о распределении бремени доказывания. Особый интерес вызывает решение этого вопроса относительно дел, возникающих из публичных правоотношений. По ряду дел Европейским судом была выработана правовая позиция, в соответствии с которой правительства, утверждающие о том, что заявителями не были исчерпаны все национальные правовые средства, должны доказать Суду, что эти средства были эффективны и доступны как теоретически, так и практически и позволяли заявителю обратиться с жалобами. После этого бремя доказывания переходит на заявителя: он должен доказать, что те средства, о которых говорит правительство, были действительно полностью им использованы или они в силу определенных обстоятельств конкретного дела явились неадекватными и неэффективными, а также что существуют особые обстоятельства, которые освобождают заявителя от этой обязанности. К числу таких обстоятельств относится полная пассивность национальных властей в случаях, когда должностные лица совершают ошибку или незаконные действия. В этих обстоятельствах бремя доказывания вновь переходит на государство (ответчика), которое обязано показать, что конкретно им было сделано (решения Европейского суда по правам человека от 11 января 1961 г. по делу "Австрия против Италии", от 5 апреля 1973 г. по делу "Донелли и другие против Соединенного Королевства", от 16 сентября 1996 г. по делу "Акдивар и другие против Турции" <1>). Кроме того, Европейский суд сформировал последовательный подход в отношении доказывания морального вреда. В соответствии с его позицией на заявителя не может быть возложена обязанность доказывания морального вреда, который он или она претерпели (см. в числе многих примеров Постановление Европейского суда от 15 октября 2009 г. по делу "Антипенков против Российской Федерации" (**Antipenkov v. Russia**), жалоба N 33470/03, § 82; от 14 февраля 2008 г. по делу "Пшеничный против Российской Федерации" (**Pshenichnyy v. Russia**), жалоба N 30422/03, § 35; от 7 июня 2007 г. по делу "Гарабаев против Российской Федерации" (**Garabayev v. Russia**), жалоба N 38411/02, § 113, ECHR 2007-VII (извлечения); от 1 июня 2006 г. по делу "Гридин против Российской Федерации" (**Gridin v. Russia**), жалоба N 4171/04, § 20; от 14 июня 2011 г. по делу "Денисова и Моисеева против Российской Федерации" (**Denisova and Moiseyeva v. Russia**), жалоба N 16903/03, § 15 <2>).

<1> Европейский суд по правам человека: Избранные решения. Т. 2. С. 216 - 247.

<2> Сервер Европейского суда по правам человека: <http://www.echr.coe.int>.

В качестве неотъемлемого условия состязательного судопроизводства Европейский суд отмечает, что стороны в уголовном и гражданском процессах вправе знакомиться со всеми доказательствами или замечаниями, приобщенными к делу, комментировать их (решение от 20 февраля 1996 г. по делу "Вермюлен против Бельгии" <1>). Принцип состязательности не требует, чтобы сторона по гражданскому делу представляла своему оппоненту документы, которые не были представлены суду (Постановление Европейского суда от 24 апреля 2003 г. по делу "Ивон против Франции" <2>).

<1> Европейский суд по правам человека: Избранные решения. Т. 2. С. 174 - 181.

<2> Сервер Европейского суда по правам человека: <http://www.echr.coe.int>.

Актуальной для отечественного судопроизводства является правовая позиция Европейского суда относительно мотивированности решения суда о допуске доказательств. Суд отмечает, что хотя национальный суд имеет определенную свободу при выборе аргументов по конкретному делу и допуске доказательств, представленных сторонами в обоснование своих требований и возражений, он обязан обосновать принятое решение (Постановление Европейского суда от 1 июля 2003 г. по делу "Суоменен

против Финляндии") <1>.

<1> Там же.

Вопросы доказывания и доказательств рассматриваются Европейским судом с точки зрения права гражданина на справедливое судебное разбирательство. Поэтому правовые позиции касаются в большинстве случаев общих вопросов доказывания и достаточно ограничены. В решении от 23 апреля 1997 г. по делу "Ван Мехелен против Нидерландов" была заявлена позиция Европейского суда, в соответствии с которой вопросы о допустимости доказательств и их оценке были отнесены к компетенции национального суда <1>. в Постановлении от 12 июня 2003 г. по делу "Ван Кук против Германии" <2> и решении от 18 марта 1997 г. по делу "Мантованелли против Франции" <3> было отмечено, что оценка доказательств, а также определение относимости доказательств, представленных стороной, относятся к компетенции национальных судов. Задача Европейского суда заключается в том, чтобы удостовериться, было ли судебное разбирательство в целом справедливым, включая и то, как были получены доказательства. В ходе судебного разбирательства Европейский суд не ограничен какими-либо процедурными барьерами по допустимости доказательств либо правилами их оценки. Он делает такие заключения, которые основаны на свободной оценке всех имеющихся доказательств, в том числе выводы, вытекающие из фактов и показаний сторон. В соответствии с прецедентным правом Европейского суда доказывание осуществляется на основе достаточно веских, четких и согласующихся выводов либо неопровергнутых предположений в отношении факта. Кроме того, уровень убежденности, необходимый для достижения конкретного заключения, и в этой связи распределение бремени доказывания являются неразрывно связанными со спецификой фактов, характером сделанных утверждений и нарушенным правом, гарантированным Конвенцией (Постановление Большой палаты Европейского суда от 6 июля 2005 г. по делу "Начова и другие против Болгарии", жалобы N 43577/98 и 43579/98 <4>; Постановление Европейского суда от 13 декабря 2005 г. по делу "Тимишев против Российской Федерации", жалобы N 55762/0 и 5597/00 <5>).

<1> Европейский суд по правам человека: Избранные решения. Т. 2. С. 440 - 454.

<2> Сервер Европейского суда по правам человека: <http://www.echr.coe.int>.

<3> Там же.

<4> Сервер Европейского суда по правам человека: <http://www.echr.coe.int>.

<5> Бюллетень Европейского суда по правам человека. Российское издание. 2006. N 8. С. 61 - 74.

В содержание права на справедливое судебное разбирательство Европейский суд помимо прочего включает право на состязательное разбирательство дела, согласно которому стороны должны иметь возможность ознакомиться с любыми доказательствами, необходимыми для поддержания их позиций, а также знать обо всех приведенных доказательствах и доводах и представить свое мнение по ним, поскольку это может повлиять на решение. Сторона судебного разбирательства должна иметь возможность ознакомиться с доказательствами до начала рассмотрения дела в Суде, а также выразить свое мнение об их наличии, содержании и подлинности в надлежащей форме и в надлежащее время, при необходимости заблаговременно в письменном виде (окончательное решение от 14 января 2003 г. по вопросу приемлемости жалобы N 61605/00 по делу "Аркадий Иванович Викторов против Российской Федерации" <1>). Отсутствие у стороны возможности выступления в суде второй или третьей инстанции может быть оправдано особенностями соответствующего разбирательства при условии, что они касаются только вопросов права, но не факта. Суд кассационной инстанции при рассмотрении жалобы проверяет не только законность, но и обоснованность решения суда первой инстанции и может исследовать новые доказательства и устанавливать новые факты (ст. 294 ГПК РФ). Поэтому "возможность для заявителей ответить на объяснения стороны ответчика... приобретает тем более определяющий характер" (Постановление от 7 июня 2007 г. по делу "Ларин и Ларина против России", жалоба N 74286/01 <2>).

<1> Европейский суд по правам человека и Российская Федерация: Постановления и решения, вынесенные до 1 марта 2004 г. С. 164 - 167.

<2> Бюллетень Европейского суда по правам человека. Российское издание. 2007. N 12. С. 135 - 143.

Обращает на себя внимание мнение Верховного Суда РФ, высказанное им в Постановлении Пленума от 19 декабря 2003 г. N 23 "О судебном решении" <1>. В нем указывается, что при вынесении решения суду следует учитывать постановления Конституционного Суда РФ, Пленума Верховного Суда РФ, Европейского суда по правам человека (п. 4), подлежащие применению в данном деле. Представляется, что употребление слова "учитывать" не совсем точно. Выше отмечалось, что постановления Конституционного Суда РФ обязательны для применения всеми судами. Прецеденты Европейского суда являются нормообразующими правилами, основой при решении аналогичных категорий дел и воздействуют на право и практику других государств. Нелогичной представляется позиция в отношении постановлений Пленума Верховного Суда РФ. Суды общей юрисдикции при вынесении судебного решения должны их только учитывать, в то время как для арбитражных судов постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ являлись обязательными (ст. 13 Федерального конституционного закона от 28 апреля 1995 г. N 1-ФКЗ "Об арбитражных судах в Российской Федерации" <2>).

<1> Бюллетень Верховного Суда РФ. 2004. N 2.

<2> СЗ РФ. 1995. N 18. Ст. 1589.

По справедливому замечанию С.К. Загайновой, величайшая ценность судебной практики состоит в том, что "она служит богатейшим источником важной информации для правотворчества, "поставляет" не случайный, а многократно апробированный в самых различных уровнях материал" <1>. Вместе с тем в настоящее время нет правовых оснований полагать, что в российском праве имеется тенденция перехода к системе прецедентного права. Усиление роли судебной практики еще не доказывает, что в России осуществляется переход от системы континентального права к системе общего права. Российская правовая система не отказалась от принципов континентального права. Процесс сближения систем континентального и общего права не безграничен. В рамках континентального права судебная практика приобрела значение вспомогательного источника права, но закон, принципы позитивного права по-прежнему занимают приоритетное положение.

<1> Загайнова С.К. Судебный прецедент: проблемы правоприменения. М., 2002. С. 83.

Глава 3. ПОЗНАНИЕ И ДОКАЗЫВАНИЕ В ГРАЖДАНСКОМ, АРБИТРАЖНОМ ПРОЦЕССАХ И АДМИНИСТРАТИВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ

§ 1. Общая характеристика судебного познания по гражданским и административным делам, экономическим спорам

Знание, получаемое в ходе судебного разбирательства по гражданскому или административному делу, так же как и в других областях человеческой деятельности, является результатом познания. Однако, как подчеркивалось еще в дореволюционной процессуальной литературе, основная проблема состоит в характере данного познания, в его отличительных особенностях с учетом того, что "деятельность суда заключается в такой логической операции: из фактов, утверждаемых сторонами, и из "приличного" закона суд делает вывод о правильности требований истца; к этой работе суд приступает не раньше, чем составит себе убеждение в правдивости утверждений той и другой стороны" <1>.

<1> Яблочков Т.М. Учебник русского гражданского судопроизводства. С. 86.

Советская и российская процессуальная мысль данную проблему также решала и продолжает решать далеко не однозначно <1>. Так, одни авторы полагают, что судебное познание представляет собой звено научного познания, его разновидность, поскольку познавательные процессы, происходящие в суде, полностью соответствуют научным стандартам, резко отличающимся от обыденных <2>.

<1> См.: Фокина М.А. Механизм доказывания по гражданским делам: теоретико-прикладные проблемы. М., 2010. С. 7 - 20.

<2> См.: Ванеева Л.А. Судебное познание в советском гражданском процессе. Владивосток, 1972. С. 43; Козлов А.С. Теоретические вопросы установления истины в гражданском процессе. Иркутск, 1980. С. 45.

Другие считают судебное познание самостоятельным видом познания. По их мнению, оно весьма специфично и занимает промежуточное положение между познанием научным и обыденным. Обосновывается это тем, что обыденное познание эпизодично по своей сути, а потому знания в нем не систематизированы и не могут раскрыть существо закономерностей жизни. Научное же познание - это упорядоченный процесс получения полного и исчерпывающего знания об окружающей нас действительности. Судебное познание преднамеренно, в нем заранее установлен круг фактов, подлежащих исследованию, но оно не претендует на раскрытие всеобщих взаимосвязей, что означает промежуточность судебного познания <1>.

<1> См.: Алексеев С.С. Общая теория права. М., 1982. Т. 1. С. 320 - 321; Иванов О.В. Принцип объективной истины в советском гражданском процессе. М., 1964. С. 26; Явич Л.С. Сущность права. Л., 1985. С. 133; Осипов Ю.К. К вопросу о соотношении судебного познания и судебного доказывания // Сборник ученых трудов. Вып. 7. Свердловск, 1967. С. 211; Ткачев Н.И. Законность и обоснованность судебных постановлений по гражданским делам. Саратов, 1987. С. 46 - 47.

Наиболее верной представляется вторая теоретико-практическая точка зрения по следующим причинам.

Известно, что в основе судебного познания лежит тезис диалектического материализма о принципиальной возможности получения субъектом (индивидом, группой людей) истинного знания о разнообразных явлениях реальности благодаря процессам отражения. Восприятие судей, как и восприятие любого человека, суть сложный биологический механизм воспроизведения действительности, где всякий отражаемый сигнал, претерпевая в нервной системе ряд перекодирований, дает верное представление о параметрах отражаемого объекта <1>. Но функция восприятия здесь не есть просто созерцание посредством органов чувств, это результат познавательных и мыслительных способностей субъекта, связанный с физиологическим состоянием сигнальной системы организма. Более глубокое знание о правовой коллизии формируется преимущественно с помощью мыслительных операций, приводящих к анализу и синтезу понятий, суждений и умозаключений.

<1> См.: Анохин П.К. Избранные труды. Философские аспекты теории функциональной системы. М., 1978. С. 345 - 346.

Причем необходимо обратить внимание на то, что мышление бывает наглядно-действенным (имеет место непосредственный контакт субъекта познания с познаваемым объектом, а решение познавательных задач идет при непосредственном наблюдении двигательного акта), наглядно-образным (имеет место непосредственный контакт субъекта познания с познаваемым объектом, но воссоздается многообразие качественных характеристик объекта, одновременно закрепляется его образ), а также словесно-логическим (непосредственного контакта нет, но гносеологический образ создается за счет знаковых или словесных логических форм) <1>. В судебном познании все названные виды мышления сосуществуют и используются судьей в совокупности, так как сложная деятельность предполагает

сложную схему движения к более или менее объективному знанию.

<1> См.: Алексеев П.В., Панин А.В. Теория познания и диалектика. М., 1991. С. 149 - 168.

Отсюда можно утверждать, что **достижение объективного знания в сфере судебного функционирования принципиально возможно**. В судебном познании, как и в любой сфере общественных познавательных отношений, присутствует субъект, правильно отражающий объект; действия субъекта направлены строго на достижение знаний, для чего используются определенные средства и способы; получаемые сведения систематизируются, что говорит об отличии этого типа познания от познания обыденного.

Однако данные выводы не дают права заявить о научности познавательной судебной деятельности. Познание в суде не согласуется с чертами научного познания <1>, оно имеет сугубо утилитарную, практическую направленность и обусловлено узостью поставленных перед ним целей и задач (ст. 2 ГПК РФ, ст. 2 АПК РФ, ст. 3 КАС РФ). Именно поэтому деятельность суда как властного государственного органа построена таким образом, чтобы обеспечить минимальный объем знаний, необходимых для своевременного и правильного разрешения правового конфликта (т.е. законного, обоснованного и справедливого <2>), и не более <3>. Законодатель четко предусмотрел **временные** рамки познавательных действий, которые осуществляются судом общей или арбитражной юрисдикции поэтапно.

<1> См.: Решетникова И.В. Доказательственное право в гражданском судопроизводстве. С. 65 - 70.

<2> См.: Финнис Д. Естественное право и естественные права. М., 2012. С. 205 - 209.

<3> См.: Авдеенко Н.И. Механизм и пределы регулирующего воздействия гражданско-процессуального права. Л., 1969. С. 49.

По общему правилу судебное познание не может быть реализовано без волеизъявления или согласия на это заинтересованных лиц и проходит при соблюдении единой процессуальной формы <1>, в условиях действия процессуальных фикций и презумпций, а также системы принципов (в том числе первоначал диспозитивности, состязательности <2>, равноправия сторон при активной роли суда). Объектом исследования являются правоотношения, права и обязанности сторон, знания о которых постигаются посредством изучения юридически значимых фактов, т.е. познание в суде фактологично по своей сути, что сужает объем познаваемого. Для связи структуры "субъект - объект" используются весьма специфичные способы, средства и источники получения информации. Более того, субъектом познания может быть не только суд первой инстанции. Вышестоящие инстанции также осуществляют рестриктивные познавательные действия при пересмотре постановленных актов <3>. И наконец, особую организацию подчеркивает цель, являющаяся соединительным доминантным звеном между описанными элементами.

<1> См.: Рассахатская Н.А. Гражданская процессуальная форма: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1995. С. 6 - 7.

<2> См.: Треушников М.К. Судебные доказательства. М., 1997. С. 6.

<3> См.: Зайцев И.М. Теоретические вопросы устранения судебных ошибок в гражданском процессе: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Саратов, 1987. С. 16 - 17.

Деятельность суда никак не соотносится с решением фундаментальных проблем и выявлением всеобщих взаимосвязей бытия. Она не состоит в интуитивном или эмпирическом раскрытии каких-либо природных, социальных, философских закономерностей, влияющих на ход познавательного классического либо неклассического научного рационального процесса. Напротив, ее направленность предопределена материальным и процессуальным законом, а итоговое знание, получаемое судом, уже в

большинстве своем известно лицам, участвующим в деле, которые лишь излагают имеющиеся в их распоряжении сведения о фактах, обосновывая тем самым свои требования или возражения. Следовательно, **судебное познание - это специальное (юридическое) познание, занимающее промежуточное место между познанием обыденным и научным.** Следует согласиться с С.Ш. Болтуевым, который конкретизирует специальное судебное познавательное отношение, относя его к присущим только ему набором признаков к профессиональному <1>.

<1> См.: Болтуев С.Ш. Проблема доказывания в гражданском судопроизводстве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Томск, 1985. С. 8 - 9.

Итак, судебное познание - это категория, отображающая реальные процессы, происходящие при рассмотрении и разрешении конкретного гражданского или административного дела. С этим соглашаются почти все ученые-процессуалисты. Но познание трактуется ими по-разному: и как синоним судебного доказывания, и как самостоятельная процессуальная категория.

Одни авторы рассматривают познавательную деятельность в виде доказывания, которое представляет собой опосредованный процесс получения истинного знания об искомых фактах, реализуемый с помощью суда и лиц, участвующих в деле, с использованием предусмотренных законом средств <1>.

<1> См.: Юдельсон К.С. Проблема доказывания в советском гражданском процессе. С. 33; Гуреев П.П. Судебное разбирательство гражданских дел. М., 1958. С. 122; Силагадзе М.Д. Доказывание в советском юридическом процессе, его предмет и пределы: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 1986. С. 8 - 9; Фаткуллин Ф.Н. Общие проблемы процессуального доказывания. Казань, 1973. С. 16; Решетникова И.В. Доказательственное право в гражданском процессе. С. 24 - 25.

Иные правоведы полагают, что суть судебного познания и доказывания различна. Доказывание интерпретируется ими как деятельность сторон и иных участников процесса, назначение которой состоит в обосновании истинности предъявленных требований или возражений; познание же рассматривается только как судебная деятельность, допускающая непосредственную форму восприятия, цель которой установление действительно существующего правового отношения <1>.

<1> См.: Ванеева Л.А. Указ. соч. С. 43; Чистякова О.П. Проблема активности суда в гражданском процессе: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1997. С. 22.

Придерживаясь первой точки зрения, Ю.К. Осипов высказал мысль о том, что доказывание можно толковать только как вид опосредованного судебного познания. Последнее кроме опосредованного включает в себя и непосредственное познание <1>.

<1> См.: Осипов Ю.К. К вопросу о соотношении судебного познания и судебного доказывания. С. 228.

Представляется, что проблема соотношения судебного познания и судебного доказывания должна решаться в свете их исконной гетерогенности, а также модернизации конституционного принципа состязательности. В настоящее время одно из основных назначений этого принципа состоит в том, чтобы эффективно регулировать перераспределение процессуальных функций между судом и сторонами, как это имеет место в большинстве стран с состязательной моделью правосудия <1>. Очевидно, что в соответствии с законом главная процессуальная функция истца и ответчика выражается в их доказательственной деятельности в противовес функции суда - познать действительные права и обязанности сторон, возникшее между ними спорное или бесспорное материальное правоотношение. **Вряд ли поэтому целесообразно отрицать необходимость разграничения судебного познания и**

судебного доказывания, тем самым признавая их гомогенность.

<1> См.: Клейменов А.Я. Состязательность в гражданском судопроизводстве США. М., 2012. С. 18 - 19; Ярков В.В. Юридические факты в цивилистическом процессе. М.; Берлин, 2012. С. 348 - 349.

В связи с этим представляется небезынтересным анализ причин отождествления исследуемых категорий, проведенный Л.А. Ванеевой. По мнению автора, они заключаются в том, что, во-первых, в качестве предмета судебного познания рассматриваются только юридические факты, относящиеся к предмету доказывания, чем обуславливается тезис об опосредованном характере судебного познания. Во-вторых, некоторые процессуалисты смешивают понятие доказывания в процессуальном смысле и понятие доказывания в логическом смысле, а потому суд определяется как субъект доказывания, а прочие участники процесса - как субъекты судебного познания. Критикуя эти положения, Л.А. Ванеева справедливо отмечает, что в целом судебное познание по сути своей опосредованное, но осуществляется оно не только через исследование доказательств, ведь предмет судебного познания - спорное правоотношение <1>.

<1> См.: Ванеева Л.А. Указ. соч. С. 38.

При этом толкование нормы права применительно к взаимоотношениям сторон, ведущее к выводу о правовом характере изучаемого отношения, невозможно назвать доказыванием. Непосредственное восприятие судом отдельных фактов также не доказывание, а часть познавательной судебной деятельности. Что касается смешения доказывания в процессуальном и логическом смыслах, то здесь действительно усматривается тесная связь. Однако это не должно вызывать подмену понятий, поскольку подобное уводит в сторону от выяснения подлинного значения доказывания в цивилистическом процессе и его связи с судебным познанием. Законы логики воздействуют на процессуальное законодательство так, чтобы деятельность участников гражданского процесса способствовала установлению истины в суде, но обязанность по ее установлению возложена лишь на суд <1>.

<1> См.: Там же. С. 38 - 43.

В контексте сказанного выше обратимся к **основным элементам судебного познания**.

Первым и наиболее важным элементом судебного познания является его предмет. Единого представления о предмете познания в цивилистическом процессе нет, так же как не существует и единого подхода к определению системы судебного познавательного отношения. Так, С.В. Курылев, отрицая объективное существование правового отношения, под предметом познания понимал имеющие значение для дела фактические обстоятельства <1>. Подобной точки зрения придерживался и М.Г. Авдюков. Однако, по его мнению, факты, познаваемые судом, не обладают юридическим качеством, так как познавательные средства идеологического и чувственного миров отличны <2>.

<1> См.: Курылев С.В. Установление истины в советском правосудии: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1967. С. 9.

<2> См.: Авдюков М.Г. Принцип законности в гражданском судопроизводстве. С. 87.

Суть иной точки зрения в том, что предметом истинных знаний является правоотношение <1>. О.В. Иванов полагал, что представления человека об окружающем его мире касаются не только материальных объектов, но и закономерностей человеческого мышления, поэтому складывающиеся между людьми правовые отношения могут быть предметом познания в суде. Сложность же заключается в том, что правоотношение не имеет предметного воплощения, в связи с чем судебное познание носит опосредованный характер <2>.

<1> См.: Козлов А.С. Теоретические вопросы установления истины в гражданском процессе. С. 52; Гурвич М.А. Судебное решение. Теоретические проблемы. С. 47 - 50.

<2> См.: Иванов О.В. Вопросы теории и истории государства и права. Иркутск, 1971. С. 16; Гагарин В.В. К вопросу о реальности правоотношений как объектов деятельности суда // Актуальные проблемы теории юридических доказательств. Иркутск, 1984. С. 144 - 145.

Вместе с тем не совсем ясно, способен ли суд общей или арбитражной юрисдикции получить истинное знание о состоянии правового отношения истца и ответчика, или орган правосудия познает лишь факты, отдельные права и обязанности, фактический состав дела.

Как отмечалось, процесс восприятия у человека достаточно сложный. Воздействие внешней окружающей среды на человеческие органы чувств, последующие мыслительные операции ведут к появлению знания в идеальной субъективной форме, которое преобразовывается в суждения и понятия. Как известно, всякое понятие не возникает из ничего, напротив, субъективное понятие отражает и характеризует определенный предмет объективного мира. Стало быть, умозаключения суда по поводу правового отношения сторон не могут существовать без того, чтобы данное правоотношение не имело места в действительности. Если признать, что правоотношение есть только идеальное образование, то логично предположить и то, что информация, значимая для суда, не есть часть материального мира. Между тем в общей теории права давно обосновывается положение, свидетельствующее о том, что право действительно принадлежит к надстроечным, идеологическим явлениям. Но одновременно указывается на то, что такой подход ведет к толкованию права как "чисто" субъективного, поэтому важно выделять в самом праве его субъективные и объективные аспекты <1>. По мнению С.С. Алексеева, объективное в праве представляет собой то, что в его содержании обусловлено экономическим базисом, потребностями общественного развития. Кроме того, по отношению к индивидуальному сознанию право также выступает как объективная специфическая реальность, получающая определенную независимость от сознания <2>.

<1> См.: Витрук Н.В. К вопросу об объективном и субъективном в праве и о понятиях "объективное право" и "субъективное право" // Труды Томского университета. Т. 18. Сер. юридическая. Томск, 1966. С. 3.

<2> См.: Алексеев С.С. Объективное в праве // Правоведение. 1971. N 1. С. 113.

Другим вопросом является то, что, будучи объективной специфической реальностью, право не имеет явных форм обнаружения, его проявления невозможно физически осязать или, как выразился С.С. Алексеев, "невозможно "увидеть" правоотношения, "подержать в руках" гипотезу юридической нормы" <1>. Однако это не означает, что право (правовое отношение) не объективно и не может быть воспринято, ведь его познание идет посредством логического мышления, применяемого к юридическим фактам и действию правовой нормы, которая регулирует взаимоотношение истца и ответчика.

<1> См.: Там же. С. 115.

Итак, благодаря тому, что правовое отношение существует как объективная специфическая реальность, которая независима от субъекта познания, истинное знание о нем возможно. Иными словами, функция суда состоит в том, чтобы в ходе разрешения гражданского или административного дела правильно познать суть фактических обстоятельств и на основе этого установить и защитить субъективные права, существовавшие до судебного разбирательства, либо отказать в их защите за отсутствием таковых <1>. То, что правовые отношения, субъективные права и обязанности объективны и не обусловлены исключительно нормой права, подтверждает и судебная практика. В частности, в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 г. N 25 "О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации" <2> указывается, что субъективные права и обязанности возникают из оснований, предусмотренных законом и иными правовыми актами, а также из конклюдентных действий лиц (ст. 158 ГК РФ). Это позволяет отвергнуть

положение о том, что правоотношение есть только идеальная идеологическая оболочка, которая не может быть предметом судебного познания.

<1> См.: Треушников М.К., Чешка З. Основные принципы гражданского процесса. М., 1991. С. 39.

<2> Бюллетень Верховного Суда РФ. 2015. N 8.

Высказанное предположение необходимо конкретизировать, так как судебному рассмотрению подлежат правовые отношения различных отраслей права. Так, суду подведомственны дела по спорам, возникающим из гражданских, семейных, трудовых, административных или иных публичных правоотношений, а равно связанные с осуществлением судебного контроля за законностью и обоснованностью реализации государственных или иных публичных полномочий и других правоотношений (ст. 22 ГПК РФ, ст. 27 АПК РФ, ст. 17 КАС РФ). Причем законодатель подчеркнул один немаловажный момент, а именно наличие спора, который в целом свойствен исковому виду судопроизводства <1>. Вследствие этого нужно отметить, что в рамках судебного познания внимание акцентируется не просто на реально существующих правовых отношениях, а на спорных правовых отношениях, т.е. на тех, в которых присутствуют помехи осуществлению права, устраняемые, согласно закону, через суд <2>.

<1> См.: Вкут М.А. О видах судопроизводства по гражданским делам // Вестник Саратовской государственной академии права. 1996. N 1. С. 38 - 39.

<2> См.: Гурвич М.А. Лекции по советскому гражданскому процессу. М., 1950. С. 160.

Наряду с этим может показаться, что дела особого производства, затрагивающие установление фактов, имеющих юридическое значение, о признании гражданина ограниченно дееспособным и недееспособным, о признании гражданина безвестно отсутствующим и об объявлении гражданина умершим и пр., являются исключением из общего правила, поскольку в них нет спора о праве. Это не совсем так, ведь суд создает условия для нормальной реализации гражданами и организациями принадлежащих им прав путем установления юридических фактов. Л.А. Ванеева верно подчеркивает, что предметом судебного познания в делах особого производства будут факты и "потенциальные" спорные правоотношения между заявителем и обязанными лицами, воздействие на которые производится через установление фактов <1>.

<1> См.: Ванеева Л.А. Указ. соч. С. 16.

Второй элемент или черта судебного познания - его поэтапность. Исходя из смысла ст. 330 ГПК РФ, ст. 270 АПК РФ, ст. 310 КАС РФ суд производит свою исследовательскую деятельность поэтапно, в силу чего он должен: правильно определить юридически значимые обстоятельства; установить обстоятельства, имеющие значение для дела, посредством доказывания; логически верно сделать выводы по рассматриваемому делу в соответствии с фактическими обстоятельствами, на основе объективного исследования и свободной оценки доказательств <1>.

<1> См.: Конев В., Зайцев И., Ткачев Н. Основания к отмене определений суда первой инстанции // Советская юстиция. 1985. N 3. С. 11 - 12.

Прохождение всех обозначенных этапов должно привести к правильному применению норм материального и процессуального права, что гарантирует вынесение законного и обоснованного решения <1>.

<1> См.: Беков Я.Х. Подготовка дела к судебному разбирательству в гражданском судопроизводстве. М., 2010. С. 30 - 33.

1. Правильное определение судом юридически значимых обстоятельств. Первоначальное определение и последующее исследование фактов начинаются на стадии возбуждения дела с тех фактических данных, которые истец указал в своем исковом заявлении.

Общепризнанным является положение, согласно которому основание иска составляют фактические данные <1>. Истец должен перечислить обстоятельства, но совсем не обязан ссылаться на юридические нормы, направляя тем самым суд. В исковом заявлении истец может изложить и такие факты, которые не относятся к существу спора или не имели места в действительности, поэтому нельзя отрицать наличие связи между обстоятельствами дела и нормами права (правовое основание иска) <2>. Так, основание иска о прекращении права собственности предопределяется совокупностью фактов. В эту совокупность, согласно ст. 235 ГК РФ, входит договор об отчуждении собственником своего имущества, а также какой-либо факт, предусмотренный в п. п. 1 - 9 ч. 2 данной статьи, т.е. взаимосвязь фактического состава основания иска легко прослеживается. Сопоставляя эти элементы, суд конкретизирует юридически значимые факты через правовую норму. Без связи с нормами права факты не имеют никакого юридического значения, пока закон не придаст им особую силу - правообразующую, правоизменяющую или правопрекращающую.

<1> См.: Вукот М.А. Иск как элемент права на судебную защиту, его юридическая природа и основание // Вопросы теории и практики гражданского процесса. Вып. 1. Саратов, 1976. С. 57.

<2> См.: Исаенкова О.В. К вопросу об основании иска // Вестник Саратовской государственной академии права. 1996. N 1. С. 87; Она же. Иск в гражданском судопроизводстве. Саратов, 1997. С. 59.

Следовательно, в вопросе об определении значимости обстоятельств нельзя сделать вывод о том, что орган правосудия полностью зависим от сторон (тезис находит свое подтверждение в ч. 2 ст. 56 ГПК РФ, ч. 2 ст. 65 АПК РФ, ч. 3 ст. 62 КАС РФ). Напротив, суд самостоятельно сопоставляет норму материального права с обстоятельствами коллизии, выясняет ее соответствие доводам и ссылкам сторон, чем уточняет фактическое основание требования. Как правило, это происходит уже в ходе подготовки дела к судебному разбирательству <1>, одними из задач которой являются уточнение обстоятельств, имеющих значение для правильного разрешения дела, и определение правоотношений сторон и закона, которым следует руководствоваться.

<1> См.: Гапеев В.Н. Подготовка гражданских дел к судебному разбирательству. Ростов н/Д, 1998. С. 12.

Итак, суд независим в собственных выводах не только от истца, но и от ответчика, в связи с чем, пожалуй, имеет наибольшее значение опрос ответчика на стадии подготовки дела к судебному разбирательству. Ответчик опрашивается по поводу его возражений. Он может указать обоснование возражений, которые различны по своим назначениям и целям. Так, ответчик вправе возразить против возникновения права истца, указав, что данное право больше не существует (например, в силу уплаты долга), что правоизменения произошли несоответствующим образом (правопреемство возникло незаконно), что право истца не подлежит судебной защите и т.п. <1>. Заявления ответчика судом оцениваются с тех же позиций. Полученное органом правосудия всестороннее знание о правовом споре гарантирует выявление истинного предмета и основания исковых требований, истинного предмета и основания возражений против иска, фактов, нуждающихся в доказывании.

<1> См.: Молева Г.В. Право на судебную защиту ответчика: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1993. С. 14 - 16.

Можно сказать, что рассматриваемый этап познания вбирает в себя непосредственное знакомство с личностями сторон и является предварительным для последующих. Он складывается из определенных действий по уяснению сообщений о фактах-основаниях; отысканию судом материально-правовой нормы, содержащей формулу заявленных требований и возражений; конкретизации фактов-оснований в соответствии с материально-правовой нормой; определению предмета доказывания (**thema probandum**).

2. Установление судом обстоятельств, имеющих значение для дела, посредством доказывания. Более полное знание об обстоятельствах, имеющих значение для дела, возникает на втором этапе познавательной деятельности в ходе их доказывания в судебном разбирательстве.

В самом понятии "доказывание" заключено положение о том, что одно лицо, убежденное в истинности события или обстоятельства, предлагает другому лицу определенным образом собранные данные с целью создания у него аналогичного мнения <1>. В советском праве суть идеи была видоизменена, вследствие чего бремя доказывания (**onus probandi**) возлагалось как на стороны, так и на суд. Вместе с тем в отношении сторон такая обязанность на самом деле не являлась "бременем", так как никаких негативных последствий для лиц, участвующих в деле, если они не выполняли предписание закона, не возникало. На практике отсутствие серьезных санкций за непредставление доказательств, за неявку в судебное заседание без уважительных причин привело к тому, что стороны стали игнорировать обязанности по доказыванию. В результате суд как государственно-властный орган вынужден был самостоятельно изыскивать источники знания, автоматически становясь субъектом доказательственной деятельности <2>.

<1> См.: Елизаров В.А. Доказывание сторонами оснований своих требований и возражений в гражданском процессе: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1968. С. 4.

<2> См.: Вершинин А.П. Доказывание в гражданском процессе: новые правила // Правоведение. 1995. N 6. С. 64; Зайцев И.М. Основное противоречие современного гражданского процесса // Российский юридический журнал. 1995. N 3. С. 72 - 73.

В настоящий момент **onus probandi** по общему правилу возложено на лиц, участвующих в деле. В частности, каждая сторона должна доказать те обстоятельства, на которые она ссылается как на основания своих требований и возражений (ч. 1 ст. 56 ГПК РФ, ч. 1 ст. 65 АПК РФ, ч. 1 ст. 62 КАС РФ). Законодатель предусмотрел и реальную ответственность за неисполнение обязанности по собиранию и представлению в суд доказательственного материала для сторон в виде признания сведений установленными или опровергнутыми и т.д. (ч. 3 ст. 79 ГПК РФ, ч. 3.1 ст. 70 АПК РФ, ч. 5 ст. 77 КАС РФ и др.). В гражданском процессе институт заочного решения также связан с рассматриваемым бременем. Так, в случае неявки в судебное заседание ответчика, надлежаще извещенного о времени и месте судебного заседания, по делу может быть вынесено заочное решение, если истец против этого не возражает. Это означает, что в целом решение принимается на основании доказательств, собранных истцом. Суд не вправе по общему правилу, как это было ранее, заниматься сбором каких-либо доказательств по собственной инициативе. Исключение сделано только в отношении административного судопроизводства, поскольку в ч. 1 ст. 63 КАС РФ прямо сказано, что в целях правильного разрешения административных дел суд может истребовать доказательства по ходатайству лиц, участвующих в деле, или по своей инициативе.

Кроме того, термин "доказывание" в материальном праве употребляется только применительно к действиям граждан и организаций. Например, перевозчик несет ответственность за несохранность груза или багажа, если не докажет, что утрата, недостача или повреждение груза или багажа произошли вследствие обстоятельств, которые перевозчик не мог предвидеть и устранение которых от него не зависело (п. 1 ст. 796 ГК РФ). Арендодатель вправе предъявить к арендатору регрессное требование о возмещении сумм, выплаченных третьим лицам, если докажет, что вред возник по вине арендатора (ст. 640 ГК РФ), и т.п.

В целом суд занимает совершенно иное положение. Он обязан исследовать, проверить и объективно оценить наличествующие доказательства. Согласно закону отношения между судом и другими участниками процесса строятся на основе власти и подчинения <1>. Задача судебного органа состоит в том, чтобы контролировать ход разбирательства, разрешить материально-правовой спор, правильно

применить нормы материального и процессуального права, вынести законное и обоснованное решение <2>. На это у него имеются соответствующие полномочия: судья руководит судебным заседанием; разрешает вопрос о вызове свидетелей в судебное заседание; выявляет отношение свидетеля к лицам, участвующим в деле; предлагает свидетелю сообщить, что ему известно по делу, задает вопросы; предлагает сторонам представить дополнительные доказательства при их недостаточности; уточняет обстоятельства, имеющие значение для правильного разрешения спора; по собственному усмотрению назначает экспертизу для разъяснения вопросов, требующих специальных познаний в области науки, искусства, техники или ремесла; требует представления надлежащим образом засвидетельствованных выписок и производит осмотр на месте и др.

<1> См., например: Савельева Т.А. Судебная власть в гражданском процессе: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1996. С. 15.

<2> См.: Чечина Н.А. Основные направления развития науки советского гражданского процессуального права. Л., 1987. С. 63.

Последние два случая не имеют ничего общего с собиранием доказательств. Производство экспертизы есть лишь средство пополнения судом недостающих сведений, относящихся к специфическому кругу знаний. Эксперт же выступает как своеобразный помощник правосудия, обладающий узкоспециализированной информацией. Что касается истребования и осмотра на месте, то и здесь нет признаков **onus probandi**, так как указание на предмет истребования или осмотра должно исходить от стороны. Все это познавательные акты по исследованию доказательств.

Таким образом, сущностное назначение органа правосудия в возникающем познавательном отношении между судом и лицами, участвующими в деле, заключается в определении значимости обстоятельств дела, разрешении вопроса о распределении бремени доказывания, контроле за судебным процессом, в том числе и за доказательственной деятельностью сторон <1>. Это гарантирует выяснение действительных обстоятельств события и достижение практической цели - разрешения спорного правового конфликта. Основная обязанность сторон и иных лиц, участвующих в деле, состоит в предоставлении доказательственного материала с целью убеждения суда, т.е. о них нужно говорить как о субъектах доказывания, субъектах обязанности по доказыванию утверждаемых ими фактов. Доказать же они должны те значимые обстоятельства, которые суд выделил на первом этапе в качестве **thema probandum**. Права Г.Л. Осокина, которая пишет, что "предмет доказывания гораздо **уже** предмета познания. Кроме фактов, подлежащих познанию судом посредством (с помощью) доказательственной деятельности участвующих в деле лиц, в предмет познания включаются такие факты, которые хотя и не доказываются сторонами, но тем не менее используются судом при обосновании своих выводов по делу" <2>.

<1> См.: Ярков В.В. Юридические факты в цивилистическом процессе. С. 133.

<2> Осокина Г.Л. Гражданский процесс. Общая часть. М., 2008. С. 625.

Вместе с тем вся структура доказывания существует для познания, поэтому важно подчеркнуть, что познание находит свое воплощение в двух основных формах - непосредственной и опосредованной - при помощи процессуального доказывания и доказательств. Основное различие форм состоит в том, что для непосредственного познания путем восприятия доступны факты, совершающиеся в настоящем, и лишь в том случае, если они находятся от познающего субъекта на расстоянии и в условиях, не препятствующих их восприятию <1>. Опосредованная форма имеет место тогда, когда познаваемый объект недоступен для наглядного восприятия <2>.

<1> См.: Курылев С.В. Доказывание и его место в процессе судебного познания // Труды Иркутского гос. ун-та. Иркутск, 1955. Т. 13. С. 65.

<2> См.: Поппер К. Логика и рост научного знания. Избранные работы. М., 1983. С. 87.

Ко второй форме относится судебное доказывание, где контакт устанавливается не между правоприменительным органом и искомым предметом исследования, а между судом и доказательствами, которые несут в себе необходимые сведения о предмете, информационный след о нем. Непосредственное воздействие доказательственного материала на органы чувств судей ведет к мыслительным операциям по уяснению существа предмета. Причем, как было показано ранее, данные акты настолько тесно соприкасаются, что разделять их нецелесообразно. Отрицание такой связи дает почву для анализа (пусть даже условного) чувственных начал в отрыве от начал рациональных и способствует **сведёнию** чувственного к непосредственному познанию, а рационального - к опосредованному познанию <1>.

<1> См.: Курылев С.В. Основы теории доказывания в советском правосудии. Минск, 1969. С. 14.

3. Синтез судом логически верных выводов по рассматриваемому делу в соответствии с фактическими обстоятельствами, на основе объективного исследования и свободной оценки доказательств. Последний этап судебного познания проявляется в соответствии выводов суда обстоятельствам дела. Разумеется, для того, чтобы такое соответствие состоялось, необходимо избежать ошибок на первых двух этапах познавательного процесса, которые образуются вследствие того, что суд неправильно определил юридически значимые обстоятельства и не осуществил мониторинг процедуры доказывания. Впрочем, ошибки возникают не только по этим причинам, но и в результате неверного исследования доказательств и их последующей оценки, производимых на протяжении всего судебного познания.

Итак, субъект познания в судебном заседании посвящает основную его часть исследованию того, что представляется субъектами доказывания. Исследовательская деятельность суда существенно отличается от подобной деятельности сторон, поскольку она обязательна и ее предназначение не сводится к извлечению из доказательств информации, полезной для одной из сторон. Напротив, она направлена на всестороннее и полное познание существа спора <1>.

<1> См.: Коваленко А.Г. Полнота материалов по гражданско-правовым спорам. Саратов, 1981. С. 1 - 5.

Порядок исследования в каждом случае зависит от сложности дела и не завершается оценкой доказательств, так как далее имеет место оценка фактов, которая и позволяет суду сделать правильный вывод об обстоятельствах дела, а в конечном счете и о материальных правоотношениях сторон. Правовая оценка проявляется в изучении фактов с позиций их достаточности, истинности, взаимозависимости и взаимосвязи. Каждый из этих критериев имеет собственное содержание и значение. Так, при оценке фактов с точки зрения достоверности суд должен обратить внимание на верность логических суждений о факте. Только после того, как у суда появится уверенность в достоверности, он может познать влияние факта на субъективные права и обязанности. Из сказанного вытекает, что оценка доказательств и правовая оценка не суть одно и то же, но они тесно сосуществуют. К примеру, прежде, чем решить вопрос о том, относится доказательство к делу или нет, орган правосудия анализирует факты, на которые стороны ссылаются, по поводу их юридической значимости.

Как логический процесс правовая оценка неотделима от законов логики и права. Будучи психической деятельностью, оценка опирается на словесно-логическое мышление. С его помощью судья определяет сущность фактов. Внешним же ориентиром для определения сущности являются нормы права, т.е. лицо, осуществляющее правосудие, постоянно сопоставляет уже установленные фактические обстоятельства с фактами, зафиксированными в нормах материального права. Основная трудность здесь заключается в том, что иногда правовые нормы имеют самые общие условия их применения. К сожалению, российское законодательство содержит множество подобных норм, которые М.К. Треушников справедливо называет "аморфными", без точного фактического состава <1>. В результате ошибки, не относящиеся к формальным, на третьем этапе познания встречаются в судебной практике достаточно часто (п. 39

Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 19 июня 2012 г. N 13 "О применении судами норм гражданского процессуального законодательства, регламентирующих производство в суде апелляционной инстанции" <2>).

<1> См.: Треушников М.К. Судебные доказательства. М., 1997. С. 18.

<2> Российская газета. 2012. 29 июня.

Таким образом, **судебное познание - это сложный процесс отражения и воспроизведения обстоятельств гражданского или административного дела в мышлении судьи через их непосредственное и опосредованное восприятие, результатом которого является знание о правоотношениях носителей материальных прав и обязанностей, необходимое для вынесения законного и обоснованного решения.**

§ 2. Доказывание как опосредованная форма судебного познания
обстоятельств дела в гражданском и арбитражном процессах,
административном судопроизводстве

Не останавливаясь на анализе предмета доказывания, поскольку об этом речь идет в самостоятельной главе настоящего издания, подробно затронем вопрос о доказывании, имеющем место в гражданском и арбитражном процессе, а также в административном судопроизводстве. Итак, доказывание представляет собой опосредованную форму судебного познания. Как и иная организованная человеческая деятельность, оно предполагает определенную структуру и устойчивую имманентную взаимосвязь элементов. Судебное доказывание также подчинено проявляющейся в процессе последовательности этапов. Каждое действие характеризуется очередностью и образует системность, по причине чего целостность доказывания нужно рассматривать через составляющие, которые имеют соотносительный смысл.

С.В. Курылев выделяет в качестве элементов доказывания представление (собрание) и исследование доказательств <1>, П.Я. Трубников - собрание, исследование, оценку <2>, М.К. Треушников - утверждение о фактах, указание заинтересованных лиц на доказательства, представление, собрание, исследование, оценку доказательств <3>, Т.В. Сахнова - указание сторон на обстоятельства, представление, истребование, исследование и оценку доказательств <4>. В свою очередь А.Ф. Клейнман, напротив, исключает из доказывания исследование, проверку и оценку доказательственного материала, поскольку, как он полагает, из них складывается судебное разбирательство <5>.

<1> См.: Курылев С.В. Установление истины в советском правосудии: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. С. 16.

<2> См.: Трубников П.Я. Вопросы гражданского процесса в практике Верховного Суда СССР. С. 73.

<3> См.: Треушников М.К. Доказательства и доказывание в советском гражданском процессе. М., 1982. С. 26.

<4> См.: Сахнова Т.В. Курс гражданского процесса: теоретические начала и основные институты. С. 351 - 362.

<5> См.: Клейнман А.Ф. Новейшие течения в советской науке гражданского процессуального права. М., 1967. С. 47.

И.В. Решетникова пишет о стадиях доказывания следующее: "Стадии гражданского процессуального доказывания - это определенные последовательные процессуальные действия субъектов доказывания, взаимосвязанные со стадиями гражданского процесса" <1>. Отсюда в стадии доказывания при подготовке дела к судебному разбирательству присутствуют такие действия, как выявление, собрание доказательств и их представление в суд, здесь же идет предварительная оценка материала; в стадии

рассмотрения дела происходит исследование доказательств, но могут быть собраны и оценены иные доказательства; стадия вынесения решения сопровождается окончательной оценкой, в которой участвуют все без исключения субъекты доказывания, в том числе и суд <2>.

<1> Решетникова И.В. Доказывание в гражданском процессе. М., 2010. С. 274.

<2> См.: Решетникова И.В. Доказательственное право в российском гражданском судопроизводстве. С. 17.

Подход к данной проблеме должен основываться на том, что доказывание - это подготовительная деятельность лиц, участвующих в деле, создающая почву для познания судом фактов, составляющих основание заявленных требований и возражений, а также убеждения органа правосудия в реальности существования таких фактов. Эта деятельность является предпосылочной в отношении процесса получения истинного знания о правах и обязанностях сторон. Поэтому первым элементом доказывания следует считать **указание заинтересованных лиц на доказательства**. Такое указание касается средств доказывания, которые суд, по мнению субъектов доказывания, должен в дальнейшем исследовать, проверить и оценить. Согласно п. 5 ч. 2 ст. 131 ГПК РФ, п. 5 ч. 2 ст. 125 АПК РФ, п. 3 ч. 1 ст. 126 КАС РФ стороны должны сделать ссылку на доказательства, подтверждающие юридически значимые обстоятельства. Это не значит, что стадия предусматривает обязательное представление доказательственного материала (исключение составляют лишь документы). Здесь обозначается вероятный объем доказательств, который имеет соотношение с обстоятельствами дела и может подтвердить их истинность. Одно из главных значений указания в том, что суд определяет контуры последующих действий по собиранию, представлению, раскрытию, фиксации и оценке доказательств, не предвещая вопрос о правовой квалификации фактов гражданского (Определение Верховного Суда РФ от 6 декабря 2011 г. N 71-В11-12), экономического (Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 15 августа 2018 г. N Ф07-7448/2018) или административного дела (Апелляционное определение Красноярского краевого суда от 2 ноября 2016 г. N 33а-14895/2016).

Если судопроизводство нельзя возбудить только посредством указания на доказательства, то закон прямо требует приложения каких-либо доказательственных материалов. К примеру, при подаче заявления по делам об установлении фактов, имеющих юридическое значение, должны быть приведены доказательства, подтверждающие невозможность получения заявителем надлежащих документов либо их восстановления (ст. 265 ГПК РФ, ст. 220 АПК РФ). При признании недействующим нормативного правового акта полностью или в части административный истец обязан приложить доказательства о применении оспариваемого нормативного правового акта к административному истцу или о том, что административный истец является субъектом отношений, регулируемых этим актом (ч. 3 ст. 209 КАС РФ).

Следующий элемент доказывания - это **представление и раскрытие доказательств**. Представление как процессуальное действие состоит в передаче материала суду для исследования. Статьи 35, 56 и 57 ГПК РФ, ст. ст. 65 и 66 АПК РФ, ст. ст. 45 и 62 КАС РФ прямо указывают на то, что представлением доказательств занимаются стороны и другие лица, участвующие в деле, а на основании ст. 54 ГПК РФ, ст. 62 АПК РФ, ст. 56 КАС РФ - представители. Если представленная информация недостаточна для изучения ее судом общей или арбитражной юрисдикции, то орган правосудия может предложить представить дополнительные доказательства (ч. 1 ст. 57 ГПК РФ, ч. 2 ст. 66 АПК РФ, ч. 3 ст. 152 КАС РФ), а лица, участвующие в деле, несут риск наступления последствий совершения или несовершения ими процессуальных действий.

Процедура раскрытия доказательств была рецептирована странами континентальной Европы из английского и американского судопроизводства, где она возможна как до возникновения процессуальной деятельности, так и после. Данная процедура охватывает собой особое совещание по раскрытию доказательств, передачу участниками спора друг другу доказательственных материалов, находящихся под их физическим контролем <1>. При этом сторона предварительно должна составить особый список раскрываемых доказательств, отдельно указав документы, в отношении которых она отказывается в ознакомлении, поскольку они обладают юридическими привилегиями и иммунитетом (государственная, коммерческая и иная охраняемая законом тайна), либо которые были из-под физического контроля. Раскрытию подлежат все письменные доказательства, показания свидетелей, которые не излагались устно, заключения экспертов и специалистов, аудио- и видеозаписи. По словам Е.В. Кудрявцевой, в

Англии "конкретные методы раскрытия доказательств зафиксированы в разных частях Правил гражданского судопроизводства. Среди этих методов можно назвать получение письменных или устных показаний от свидетелей, письменный опрос сторон, ознакомление с документами и вещественными доказательствами, исследование физического или умственного состояния отдельных лиц, требование о признании" <2>. Сторона, не выполнившая соответствующую обязанность, как правило, лишается права ссылаться в ходе судебного разбирательства на нераскрытые доказательства.

<1> См.: Аболонин Г.О. Гражданское процессуальное право США. М., 2010. С. 214 - 232.

<2> Кудрявцева Е.В. Гражданское судопроизводство Англии. М., 2008. С. 75.

Согласно российскому процессуальному закону раскрытие доказательств, будучи новой правовой конструкцией, хотя и не предусматривающей внятных форм и способов раскрытия, позволяет органу правосудия, а также сторонам заранее ознакомиться с доказательственными материалами оппонента по делу. В частности, руководствуясь ст. 149 ГПК РФ и ст. 135 КАС РФ, при подготовке дела к судебному разбирательству стороны или их представители осуществляют перекрестную передачу копий доказательств, подтверждающих заявленные требования и возражения. Однако никаких санкций за неисполнение данной обязанности ГПК РФ, в отличие от КАС РФ (ч. 5 ст. 135 - штраф) и АПК РФ (ч. 2 ст. 111 - отнесение судебных расходов на лицо, злоупотребляющее своими процессуальными правами), не предусматривает. В свое время Высший Арбитражный Суд РФ в этой связи разъяснял, что доказательства, не раскрытые лицами, участвующими в деле, до начала судебного заседания должны быть исследованы арбитражным судом первой инстанции независимо от причин, по которым был нарушен порядок раскрытия доказательств, но эти причины могут быть учтены судом при распределении судебных расходов (п. 35 информационного письма Высшего Арбитражного Суда РФ от 13 августа 2004 г. N 82 "О некоторых вопросах применения Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации" <1>). По поводу приведенного официального нормативного толкования В.Б. Юзефович пишет следующее: "Существование такого разъяснения ВАС РФ, скорее всего, связано именно с несовершенством самой нормы АПК РФ о раскрытии доказательств: если бы она закрепляла четкий порядок и этапы раскрытия доказательств, запрещающие представление доказательств, которые не были раскрыты на стадии подготовки дела к судебному заседанию, при том, что представившее их лицо имело такую возможность, потребность в таких разъяснениях была бы исключена либо вступила в прямое противоречие закону" <2>.

<1> Вестник ВАС РФ. 2004. N 10.

КонсультантПлюс: примечание.

Монография В.Б. Юзефовича "Доказательства и доказывание в арбитражном процессе: анализ правоприменительной практики. Выводы судебного юриста" включена в информационный банк согласно публикации - Инфотропик Медиа, 2012.

<2> Юзефович В.Б. Доказательства и доказывание в арбитражном процессе. М.; Берлин, 2012. С. 32.

Затем следует такой этап доказывания, как **сбор и истребование доказательств**. Исходя из принципа состязательности именно лица, участвующие в деле, обязаны собрать основной и вспомогательный доказательственный материал. Их самостоятельность не должна ограничиваться, поскольку своими действиями они обеспечивают полноту сведений, используемых при разрешении дела. Суд не вправе вмешиваться в сбор доказательств на стороне истца или ответчика, так как это приводит к нарушению принципов состязательности и равноправия, что не означает полной пассивности органа судебной власти. Сохраняют свою актуальность слова К.И. Малышева, сказанные им еще в XIX в., о том, что безучастие суда в собирании доказательств не следует понимать в смысле полного равнодушия и совершенной бездеятельности, состязательный процесс не требует, чтобы суд полностью находился в пассивном состоянии <1>. Поэтому сегодня если собирание доказательств затруднительно для лиц, участвующих в деле, то по их ходатайству суд вправе выдать запрос с целью получения нужных

материалов (ч. 2 ст. 57 ГПК РФ, ч. 7 ст. 66 АПК РФ, ч. 2 ст. 14, ч. 1 ст. 63 КАС РФ). В случае невыполнения требований суда на виновных должностных лиц, а также на граждан, у которых находится истребуемое доказательство, налагается штраф (ч. 3 ст. 57 ГПК РФ, ч. 9 ст. 66 АПК РФ, ч. 5 ст. 63 КАС РФ).

<1> См.: Малышев К.И. Курс гражданского судопроизводства. Т. 1. С. 274 - 275.

Вместе с тем следует помнить, что защита публичных и общественных интересов провоцирует усиление доказательственной активности суда, поэтому по соответствующим делам, возникающим из административных и иных публичных правоотношений, суд вправе получить доказательства по своей инициативе в целях правильного разрешения спора (ч. 1 ст. 63 КАС РФ, ч. 5 ст. 66 АПК РФ). Как дополнительно разъясняет Верховный Суд РФ, доказывание по административным делам осуществляется на основе принципа состязательности и равноправия сторон при активной роли суда (ч. 7 ст. 6, ст. 14 КАС РФ). Указанный принцип выражается в том числе в принятии мер для всестороннего и полного установления всех фактических обстоятельств по административному делу, для выявления и истребования по собственной инициативе доказательств в целях верного разрешения дела по существу (ч. 1 ст. 63, ч. ч. 8, 12 ст. 226, ч. 1 ст. 306 КАС РФ) (п. 24 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27 сентября 2016 г. N 36). Аналогичные действия допускаются в ходе разрешения некоторых казусов в порядке особого производства (п. 5 Постановления Пленума Верховного Суда РФ "О применении судами законодательства при рассмотрении дел об усыновлении (удочерении) детей" <1>).

<1> Бюллетень Верховного Суда РФ. 2006. N 6.

Далее происходит **фиксация и исследование имеющихся доказательств**, т.е. процессуальное закрепление полученного материала, а также извлечение судом и лицами, участвующими в деле, из доказательств такой информации, которая направлена на подтверждение либо опровержение обстоятельств происшедшего <1>. По общему правилу фиксация производится посредством протокола судебного заседания, в котором должны быть отражены объяснения и показания участников процесса, а также то, какие доказательства представлялись и приобщались судом к материалам дела. Однако и лица, участвующие в деле, обязаны заблаговременно, а также с учетом действующих норм права (например, ст. 149 ГК РФ) позаботиться о надлежащей фиксации доказательств, иначе они утрачивают свое предназначение (Постановление ФАС Поволжского округа от 19 сентября 2011 г. N А49-7692/2010, Постановление Второго арбитражного апелляционного суда от 28 февраля 2017 г. N 02АП-11263/2016).

<1> См.: Болтуев С.Ш. Указ. соч. С. 10.

"Исследование доказательств состоит в восприятии судом фактических данных, выяснении условий сохранения информации, факторов, влияющих на достоверность доказательств, в сопоставлении, сравнении отдельных доказательств, ликвидации между ними противоречий, - пишет М.К. Треушников. - В этом элементе судебного доказывания переплетаются логические, эмпирические и процессуальные операции" <1>. Действующий закон предусматривает следующие способы исследования доказательств: заслушивание объяснений сторон и третьих лиц; заслушивание и оглашение показаний свидетелей и пояснений экспертов; ознакомление и оглашение письменных доказательств; осмотр вещественных доказательств; воспроизведение аудио- и видеозаписи.

<1> Треушников М.К. Судебные доказательства. М., 2005. С. 50.

И наконец, завершающим этапом является **оценка доказательств**, которая, можно сказать, пронизывает всю доказательственную процедуру, все предшествующие фазы, которые в свою очередь также тесно переплетены, что указывает на некоторую условность выделения самих этапов <1>.

<1> См.: Курылев С.В. Основы теории доказывания в советском правосудии. С. 37.

Совершенно очевидно, что доказывание, кроме сугубо процессуальных аспектов, имеет логическую основу, поэтому было бы правильно отметить, что само доказывание с логической точки зрения - это построение системы мыслительных оценочных суждений суда и лиц, участвующих в деле, направленных на обоснование выводов о доказываемых обстоятельствах дела <1>. К примеру, находившимся на иждивении наследодателя может быть признано лицо, получавшее от умершего в период не менее года до его смерти, вне зависимости от родственных отношений, полное содержание или такую систематическую помощь, которая была для него постоянным и основным источником средств к существованию, независимо от получения им собственного заработка, пенсии, стипендии и других выплат. При оценке доказательств, представленных в подтверждение нахождения на иждивении, следует оценивать соотношение оказываемой наследодателем помощи и других доходов нетрудоспособного (п. 31 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29 мая 2012 г. N 9 "О судебной практике по делам о наследовании" <2>).

<1> См.: Клейнман А.Ф. Новейшие течения в советской науке гражданского доказательственного права. С. 47; Коваленко А.Г. Институт доказывания в гражданском и арбитражном процессе. С. 120.

<2> Российская газета. 2012. 6 июня.

С позиций формальной логики мыслительная деятельность сторон может быть подразделена на два этапа: целевой и аналитический. Центральный компонент любой логической структуры - это цель, другими словами, мысленная модель того результата, который в рассматриваемом случае достигается через процессуальные действия <1>. Аналитическую фазу составляют мыслительные операции по выявлению свойств представляемого и собираемого доказательственного материала. Оба вида анализа связаны между собой и дополняют друг друга.

<1> См.: Бочаров В.А., Войшвилло Е.К., Ивлев Ю.В. Предмет и структура общественных наук. М., 1984. С. 100 - 105.

Означает ли это, что судебное доказывание нужно трактовать только как мыслительный процесс, подчиненный законам логики и логического мышления? По-видимому, нет. В теории и практике цивилистического процесса давно укрепилось справедливое мнение, в соответствии с которым судебное доказывание представляет собой единство двух видов деятельности: логической и процессуальной <1>. Иная трактовка ведет к искусственному противопоставлению психолого-логических и правовых аспектов единой сложной проблемы.

<1> См.: Треушников М.К. Судебные доказательства. М., 1997. С. 46.

Оценка, будучи одним из этапов судебного доказывания, также не сводится лишь к логическому или процессуальному действию. Как психическая деятельность она выражается в постановке задачи, ее решении и выводе. Поэтому еще раз подчеркнем, что оценочный акт судебного органа и лиц, участвующих в деле, охватывая собой такие этапы, как указание на доказательства и их представление, раскрытие, собирание и прочие, проявляется в конкретизированных процессуальных мероприятиях, оказывающих воздействие на весь ход судебного разбирательства.

Хотя оценка доказательств как психическое действие не поддается правовому регулированию и по природе своей свободна <1>, тем не менее в зависимости от уровня познания она подразделяется на предварительную, окончательную и контрольную, а судебные органы обязаны придерживаться определенных правил, установленных ст. 67 ГПК РФ, ст. 71 АПК РФ, ст. 84 КАС РФ:

<1> См.: Рыжов К.Б. Принцип свободной оценки доказательств и его реализация в гражданском процессе. М.; Берлин, 2012. С. 124.

- суд в ходе оценки доказательственного материала исходит из собственного внутреннего убеждения, основанного на всестороннем, полном, объективном и непосредственном исследовании всей совокупности доказательств. Внутреннее убеждение здесь имеет важнейшее значение, так как именно благодаря ему у суда создается уверенность в истинности или ложности доказательств, сориентированных на подтверждение либо опровержение фактических обстоятельств по делу;

- никакие доказательства не имеют для суда заранее установленной силы, т.е. ни в законе, ни в подзаконных актах, а также в документах, исходящих от органов государственной власти и их должностных лиц, не должны содержаться указания, предрешающие доказательственную силу и значение доказательств;

- суд оценивает относимость, допустимость, достоверность каждого доказательства в отдельности, а равно достаточность и взаимную связь доказательств в их совокупности;

- доказательство признается судом достоверным, если в результате его проверки и исследования выясняется, что содержащиеся в нем сведения соответствуют действительности;

- для отдельных средств доказывания законом установлены особые приемы оценки, обусловленные правовой спецификой доказательства (прежде всего это касается письменных доказательств).

Относимыми считаются такие доказательства, которые имеют значение для правильного рассмотрения и разрешения правового спора по существу, поэтому должна прослеживаться связь между содержанием предъявляемого доказательства и юридическими фактами, в противном случае оно не может приниматься во внимание. Иными словами, сила доказательств предопределяется не их количеством, а качеством и весомостью, служащими основой для выводов (**argumenta ponderantur, non numerantur**).

Нормы, посвященные вопросам относимости доказательств, в целом ориентированы на орган судебной власти, коль скоро они указывают на то, что именно суд принимает только те доказательства, которые имеют значение для рассмотрения и разрешения гражданского или административного дела (ст. 59 ГПК РФ, ст. 67 АПК РФ, ст. 60 КАС РФ), хотя первоначально доказательственным отбором (относимостью), безусловно, занимаются стороны. К сожалению, никаких дополнительных парадигм в ГПК РФ и КАС РФ более нет. Для сравнения отметим, что АПК РФ ко всему прочему добавляет, что арбитражный суд не должен принимать поступившие документы, содержащие ходатайства о поддержке лиц, участвующих в деле, или оценку их деятельности, иные документы, не имеющие отношения к установлению обстоятельств, в связи с чем отказывает в приобщении их к материалам дела, о чем делается отметка в протоколе судебного заседания (ч. 2 ст. 67 АПК РФ).

С практической точки зрения процедура определения относимости доказательств охватывает собой два этапа, которые наиболее полно охарактеризовал М.К. Треушников. В частности, он пишет следующее: "Во-первых, для решения вопроса относимости доказательств требуется первоначально правильно определить относимость к делу фактов, для установления которых привлекаются доказательства, т.е. предмет доказывания. Во-вторых, путем логического анализа следует решить, может ли представляемое или истребуемое судебное доказательство по содержанию подтвердить или опровергнуть относимые к делу факты, т.е. способно ли доказательство устанавливать факты... Ошибка суда в определении круга относимых по делу фактов, т.е. объективной основы, может привести к неверному решению вопроса относимости доказательств. Это выражается в том, что по делу собираются либо ненужные доказательства, либо не истребуются действительно необходимые" <1>.

<1> Треушников М.К. Судебные доказательства. М., 2005. С. 125 - 126.

Для того чтобы суды не допускали подобных ошибок, в постановлениях Пленума Верховного Суда РФ иногда содержатся "подсказки" по поводу того, какие доказательства надлежит считать относимыми. Например, в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 16 ноября 2006 г. N 52 "О применении

судами законодательства, регулирующего материальную ответственность работников за ущерб, причиненный работодателю" <1> указывается, что по соответствующим делам относимыми будут являться доказательства, которые могут подтвердить или опровергнуть обстоятельства, исключающие материальную ответственность работника; противоправность поведения (действия или бездействие) причинителя вреда; вину работника в причинении ущерба; причинную связь между поведением работника и наступившим ущербом; наличие прямого действительного ущерба; размер причиненного ущерба; соблюдение правил заключения договора о полной материальной ответственности.

<1> Российская газета. 2006. 29 ноября.

Допустимость, в отличие от относимости, не отвечает за качество доказательственного материала, а соотносится с ограничениями по поводу использования некоторых средств доказывания. Как верно отмечает А.В. Гордейчик, "под допустимостью доказательств с позиции этимологии в самом общем виде следует понимать предусмотренную(-ое) законом возможность (разрешение) использовать доказательства для установления обстоятельств, имеющих значение для дела" <1>.

<1> Гордейчик А.В. Исследование допустимости доказательств в гражданском и арбитражном процессах. Хабаровск, 2007. С. 34.

В целом процессуальный закон не определяет, какие средства доказывания не разрешается применять в рамках рассмотрения того или иного дела, но подобные запреты изложены в нормах материального права. Например, в соответствии со ст. 162 ГК РФ несоблюдение простой письменной формы сделки лишает стороны права при возникновении спора ссылаться в подтверждение сделки и ее условий на свидетельские показания. Кроме того, по ст. 812 ГК РФ если договор займа должен быть совершен в письменной форме, то его оспаривание по безденежности путем свидетельских показаний не допускается, за исключением случаев, когда договор был заключен под влиянием обмана, насилия, угрозы, злонамеренного соглашения представителя заемщика с займодавцем или стечения тяжелых обстоятельств. Согласно ст. 14 Федерального закона от 28 декабря 2013 г. N 400-ФЗ "О страховых пенсиях" <1> при подсчете страхового стажа периоды работы на территории Российской Федерации могут устанавливаться на основании показаний двух и более свидетелей, если документы о работе утрачены в связи со стихийным бедствием (землетрясением, наводнением, ураганом, пожаром и тому подобными причинами) и восстановить их невозможно. В отдельных случаях допускается установление стажа работы на основании показаний двух и более свидетелей при утрате документов и по другим причинам (вследствие небрежного их хранения, умышленного уничтожения и тому подобных причин) не по вине работника. Характер работы показаниями свидетелей не подтверждается. Правила подсчета и подтверждения страхового стажа, в том числе с использованием электронных документов или на основании свидетельских показаний, устанавливаются в порядке, определяемом Правительством РФ, а именно Постановлением от 2 октября 2014 г. N 1015 "Об утверждении Правил подсчета и подтверждения страхового стажа для установления страховых пенсий".

<1> Российская газета. 2013. 31 дек.

Исходя из воспевающей или позволяющей природы отдельных правил поведения, затрагивающих проблему допустимости средств доказывания, в литературе принято говорить о нормах с "негативным" либо с "позитивным" содержанием <1>. Примеры первых были приведены ранее, что же касается последних, то здесь можно упомянуть Федеральный закон от 18 июня 2001 г. N 77-ФЗ "О предупреждении распространения туберкулеза в Российской Федерации" <2>, на основании которого суд общей юрисдикции в порядке административного судопроизводства (гл. 31 КАС РФ) вправе принять решение о принудительной госпитализации лица, страдающего заразными формами туберкулеза и нарушающего санитарно-противоэпидемический режим (ст. 10). Однако для этого руководитель медицинской противотуберкулезной организации обязан представить суду надлежащие письменные документы, бесспорно подтверждающие эти два обстоятельства.

<1> См.: Молчанов В.В. Свидетели и свидетельские показания в гражданском судопроизводстве. М., 2009. С. 400 - 401.

<2> СЗ РФ. 2001. N 26. Ст. 2581.

Оценка доказательств на предмет **достоверности** означает, что суд должен осознать их истинность в связи с происходящими в суде познавательными процессами посредством тщательной проверки, а также изучения источника получения доказательственной информации.

Восприятие **достаточности и взаимной связи доказательств** в их совокупности позволяет суду сопоставить составляющие доказательственной базы, проследить взаимообусловленность отдельных средств доказывания друг с другом, вследствие чего сделать вывод об их достоверности.

В свете изложенного по общему правилу под **судебным доказыванием следует подразумевать процессуальную деятельность лиц, участвующих в деле, и прежде всего сторон, основывающуюся на совокупности процессуальных прав и обязанностей, состоящую из указания на доказательства, а также представления, раскрытия, собирания, истребования, исследования и оценки доказательственного материала, цель которой убедить суд в истинности фактических обстоятельств дела** <1>.

<1> См.: Гурвич М.А. Лекции по советскому гражданскому процессу. С. 99; Ванеева Л.А. Указ. соч. С. 42; Болтуев С.Ш. Указ. соч. С. 8 - 9.

§ 3. Цели доказывания

Цели доказывания - это один из наиболее обсуждаемых в процессуальной науке аспектов доказывания. Конкуренция частных и публичных интересов в судопроизводстве делает эту проблему дискуссионной на протяжении десятилетий. Определение целей и их роли в механизме доказывания по гражданским и административным делам позволяет уяснить социальную роль доказывания, направленность доказательственной деятельности субъектов судопроизводства.

Сложность в решении вопроса о цели доказывания связана с системным характером самой цели доказывания: общая цель доказывания, цели доказывания отдельных субъектов, цели доказывания на отдельных стадиях процесса (промежуточные цели).

Принципиальное значение имеет общая цель доказывания. Исходя из выработанного в науке гражданского процессуального права понятия процессуальной цели <1> под целью доказывания по гражданским делам следует понимать закрепленный в нормах гражданского процессуального права общественно необходимый результат процессуальной деятельности суда и других субъектов доказывания, обеспечивающий правильное и своевременное установление фактических обстоятельств дела.

<1> См.: Жилин Г.А. Цели гражданского судопроизводства и их реализация в суде первой инстанции: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2000. С. 17; Он же. Правосудие по гражданским делам: актуальные вопросы. М., 2010. С. 59.

Вопрос о возможности установления судом действительных обстоятельств дела как цели доказывания в науке гражданского процессуального права относится к числу дискуссионных. Анализ научных работ позволяет выделить три направления в понимании цели судебного доказывания.

1. Цель доказывания - установление объективной истины по делу <1>.

<1> См.: Абрамов С.Н. Гражданский процесс. М., 1948. С. 48; Амосов С.М. Судебное познание в арбитражном процессе. М., 2003. С. 30; Треушников М.К. Судебные доказательства. М., 2005. С. 14; Боннер А.Т. Установление обстоятельств гражданских дел. М., 2000. С. 42 - 69; Он же. Закрепление принципа судебной истины в ГПК РФ // Lex russica: Науч. тр. МГБА. 2004. N 1. С. 154 - 172; Он же. Проблемы установления истины в гражданском процессе. СПб., 2009. С. 43 - 83; Курылев С. Понятие материальной истины в советском правосудии // Социалистическая законность. 1952. N 5. С. 39; Мурадян Э.М. Истина как проблема судебного права. М., 2002. С. 60 - 61.

Под объективной истиной понимается требование к суду об установлении обстоятельств, имеющих значение для дела, в том виде, какой был в действительности.

В практической деятельности есть субъективные и объективные факторы, которые не всегда позволяют получить в результате рассмотрения дела знания, адекватно отражающие события реальной жизни.

Следует отметить, что истина сама по себе не является задачей судопроизводства. Таковой выступает правильное и своевременное рассмотрение и разрешение гражданских дел в целях защиты нарушенных или оспариваемых прав, свобод и законных интересов граждан, организаций, прав и интересов Российской Федерации и ее субъектов. Истина как полное, реально-подлинное знание о предмете, т.е. о фактических обстоятельствах дела, не является конечной целью судопроизводства, а может быть лишь одним из элементов правоприменительного процесса. Решение по делу будет законным, обоснованным и справедливым только тогда, когда к правильно установленным фактическим обстоятельствам дела будут правильно применены нормы права.

Действующее процессуальное законодательство, по сравнению с законодательством советского периода, по-новому расставило акценты в деятельности субъектов доказывания. Суд освобожден от обязанности собирать доказательства. О.В. Баулин справедливо отметил, что возложение на судебные органы розыскных обязанностей несовместимо с общим правилом распределения бремени доказывания, да и вообще исключает необходимость распределения доказательственных обязанностей между сторонами. Судья-следователь проверяет основание иска, а потому объективно предполагает виновность ответчика, ориентирован в большей степени на удовлетворение исковых требований. Однако такой подход несовместим с состязательностью между сторонами и определяемыми ею правилами распределения доказательственных обязанностей <1>. В то же время на суд возлагается обязанность по созданию условий для всестороннего и полного рассмотрения обстоятельств дела, которая осуществляется в форме процессуального сотрудничества суда и юридически заинтересованных участников процесса. В частности, совместными действиями суда и лиц, участвующих в деле, формируется предмет доказывания, суд вправе определить, какие обстоятельства имеют значение для дела и какой из сторон они подлежат доказыванию. Задача суда состоит в том, чтобы, не ограничивая волеизъявления участвующих в деле лиц по представлению доказательств, создать им благоприятные условия в определении круга фактического и доказательственного материала, необходимого для разрешения дела. Осуществляя содействие сторонам, суд должен разъяснять указанным лицам их права и обязанности, предупреждать о последствиях совершения или несовершения процессуальных действий.

<1> См.: Баулин О.В. Бремя доказывания при разбирательстве гражданских дел. М., 2004. С. 73.

И.М. Зайцев отмечал, что в подлинно состязательном процессе достижение объективной достоверности относительно фактов, имеющих значение для правильного разрешения гражданского дела, невозможно, поскольку суд отстранен от выявления и сбора доказательств <1>. Современный гражданский процесс - состязательный процесс смешанного типа, который допускает определенную активность суда в процессе доказывания. Поэтому можно утверждать, что суд нацелен на достоверное установление обстоятельств дела. В то же время нельзя сказать, что по каждому гражданскому делу гарантированно устанавливаются реальные обстоятельства дела, т.е. объективная истина. Состязательный процесс содержит в себе ряд препятствий для установления действительных обстоятельств дела.

<1> См.: Зайцев И.М. Проблемы истины в гражданском процессе // Становление правового порядка в Российском государстве: реальность и перспектива (социально-правовые проблемы): Сб. науч. статей / Под ред. В.И. Новоселова. Саратов, 1995. С. 117.

Можно выделить обстоятельства, препятствующие установлению в гражданском процессе объективной истины.

Во-первых, нацеленность сторон не на установление истины, а на получение конкретного искомого результата. Истец обращается в суд не для торжества истины, а для достижения блага. В нередких случаях сторона заинтересована в сокрытии действительных обстоятельств дела. Следствием таких целей является процессуальная недобросовестность сторон.

Во-вторых, недостаточная взаимная информированность сторон о фактических обстоятельствах дела. Отсутствие обязательного обмена состязательными бумагами, четкой регламентации порядка раскрытия доказательств является серьезным препятствием к взаимной информированности сторон о фактических обстоятельствах дела.

В-третьих, правило допустимости доказательств значительно формализует процесс доказывания. Нормы материального права конкретизируют общее правило допустимости доказательств, закрепленное ст. ст. 60 и 68 ГПК. Законом закреплены требования к форме сделок (ст. ст. 158 - 165 ГК РФ), к оформлению имеющих юридическое значение действий (ст. ст. 667, 711, 743 ГК и др.). Устанавливая фактические обстоятельства дела, суд не имеет права учитывать сведения, содержащиеся в свидетельских показаниях, независимо от значимости переданной в них информации.

В-четвертых, суд обязан вынести решение по имеющимся доказательствам. Суд не может отказать в осуществлении правосудия, мотивируя это недостаточностью доказательств. В такой ситуации выводы суда носят преимущественно вероятностный характер.

Вопрос о цели доказывания тесно связан с проблемой достоверности и вероятности. Вероятность в гражданском судопроизводстве действует в случаях, пределах и направлениях, предусмотренных законом <1>. Частными случаями применения вероятных и маловероятных знаний в гражданском судопроизводстве выступают доказательственные презумпции и правовые фикции.

<1> См.: Барашков С.А. Достоверность и вероятность в советском гражданском процессе: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Л., 1986. С. 12.

Отмечая социальные последствия жесткой ориентации на установление объективной истины, Е.А. Борисова справедливо отметила: "...установление судом объективной истины не является самоцелью, в связи с чем "частная несправедливость не может быть опасна для государства". Но общее беспокойство, общее недоверие, вызванное вмешательством суда в частноправовые интересы подателя жалобы, могут, по образному выражению И. Бенгама, "поднять бурю и все перевернуть вверх дном". Законодатель должен обращать особое внимание на этот страх и вселять в народе глубокое чувство безопасности" <1>.

<1> Борисова Е.А. Правило о запрете поворота к худшему в гражданском процессе // Российская юстиция. 2007. N 1. С. 44.

2. Цель доказывания - установление формальной истины по делу <1>.

<1> См.: Васьковский Е.В. Учебник гражданского процесса. М., 1917. С. 89; Курылев С.В. Установление истины в советском правосудии: Дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1967. С. 18; Бернам У., Решетникова И.В., Ярков В.В. Судебная реформа: проблемы гражданской юрисдикции. Екатеринбург, 1996. С. 26; Резниченко И.М. Принцип формальной истины - процессуальная реальность // Актуальные проблемы государства и права на рубеже веков. Владивосток, 1998. С. 389 - 391.

Формальная истина - это знание суда о фактических обстоятельствах дела, основанное на представленных доказательствах, независимо от соответствия его объективной действительности.

Формальная истина - это не истина в философском смысле. Знания об обстоятельствах дела с философской точки зрения могут быть истинными или ложными. Однако в силу того, что они получены в порядке, установленном нормами гражданского процессуального права, они признаются истинными. В этом случае мы имеем дело с "фикцией истины", а решение, выносимое при этом, является формально-истинным <1>.

<1> См.: Олегов М.Д. Истина в гражданском процессе: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 1999. С. 14 - 15.

Таким образом, установление истины в современном гражданском процессе по каждому гражданскому делу не может быть достигнуто. Гражданское процессуальное законодательство содержит положения, свидетельствующие о возложении на суд обязанности устанавливать действительные обстоятельства дела. В то же время препятствия этому заложены как в самой гражданской процессуальной форме, так и в социальном назначении гражданского судопроизводства.

При общей направленности судебного познания на поиск истины суд в ряде случаев вынужден ограничиваться установлением лишь формальной истины, которая в реальности может соответствовать объективной истине, а может и не соответствовать <1>. В связи с этим правомерен вопрос о целесообразности использования самого понятия истины для определения цели функционирования механизма доказывания по гражданским делам. В одних случаях достигается объективная истина как соответствие человеческих знаний действительности, в других - формальная как знания, полученные в установленном законом порядке. Последняя рассматривается в качестве истины в философском понимании не может. "Истина в ее философском смысле не зависит от обоснованности выводов, содержащихся в судебном решении, способностей и возможностей познающих субъектов, включая суд, поскольку она имеет отношение к объективной реальности, а не к субъективному восприятию" <2>. "Формальная истина представляет собой псевдоистину" <3>.

<1> См.: Жилин Г.А. Правосудие по гражданским делам: актуальные вопросы. М., 2010. С. 469 - 470.

<2> Фурсов Д.А., Харламова И.В. Теория правосудия в кратком трехтомном изложении по гражданским делам. Т. 2: Гражданское судопроизводство как форма отправления правосудия. М., 2009. С. 136.

<3> Там же. С. 140.

Наиболее соответствующей современной модели гражданского процесса является понимание **цели доказывания как правильного и своевременного установления фактических обстоятельств дела**.

Судебная практика. По смыслу ст. 2 ГПК РФ под интересами законности, которые дают суду, рассматривающему дело, основания для выхода за пределы кассационной жалобы, следует, в частности, понимать необходимость обеспечения по рассматриваемому делу правильного применения норм материального и процессуального права <1>.

<1> Определение Верховного Суда РФ от 6 декабря 2016 г. N 5-КГ16-138 // СПС "КонсультантПлюс".

Понимание цели доказывания как правильного и своевременного установления фактических обстоятельств дела позволяет устранить расхождения между сторонниками объективной истины и истины формальной. Кроме того, для практики рассмотрения гражданских дел в судах общей юрисдикции принципиально важно одно: правильно и своевременно установить фактические обстоятельства дела, применить к ним нормы права и разрешить спор.

В науке процессуального права понятие "правильное установление фактических обстоятельств дела" рассматривается как оценочная категория. И.В. Решетникова отмечает, что "правильное" каждый субъект понимает по-своему: суд - со своей независимой, объективной позиции, стороны - согласно своему видению сути спора и доказательств <1>. В современном законодательстве данный термин перестает носить оценочный, субъективный характер. В соответствии со ст. 2 ГПК РФ задачами гражданского судопроизводства являются правильное и своевременное рассмотрение и разрешение гражданских дел в целях защиты нарушенных или оспариваемых прав, свобод и законных интересов граждан, организаций, прав и интересов Российской Федерации и ее субъектов.

<1> Решетникова И.В. Доказательственное право в гражданском судопроизводстве. С. 51.

Для юридической деятельности характерен определенный порядок, который должен быть оптимальным для совершения тех или иных процессуальных действий <1>. Оптимальный порядок установления фактических обстоятельств дела содержит программу юридической деятельности, нацеленную на всестороннее, полное и непосредственное исследование доказательств и в конечном счете на вынесение законного и обоснованного решения, обеспечивающего защиту права.

<1> См.: Карташов В.Н. Юридическая деятельность: проблемы теории и методологии: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1990. С. 11.

При определении правильности установления обстоятельств, имеющих значение для дела, следует исходить из понятия правильности рассмотрения гражданского дела, выработанного в теории гражданского процессуального права <1>.

<1> См.: Жилин Г.А. Понятие целевых установок в гражданском судопроизводстве // Журнал российского права. 1998. N 6; Богомолов А.А. Процессуальные гарантии правильности и своевременности рассмотрения и разрешения гражданских дел: Дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2004. С. 36.

Понятие правильности рассмотрения и разрешения гражданского дела с точки зрения механизма судебной защиты права отражает результат функционирования как механизма в целом, так и всех составляющих его элементов. Соответственно, правильное установление фактических обстоятельств дела как цель доказывания является итогом работы механизма доказывания в рамках гражданской процессуальной формы. Правильное установление обстоятельств дела требует выполнения следующих условий:

- соблюдение гражданской процессуальной формы доказывания;
- правильное применение норм материального и процессуального права, регулирующих доказывание;
- учет правовых позиций, сформированных судебной практикой;
- надлежащее (в соответствии с законом) осуществление субъективных прав и обязанностей участников познавательно-доказательственной деятельности в виде совершения процессуальных действий;
- использование методов доказывания, не противоречащих нормам права.

Обязательной характеристикой любой юридической деятельности, в том числе и доказательственной, является своевременность. В основе понятия своевременности лежит философская категория "время". В науке гражданского процессуального права временные связи и отношения используются в форме длительности, последовательности, одновременности, момента времени и датирования <1>.

<1> См.: Терпугова Е.М. Проблемы оперативности судебного разбирательства гражданских дел // Проблемы совершенствования советского законодательства: Тр. Вып. 31. М., 1985. С. 92 - 104; Богомолов А.А. Указ. соч. С. 41 - 42.

В юридической литературе под своевременным рассмотрением и разрешением судом гражданских дел принято понимать рассмотрение их в установленные гражданским процессуальным законом сроки <1>. Аналогичное толкование дает и судебная практика.

<1> См.: Осокина Г.Л. Гражданский процесс. Общая часть. М., 2003. С. 79; Жилин Г.А. Своевременность защиты прав в гражданском судопроизводстве // Теоретические и практические проблемы гражданского, арбитражного процесса и исполнительного производства. Краснодар; СПб., 2005. С. 45 - 47.

Судебная практика. Судам общей юрисдикции предписано принимать необходимые меры по устранению ошибок и упущений в применении законодательства о процессуальных сроках рассмотрения уголовных, гражданских дел и дел об административных правонарушениях, влекущих увеличение сроков судебного разбирательства дел, а также принимать иные меры воздействия вплоть до прекращения полномочий судей, допускающих факты волокиты. В постановлении указывается, что при осуществлении правосудия следует исходить из того, что несоблюдение установленных законом сроков производства по уголовным и гражданским делам существенно нарушает право граждан на судебную защиту, гарантированное Конституцией РФ и Конвенцией о защите прав человека и основных свобод (Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27 декабря 2007 г. N 52 "О сроках рассмотрения судами Российской Федерации уголовных, гражданских дел и дел об административных правонарушениях") <1>.

<1> Бюллетень Верховного Суда РФ. 2008. N 2.

Таким образом, законодательство, судебная практика и доктрина исходят из понимания своевременности как соблюдения установленных законом сроков для совершения отдельных процессуальных действий, так и рассмотрения и разрешения дела в целом.

"Своевременность установления фактических обстоятельств дела" является понятием более узким по сравнению с понятием "своевременность рассмотрения и разрешения гражданского дела" (если точнее, то первое - одно из условий второго). Соответственно, содержание своевременности установления фактических обстоятельств дела определяется содержанием понятия своевременности рассмотрения и разрешения гражданского дела.

Своевременное установление фактических обстоятельств дела означает, во-первых, представление и собирание доказательств в срок, установленный законом для отдельной стадии процесса или судопроизводства в целом, а также в срок, установленный судом для совершения отдельных действий по доказыванию; во-вторых, представление и исследование доказательств в тот момент развития процесса, на той стадии процесса, как это определено гражданским процессуальным законодательством.

Автор настоящей главы исходит из целесообразности **концентрации доказательственного материала в суде первой инстанции**, которая является проявлением в доказывании принципа концентрации процесса <1>. Это означает, что все доказательства должны представляться в суд первой инстанции. Суд первой инстанции располагает наиболее широкими возможностями исследования доказательств, что создает оптимальные условия для правильного установления фактических обстоятельств дела. Концентрация доказательственного материала в суде первой инстанции соответствует функциональному назначению этого суда - разрешению дела по существу. Установление фактических обстоятельств дела на проверочных стадиях процесса должно носить исключительный характер или отсутствовать вообще (в зависимости от вида пересмотра) и служить цели проверки правильности установления фактических обстоятельств дела судом первой инстанции.

<1> Подробнее об этом см.: Борисова Е.А. Концентрация процесса как принцип гражданского (арбитражного) процессуального права // Теоретические и практические проблемы гражданского, арбитражного процесса и исполнительного производства. Краснодар; СПб., 2005. С. 156 - 171; Васильковский Е.В. Курс гражданского процесса. Т. 1. С. 415; Малюкина А.В. Концентрация процесса - основа своевременного и правильного рассмотрения дела. М., 2009.

В рамках общей цели доказывания - правильного и своевременного установления фактических обстоятельств дела следует различать **промежуточные** цели, т.е. цели, которые стоят перед субъектами доказательственной деятельности на отдельных стадиях процесса. Особенности целей доказывания на отдельных стадиях судопроизводства не исключают специфики целей доказательственной деятельности **отдельных участников процесса**. Рассматривая вопрос о целях доказывания отдельных **субъектов** доказательственной деятельности, мы исходим из того, что субъектами доказывания являются суд и другие участники процесса, имеющие разную целевую направленность в процессе и осуществляющие соответственно несовпадающие функции. В связи с этим встает вопрос о целесообразности классификации целей доказывания в зависимости от целевой направленности деятельности отдельных субъектов доказывания.

В специальной литературе высказывалось мнение, что формулирование цели доказывания предполагает необходимость абстрагирования от индивидуальных задач конкретного участника процесса, поскольку сложно выделить процессуальную цель, которую ставит перед собой каждый участник судопроизводства <1>. Однако выделение общей цели доказывания не исключает наличия целей доказывания отдельных субъектов. Очевидная разнородность целей в доказывании (например, у суда, истца или ответчика) определяет необходимость выделения целей доказывания отдельных участников процесса. Именно цели, которые они перед собой ставят, обуславливают их функции в ходе судебного процесса, в том числе и в доказывании. Так, истец преследует цель защиты своих субъективных прав и интересов путем их подтверждения в решении суда и принуждения ответчика к совершению юридически значимых действий. Соответственно, целью его доказательственной деятельности является подтверждение при помощи доказательств наличия юридических фактов, на которые он ссылается в обоснование своих требований и возражений. Отсюда вытекает такая процессуальная функция истца, как обоснование исковых требований <2>.

<1> См.: Баулин О.В. Бремя доказывания при разбирательстве гражданских дел. С. 200.

<2> См.: Жилин Г.А. Цели гражданского судопроизводства и их реализация в суде первой инстанции. М., 2000. С. 69.

Процессуальные цели суда определяются задачами гражданского процесса (ст. 2 ГПК РФ). Цель участия суда в доказывании полностью совпадает с общей целью доказывания - правильное и своевременное установление фактических обстоятельств, имеющих значение для дела. В соответствии с данной целью определяются функции суда в доказывании в условиях состязательного судопроизводства - организация взаимодействия суда и лиц, участвующих в деле (процессуальное сотрудничество), и контроль за качеством доказывания и доказательств.

Несмотря на различие целей, стоящих перед отдельными субъектами доказывания, вся их деятельность ведется в рамках "целевой направленности правовых норм и осуществляется под контролем суда, обязанного санкционировать лишь такие действия других участников доказывания, которые отвечают их правам и обязанностям и целям судопроизводства" <1>. Поэтому цели отдельных субъектов доказывания следует рассматривать как элементы единой системы целей по гражданскому делу.

<1> Жилин Г.А. Цели гражданского судопроизводства и их реализация в суде первой инстанции: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. С. 59.

Как отмечалось выше, цели доказывания подразделяются на **непосредственные** и **отдаленные**. Непосредственная цель доказывания направлена на достижение результата собственно доказательственной деятельности - правильное и своевременное установление фактических обстоятельств дела. Отдаленные цели доказывания - конечные цели судопроизводства. Отдаленной целью доказывания является правильное и своевременное разрешение дела на основе установления обстоятельств, имеющих значение для дела, осуществление защиты права, устранение социальной неопределенности и приведение социальных отношений в соответствие с требованиями закона.

Отдаленная цель доказывания имеет и социальный аспект <1>. Социальное назначение доказывания в системе гражданской процессуальной деятельности, его роль в достижении задач судопроизводства в целом определяют конкретные направления гражданской процессуальной деятельности.

<1> О социальной задаче процессуальной деятельности арбитражного суда см.: Пацация М.Ш. Процессуальная деятельность проверочных инстанций арбитражного суда. Проблемы эффективности. М., 2008. С. 114.

Социальная потребность в осуществлении доказывания обусловлена состоянием конфликта, неурегулированностью общественных отношений. В ходе доказывания заинтересованное лицо, отстаивая свою позицию, стремится к устранению социальной неопределенности и приведению социальных отношений в соответствие с требованиями закона.

Одновременно необходимо учитывать, что социальные изменения, вызванные доказыванием, имеют обратную сторону. Измененные социальные отношения в окружении проигравшего правовой спор лица порождают у него негативное отношение к праву, доказыванию, правоприменению <1>. Для того чтобы доказывание выполнило свое социальное назначение, необходимо, чтобы в результате доказывания у суда, участников процесса и любого гражданина, имеющего сведения о конкретном процессе, существовало убеждение в правильности, достоверности установления обстоятельств дела и справедливости решения. Как отмечали Л. Кадье (Франция) и О. Чейз (США), характеризуя состояние современной научной разработки проблем доказательств и доказывания, "основное социокультурное значение доказывания (**proof**), наряду с его интеллектуальной функцией, заключается в получении утверждения, которое мы заранее принимаем. Функция доказывания - формирование убеждения, или, что то же самое, - получение одобрения. Обеспечивая достижение удовлетворяющего этому требованию относительно истинного знания, доказывание выполняет универсальную, не имеющую национальных границ функцию установления социальных связей, реализация которой может отличаться от страны к стране. Обладающее свойством **res judicata** судебное решение также не является абсолютно истинным (**truth**), оно только рассматривается в качестве такового в целях обеспечения социальной гармонии" <2>.

<1> См.: Новицкий В.А. Теория российского процессуального доказывания и правоприменение. Ставрополь, 2002. С. 259.

<2> Цит. по: Виноградова Е.А. Фундаментальные положения гражданского процессуального права // Современная доктрина гражданского, арбитражного процесса и исполнительного производства: теория и практика: Сб. науч. статей. Краснодар; СПб., 2004. С. 33 - 34.

Таким образом, цели доказывания представляют собой целостную систему, которая в свою очередь является элементом целевых установок всего гражданского и арбитражного процессов, административного судопроизводства.

§ 4. Юридические факты в структуре доказывания по гражданским и административным делам, экономическим спорам

Юридические факты выполняют двоякую роль в системе доказательственной деятельности. С одной

стороны, они выступают в виде правового средства, при помощи которого устанавливаются фактические обстоятельства дела. С другой стороны, установление юридических фактов, составляющих предмет и пределы доказывания, является конечным результатом функционирования механизма доказывания.

Считается, что впервые термин "юридический факт" ввел в научный оборот Ф.К. Савиньи. Он разработал понятие юридического факта как "события, которым обуславливается начало или конец правоотношения" <1>. Постепенно доктрина юридических фактов стала предметом исследования теории права как методологической основы правовой науки. В дальнейшем представители частных наук при разработке теории юридических фактов опирались на достижения общей теории права <2>. Такой подход представляется методологически оправданным, поэтому он будет использован в настоящей работе для исследования юридических фактов, что позволит, с одной стороны, выявить общие закономерности действия юридических фактов, с другой - выявить и учесть специфику их действия в механизме доказывания в гражданском и арбитражном процессах, с тем чтобы сформулировать основной теоретический вывод: имеется ли такая специфика или нет, а если имеется, то в чем она заключается и как может быть использована в нормотворческой и правоприменительной деятельности.

<1> Цит. по: Иоффе О.С. Правоотношение по советскому гражданскому праву // Избр. тр. по гражданскому праву. М., 2000. С. 623.

<2> См.: Данилин В.И., Реутов С.И. Юридические факты в советском семейном праве. Свердловск, 1989; Бакирова Е.Ю. Юридические факты в современном жилищном праве. М., 2006; Ярков В.В. Юридические факты в механизме реализации норм гражданского процессуального права. Екатеринбург, 1992; Полянская Н.Ю. Реализация принципа диспозитивности в механизме гражданского процессуального регулирования: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2005; и др.

Проблему юридических процессуальных фактов нельзя отнести к числу наиболее обсуждаемых в науке гражданского процессуального и арбитражного процессуального права. Ее разрабатывали В.Н. Щеглов <1>, А.Ф. Козлов <2>, Е.А. Крашенинников <3>, В.В. Ярков <4>.

<1> См.: Щеглов В.Н. Юридические факты, вызывающие возникновение и изменение гражданских процессуальных правоотношений // Тр. Томск. ун-та. Томск, 1966. С. 183; Он же. Гражданское процессуальное правоотношение. М., 1966.

<2> См.: Козлов А.Ф. Гражданские процессуальные права и обязанности суда первой инстанции и процессуальные юридические факты // Сб. учен. тр. Вып. 8. Свердловск, 1968.

<3> См.: Крашенинников Е.А. Юридические факты в гражданском процессуальном праве // Предмет процессуальной деятельности в суде и арбитраже. Ярославль, 1985.

<4> См.: Ярков В.В. Юридические факты в механизме реализации норм гражданского процессуального права.

Проведя критический анализ предшествующих исследований, В.В. Ярков выделил признаки юридических фактов, дающие в совокупности "обособленную характеристику данной правовой категории: они являются реальными жизненными обстоятельствами, закреплены в нормах права; могут быть достоверными либо дефектными; порождают конкретные правовые последствия; их познание и фиксация произведены в соответствующей правовой форме" <1>.

<1> Там же. С. 15 - 16.

В отличие от всех предыдущих исследователей, В.В. Ярков справедливо отметил, что юридические факты в гражданском процессе влекут за собой не только возникновение, изменение и прекращение правоотношений, но и другие правовые последствия (нормальное функционирование гражданского процессуального правоотношения, приостановление гражданских процессуальных правоотношений).

Рассматривая юридические факты как элемент гражданского процессуального регулирования, названный автор отводит им роль процессуального средства, приводящего в действие нормы гражданского процессуального права и вызывающего соответствующие правовые последствия <1>. Аналогичное мнение высказывают специалисты в области теории права и других отраслевых наук. Так, С.С. Алексеев рассматривает юридические факты как связующее звено между нормой права и конкретным правоотношением, "рычажок", который приводит нормы объективного права в движение <2>. С.Ф. Кечекиян отводит юридическим фактам роль условий осуществления права <3>. По мнению А.В. Малько и К.В. Шундикова, юридический факт - проводник правовой энергии <4>.

<1> См.: Ярков В.В. Юридические факты в механизме реализации норм гражданского процессуального права. С. 33.

<2> См.: Алексеев С.С. Односторонние сделки в механизме гражданско-правового регулирования // Антология уральской цивилистики (1925 - 1989 гг.). М., 2001. С. 56.

<3> См.: Кечекиян С.Ф. Правоотношения в социалистическом обществе. М., 1958. С. 169.

<4> См.: Малько А.В., Шундиков К.В. Цели и средства в праве и правовой политике. Саратов, 2003. С. 110.

Все указанные авторы рассматривают юридические факты как жизненные обстоятельства, предусмотренные нормами права. Их роль в механизме правового регулирования, в том числе гражданского процессуального (арбитражного процессуального) регулирования, состоит в приведении норм объективного права в действие, в результате чего наступают определенные правовые последствия.

Данный подход не может быть использован при рассмотрении юридических фактов в системе механизма гражданского процессуального или арбитражного процессуального регулирования. Понимание юридических фактов как реальных жизненных обстоятельств, предусмотренных нормами права, ставит эти факты за рамки гражданских процессуальных или арбитражных процессуальных правоотношений. Между тем давно доказано, что наряду с фактами, которые только определяют возможность конкретного правоотношения или служат основанием его возникновения, существуют факты реального взаимодействия сторон, составляющие содержание правоотношения <1>. "Жизненные обстоятельства", "связующее звено", "рычажок" не являются правовыми понятиями и, соответственно, не могут порождать правовых последствий. Они подчеркивают лишь одно - реальность факта.

<1> См.: Комиссаров К.И. К теории гражданско-процессуальных правоотношений // Краткая антология уральской процессуальной мысли. Екатеринбург, 2004. С. 257.

Действия участников доказательственной деятельности могут носить правомерный и неправомерный характер. Мы разделяем высказанное в специальной литературе мнение <1> о том, что в качестве юридических процессуальных фактов могут выступать как правомерные, так и неправомерные действия. Примерами неправомерных действий при установлении фактических обстоятельств дела являются лжесвидетельство, представление сторонами в кассационную инстанцию судов общей юрисдикции новых доказательств, если сторона имела возможность представить их в суд первой инстанции, отказ представить по запросу суда доказательства и др.

<1> См.: Ярков В.В. Юридические факты в механизме реализации норм гражданского процессуального права. С. 41 - 42.

События, т.е. не зависящие от воли людей явления окружающей действительности, рассматриваются в плоскости обстоятельств, подлежащих установлению по делу <1>. Факты-события в качестве элемента механизма доказывания выступать не могут. Трудно представить, что событие может выступать способом осуществления субъективных прав и обязанностей субъектов доказывания.

<1> Подробнее об этом см.: Чечина Н.А. Гражданские процессуальные правоотношения // Избр. тр. по гражданскому процессу. СПб., 2004. С. 63.

События сами по себе не могут порождать, изменять или прекращать процессуальные правоотношения - для этого необходимы волевые действия субъектов процесса. Событие является лишь предпосылкой для формирования волевого акта как юридического факта. Например, родители вправе отказаться от дачи свидетельских показаний (ч. 4 ст. 69 ГПК РФ). Факт рождения, например, истца от граждан А. и Б. сам по себе имеет лишь биологическое значение и не может рассматриваться как позитивное или негативное явление в правовом смысле. Юридическим фактом, порождающим правовые последствия, выступает акт государственной регистрации рождения ребенка от определенных родителей. В рассматриваемом примере имеет место фактический состав, в который входят два волевых действия: акт регистрации происхождения и волевое действие, выражающееся в волеизъявлении гражданина по осуществлению права на свидетельский иммунитет (ч. 4 ст. 69 ГПК РФ).

Таким образом, в качестве элемента механизма доказывания выступают действия участников познавательно-доказательственной деятельности, влекущие правовые последствия. Их деятельность носит волевой характер и направлена на достижение целей доказывания.

Юридические факты как элемент механизма доказывания в гражданском и арбитражном процессах определяют динамику доказывания. Это касается как последовательности смены этапов (стадий) доказывания, так и осуществления доказывания на отдельных стадиях гражданского и арбитражного процессов.

Роль юридических фактов предопределяется тем, что они связаны со всеми элементами механизма доказывания. Юридические процессуальные факты и фактические составы формируются нормами арбитражного процессуального, гражданского процессуального права, нормами материального права. При помощи юридических фактов реализуются права и обязанности субъектов доказывания, закрепленные нормой гражданского процессуального (арбитражного процессуального) права. В последующем конкретные действия субъектов доказывания по реализации прав и обязанностей ведут к появлению новых юридических процессуальных фактов. Действие механизма доказывания без юридических фактов невозможно. Именно юридические факты приводят в действие данный механизм. В этом состоит их основное назначение в механизме доказывания по гражданским делам.

Юридические факты обуславливают специфику доказывания в гражданском и арбитражном процессах, отражая роль принципов диспозитивности и состязательности в доказывании по гражданским делам. Так, ходатайство стороны об истребовании письменного или вещественного доказательства (ч. 2 ст. 57 ГПК РФ) является юридическим фактом, который детерминирует действия суда по истребованию доказательства непосредственно или путем выдачи стороне запроса для получения доказательства.

В процессуальных действиях субъектов доказывания находит проявление специфика метода доказывания.

Вопрос об особенностях метода правового регулирования в отдельных институтах доказательственного права уже рассматривался в настоящей работе. В данном случае следует подчеркнуть, что специфика юридических процессуальных фактов определяет особенности способов воздействия на субъектов доказывания. Так, дача сторонами и третьими лицами объяснений является действием по реализации своих состязательных прав. Соответственно, в институтах, регулирующих объяснения сторон и третьих лиц, преимущественное положение занимает такой способ правового регулирования, как дозволение, которое выражается в управомочивающих нормах. Стороны имеют право давать устные и письменные объяснения суду (ч. 1 ст. 35 ГПК РФ). Лица, участвующие в деле, вправе задавать друг другу вопросы (ч. 1 ст. 174 ГПК РФ).

В других специальных институтах (по отношению к общему) доказательственного права предпочтение отдается обязывающим нормам. Так, при подготовке дела к судебному разбирательству судья назначает экспертизу и эксперта для ее проведения (п. 8 ч. 1 ст. 150 ГПК РФ, ст. 135 АПК РФ). Лицо, назначенное экспертом, обязано явиться по вызову суда и ответить на вопросы, связанные с

проведенным исследованием и данным им заключением (ч. 1 ст. 85 ГПК РФ, ст. 55 АПК РФ). Определение суда о назначении экспертизы и эксперта является юридическим фактом, который в дальнейшем детерминирует деятельность эксперта.

Процессуальная деятельность (гражданская процессуальная, арбитражная процессуальная, уголовно-процессуальная) должна быть обоснована юридическими фактами. В ходе гражданского и арбитражного процессов осуществляется правосудие, затрагивающее интересы граждан, юридических лиц, общества, поэтому процессуальные действия, в том числе по доказыванию, должны быть обоснованы. Так, в суд кассационной инстанции доказательства допускаются только в том случае, если сторона сможет обосновать тот факт, что доказательства не могли быть представлены в суд первой инстанции (ч. 2 ст. 322 ГПК РФ).

В рамках гражданского и арбитражного процессов могут устанавливаться обстоятельства, влекущие не только процессуальные, но и материально-правовые последствия. Смерть стороны во время процесса является гражданским процессуальным и гражданско-правовым юридическим фактом, влечет последствия как для процессуальных, так и для иных материально-правовых отношений.

В специальной литературе обсуждается вопрос о последствиях игнорирования стороной обязанности по представлению доказательств. По мнению одних ученых, институт распределения бремени доказывания является институтом и процессуальным, и материально-правовым. Последствия неисполнения обязанностей по доказыванию лежат не только в процессуальной сфере, но и в материально-правовой <1>. По мнению других, неблагоприятные последствия для стороны в материально-правовых отношениях - результат ее действия в этих правоотношениях. "Одна и та же санкция в виде привлечения к гражданско-правовой ответственности не может быть следствием одновременно двух нарушений - причинения убытков и неисполнения возложенных законом доказательственных обязанностей" <2>.

<1> См.: Курылев С.В. Основы теории доказывания в советском правосудии. С. 112.

<2> Баулин О.В. Бремя доказывания при разбирательстве гражданских дел. С. 92.

Рассмотрение указанной ситуации с точки зрения последовательности возникновения юридических фактов позволяет разрешить дискуссию. Бездействие стороны в представлении доказательств является юридическим процессуальным фактом, который влечет другой юридический процессуальный факт - вынесение решения соответствующего содержания. Следовательно, неисполнение обязанности по доказыванию фактических обстоятельств дела является юридическим фактом, влекущим процессуальное последствие - вынесение судом решения, не благоприятного для стороны. Судебное решение в свою очередь является юридическим фактом, который наряду с гражданскими процессуальными последствиями влечет и иные последствия: гражданские исполнительные (обязанность исполнить решение), гражданские правовые. В соответствии с подп. 3 п. 1 ст. 8 ГК РФ гражданские права и обязанности могут возникать из судебного решения, определившего гражданские права и обязанности. Последствия гражданских процессуальных и арбитражных процессуальных фактов носят как процессуально-правовой, так и материально-правовой характер <1>.

<1> Обзор дискуссии по вопросу понимания судебного решения как юридического факта см.: Загайнова С.К. Судебные акты в механизме реализации судебной власти в гражданском и арбитражном процессе. С. 160 - 163.

Традиционно процессуальные юридические факты классифицируются по характеру выполняемых функций на правообразующие, правоизменяющие, правопрекращающие, правопрепятствующие, правоприостанавливающие, правообеспечительные, правовосстановительные <1>. Выделение правообразующих, правопрекращающих и правопрепятствующих юридических процессуальных фактов является актуальным и для механизма доказывания. Кроме того, юридические процессуальные факты как элемент механизма доказывания можно классифицировать по стадиям гражданского и арбитражного

процессов, по степени определенности последствий юридического факта, по форме реализации доказательственной позиции.

<1> См.: Ярков В.В. Юридические факты в механизме реализации норм гражданского процессуального права. С. 45.

По стадиям гражданского и арбитражного процессов юридические процессуальные факты можно подразделить на факты, действующие на стадии возбуждения гражданского дела в суде, на стадии подготовки дела к судебному разбирательству, на стадии судебного разбирательства, а также на проверочных стадиях процесса - производства в суде апелляционной, кассационной и надзорной инстанций. Действия субъектов доказывания на каждой стадии процесса детерминированы целью доказывания, которая стоит перед ними на конкретной стадии судопроизводства.

Процессуальная правовая ситуация меняется вследствие юридических фактов. Юридические факты обеспечивают динамику гражданских процессуальных и арбитражных процессуальных правоотношений, которые возникают между участниками процесса в связи с установлением фактических обстоятельств дела.

В полной мере все стадии доказывания и соответственно все виды действий участников доказывания представлены при рассмотрении дела в суде первой инстанции. Однако это не исключает доказательственной деятельности субъектов доказывания на проверочных стадиях процесса. Поэтому нельзя согласиться с утверждением В.В. Яркова о том, что доказательственная деятельность может иметь место только в суде первой инстанции <1>.

<1> Ярков В.В. Юридические факты в механизме реализации норм гражданского процессуального права. С. 44.

По степени определенности последствий юридические факты подразделяются на факты, последствия которых определены нормой права (например, ст. 57 ГПК РФ), и факты, последствия которых зависят от усмотрения суда (например, ч. 2 ст. 56, ст. 59, ч. 3 ст. 79 ГПК РФ; ч. 2 ст. 65, ст. 67 АПК РФ).

По форме реализации доказательственной позиции действия субъектов доказывания можно подразделить на положительные и отрицательные. Применительно к действиям участников доказывания как юридическим фактам следует отметить, что и те и другие обладают способностью порождать процессуальные правоотношения. Нормы гражданского процессуального права и арбитражного процессуального права связывают юридические последствия не только с наличием того или иного действия, но и с его отсутствием.

Положительные факты отражают существование какого-либо фактического обстоятельства. Так, наличие родственных отношений или обязанности хранить тайну исповеди является основанием для освобождения свидетеля от обязанности давать свидетельские показания (ст. 69 ГПК РФ, ч. 5 ст. 56 АПК РФ, ч. 3 и 10 ст. 51 КАС РФ). К числу положительных можно отнести заявление ходатайства об истребовании доказательств (ч. 3 ст. 57 ГПК РФ, ч. 4 ст. 66 АПК РФ, ч. 1 ст. 63 КАС РФ).

Специфические правовые последствия имеют отрицательные юридические факты. Так, уклонение стороны от участия в экспертизе, непредставление экспертам необходимых материалов и документов для исследования, если по обстоятельствам дела и без участия стороны экспертизу провести невозможно, дают суду право признать факт, для выяснения которого экспертиза была назначена, установленным или опровергнутым (ч. 3 ст. 79 ГПК РФ, ч. 5 ст. 77 КАС РФ). В случае невыполнения требования суда о представлении доказательств по причинам, признанным судом неуважительными, на виновных должностных лиц или граждан, не являющихся лицами, участвующими в деле, налагается штраф (ч. 3 ст. 57 ГПК РФ, ч. 5 ст. 63 КАС РФ, ч. 9 ст. 66 АПК РФ). Непредставление сторонами доказательств в суд первой инстанции является препятствием для их исследования судом апелляционной инстанции (ч. 2 ст. 308 КАС РФ, ч. 1 ст. 327.1 ГПК РФ, ч. 2 ст. 268 АПК РФ).

Элементами механизма доказывания в гражданском и арбитражном процессах, административном

судопроизводстве могут быть не только юридические процессуальные факты, но и юридические факты материально-правового характера. При этом последние включаются в механизм доказывания не самостоятельно, а в совокупности с процессуальными юридическими фактами как элемент фактического состава.

В специальной литературе фактический состав определяется как система юридических фактов, предусмотренных нормами права в качестве оснований для наступления правовых последствий (возникновения, изменения, прекращения правоотношений) <1>. Определение элементов этой системы имеет большое теоретико-познавательное значение, поскольку позволяет установить круг юридических фактов, образующих фактический состав, что является необходимым условием доказательственной деятельности, применения норм доказательственного права. В структуре фактического состава раскрываются особенности реализации норм доказательственного права в гражданском и арбитражном процессах. В отдельных случаях только совокупность юридических фактов, объединенных в фактический состав, влечет правовые последствия.

<1> См.: Исаков В.Б. Фактический состав в механизме правового регулирования. Саратов, 1980. С. 27.

В силу комплексного характера доказательственного права фактические составы, формирующиеся при установлении фактических обстоятельств дела, могут быть подразделены на два вида. Первый - фактические составы, которые включают действия, предусмотренные только нормами процессуального права. Второй - фактические составы, которые включают действия, регламентированные нормами как процессуального, так и материального права. К первому виду могут быть отнесены следующие составы: представление доказательств в суд апелляционной инстанции - представление лицами, участвующими в деле, доказательств в суд второй инстанции и непредставление этими же лицами доказательств в суд первой инстанции без уважительных причин; истребование письменных и вещественных доказательств - ходатайство стороны об истребовании доказательств и выдача судом запроса для получения доказательства.

Ко второму виду фактических составов можно отнести состав, связанный с представлением свидетельских показаний по спору, вытекающему из сделки, для которой предусмотрена обязательная простая письменная форма: факт заключения сделки в простой письменной форме (п. 1 ст. 162 ГК РФ), ходатайство стороны о вызове свидетеля в суд (ст. 149 ГПК РФ) и вызов свидетеля в суд (ст. 150 ГПК РФ).

В зависимости от волеизъявления фактические составы принято подразделять на фактические составы, включающие одно или несколько волеизъявлений субъектов - физических или юридических лиц; фактические составы, содержащие одно или несколько властных волеизъявлений должностного лица или компетентного органа; фактические составы, сочетающие властное волеизъявление компетентного государственного органа с невластными волеизъявлениями иных субъектов <1>.

<1> См.: Исаков В.Б. Фактический состав в механизме правового регулирования. С. 39.

Наиболее часто встречаются фактические составы, в которых представлены субъекты процесса с властными и невластными полномочиями. Это связано с особым значением процессуальных действий суда как основных процессуальных юридических фактов. Участники доказательственной деятельности ведут ее под контролем суда и во многих случаях с санкции суда. В связи с тем, что действия суда по установлению фактических обстоятельств носят характер либо контроля, либо процессуальной помощи, содействия сторонам в установлении фактических обстоятельств дела, формирующиеся при этом фактические составы имеют признаки так называемых связанных составов <1>.

<1> См.: Яркв В.В. Юридические факты в механизме реализации норм гражданского процессуального права. С. 64.

Нельзя не отметить, что определяющее значение в установлении фактических обстоятельств в гражданском и арбитражном процессах имеют процессуальные действия сторон и других лиц, участвующих в деле. Исключение составляет назначение судом экспертизы (ст. 79 ГПК РФ, ст. 82 АПК РФ, ч. 1 ст. 62 КАС РФ). В административном судопроизводстве роль суда более активна. Он имеет право истребовать доказательства по своей инициативе (ч. 1 ст. 63 КАС РФ).

Юридические факты выполняют в доказывании определенные функции. В специальной литературе выделяют различные функции юридических фактов <1>. Не ставя перед собой задачу анализа дискуссии по указанному вопросу, остановимся лишь на функциях юридических процессуальных фактов, которые они выполняют в механизме доказывания.

<1> См.: Исаков В.Б. Юридические факты в советском праве. С. 57 - 62; Он же. Юридические факты // Общая теория государства и права: Акад. курс. В 2 т. Т. 2: Теория права / Под ред. М.Н. Марченко. М., 1998; Ярков В.В. Юридические факты в механизме реализации норм гражданского процессуального права. С. 32 - 39; Синюков В.Н. Функции юридических фактов // Вопросы теории государства и права. 1988. Вып. 8. С. 144; Марданов Д.А. Юридические факты в механизме правового регулирования гражданских исполнительных правоотношений // Журнал российского права. 2006. N 10.

1. Функция обеспечения динамики установления фактических обстоятельств дела. Юридические процессуальные факты обеспечивают развитие процесса доказывания (от возникновения до прекращения), последовательность смены одного этапа другим, т.е. динамику доказывания, а также стабильность и устойчивость системы механизма доказывания.

2. Функция детерминации процессуальной деятельности субъектов доказывания состоит в порождении субъективных процессуальных прав и обязанностей субъектов доказывания. Так, заявление ходатайств об истребовании доказательства, вызове свидетеля, назначении экспертизы порождает соответствующие обязанности у суда. Правообразующие юридические факты обеспечивают реализацию права лиц, участвующих в деле, на оказание содействия со стороны суда в формировании фактической базы.

3. Функция обеспечения нормального функционирования механизма доказывания. Эту роль выполняют такие юридические процессуальные факты, как представление доказательства сторонами, разъяснение эксперту его прав и обязанностей и т.п.

4. Функция ограничения процессуальной деятельности участников доказывания по установлению фактических обстоятельств дела. Так, представление недопустимого средства доказывания препятствует использованию его для установления фактических обстоятельств дела (ч. 2 ст. 55 ГПК РФ).

Юридическим фактом, препятствующим установлению фактических обстоятельств дела, служит соглашение сторон о фактических обстоятельствах дела (ч. 2 ст. 70 АПК РФ).

5. Функция предварительного воздействия юридических фактов на процессуальные действия участников процесса доказывания. В правовой науке выделены две формы воздействия на поведение субъектов гражданского процессуального права: пассивно-предупредительная (с целью несовершения тех или иных процессуальных действий) и активно-стимулирующая (с целью совершить благоприятные по последствиям процессуальные действия) <1>. Названные формы воздействия могут быть в полной мере применены к субъектам доказывания. Так, ч. 3 ст. 57 ГПК РФ предусматривает ответственность лица за невыполнение требования суда о представлении доказательства по причинам, признанным судом неуважительными. При уклонении стороны от участия в экспертизе, непредставлении экспертам необходимых материалов и документов для исследования и в иных случаях, если по обстоятельствам дела и без участия этой стороны экспертизу провести невозможно, суд вправе признать факт, для выяснения которого экспертиза была назначена, установленным или опровергнутым (ч. 3 ст. 79 ГПК РФ). Пассивно-предупредительный характер носит факт предупреждения свидетеля об ответственности за отказ от дачи показаний и за дачу заведомо ложных показаний (ст. 176 ГПК РФ).

<1> См.: Исаков В.Б. Юридические факты в советском праве. С. 60; Ярков В.В. Юридические факты в механизме реализации норм гражданского процессуального права. С. 38.

Исследование вопросов предварительного воздействия на участников доказывания является весьма перспективным. Например, разработка системы мер предварительного воздействия с целью предупреждения злоупотребления процессуальными правами, системы мер по предупреждению лжесвидетельства.

В специальной литературе среди функций юридических процессуальных фактов указывают функцию обеспечения законности и функцию ограничения свободного усмотрения суда <1>. Авторы исходят из того, что юридическими фактами являются факты, закрепленные в норме права. "Наличие юридических фактов (в нормах с конкретными элементами) четко и ясно определяет характер по применению норм процессуального права. В относительно определенных и неопределенных нормах процессуальные юридические факты устанавливают границы судебного усмотрения при применении норм процессуального права" <2>.

<1> См.: Ярков В.В. Юридические факты в механизме реализации норм гражданского процессуального права. С. 37.

<2> Ярков В.В. Юридические факты в механизме реализации норм гражданского процессуального права. С. 39.

Указанный подход представляется спорным. Следует различать закрепленные в норме права возможные обстоятельства, влекущие правовые последствия, и реальные обстоятельства, возникающие в ходе рассмотрения гражданского дела. По справедливому мнению М.А. Рожковой, нормы права представляют собой общие правила, рассчитанные на неопределенный круг лиц и неограниченное число случаев, норма права абстрагирована от конкретных случаев и определяет эти правила исходя из правовой модели обстоятельства, которая возможна в реальности <1>. "Будущих фактов" не существует <2>.

<1> Рожкова М.А. Юридические факты в гражданском праве // Хозяйство и право. 2006. N 7 (приложение). С. 6 - 7.

<2> См.: Красавчиков О.А. Юридические факты в советском гражданском праве. М., 1958. С. 50.

Закрепленные в нормах права абстрактные правила, конечно, определяют характер действий субъектов судопроизводства, но в силу только этого обстоятельства рассматриваться в качестве юридических процессуальных фактов не могут. Юридический процессуальный факт - это реально существующее обстоятельство, проявившееся в виде конкретных действий субъектов гражданского или арбитражного процесса и подпадающее под действие соответствующей нормы. В частности, ч. 2 ст. 57 ГПК РФ, ч. 2 ст. 66 АПК РФ, ч. 1 ст. 63 КАС РФ закрепляют право стороны заявить суду ходатайство об истребовании доказательства. Указанные нормы предусматривают общее для всех случаев правило. Однако юридическим процессуальным фактом, влекущим возникновение у суда обязанности истребовать доказательство, является реально существующее во времени и пространстве процессуальное действие в виде ходатайства об истребовании конкретного доказательства.

Модель обстоятельства, закрепленная нормой права, безусловно, включается в механизм гражданского процессуального регулирования, но в качестве другого элемента - нормы права. В качестве юридических фактов выступают только реальные действия субъектов гражданского и арбитражного процессов.

В специальной литературе в качестве функций юридических фактов указывают познавательную, прогностическую и мотивационную. При этом отмечается, что через данные функции юридические факты оказывают воздействие на формирование правосознания. По мнению И.В. Кутюхина, познавательная функция юридических фактов состоит в формировании у субъекта процесса знаний о существующем и

возможном правовом положении и обстоятельствах, детерминирующих то или иное правовое положение. Прогностическая функция заключается в прогнозировании собственных действий и действий других лиц и их последствий на основании знаний об обстоятельствах дела и праве. Мотивационная функция сводится к тому, что юридические факты являются мотивом поведения субъектов процесса <1>. Автор приведенной позиции верно указал на связь юридических фактов и правосознания. Но этого недостаточно для выделения их в качестве функций юридических фактов. В данном случае следует говорить о познавательной и регулятивной функциях правосознания. Юридические факты являются одним из источников накопления знаний. Моделирование своего поведения на основании знания о праве и сведений о фактических обстоятельствах дела есть не что иное, как проявление правосознания в процессе реализации права. Мыслительная деятельность субъектов процесса (уголовного, гражданского, арбитражного), их отношение к праву (правовым моделям обстоятельств) и реальным фактам (фактам-явлениям) относятся к сфере правовой идеологии и правовой психологии.

<1> См.: Кутюхин И.В. Юридические факты в механизме уголовно-процессуального регулирования: Дис. ... канд. юрид. наук. Владивосток, 2004. С. 106 - 107.

Изложенное выше позволяет сделать следующие выводы:

1) фактами, порождающими правовые последствия, могут быть только действия лиц, являющихся участниками доказывания;

2) действия суда, иных участников доказывания, порождающие соответствующие правоотношения и являющиеся способом осуществления их субъективных прав и обязанностей (юридические процессуальные факты), регулируются нормами процессуального и материального права;

3) последовательность наступления юридических фактов предусмотрена нормами гражданского процессуального или арбитражного процессуального права и определяется целями как доказывания, так и судопроизводства в целом.

§ 5. Методы доказывания

Вопрос о методах представляется одним из главных в теории доказывания. "Метод - в широком смысле - это способ познания действительности, способ изучения явлений природы или общественной жизни, способ достижения какой-либо цели, решения задачи" <1>. В.М. Сырых, рассматривая метод как самостоятельный компонент общей теории права, указывает его содержание - определенный набор, система правил, принципов познания, которые основываются на познанных объективных закономерностях и ориентируют исследователя на получение новых объективно-истинных знаний. Правила, принципы познания составляют содержание конкретных приемов, способов познания, используемых для решения какой-либо познавательной задачи - сбора информации, обобщения, абстрагирования и др. <2>. К.К. Жоль говорит о методе двояко: как о совокупности способов действий по достижению поставленной цели и как о совокупности инструментов <3>. Приведенные высказывания могут быть полностью применимы к методам доказывания, поскольку доказывание как разновидность познания имеет в основе своей мыслительную деятельность.

<1> Россинская Е. Криминалистика. М., 1999. С. 15.

<2> Сырых В.М. Метод общей теории права: Дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1995. С. 27 - 28.

<3> См.: Жоль К.К. Логика для юристов. М., 2004. С. 82.

Определение методов доказывания позволяет ответить на вопрос о том, какими способами субъекты доказывания устанавливают фактические обстоятельства дела. Методы доказывания - это практическая составляющая механизма доказывания по гражданским делам. К.К. Жоль справедливо отметил, что методы являются воплощением единства познающего субъекта и объекта познания с учетом того, что в любом виде человеческой (орудийной) деятельности одновременно изменяются объекты,

раскрывая свои свойства, и субъекты, обогащаясь новыми знаниями о предметном мире. Метод не есть нечто самостоятельное и независимое от субъекта <1>.

<1> Там же. С. 80 - 81.

Деятельность субъектов доказывания проявляется вовне в виде методов (способов, приемов) доказывания. Однако за однотипными формами фактического поведения стоят качественно разные переживания субъекта доказывания, мысли и чувства. Следовательно, деятельность субъектов доказывания включает в себя не только внешне наблюдаемые способы доказывания, но и внешне ненаблюдаемые мыслительные процессы. Судебное доказывание - это единство внутреннего и внешнего, психического и физического <1>.

<1> Китов А.И. Психология управления. М., 1979. С. 86.

В процессе доказывания применяется широкий спектр методов: диалектический; логические; психологического воздействия; криминалистические; кибернетические; методы, используемые для анализа экономического положения юридического лица; методы, относящиеся к компетенции специалистов соответствующего медицинского профиля, и многие другие.

Методы доказывания применяются в пределах, специально регламентированных законом. Нормы гражданского процессуального и арбитражного процессуального права являются определяющим фактором в применении методов доказывания. Во-первых, АПК РФ, ГПК РФ и КАС РФ устанавливают общий порядок рассмотрения гражданских дел в суде общей юрисдикции и арбитражном суде. В зависимости от стадии процесса и вида судопроизводства, категории дела определяется система применяемых методов доказывания. Например, по делам о возмещении вреда действует презумпция вины причинителя вреда, перераспределяющая обязанности по доказыванию, что в свою очередь влияет на методы доказывания, применяемые сторонами. Во-вторых, АПК РФ, ГПК РФ и КАС РФ исчерпывающе определяют круг процессуальных действий, с помощью которых осуществляется процесс доказывания. Большинство процессуальных действий происходят по усмотрению субъектов доказывания. В отношении некоторых (например, психиатрическая экспертиза) закон содержит императивные указания. Доказывание ведется только с помощью тех средств, которые допускает закон. В-третьих, в АПК РФ, ГПК РФ и КАС РФ содержится общая характеристика предмета доказывания, на основе которой определяются обстоятельства, подлежащие установлению по делу (категории дел), и система соответствующих методов.

Каждая сторона занимает свою позицию в доказывании <1>. В зависимости от того, что сторона требует или ожидает от суда в качестве фактического основания решения, она выбирает те или иные методы доказывания.

<1> См.: Резниченко И.М. Психологические аспекты искового производства. Владивосток, 1989. С. 89 - 92.

Действия по собиранию доказательств могут осуществляться не только сторонами, но и их представителями, а также частными детективами (ст. 3 Закона РФ от 11 марта 1992 г. N 2487-1 "О частной детективной и охранной деятельности в Российской Федерации" <1>, п. 3 ст. 6 Федерального закона от 31 мая 2002 г. N 63-ФЗ "Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации").

<1> Ведомости СНД и ВС РФ. 1992. N 17. Ст. 888; СЗ РФ. 2002. N 12. Ст. 1093; 2003. N 2. Ст. 167; 2005. N 24. Ст. 2313; 2006. N 30. Ст. 3294; 2007. N 31. Ст. 4011; 2008. N 52 (ч. 1). Ст. 6227.

Действия, совершаемые частным детективом или адвокатом, оказывающим юридическую помощь по делу, осуществляются вне гражданских процессуальных и арбитражных процессуальных

правоотношений. Их специфика состоит в том, что процессуальные Кодексы не предъявляют требований, относящихся к процессуальной форме их производства, но придают результатам таких действий процессуальный характер. Следовательно, действия, совершаемые вне гражданских процессуальных и арбитражных процессуальных отношений, имеют значимый для судопроизводства результат и включаются в механизм доказывания через процессуальные действия субъектов доказательственной деятельности.

Методы доказывания не всегда и не в полной мере устанавливаются законом. Методы доказывания могут быть подразделены на методы, непосредственно закрепленные в процессуальном законе, и методы, не регламентированные процессуальным законодательством. К непосредственно закрепленным в процессуальном законодательстве относятся методы, которые осуществляются с помощью процессуальных действий, регламентированных ГПК РФ, АПК РФ и КАС РФ.

К числу методов, непосредственно закрепленных в процессуальном законе, можно отнести: представление доказательств лицами, участвующими в деле (ст. 66 АПК РФ, ст. 62 КАС РФ); истребование доказательств по запросу суда, основанному на ходатайстве лиц, участвующих в деле (ст. 57 ГПК РФ, ст. 66 АПК РФ, ст. 63 КАС РФ); ознакомление с письменными доказательствами (ст. 162 АПК РФ); осмотр вещественных доказательств (ст. 58 ГПК РФ, ст. 162 АПК РФ); назначение экспертизы (ст. ст. 79, 80 ГПК РФ, ст. 82 АПК РФ); судебное поручение (ст. 62 ГПК РФ, ст. 73 АПК РФ, ст. 66 КАС РФ); заслушивание или оглашение объяснений лиц, участвующих в деле, постановка перед ними вопросов (ст. 174 ГПК РФ, ст. 162 АПК РФ, ст. 159 КАС РФ); допрос свидетеля (ст. ст. 176 - 180 ГПК РФ, ст. 162 АПК РФ, ст. 161 КАС РФ), оглашение заключения эксперта и постановка вопросов перед ним (ст. 187 ГПК РФ, ст. 162 АПК РФ, ст. 168 КАС РФ) и некоторые другие.

Второй вид методов, используемых в доказывании, прямо не предусмотрен гражданским процессуальным и арбитражным процессуальным законодательством. Однако это не дает основания для признания их непроцессуальными. Они включаются в механизм доказывания посредством процессуальных действий, осуществляемых участниками доказательственной деятельности. Поэтому методы доказывания, непосредственно закрепленные в процессуальном законе, выступают в качестве процессуальной формы, в рамках которой применяются методы, не регламентированные процессуальным законодательством. Последние методы имеют ярко выраженную познавательную сущность. К ним относятся логические, психологические, экономические, криминалистические и другие методы.

В ГПК РФ, АПК РФ и КАС РФ определяются процессуальные формы применения этих методов. Так, гражданское процессуальное, арбитражное процессуальное и административное процессуальное право в общих чертах регламентирует порядок допроса свидетеля, однако в законе ничего не говорится о том, в какой последовательности целесообразно задавать ему вопросы. ГПК РФ предусматривает возможность осмотра вещественных доказательств по месту их нахождения. При этом применяется метод наблюдения.

Научные положения, разрабатываемые специальными отраслями знания, дополняют и обогащают процессуальные нормы. Методы и приемы, применяемые в доказывании, должны отвечать определенным требованиям. В.Г. Тихиня, рассматривая пределы и условия применения криминалистических методов, приемов и средств в гражданском судопроизводстве, указал, что они должны быть законными, научно обоснованными, соответствовать морально-этическим воззрениям <1>. Данное утверждение справедливо в отношении не только криминалистических методов, но и иных методов, используемых в доказывании.

<1> См.: Тихиня В.Г. Теоретические проблемы применения данных криминалистики в гражданском судопроизводстве. Минск, 1983. С. 18 - 20.

На формирование цивилистической методологии как раздела теории доказывания большое влияние оказывает судебная практика. Она выбирает из всего многообразия существующих методов те, которые являются необходимыми для установления обстоятельств дела по той или иной категории дел. В то же время применение в судебной практике определенного метода является показателем его эффективности для установления фактических обстоятельств дела.

В иерархии методов, не регламентированных процессуальным законодательством, базовым является диалектический метод. Не все аспекты гражданского процессуального познания урегулированы

законом. Различные формы рациональной мыслительной деятельности, пронизывающие всю познавательную деятельность, по-разному действуют на ее уровнях, этапах <1>. Поскольку эти формы не имеют специфического проявления в судопроизводстве, подчиняются общим правилам человеческого мышления, то процессуальный закон их не регламентирует. Этим объясняется непосредственность обращения к диалектическому методу познания. Как отметил З.З. Зинатуллин, "было бы неправильным делать вывод о том, что диалектика вообще не имеет отношения к решению непосредственных проблем познания, ибо в ней на основе глубокого анализа данных самых различных наук, взятых к тому же в своем историческом развитии, раскрываются общие для всех изучаемых явлений свойства, связи, отношения, законы. Опираясь на них, можно проникнуть в сущность явлений, выдвинуть некоторые предположения о свойствах, связях и отношениях изучаемого объекта" <2>. Значение общей методологии в современном познании определяется двумя обстоятельствами: во-первых, процессом интеграции и дифференциации знания в различных областях науки и, во-вторых, функцией ориентира на пути познания <3>. Поэтому нельзя ограничиваться исключительно профессиональными знаниями, специальными юридическими методами и не подходить к праву с позиций более общего диалектического метода <4>. Методологическое значение философии проявляется в том, что она позволяет исследователю выбрать наиболее рациональный метод. На выбор метода оказывают влияние цель и объект познания. Специфические качества объекта помогают выбирать те или иные методы познания. Гегель по этому поводу писал: "Метод не есть нечто отличное от своего предмета и содержания" <5>.

<1> См.: Давлетов А.А. Основы уголовно-процессуального познания. С. 11 - 12.

<2> Зинатуллин З.З., Егорова Т.З., Зинатуллин Т.З. Уголовно-процессуальное доказывание. Концептуальные основы. Ижевск, 2002. С. 29.

<3> См.: Гладилин А.П. Познание мира как предмет философии. Проблемы истины и практики в современном в философском и научном познании. М., 2001. С. 10.

<4> См.: Нижечек В.И. Материалы к изучению курса "Философия права". Иркутск, 2001. С. 8.

<5> Гегель Г.В.Ф. Наука логики // Собр. соч. М., 1970. Т. 1. С. 108.

При анализе роли диалектического метода в механизме доказывания по гражданскому и административному делу следует указать на значение логических методов познания. ГПК РФ и АПК РФ включают в себя логические действия субъектов доказывания, образующие в совокупности их логическую деятельность, которая представлена индуктивным и дедуктивным методами.

Индукция занимает значительное место среди методов доказывания <1>. Используя ее инструментарий, субъекты доказывания определяют направления своей деятельности. Однако выводы, которые делаются на основе индукции, носят вероятный, предположительный характер.

<1> Там же. С. 196 - 197.

В специальной литературе, посвященной проблемам логики, в качестве инструментария индукции называют ее методы: сходства, различия, сопутствующих изменений, остатка. Каждый из названных методов может демонстрировать роль индукции в доказывании по гражданским делам.

Метод сходства гласит: "Если наблюдаемые случаи какого-либо явления имеют общим лишь одно обстоятельство, то оно и есть, очевидно, причина данного явления" <1>. Правило различия устанавливает, что "если случаи, при которых явление, соответственно, наступает или не наступает, различаются только одним предшествующим обстоятельством, а все другие обстоятельства тождественны, то вероятно, что именно это обстоятельство и есть причина данного явления" <2>.

<1> Гетманова А.Д. Логика для юристов. М., 2007. С. 267.

<2> Там же. С. 268.

Правило сходства и различия является хорошим приемом для установления действительных обстоятельств дела и исключения недостоверных доказательств. Доказательствами по гражданскому делу являются сведения о фактах, на основании которых суд устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств, обосновывающих требования и возражения сторон, а также иные обстоятельства, имеющие значение для правильного рассмотрения дела.

Факты предмета доказывания определяются нормой материального права. Поэтому факты, которые стремятся доказать стороны и другие лица, участвующие в деле, одни и те же. Различаются лишь сведения, сообщаемые о них сторонами.

Судьи достаточно часто встречаются с противоречиями в сведениях о фактах, содержащихся в тех или иных средствах доказывания. Если доказательства А., Б., С. совпадают по содержанию, то сведения о факте, содержащиеся в этих доказательствах, устанавливают этот факт. При этом доказательство Д., не совпадающее по содержанию с доказательствами А., Б. и С., признается недостоверным.

Метод сходства лежит в основе понятия "необходимые доказательства". Если предшествующим опытом установлено, что с помощью определенной системы доказательств устанавливаются фактические обстоятельства по определенной категории дел, то это можно принять в качестве стандарта при последующем рассмотрении дел, относящихся к этой категории.

Правило сходства (наряду с другими теоретическими и практическими обобщениями) лежит в основе формирования доказательственных презумпций. Как правило, лицо, причинившее вред, является виновным (п. 2 ст. 1064 ГК РФ). Однако если будет установлено, что лицо причинило вред в состоянии невменяемости или при наличии обстоятельств, исключаящих его вину, то суд придет к выводу о его невиновности (правило различия) <1>.

<1> См., например: Определение Верховного Суда РФ от 19 мая 2006 г. по делу N 24-В06-2 // СПС "КонсультантПлюс".

Метод сопутствующих изменений устанавливает, что если изменение одного обстоятельства всегда вызывает изменение другого, то, вероятно, первое обстоятельство есть причина второго <1>. Это правило применяется тогда, когда невозможно использовать правила сходства и различия. Примером применения метода сопутствующих изменений может служить Постановление Федерального арбитражного суда Центрального округа по делу ОАО "Рязанская кинокопировавшая фабрика" к индивидуальному предпринимателю Иванову А.В.: "Судебная коллегия считает, что спорная сделка по передаче имущества в аренду была направлена на обеспечение сохранности имущества должника, получившего доход в результате избранного арбитражным управляющим способа сохранения имущества.

<1> См.: Гетманова А.Д. Указ. соч. С. 270.

Учитывая, что передача в аренду нежилых помещений не влечет уменьшение конкурсной массы, а, напротив, способствует ее увеличению за счет арендных платежей, а также что нормы Федерального закона от 26 декабря 2002 г. N 127-ФЗ "О несостоятельности (банкротстве)" не содержат запретов по заключению договоров аренды, суд первой инстанции пришел к обоснованному выводу о том, что договор аренды от 1 февраля 2006 г. N 62 не может быть признан недействительным" <1>.

<1> Постановление ФАС Центрального округа от 7 декабря 2006 г. по делу N А54-1796/2006-С9 // СПС "КонсультантПлюс".

Сущность метода остатка сводится к следующему. По конкретному делу мы имеем систему доказательств, включающую доказательства **А, В, С**, которые относятся к предшествующему опыту. Дан

ряд признаков предмета доказывания **a**, **b**, **c**, которые мы относим к последующему опыту. Из предшествующего опыта нам известно, что **A** есть причина **a** и **B** есть причина **b**, тогда в остатке мы получаем, что **C** есть причина **c** <1>.

<1> См.: Гетманова А.Д. Указ. соч. С. 270.

В силу действия принципа состязательности метод остатка может применяться лишь косвенно. Каждая сторона должна доказать свои требования. Однако при недоказанности обстоятельств дела путем исключения доказательств суд может сделать вывод об отсутствии доказательств, подтверждающих тот или иной факт предмета доказывания. Так, Тринадцатый арбитражный апелляционный суд в постановлении по делу о возмещении ущерба причиненного утратой груза указал, что представленные истцом доказательства устанавливают ряд фактов предмета доказывания, но не позволяют установить факт выдачи контейнера лицу, указанному истцом в заявке, так как ответчиком в материалы дела представлена копия акта приема-сдачи контейнера, который не может быть положен в основу судебного решения в качестве доказательства надлежащего исполнения ответчиком своих обязательств по выдаче контейнера, поскольку в графе "получил" имеется нечитаемый знак, который не является подписью представителя истца, а в графе "получил" отсутствует расшифровка подписи лица, забравшего груз, что не позволяет идентифицировать лицо, которому был передан контейнер <1>.

<1> Постановление Тринадцатого арбитражного суда от 20 сентября 2017 г. по делу N А56-87447/2016 // СПС "КонсультантПлюс".

Дедуктивный метод применяется, как правило, после того, как накоплен фактический материал по делу, с целью более глубокого познания полученных данных, их систематизации, строгого выведения из исходных предположений всех следствий.

В отличие от индукции дедукция способствует установлению не вероятного умозаключения, а достоверного. В дедуктивных умозаключениях связи между посылками и заключением представляют собой формально-логические законы, в силу чего при истинных посылках заключение всегда оказывается истинным. Связи по формам между посылками и заключением в индуктивных умозаключениях обеспечивают получение только правдоподобного заключения при истинных посылках <1>.

<1> См.: Ивлев Ю.В. Логика для юристов. М., 2005. С. 78.

Частным случаем дедуктивных умозаключений являются условно логические умозаключения. Это умозаключения, в которых одна посылка - условное суждение, а вторая посылка совпадает с основанием или следствием условного суждения или же с результатом отрицания основания или следствия условного суждения. В свою очередь, условно-категорические умозаключения подразделяются на умозаключения с утверждающим модусом (**modus ponens**) и отрицающим модусом (**modus tollens**).

Схема первого умозаключения:

Если **A** есть **B**, то **C** есть **D**,
 A есть **B**
Следовательно, **C** есть **D**

В контексте настоящего исследования можно привести следующий пример.

Если гражданин А. причинил вред имуществу гражданина В., то он виновен и подлежит привлечению к гражданской правовой ответственности.

Гражданин А. причинил вред имуществу гражданина В.

Следовательно, гражданин А. виновен и подлежит привлечению к гражданской правовой

ответственности.

Данное умозаключение называется утверждающим потому, что в нем основание полагается, утверждается, а в меньшей посылке содержится утверждение основания. Вследствие того, что утверждается основание, утверждается также и следствие, потому что в данном случае основание есть причина следствия, а заключение является утвердительным.

Схема отрицающего модуса выглядит следующим образом:

Если **A** есть **B**, то **C** есть **D**,
C не есть **D**
Следовательно, **A** не есть **B**

Применительно к рассматриваемому примеру это выглядит следующим образом.

Если гражданин А. причинил вред имуществу гражданина В., то он виновен и подлежит привлечению к гражданской правовой ответственности.

Гражданин А. не виновен в причинении вреда и не подлежит привлечению к гражданско-правовой ответственности.

Следовательно, гражданин А. не причинял вреда имуществу гражданина В.

Метод дедукции активно используется при решении вопросов, которые ставит перед собой судья при вынесении решения, а именно: верно ли установлены обстоятельства, имеющие значение для правильного рассмотрения дела; правильно ли определены доказательства; достаточно ли собранных доказательств; исследована ли взаимная связь доказательств в их совокупности; правильно ли установлены искомые факты.

Среди логических методов представляется актуальным для гражданского и арбитражного процессов, административного судопроизводства метод аргументации.

Следственно-состязательный процесс, ориентированный на установление объективной истины, полностью соответствовал учению логики о доказательстве. Современное понимание доказывания в условиях состязательной борьбы сторон в отдельных случаях позволяет говорить не только о доказательстве в логическом смысле, но и об аргументации как логической основе процесса доказывания.

В логике доказательство рассматривается как одна из разновидностей аргументации <1>. Понятие "аргументация" является более широким (родовым), нежели понятие "доказательство" <2>. В качестве обоснования заявленной позиции можно привести следующие положения.

<1> См.: Михалкин Н.В. Логика и аргументация в судебной практике. М.; СПб., 2004. С. 207 - 250.

<2> В специальной литературе высказывается мнение о том, что доказательство не является разновидностью аргументации. Это сужает область аргументации (см.: Perelman Ch. The New Rhetoric and the Humanities. Dordrecht, 1979. P. 10).

Аргументация - это операция обоснования каких-либо суждений, практических решений или оценок, в которой наряду с логическими применяются также речевые, эмоционально-психологические и другие внелогические методы и приемы убеждающего воздействия <1>. Через тактику аргументации "активная" сторона реально актуализирует собственное видение рассматриваемого вопроса, осуществляет передачу не только идей, но и манер, привычек, стиля мышления <2>. В состязательном судопроизводстве сторона должна убедить суд в обоснованности своей позиции. При этом могут использоваться не только логические, но и психологические приемы воздействия, представление и оперирование доказательствами по собственному усмотрению в рамках гражданской (арбитражной) процессуальной формы.

<1> См.: Кириллов В.И., Старченко А.А. Логика. М., 2009. С. 172.

<2> См.: Михалкин Н.В. Указ. соч. С. 228.

Цель доказывания - правильное и своевременное установление фактических обстоятельств дела. В отличие от доказательства аргументация допускает определенную степень вероятности. "Нередко аргументатор стремится обосновать тезис лишь с некоторой степенью вероятности, а иногда и вовсе ввести в заблуждение реципиента" <1>. Это в определенной мере можно отнести и к процессу судебного доказывания. Современное законодательство, как было отмечено ранее, допускает вынесение судебного решения на основе вероятных знаний. Кроме того, стороны не несут ответственности за недостоверность предоставляемой суду информации. Таким образом, цель аргументации и цель доказывания не совпадают. Если же целью аргументационной конструкции может оказаться выведение истинности тезиса из истинных оснований, то в этом случае цели аргументации и доказательства идентичны. В то же время аргументация, основанная на правдоподобных рассуждениях, дает лишь частичное обоснование выдвигаемым утверждениям, мыслям или предположениям. В связи с этим аргументация более точно отражает логические процессы, происходящие в современном состязательном судопроизводстве. При этом доказательную форму аргументации принято называть дедуктивной, или демонстративной, а аргументацию, допускающую правдоподобные или вероятностные рассуждения, - недемонстративной, или индуктивной <2>. Поэтому судебные решения, допускающие вероятные знания, следует рассматривать как основанные на недемонстративных аргументах. В зависимости от избранной субъектом доказывания тактики может применяться метод прямого аргументирования, метод противоречий, метод извлечения выводов, метод демонстрации, метод кусков <3>.

<1> Алексеев А.П. Аргументация. Познание. Обобщение. М., 1991. С. 53.

<2> См.: Рузавин Г.И. Методологические проблемы аргументации. М., 1997. С. 93 - 94.

<3> См.: Сергеечева В. Как говорить убедительно: стратегия и тактика общения. СПб., 2002. С. 165 - 182.

В специальной литературе неоднократно отмечалось сочетание мыслительной и процессуальной деятельности в судебном доказывании <1>. Эти стороны процессуального доказывания находятся в диалектическом единстве. Тезис о взаимодействии практической и мыслительной деятельности равнозначно относится не только к суду, но и к участвующим в деле лицам. Нарушение процессуальных норм или законов логики может быть губительным как для решения суда, так и для правовой позиции стороны в процессе <2>.

<1> См.: Гуреев П.П. Теория судебных доказательств в советском гражданском процессуальном праве // Курс советского гражданского процессуального права. Т. 1. С. 345; Треушников М.К. Судебные доказательства. М., 1997. С. 56 - 59 и др.

<2> См.: Решетникова И.В. Доказательственное право в гражданском судопроизводстве. С. 27.

Методы дедукции и индукции, аргументации и доказательства не исчерпывают многообразия логических методов, применяемых в судебном доказывании. Представляется, что целям правильного установления фактических обстоятельств дела может служить любой логический прием мышления, любое процессуальное действие. В практическом познании логические приемы не имеют абсолютного характера и должны применяться с учетом конкретных обстоятельств дела.

В доказывании получили применение и общенаучные методы - такие, как наблюдение, описание, сравнение, математические методы, моделирование <1>.

<1> О применении названных методов в доказывании см.: Белкин А.Р. Теория доказывания в

уголовном судопроизводстве. М., 2005. С. 89 - 90; о применении метода сравнения в арбитражном процессе см.: Амосов С.М. Судебное познание в арбитражном процессе. С. 124 - 131.

В судебной практике неоднократно обращалось внимание на недопустимость игнорирования метода описания при установлении фактических обстоятельств дела <1>. Так, Постановлением Двадцать первого апелляционного суда по делу о признании незаконным и об отмене постановления о назначении административного наказания решение Арбитражного суда Республики Крым от 24 июня 2016 г. по делу N А83-2699/2016 оставлено без изменения, апелляционная жалоба - без удовлетворения. Поддерживая оценочные суждения суда первой инстанции, Арбитражный апелляционный суд отметил, что ни в акте проверки, ни в протоколе об административном правонарушении, ни в постановлении о назначении административного наказания точно не указано (**не описано**) место обнаружения несанкционированного складирования отходов в пределах мусороперегрузочной станции пгт. Гаспара. Материалы фото- и видеофиксации к протоколу об административном правонарушении фактически не приложены <2>.

<1> Под описанием понимается указание признаков объекта. Для описания объекта могут отмечаться все признаки объекта - существенные и несущественные, чтобы дать наиболее полное представление об объекте, либо могут указываться только некоторые, наиболее существенные с точки зрения данного исследования (см.: Белкин Р.С., Винберг А.И. Криминалистика и доказывание. М., 1969. С. 35 - 36).

<2> Постановление Двадцать первого апелляционного суда от 27 сентября 2017 г. N А83-2699/2016 // СПС "КонсультантПлюс".

Определенную специфику имеет применение общенаучных и специальных методов доказывания при судебной идентификации. Первоначально такой метод раскрытия и расследования преступлений, как идентификация, был разработан криминалистической наукой. Как справедливо отметил В.П. Верин, "в настоящее время метод криминалистической идентификации перешел в новое качество и трансформировался в систему универсальных технологий юридического доказывания (установления и верификации юридических фактов)" <1>.

<1> См.: Верин В.П. Предисловие к кн.: Колдин В.Я. Судебная идентификация. М., 2003. С. 9.

Судебная идентификация применяется в гражданском и арбитражном процессах для установления подлинности договоров, бухгалтерских документов, факта родственных отношений, причинных связей между действиями участников правоотношений и причинением вреда, а также в других случаях.

Вопрос о роли и значении идентификации был предметом дискуссии в науках уголовного процесса и криминалистики. В ходе обсуждения проблемы сложились три подхода к пониманию криминалистической идентификации: 1) как всеобщего метода криминалистического познания <1>; 2) как метода процессуального доказывания тождества <2>; 3) как метода отождествления материальных объектов по их следам <3>.

<1> См.: Потапов С.М. Введение в криминалистику. М., 1964; Селиванов Н.А. Советская криминалистика: система понятий. М., 1982. С. 64.

<2> См.: Митричев В.С. Криминалистическая идентификация целого по частям. Теория и практика идентификации целого по частям. Вып. 24. М., 1976. С. 42; Седова Т.А. Теория и практика доказывания при идентификации объектов на основе структуры и состава: Дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1987. С. 37.

<3> См.: Белкин А.Р. Указ. соч. С. 92 - 93; Колдин В.Я. Указ. соч. С. 48 - 50.

Поддерживая идею, на которой основан третий подход, полагаю, что идентификация является элементарным актом отождествления, выделяемым в процессе доказывания. Идентификация не может

отождествляться с процессуальным доказыванием, осуществляемым с помощью средств доказывания. Объекты исследуются посредством идентификации. Процесс идентификации происходит на основе самостоятельных методик научно-технического исследования, предполагает выделение и оценку идентификационных признаков и средств сравниваемых объектов на основе использования современных научно-технических, аналитических и оценочных методов. В то же время в ходе идентификации объекта используются общенаучные методы, такие как сравнение, анализ и синтез.

Акт отождествления осуществляется в установленной законом процессуальной форме. Это может быть как судебное действие, инициируемое в ходе судебного разбирательства, так и экспертиза. Результаты идентификации имеют статус судебных доказательств и подлежат оценке в ходе процессуального доказывания.

Конечной целью идентификации является установление тождества конкретного объекта. Установление тождества означает отграничение данного объекта от любых других однородных объектов или сходных с ним. Идентификация может быть достигнута в результате одного познавательного акта или ряда актов познания. Процесс идентификации протекает путем последовательного сужения групп объектов до достижения индивидуального отождествления.

В судебной практике неоднократно обращалось внимание на необходимость решения задач по идентификации в ходе рассмотрения дела. Среди проблем, связанных с идентификацией в гражданском, арбитражном и административном процессах, можно выделить следующие:

- 1) представление сторонами доказательств, которые не позволяют идентифицировать объект;
- 2) игнорирование сторонами возможностей частных методик экспертных исследований с целью установления тождества объектов;
- 3) необоснованный отказ суда в назначении экспертизы для установления подлинности представленных сторонами доказательств, игнорирование значимости экспертизы для идентификации объектов.

В условиях состязательного судопроизводства большое значение в доказывании приобретают психологические методы.

Наиболее распространенным психологическим методом является метод убеждения, который в сочетании с логическим методом аргументации дает в условиях состязательного процесса достаточно большой эффект в отстаивании субъектом доказывания своей позиции в деле.

Убеждение является воздействием с помощью обращения к мышлению собеседника. Убеждая, мы приводим доводы в пользу того, о чем говорим и в чем собираемся убедить. Эффективность убеждения зависит от того, насколько удачно подобраны аргументы. Приемов убеждения очень много, и они детально разработаны в психологии <1>. На практике методы убеждения и внушения тесно переплетены, в связи с чем говорят о психотехнологиях убеждающего воздействия. Метод убеждения содержит в себе элементы эмоционального и логического воздействия. Логическое начало выражается в том, что убеждение в неправильности занятой позиции основано на противоречиях между доказательствами. Логические доводы в сочетании с психологическим воздействием воспринимаются через сознание человека и оказывают эмоциональное воздействие на суд и субъектов доказывания.

<1> См.: Шейнов В.П. Искусство убеждать. М., 2005; Он же. Психология влияния. Скрытое управление, манипулирование и защита от них. М., 2008; Панасюк А.Ю. Как убеждать в своей правоте. Современные психотехнологии убеждающего воздействия. М., 2004; и др.

Процесс убеждения включает в себя различные фазы. Среди них психологи называют следующие:

- постановка проблемы, ее формулирование, определение важности, плюсов и минусов; прогнозирование возможных последствий решения или отказа от него;
- анализ проблемных моментов, поиск путей решения;

- "раскачка" партнера и его дальнейшее убеждение за счет альтернатив, при необходимости - переубеждение;

- поэтапное рассмотрение вопросов; достижение соглашения либо компромисса по мере движения от одного к другому;

- поиск новой информации;

- изменение точки зрения, пересмотр позиции, уступки и т.д.;

- увеличение согласованных позиций;

- подход к соглашению <1>.

<1> См.: Сергеечева В. Указ. соч. С. 46 - 47.

Метод убеждения наиболее ярко проявляется при исследовании доказательств и в судебных прениях.

Эффективность метода убеждения в доказывании зависит от ряда факторов.

1. **Социальный статус воздействующего лица.** Средства и приемы, используемые сторонами, имеют не только информационное, но и внушающее воздействие. Во многом оно зависит от социального статуса воздействующего лица, его общественной известности и авторитета в профессиональной среде. Повышенное внушающее воздействие имеют заключения органов государственной власти и управления, заключения экспертов, специалистов, их звания и должности.

Фактически этим правилом пользуются те, кто в своих выступлениях ссылается на мнение авторитетного ученого, цитирует его в подтверждение своих доводов.

2. **Понимание участниками судопроизводства применяемой терминологии.** Важнейшее условие достижения результата убеждающего воздействия - понимание участниками судопроизводства используемой терминологии, юридического значения доказательств. Использование специальной (технической, медицинской и т.д.) терминологии не должно препятствовать пониманию субъектами процесса сведений о фактах, содержащихся в доказательствах. Психологи рекомендуют простые способы проверки степени понимания: "Правильно ли я вас понял?", "Что вы имеете в виду?", "Не уточните ли вы?" и т.д.

3. **Вычленение наиболее значимых, надежных доказательств.** На убеждение судей большое влияние оказывают систематизированность доказательств и убедительность их оценки. Наиболее убедительным представляется следующий порядок аргументов: сильные - средние - один самый сильный <1>. Из этого правила следует, что ссылаться на доказательства, которые не однозначно подтверждают сведение о факте, сообщенное стороной (другим лицом, участвующим в деле), не следует. Исход дела решает не количество представляемых доказательств, а их надежность.

<1> См.: Шейнов В.П. Искусство убеждать. С. 4.

Гражданское процессуальное законодательство устанавливает определенные возможности для избрания стороной той или иной тактики доказывания. Известны три способа предъявления доказательств: 1) последовательно и соответственно нарастающей силе воздействия каждого доказательства; 2) с расчетом на эффект воздействия решающего доказательства; 3) предъявление всей совокупности доказательств одновременно.

В идеале данный метод должен применяться на стадии подготовки дела к судебному разбирательству, в процессе раскрытия доказательств. В условиях, когда механизм раскрытия

доказательств законодателем четко не разработан и отсутствуют санкции за несвоевременное раскрытие доказательств, опытные адвокаты применяют его непосредственно в ходе исследования доказательств, в ходе судебного заседания. Кроме того, ГПК РФ содержит возможность правомерного применения такого приема лицами, участвующими в деле. Последовательность исследования доказательств устанавливается судом с учетом мнений лиц, участвующих в деле (ст. 175 ГПК РФ).

4. Убеждающее воздействие доказательства в зависимости от эмоционального потенциала. Недостаточность доказательственного материала восполняется эмоциональными оценками, апеллированием к сочувствию судей. Доказательства, подтверждающие позицию стороны, переоцениваются, нежелательные доказательства недооцениваются и игнорируются. В некоторых случаях целесообразно применение нескольких приемов, оказывающих эмоциональное воздействие.

Метод убеждения в гражданском и арбитражном процессах, как правило, направлен на правоприменителя, т.е. на суд. Субъект доказывания должен убедить суд в своей правоте. Методы доказывания как элемент механизма доказывания должны привести суд к выводу о достоверности фактов, на которые ссылается сторона (иное лицо, участвующее в деле) в обоснование своих требований и возражений. Психологи справедливо отмечают, что "доказать - не значит убедить" <1>. Приводимые при этом аргументы, доводы, комментарии имеют большие возможности для убеждающего воздействия на суд и участников процесса. На практике субъект доказывания выбирает в предмете доказывания наиболее значимый (главный) факт и обосновывает его путем предоставления доказательства и аргументов (комментариев), подтверждающих причинно-следственную связь между устанавливаемым фактом и сведениями о факте, содержащимися в представленном доказательстве. Сущность убеждения состоит в возможности указать правоприменителю "кажущуюся верность" своих утверждений <2>.

<1> Панасюк А.Ю. Указ. соч. С. 304.

<2> См.: Гаррис Р. Школа адвокатуры. Руководство к ведению гражданских и уголовных дел. Тула, 2001. С. 329.

Метод убеждения может быть адресован не только суду, но и иным субъектам процесса. Особенно он актуален при допросе свидетеля. Эмоциональное напряжение угнетает свидетеля, усиливает чувство страха перед разоблачением, заставляет его задуматься о нецелесообразности лжи. Состояние эмоционального напряжения требует развязки - и она наступает в случае отказа свидетеля от дальнейшей установки на ложь <1>.

<1> См.: Васильев А.Н., Карнеева Л.М. Тактика допроса при расследовании преступлений. М., 1970. С. 96.

5. Внушающее воздействие паравербальных средств: пауз, интонации, жестикуляции. Современной психотехнологией разработана система приемов скрытого управления и манипулирования человеком против его воли, применение которых приносит инициатору одностороннее преимущество. Использование таких технологий лицами, участвующими в деле, и их представителями не исключает замаскированного управляющего воздействия на суд. Соответственно, для судей актуальным становится знание практических рекомендаций по защите от несанкционированного воздействия <1>.

<1> См.: Шейнов В.П. Психология влияния. Скрытое управление, манипулирование и защита от них.

Метод вопросов и ответов применяется тогда, когда есть познавательная неопределенность. Вопрос - это мысль, в которой выражается пожелание дополнить имеющуюся информацию с целью устранения или уменьшения познавательной неопределенности. В юридической психологии выделяют следующие группы вопросов:

- нейтральные вопросы, формулировка ответов на которые полностью зависит от инициативы

допрашиваемого лица;

- разделительные вопросы ("или - или");
- альтернативные вопросы, требующие положительного или отрицательного ответа;
- вопросы, предоставляющие право выбора между двумя ответами, но положительный ответ на один из них соответствует ожиданию спрашивающего (вопросы косвенного внушения);
- вопросы прямого внушения;
- вопросы ложного содержания, рассчитанные на эффект так называемой ловушки и являющиеся приемом психического насилия <1>.

<1> См.: Еникеев М.И. Общая социальная и юридическая психология. С. 537 - 538.

Наводящие, внушающие вопросы запрещены законом, так как не позволяют достоверно установить фактические обстоятельства дела.

Вопросы в процессе задают суд, лица, участвующие в деле, и их представители. Как правило, в состязательном судопроизводстве вопросы преимущественно задаются представителями сторон. Эффективность применения этого метода зависит от знания ими права, логики мышления, психологического подхода, ораторского искусства. Стороны выражают две позиции и делают это путем контролирования того, что представляется в суде. Желательно, чтобы они имели право спрашивать то, что они действительно хотят узнать, независимо от согласия другой стороны с фактами, поддерживающими позицию противоположной стороны <1>.

<1> Там же. С. 133.

Наибольшую актуальность метод вопросов и ответов приобретает при допросе свидетелей, который применяется после использования возможностей свободного рассказа. Существуют следующие виды вопросов, которые могут быть заданы свидетелю: 1) дополняющие - для восполнения пробелов в свободном рассказе; 2) уточняющие - для уточнения определенных факторов, имеющих значение для дела; 3) детализирующие - для конкретизации и детализации сведений, сообщаемых свидетелем; 4) напоминающие - для выяснения фактов, пропущенных или забытых свидетелем; 5) сопоставляющие - для устранения противоречий в показаниях допрашиваемого. Свидетелю напоминаются сообщенные им показания, после чего они сопоставляются с показаниями других лиц и иными доказательствами. Затем допрашиваемому лицу задается вопрос относительно имеющегося противоречия. Для разоблачения ложных показаний, по мнению А.А. Закатова, наибольший эффект дают детализирующие, контролирующие и сопоставляющие вопросы <1>.

<1> См.: Закатов А.А. Ложь и борьба с нею. Волгоград, 1984. С. 95.

Применение метода вопросов и ответов желательно при допросе свидетелей, если иные доказательства не позволяют сделать однозначный вывод о фактических обстоятельствах дела. К сожалению, на практике имеют место случаи игнорирования как рассматриваемого метода, так и в целом сведений, сообщаемых свидетелями <1>.

<1> См.: Апелляционное определение Хабаровского краевого суда от 25 мая 2017 г. по делу N 33-3910/2017; Постановление Арбитражного суда Московского округа от 18 марта 2016 г. N Ф05-19630/2015 по делу N А40-12657/2009; Постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от

16 марта 2015 г. N Ф01-388/2015 по делу N А38-5286/2013 (СПС "КонсультантПлюс").

Метод вопросов и ответов может быть использован для выявления внутренних противоречий в показаниях и изменения позиции допрашиваемого. Сущность приема состоит в том, что в ходе судебного допроса суд или представитель противоположной стороны, обнаружив несоответствие между отдельными частями показаний свидетеля, сообщает ему об этом. Подобное действие нередко оказывает на допрашиваемого сильное психическое воздействие и заставляет отказаться от установки на ложь.

Метод вопросов и ответов применяется для устранения противоречий между объяснениями лиц, участвующих в деле, свидетельскими показаниями и другими доказательствами. Выявив в ходе допроса противоречие, суд обращает на него внимание лица, участвующего в деле, или свидетеля. При этом допрашиваемому следует задать вопрос, подтверждает ли он свои показания и правильно ли суд его понял. При положительном ответе допрашиваемому предъявляются доказательства. Основное правило здесь состоит в том, чтобы с помощью доказательств допрашиваемому была передана достоверная информация, не вызывающая сомнения.

Метод опровержения в состязательном судопроизводстве применяется так же часто, как и метод убеждения.

Десять способов опровержения, разработанных П. Сергеичем, стали достоянием отечественной теории и практики судопроизводства и сохраняют свою актуальность:

1. Обобщенные доводы оппонента разделите на составляющие и разбивайте их по отдельности.
2. Возражая противнику, не высказывайте особой старательности.
3. Не оставляйте без возражения сильные доводы оппонентов. Но, возражая на них, отнюдь не следует развивать их или повторять те соображения, которыми он эти доводы подкреплял.
4. Не доказывайте, когда можно отрицать.
5. Отвечайте фактами на слова.
6. Поверните против оппонента его собственные доводы.
7. Не спорьте против несомненных доказательств и верных мыслей оппонента.
8. Максимально используйте факты, признанные оппонентом.
9. Если оппонент обошел молчанием некое обстоятельство, следует только обратить внимание и указать, что у того нет аргументов против важного обстоятельства.
10. Не опровергайте невероятного <1>.

<1> См.: Сергеич П. Искусство речи на суде. М., 1988. С. 210 - 211.

Цель применения метода опровержения - поиск слабых мест в доказательственной позиции противника (например, указание на представление противоположной стороной недопустимого доказательства или на то, что совокупность доказательств, представленных противной стороной, не подтверждает ее требований или возражений). Для реализации этого метода Р. Гаррис рекомендует изучить доказательства противника и расположить свои "с таким расчетом, чтобы они были не только в контрасте с теми, но и казались бы более правдоподобными" <1>.

<1> Гаррис Р. Указ. соч. С. 338.

В любом гражданском деле, рассматриваемом в суде общей юрисдикции или арбитражном суде, мы можем найти свидетельства использования сторонами методов убеждения и опровержения при установлении фактических обстоятельств дела. Результат разрешения дела зачастую зависит от правильности применения того или иного метода.

В связи с обращением к психологическим методам доказывания представляются интересными, но вместе с тем спорными исследования С.М. Амосова, посвященные вопросам методологии судебного познания в арбитражном процессе. Названный автор, отмечая роль интуиции в судебном познании, рассматривает ее как метод познания. "Метод интуитивного познания через опыт состоит в своеобразном взаимодействии между исходным чувственным образом (наглядный образ изучаемого объекта, существенные черты которого пока еще остаются неизвестными, а иногда неверно представляемыми) и вспомогательным образом, отражающим достаточно хорошо известный объект (он может значительно отличаться от первого и относиться к совсем другой предметной области), о котором у исследователя уже имеется готовое представление" <1>.

<1> Амосов С.М. Судебное познание в арбитражном процессе. С. 119.

Не отрицая роль интуиции в судебном познании, считаем ошибочным отнесение ее к методу судебного познания. Рассматривая интуицию как познавательную процедуру, следует исходить из принципиальных различий способов обработки информации при интуитивном познании и рациональном познании. Рациональное познание идет по пути упорядоченного освоения реальности. Интуиция же - проявление бессознательного уровня психики, для которого характерна simultaneity (мгновенность как фактор времени не существенна) переработки информации, что дает возможность улавливать огромное количество неоднозначных связей и обеспечивает целостный охват информации. О.Б. Селиванова справедливо отмечает: "Апелляция к теории бессознательного позволяет показать, что "мгновенность" озарения - это мгновенность только "с точки зрения сознания", на самом же деле ей предшествует огромная познавательная деятельность мышления, осуществляемая на бессознательном уровне психики" <1>. Интуиция субъектов доказывания, основанная на предшествующем жизненном и профессиональном опыте, может оказать существенную помощь в установлении фактических обстоятельств дела. В качестве сознательно применяемого метода, т.е. совокупности способов установления фактических обстоятельств дела, она рассматриваться не может. Однако, руководствуясь интуицией, субъект доказывания может правильно выбрать тот или иной метод доказывания.

<1> Селиванова О.Б. Интуиция и понимание в научном познании: Автореф. дис. ... канд. филос. наук. М., 1989. С. 14 - 15.

При рассмотрении споров экономического характера большое значение для установления фактических обстоятельств дела имеют экономические методы. К их числу можно отнести расчетно-аналитические методы: экономического анализа, аналитические расчеты, экономико-математические методы. Среди бухгалтерских методов наибольший интерес представляют встречная проверка документов, выборочная проверка, сопоставление бухгалтерского и оперативного учета. Находят применение и традиционно относящиеся к приемам криминалистического анализа документов формальная и арифметическая проверки.

Экономический анализ применяется при исследовании экономической деятельности хозяйствующих субъектов, связанных с производством и реализацией продукции, использованием трудовых ресурсов и основных фондов, расходом материалов в производстве, исчислением себестоимости продукции, для определения рентабельности и финансового состояния. Анализ практики арбитражных судов показывает актуальность для доказывания в арбитражном процессе метода финансово-экономического анализа, результат которого стороны используют для аргументации своей позиции по делу. Так, решением Арбитражного суда г. Москвы от 25 октября 2016 г. АКБ "ФИНПРОМБАНК" (ПАО) признано несостоятельным (банкротом). В отношении его открыто конкурсное производство. Функции конкурсного управляющего возложены на Государственную корпорацию "Агентство по страхованию вкладов". По результатам анализа финансово-хозяйственной деятельности АКБ "ФИНПРОМБАНК" конкурсным управляющим установлено, что между АКБ "ФИНПРОМБАНК" и ООО "КрафтТехнолоджи" заключены

кредитные договоры, в соответствии с которыми должнику предоставлены средства в размере 53 944 262,31 руб. Данный факт, в сочетании с принятием МИФС акта о регистрации ликвидации ООО "КрафтТехнолоджи", послужило основанием для обращения ПАО "ФИНПРОМБАНК" в арбитражный суд с требованием о признании незаконным решения МИФС России N 46 по г. Москве <1>. По другому делу арбитражный суд кассационной инстанции указал, что при новом рассмотрении дела судом первой инстанции надлежит провести экономический анализ расчета базового размера арендной платы <2>.

<1> Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 5 декабря 2017 г. N 09АП-57113/2017 по делу N А40-105523/17 // СПС "КонсультантПлюс".

<2> См.: Постановление ФАС Уральского округа от 29 января 2007 г. по делу N Ф09-11502/06-С6 // СПС "КонсультантПлюс".

Встречная проверка - наиболее распространенный бухгалтерский метод. Она состоит в сопоставлении двух экземпляров одного и того же документа или различных документов, связанных между собой единством операции, находящихся в различных организациях, ведущих расчеты, или в различных подразделениях одного предприятия. В результате выявляются несвоевременное оприходование ценностей, искажение расчетов, подделка документов, необоснованное отнесение ценностей на те или иные счета.

Результаты встречных проверок достаточно часто являются доказательствами по делу. Арбитражный суд Владимирской области при рассмотрении дела о признании недействительным решения Управления Федеральной налоговой службы по Владимирской области в качестве письменных доказательств принял документы, представленные по встречной проверке ООО "УМСП N 2" и ООО "ТехГран+". Из них следовало, что ООО "УМСП N 2" в качестве субподрядчика выполнило работы по документации, разработанной ООО "ТехГран+" для ЗАО "Рост-Плюс", по наружному электроснабжению цеха инструментального производства ЗАО "Рост-Плюс". Впоследствии с целью получения необоснованной налоговой выгоды ЗАО "Рост-Плюс" формально оформило документы с ООО "Лидер" по производству выполненных работ. Таким образом, при помощи указанных доказательств был установлен факт того, что ЗАО "Рост-Плюс" с целью получения необоснованной выгоды был создан формальный документооборот по взаимоотношениям с ООО "Лидер" в отсутствие реальных хозяйственных отношений <1>. Выборочная проверка используется для проверки части первичных документов в каждом месяце или за ряд месяцев в целях осуществления контроля за сохранностью средств. Например, в результате выборочной проверки были установлены факты неправильности составления бухгалтерского учета, что послужило основанием для наложения дисциплинарного взыскания. Итоги выборочных проверок стали доказательством неправомерного расходования средств федерального бюджета, нарушения правил ветеринарного надзора, недействительности подписей избирателей.

<1> См.: решение Арбитражного суда Владимирской области от 22 июня 2017 г. по делу N А11-8187/2014 // СПС "КонсультантПлюс".

Метод сопоставления данных бухгалтерского и оперативного учета позволяет выявить утрату материальных ценностей в случае установления расхождения данных бухгалтерского и оперативного учета. Так, в рамках дела о несостоятельности (банкротстве) ООО "Проектный институт "Гипроком" (должник) конкурсный управляющий должника В.К. Абрашитов обратился в Арбитражный суд Ростовской области с заявлением о признании недействительным договора, заключенного между ООО "Проектный институт "Гипроком" и ИП Новиковой Т.Г. (ответчик). По мнению конкурсного управляющего, заключение оспариваемого договора неоправданно и направлено на получение с предприятия-банкрота завышенной стоимости услуг. В обоснование своей позиции ответчик сослался на то, что в рамках оказания услуг по договору ИП Новиковой осуществлялась проверка и сверка взаиморасчетов ООО "Проектный институт "Гипроком" с контрагентами. В процессе восстановления бухгалтерского учета и производства с контрагентами ООО "Проектный институт "Гипроком" выявлено, что у ОАО "Воентелеком" имеется задолженность перед ООО "Проектный институт "Гипроком" в размере 11 836 325,80 руб. Денежные обязательства ОАО "Воентелеком" были выполнены. Таким образом, ответчик доказала выполнение услуг

по спорному договору <1>.

<1> Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 17 сентября 2017 г. N 15АП-7559/2016 // СПС "КонсультантПлюс".

Достоверность финансово-хозяйственных операций определяется путем формальной и арифметической проверки документов. При формальной проверке устанавливаются правильность заполнения всех реквизитов документов; наличие неоговоренных исправлений, подчисток, дописок в тексте и цифрах; подлинность записей и подписей должностных и материально ответственных лиц. Так, Арбитражный суд Дальневосточного округа, рассматривая требование о признании незаконным решения налогового органа, указал, что совокупность обстоятельств позволила сделать вывод о наличии в представленных документах недостоверных сведений, а также о неподтверждении обществом реального исполнения заявленных хозяйственных операций ООО "Фортуна" и ООО "СМК "Восток". "При оценке имеющихся в деле доказательств суды обеих инстанций правомерно исходили из того, что представление формально соответствующих требованиям законодательства документов не влечет безусловного получения налоговой выгоды, а является лишь условием для подтверждения факта реальности хозяйственных операций, который в рассматриваемом случае не установлен <1>.

<1> Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 25 октября 2016 г. N Ф03-4904/2016 по делу N А51-28586/2015 // СПС "КонсультантПлюс".

Проверка правильности и законности в бухгалтерском учете и отчетности фактической прибыли или убытков осуществляется с использованием арифметической проверки, которая заключается в определении правильности подсчетов в документах (например, правильность показанных итогов в первичных документах, учетных регистрах и отчетных формах). Так, Федеральный арбитражный суд Восточно-Сибирского округа отверг довод налогоплательщика о необоснованном непринятии налоговым органом к вычету налога на добавленную стоимость в сумме 25 000 руб., уплаченного обществу с ограниченной ответственностью "Тарон" по платежному поручению N 105. "Суд апелляционной инстанции дал надлежащую оценку расшифровке, представленной налоговым органом в письменных пояснениях от 14.09.2005 N 11-04/42417 и от 14.12.2005 N 08-04/56093, из которой следует, что в общую сумму 76 534 руб., принимаемую к вычету в IV квартале 2000 года, входят суммы в размере 47 922 руб. по платежному поручению N 103; 3166 руб. - по платежному поручению N 104; 25 000 руб. - по платежному поручению N 105; 446 руб. - по платежному поручению N 106. Арифметическая проверка суммы 76 534 руб. подтверждает, что 25 000 руб. по платежному поручению N 105, уплаченные обществу с ограниченной ответственностью "Тарон", входят в состав предоставленных налогоплательщику налоговых вычетов. Доказательств включения в общую сумму какой-либо иной суммы по каким-либо иным документам не представлено" <1>. Арбитражный суд г. Москвы, используя метод арифметической проверки, установил занижение себестоимости оплаченной продукции и соответственно завышение себестоимости неоплаченной продукции, подлежащей отражению в расходах. Это позволило суду сделать вывод о нарушении налогового законодательства <2>.

<1> Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 16 марта 2006 г. по делу N А33-27943/04-СЗ-Ф02-1022/06-С1 // СПС "КонсультантПлюс".

<2> См.: решение Арбитражного суда г. Москвы от 7 августа 2007 г. по делу N А40-22309/06-127-102 // СПС "КонсультантПлюс".

Методы, применяемые в доказывании по гражданским делам, административным делам и экономическим спорам, очень разнообразны. Они, как правило, представлены в каждом деле не изолированно, а в определенном сочетании. Методы доказывания требуют дальнейшего исследования в рамках самостоятельного научного направления теории доказывания - методологии доказывания в судебном цивилистическом процессе.

Глава 4. ПРЕДМЕТ ДОКАЗЫВАНИЯ ПО ГРАЖДАНСКИМ И АДМИНИСТРАТИВНЫМ ДЕЛАМ, ЭКОНОМИЧЕСКИМ СПОРАМ

§ 1. Предмет доказывания в гражданском и арбитражном процессах, административном судопроизводстве

В общем плане под предметом доказывания по гражданскому или административному делу можно понимать обстоятельства (юридические факты), устанавливаемые в целях разрешения дела. Круг этих обстоятельств определяется судом исходя из оснований требований и возражений лиц, участвующих в деле, а также норм права, подлежащих применению. При этом в силу буквального толкования ч. 2 ст. 56 ГПК РФ, ч. 3 ст. 62 КАС РФ и по смыслу ч. 2 ст. 65 АПК РФ суд самостоятельно определяет круг фактов, подлежащих доказыванию, даже если стороны на те или иные обстоятельства не сослались <1>.

<1> См. об этом: Баулин О.В. Бремя доказывания при разбирательстве гражданских дел. С. 70; Треушников М.К. Судебные доказательства. М., 2004. С. 17 - 18; Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 27 марта 2012 г. N 12888/11 // СПС "КонсультантПлюс".

В отличие от УПК РФ (ст. 73) и КоАП РФ (ст. 26.1) в ГПК РФ, АПК РФ и КАС РФ не содержится перечень обстоятельств предмета доказывания по любому судебному делу. Это обусловлено большим разнообразием, неоднородностью споров, рассматриваемых в порядке гражданского или административного судопроизводства.

Вместе с тем еще в середине прошлого века в доктрине цивилистического процесса была предложена модель <1>, используемая и по сей день <2>, согласно которой при разрешении любого дела доказываются следующие три вида материально-правовых фактов.

<1> См.: Юдельсон К.С. Проблема доказывания в советском гражданском процессе (цит. по: Юдельсон К.С. Избранное: Советский нотариат. Проблема доказывания в советском гражданском процессе. М., 2005. С. 479).

<2> См. об этом, например: Решетникова И.В. Доказывание в гражданском процессе: Учеб.-практ. пособие для магистров. М., 2012. С. 56.

1. **Факты легитимации**, которые в свою очередь делятся на факты активной и пассивной легитимации. Первые факты подтверждают правовую связь истца с предметом спора, вторые - правовую связь ответчика с предметом спора. Например, по иску о возмещении вреда, причиненного имуществу в результате ДТП, необходимо доказать, что имущество, которому причинен ущерб, принадлежит истцу (факт активной легитимации) и что транспортное средство, в результате использования которого причинен вред, принадлежит ответчику (факт пассивной легитимации).

2. **Факты повода к иску** - факты, свидетельствующие о том, что право истца нарушено или оспорено и, следовательно, нуждается в судебной защите.

Включение в круг фактов, подлежащих доказыванию, фактов повода к иску обусловлено тем, что правосудие и суды по своей правовой природе предназначены для разрешения споров о праве. Лишь в случаях, указанных в законе (ст. 262 ГПК РФ, ст. 218 АПК РФ), органы судебной власти разрешают дела бесспорного характера (дела особого производства). Поэтому если истец просит принять решение о признании его субъективного права, не представляя доказательств того, что право нарушено, оспорено либо существует реальная угроза его нарушения ответчиком, иск не подлежит удовлетворению. Функции по удостоверению, регистрации прав в ситуации отсутствия спора о них присущи органам исполнительной власти, нотариату, но не органам правосудия.

3. **Факты, непосредственно правопроизводящие**, - факты, лежащие в основе возникновения спорного материального правоотношения.

Недоказанность хотя бы одного из названных видов фактов должна повлечь отказ в удовлетворении

заявленных требований. Вместе с тем нельзя не отметить, что описанная классификация фактов предмета доказывания является довольно условной и в ряде случаев один и тот же юридический факт может быть одновременно отнесен к разным видам указанных выше обстоятельств. Так, по иску о возмещении договорного вреда факт заключения договора одновременно является и фактом легитимации, и фактом непосредственно правопроектирующим. Тем не менее условность классификации не говорит о ее бесполезности. Напротив, на наш взгляд, данная классификация служит хорошим ориентиром в познавательной деятельности суда, лиц, участвующих в деле, нацеленной на выявление фактической основы судебного спора <1>.

<1> См. иную точку зрения по этому вопросу: Треушников М.К. Судебные доказательства. М., 2004. С. 25.

Важно также подчеркнуть, что приведенная классификация касается лишь фактов материально-правового характера, лежащих в основании требований и возражений сторон.

Ряд ученых ограничивают понятие предмета доказывания лишь данными фактами, учитывая тем не менее, что и иные факты, значимые для рассмотрения дела, также доказываются в суде <1>.

<1> См., например: Фокина М.А. Механизм доказывания по гражданским делам: теоретико-прикладные проблемы. С. 492.

Как полагает М.К. Треушников, для обозначения всей совокупности фактов, подлежащих доказыванию, употребляется термин "пределы доказывания", а не "предмет доказывания" <1>. По его мнению, главное заключается в том, что понятие предмета доказывания связано с распределением обязанностей по доказыванию, а также с применением норм материального права для вывода о субъективном праве <2>.

<1> Треушников М.К. Судебные доказательства. М., 2004. С. 15.

<2> Там же. С. 16 - 17.

Обращаясь к судебной практике, справедливости ради стоит отметить, что общее правило о распределении бремени доказывания, согласно которому лицо, участвующее в деле, доказывает обстоятельства, на которые оно ссылается (ч. 1 ст. 56 ГПК РФ, ч. 1 ст. 65 АПК РФ, ч. 1 ст. 62 КАС РФ), применяется и при доказывании фактов процессуального права <1>.

<1> См., например: абз. 3 п. 28 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 19 июня 2012 г. N 13 "О применении судами норм гражданского процессуального законодательства, регламентирующих производство в суде апелляционной инстанции", п. 39 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27 сентября 2016 г. N 36 "О некоторых вопросах применения судами Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации", Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 15 марта 2012 г. N 16067/11 (СПС "КонсультантПлюс").

Другие ученые предлагают включать в предмет доказывания также процессуальные юридические факты, факты, лежащие в основании вынесения частных определений, доказательственные факты <1>.

<1> См., например: Решетникова И.В. Доказывание в гражданском процессе: Учеб.-практ. пособие для магистров. С. 56.

В.В. Ярков считает, что совокупность юридических фактов, которые необходимо установить путем опосредованного познания, иначе говоря, доказать субъектам доказывания, называется предметом доказывания. По его мнению, поскольку процессуальные юридические факты, устанавливаемые опосредствованным путем, также доказываются, то они должны включаться в предмет доказывания. Более того, в ряде случаев процессуальные юридические факты могут образовывать и полностью самостоятельный предмет доказывания по конкретному делу. Например, в производствах, связанных с признанием и приведением в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений, с приданием юридической силы или проверкой решения третейского суда (гл. 30, 31 АПК РФ, гл. 45 - 47 ГПК РФ), предмет доказывания включает в себя практически только процессуальные юридические факты <1>.

<1> См.: Ярков В.В. Юридические факты в цивилистическом процессе. С. 156 - 157.

Несомненно, например, что лицо, подающее заявление о принятии обеспечительных мер (мер предварительной защиты), должно доказать наличие оснований для их принятия, предусмотренных ст. 139 ГПК РФ, ч. 2 ст. 90 АПК РФ, ч. 1 ст. 85 КАС РФ. Лицо, ходатайствующее о распределении в его пользу судебных расходов, должно доказать, что соответствующие расходы им понесены, и т.п. Учитывая изложенное, в 90-е годы прошлого века В.В. Ярковым было дополнительно предложено весьма конструктивное, на наш взгляд, понятие локальных предметов доказывания, в которые включаются факты, подлежащие установлению при решении вопроса о совершении в рамках производства по делу отдельного процессуального действия <1>. Процессуальный факт, таким образом, наряду с включением его в общий предмет доказывания по делу входит также в локальный предмет доказывания, существующий при принятии обеспечительных мер (мер предварительной защиты), распределении судебных расходов и т.д.

<1> См.: Ярков В.В. Юридические факты в механизме реализации норм гражданского процессуального права: Дис. ... д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 1992. С. 139.

М.А. Фокина аргументированно относит к числу процессуальных фактов также проверочные факты <1>, под которыми можно понимать факты, устанавливаемые в целях проверки достоверности судебных доказательств (например, когда в целях проверки способности свидетеля адекватно воспринимать действительность проводится психиатрическая экспертиза, в целях проверки подлинности подписи назначается почерковедческая экспертиза).

<1> См.: Фокина М.А. Механизм доказывания по гражданским делам: теоретико-прикладные проблемы. С. 515.

Под доказательственным фактом можно понимать не указанный в гипотезах правовых норм факт, установление которого позволяет сделать вывод о юридическом факте, предусмотренном нормой права, подлежащей применению (например, алиби лица, привлекаемого к ответственности, при рассмотрении дела об административном правонарушении, или факт отсутствия лица в месте подписания договора во время его подписания) <1>. Доказательственные факты устанавливаются далеко не по каждому делу. Для их выяснения большое значение имеют доводы и возражения лиц, участвующих в деле.

КонсультантПлюс: примечание.

Практическое пособие "Особенности рассмотрения дел в арбитражном процессе" (отв. ред. А.А. Арифудин, И.В. Решетникова) включено в информационный банк согласно публикации - НОРМА, 2005.

КонсультантПлюс: примечание.

Учебник "Гражданский процесс" (отв. ред. В.В. Ярков) включен в информационный банк согласно публикации - Статут, 2017 (10-е издание, переработанное и дополненное).

<1> См. подробнее о понятии доказательственного факта, в частности: Особенности рассмотрения дел в арбитражном процессе: Практическое пособие / Отв. ред. А.А. Арифалин, И.В. Решетникова. М., 2006. С. 38 (автор соответствующего параграфа - И.В. Решетникова); Гражданский процесс: Учебник / Отв. ред. В.В. Ярков. М., 2004. С. 218 - 219 (автор соответствующей главы - И.В. Решетникова); Решетникова И.В. Доказывание в гражданском процессе: Учебно-практическое пособие для магистров. С. 52 - 55; Комиссаров К.И. Задачи судебного надзора в сфере гражданского судопроизводства. Свердловск, 1971. С. 50, 69 - 70.

Институт частных определений, традиционно существовавший в гражданском процессе, в настоящее время закреплён в административном судебном процессе и возродился в арбитражном процессе (ст. 200 КАС РФ, ст. 188.1 АПК РФ). Так, в ч. 1 ст. 226 ГПК РФ сказано, что при выявлении случаев нарушения законности суд вправе вынести частное определение и направить его в соответствующие организации или соответствующим должностным лицам, которые обязаны в течение месяца сообщить о принятых ими мерах. Указанные в данной статье факты нарушения законности, безусловно, должны подтверждаться имеющимися в деле доказательствами.

На наш взгляд, в предмет доказывания по делу входят лишь обстоятельства (юридические факты), но не нормы права или выводы о праве. Содержание норм национального права не доказывается суду лицами, участвующими в деле, ибо в процессе действует правовая аксиома "суд знает закон" (**jura novit curia**). Она находит выражение в ч. 1 ст. 168 АПК РФ, ч. 1 ст. 196 ГПК РФ, ч. 2 ст. 178 КАС РФ, по смыслу которых при принятии решения суд самостоятельно определяет, какие законы и иные нормативные правовые акты ему следует применить, и самостоятельно осуществляет их интерпретацию <1>. Вместе с тем участник процесса вправе предложить суду определенное толкование правовых норм, просить об их применении либо неприменении (ч. 1 ст. 41 АПК РФ, ч. 1 ст. 35 ГПК РФ, ч. 1 ст. 45 КАС РФ). Такая деятельность, безусловно, имеет процессуально-правовое значение, но она не охватывается понятием судебного доказывания.

<1> См. об этом также абз. 2 п. 13 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24 июня 2008 г. N 11 "О подготовке гражданских дел к судебному разбирательству" (СПС "КонсультантПлюс").

Так, Е.В. Васьковский подробно останавливался на принципиальных различиях между судебным доказыванием и деятельностью, состоящей в построении логических выводов о праве. Автор писал, что конкретные гражданские права не имеют самостоятельного существования в объективной форме: истец не может доставить в заседание суда и показать судьям свое право собственности, авторское право или право на алименты; он не может даже привести статьи закона, где было бы прямо сказано, что ему, Иванову, принадлежит право собственности или какое-либо иное право. В законе указываются только в общей и отвлеченной форме те факты, те "фактические составы", которые влекут за собой возникновение прав и определяют их содержание и предмет. Таким образом, конкретные субъективные права являются результатом логической операции, результатом вывода из юридических норм и фактических обстоятельств и основываются, с одной стороны, на юридических нормах, а с другой - на фактических составах, подходящих под определение норм.

Е.В. Васьковский утверждал, что в современном ему процессе истец не обязан указывать суду юридические нормы, подтверждающие его требование. Суд сам обязан знать их (**jura novit curia**) и применять те, которые подходят к данному случаю, хотя бы истец вовсе на них не сослался или указал не относящиеся к данному случаю нормы. Истец должен лишь изложить фактические обстоятельства дела, дать суду только меньшую посылку для силлогизма; отыскать же соответствующие законы и построить из них большую посылку составляет задачу суда <1>.

<1> См.: Васьковский Е.В. Учебник гражданского процесса. М., 2003.

Несмотря на то что согласно п. 4 ч. 2 ст. 125 действующего АПК РФ в исковом заявлении

указывается правовое основание иска, суд по-прежнему не связан таким указанием и самостоятельно определяет нормы права, подлежащие применению при разрешении спора <1>. Что касается гражданского и административного судебного процессов, то здесь, на наш взгляд, утверждения Е.В. Васьковского в полной мере сохранили свою актуальность, поскольку требования к исковому заявлению, предусмотренные ст. 131 ГПК РФ, ст. 125 КАС РФ, не содержат общей обязанности истца ссылаться на определенные правовые нормы <2>.

<1> См., например: п. 3 Постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 29 апреля 2010 г. N 10/22 "О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав"; п. 7 информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 21 декабря 2005 г. N 102 "Обзор практики применения арбитражными судами статьи 409 Гражданского кодекса Российской Федерации"; Постановления ФАС Восточно-Сибирского округа от 26 марта 2008 г. N А33-11189/2007-Ф02-1034/2008, ФАС Западно-Сибирского округа от 14 сентября 2005 г. N Ф04-5994/2005 (14780-А27-39), ФАС Волго-Вятского округа от 12 сентября 2006 г. по делу N А79-14141/2005, ФАС Уральского округа от 18 марта 2004 г. N Ф09-654/2004-ГК (СПС "КонсультантПлюс").

<2> См. об этом также абз. 2 п. 6 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24 июня 2008 г. N 11 "О подготовке гражданских дел к судебному разбирательству".

К.И. Малышев, говоря о законных выводах из фактов, писал: "Они относятся к юридической, а не фактической стороне дела и подлежат доказательству только косвенно, именно только фактические условия их могут быть предметом доказательства" <1>.

<1> Малышев К.И. Курс гражданского судопроизводства. Т. 1 (цит. по: Гражданский процесс. Хрестоматия: Учебное пособие / Под ред. М.К. Треушникова. М., 2005. С. 359).

В советский период большое внимание вопросу разграничения доказывания и применения права уделял С.В. Курылев <1>. Ученый указал, что законодательное разграничение познавательного и правоприменительного процессов проводится в задачах правосудия, в порядке их осуществления, в категориях законности и обоснованности судебных постановлений, в различных методах реагирования вышестоящих судов на ошибки нижестоящих, в установлении истины или в применении закона или - иначе - в юридических последствиях необоснованности или незаконности судебных постановлений <2>.

<1> См.: Курылев С.В. Избранные труды. Краснодар, 2010. С. 293 - 325.

<2> См.: Там же. С. 298.

Опираясь на анализ имеющихся на тот момент научных воззрений, А.Ф. Клейнман также различал и соотносил процессуальное доказывание и чисто логическое доказывание (аргументацию) в судебном процессе <1>.

<1> См.: Клейнман А.Ф. Новейшие течения в советской науке гражданского процессуального права. С. 45 - 48.

К.И. Комиссаров писал, что применение закона основывается не на доказывании, а на правосознании суда и на толковании им норм права. Оно (т.е. применение закона) не входит в предмет доказывания, суждение о правах и обязанностях сторон строится посредством логической операции. Иначе говоря, порядок установления объективной истины существенно отличается от способа правовой оценки фактов. И по содержанию, и по методам осуществления - это два качественно разных момента судебной деятельности <1>.

<1> См.: Комиссаров К.И. Указ. соч. С. 45.

М.К. Треушников остается убежденным в том, что различия между вопросами факта и вопросами права являются важными с точки зрения гражданского процесса в суде, поскольку сторона связана тем, чтобы обеспечить доказывание фактов, а не права <1>.

<1> См.: Треушников М.К. Судебные доказательства. М., 2004. С. 20.

И.В. Решетникова относит к предмету доказывания разные виды фактов, но не правовую основу дела <1>.

<1> См.: Решетникова И.В. Доказывание в гражданском процессе: Учебно-практическое пособие для магистров. С. 40 - 64.

Д.А. Фурсов считает, что "стороны обязаны представлять и доказывать перед судом именно факты, а не законы. При этом применяемые к спорным отношениям нормы права определяют круг фактов, подлежащих доказыванию, оставляя тем самым на них свой незримый след.

Под фактами понимаются юридически значимые действия (бездействие) или события, а также фактические составы (совокупность фактов)" <1>.

<1> Фурсов Д.А., Харламова И.В. Указ. соч. С. 283 - 284.

Интересно, что в последние годы в литературе стали высказываться идеи, существенным образом расширяющие понятие доказывания и, безусловно, заслуживающие обсуждения.

Так, С.В. Никитин пишет о том, что, помимо фактической основы гражданского или арбитражного дела, объектом доказательственной деятельности заинтересованных лиц могут также выступать спорные правоотношения, субъективные права и обязанности, законность правового акта и другие элементы, составляющие правовую основу дела. По его словам, с логической точки зрения механизм доказывания элементов правовой основы дела во многом аналогичен доказыванию юридических фактов идеального и субъективного характера (умысел, мотив), в том смысле, что для их познания и обоснования требуется, используя процессуальные средства доказывания, установить определенные вспомогательные факты, а из них уже логическим путем прийти к выводам об искомых фактах <1>.

<1> См.: Никитин С.В. Судебный контроль за нормативными правовыми актами в гражданском и арбитражном процессе. М., 2010. С. 204 - 205. См. свидетельство о наличии в литературе аналогичных точек зрения: Баулин О.В. Бремя доказывания при разбирательстве гражданских дел. С. 63.

Важным следствием высказанных С.В. Никитиным идей является, на наш взгляд, расширение предмета доказывания по гражданскому делу, согласно которому заинтересованное лицо должно доказать не только обстоятельства (факты), но и правовую основу своих требований. Вместе с тем современная судебная практика по-прежнему (как и 100 лет назад) исходит из того, что суд не связан нормами права, на которые ссылается истец. При доказанности фактических обстоятельств, лежащих в основании заявленных требований, иск может удовлетворяться в пользу истца, даже если он не сослался на надлежащие правовые нормы или указал неверную правовую квалификацию иска.

К примеру, если истец просит суд взыскать с ответчика денежные средства на основании норм договорного права, а суд в ходе рассмотрения дела приходит к выводу о том, что договор между

сторонами спора не заключен (ничтожен), он не лишен возможности удовлетворить требования истца со ссылкой на нормы института кондикционных обязательств <1>.

<1> См. об этом подробнее: Мурзин Д.В., Опалев Р.О., Петров Е.Ю., Реброва Е.А., Тороп Ю.В. Проблемы заключенности и действительности гражданско-правовых договоров в судебно-арбитражной практике (по материалам совместного заседания научно-консультативных советов при ФАС Западно-Сибирского округа и ФАС Уральского округа) // Вестник Федерального арбитражного суда Уральского округа. 2009. N 1. С. 71 - 73.

Однако если говорить о делах об оспаривании нормативных правовых актов, то здесь можно согласиться с аргументами С.В. Никитина о том, что в силу буквального толкования ч. 9 ст. 213 КАС РФ, ч. 6 ст. 194 АПК РФ законность оспариваемого акта как элемент правовой основы дела доказывается в судебном процессе. Не имея возможности отойти от буквы закона, нужно признать, что по делам о нормоконтроле в предмет доказывания входят выводы о праве. По данной категории дел подобные положения не влекут особых правоприменительных проблем, поскольку в основном бремя доказывания в них возложено на сильную сторону конфликта - орган власти или должностное лицо. Вместе с тем распространение указанных суждений на весь гражданский, арбитражный, административный судебный процессы, на наш взгляд, вряд ли будет способствовать правильному уяснению и применению процессуального закона и позиций судебной практики.

Как было показано ранее, разграничение доказывания в процессуальном и логическом смыслах этого слова или судебного доказывания и правовой аргументации по делу имеет в нашей стране давнюю историю и осуществляется, видимо, отнюдь не случайно.

Так, крайне сложно провести грань между понятиями законности и обоснованности, а соответственно и между различными основаниями отмены (изменения) судебных актов, если полагать, что выводы о правах и обязанностях сторон должны быть отнесены к предмету доказывания и обоснованы по правилам, регулирующим собирание, раскрытие, исследование, проверку и оценку судебных доказательств. Очевидно, на наш взгляд, что в реальной действительности обоснование правовых выводов по делу не должно в обязательном порядке строиться на основе норм права, содержащихся в гл. 6 ГПК РФ, гл. 7 АПК РФ, гл. 6 КАС РФ "Доказательства и доказывание".

Полагаем, что теоретические идеи, связанные с расширением понятия судебного доказывания путем включения в его сферу правовой основы дела, требуют дальнейшего осмысления и детального обсуждения в юридической литературе <1>.

<1> См. об этом подробнее: Опалев Р.О. К вопросу о соотношении доказывания и правовой аргументации в гражданском и арбитражном процессах // Вестник Федерального арбитражного суда Уральского округа. 2013. N 1. С. 112 - 119.

§ 2. Обстоятельства, не подлежащие доказыванию в гражданском и арбитражном процессах, административном судопроизводстве

Общее правило распределения бремени (обязанности) доказывания закреплено в ч. 1 ст. 65 АПК РФ, ч. 1 ст. 56 ГПК РФ, ч. 1 ст. 62 КАС РФ и заключается в том, что каждое лицо, участвующее в деле, должно доказать обстоятельства, на которые оно ссылается как на основание своих требований, возражений, доводов.

Вместе с тем существенное отличие доказывания в рамках административного судопроизводства от доказывания в гражданском и арбитражном процессах находит свое отражение в закреплённом ч. 7 ст. 6 КАС РФ принципе состязательности и равноправия сторон административного судопроизводства **при активной роли суда** (выделено мной. - **Р.О.**).

Как разъяснено в п. 24 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27 сентября 2016 г. N 36,

доказывание по административным делам осуществляется на основе принципа состязательности и равноправия сторон при активной роли суда (ч. 7 ст. 6, ст. 14 КАС РФ).

Указанный принцип выражается в том числе в принятии предусмотренных Кодексом мер для всестороннего и полного установления всех фактических обстоятельств по административному делу, для выявления и истребования по собственной инициативе доказательств в целях правильного разрешения дела (ч. 1 ст. 63, ч. ч. 8, 12 ст. 226, ч. 1 ст. 306 КАС РФ).

Подобная активность суда выступает отличительной (сущностной) чертой административного судопроизводства в подавляющем числе стран континентальной правовой семьи. Она призвана обеспечить своего рода опеку суда над слабой стороной публично-правового спора - гражданином, организацией.

В целом принятый 8 марта 2015 г. КАС РФ позволил создать процессуальную форму рассмотрения и разрешения административных дел, в рамках которой начало активной роли суда в процессе последовательно реализуется на всех стадиях судопроизводства. Созданная данным Кодексом административная процессуальная форма предусматривает наиболее широкие полномочия судов, направленные на установление материально-правовых и процессуально-правовых фактов, а также на правильное применение норм права.

Например, как следует из ч. 2 ст. 62, ч. 11 ст. 226 КАС РФ, обязанность доказывания оснований для принятия оспариваемого акта, совершения оспариваемого действия (бездействия), их соответствия нормативным правовым актам возлагается на орган государственной власти, орган местного самоуправления, должностное лицо.

В силу ч. 1 ст. 63, ч. 12 ст. 226 КАС РФ суд вправе истребовать доказательства по административным делам по своей инициативе.

Согласно ч. 3 ст. 62, ч. 8 ст. 226 КАС РФ при проверке законности оспариваемого акта, решения, действия (бездействия) суд не связан основаниями и доводами заявленных требований и выясняет обстоятельства, имеющие значение для правильного разрешения дела, в полном объеме.

Кроме того, в соответствии с ч. 1 ст. 308 КАС РФ суд апелляционной инстанции рассматривает административное дело в полном объеме и не связан основаниями и доводами, изложенными в апелляционной жалобе, представлении и возражениях, относительно жалобы, представления.

Как следует из ч. 2 ст. 329 КАС РФ, по административным делам, затрагивающим интересы неопределенного круга лиц, а также по административным делам, указанным в гл. 28 - 31 КАС РФ, в которых затрагиваются интересы физического лица, суд кассационной инстанции вправе выйти за пределы доводов кассационных жалобы, представления.

В гражданском, арбитражном и административном судебных процессах существуют также обстоятельства, не подлежащие доказыванию или не требующие его.

Во-первых, не подлежат доказыванию общеизвестные факты (ч. 1 ст. 69 АПК РФ, ч. 1 ст. 61 ГПК РФ, ч. 1 ст. 64 КАС РФ). Определенные обстоятельства по усмотрению суда могут быть признаны общеизвестными, если они известны широкому кругу лиц, в том числе составу суда, рассматривающему дело. Такие факты принято делить на всемирно известные, известные на территории Российской Федерации, локально известные (например, пожары, наводнения). Об общеизвестности последних должна быть сделана отметка в судебном решении (на случай апелляционного, кассационного или надзорного обжалования решения).

Во-вторых, не подлежат доказыванию преюдициальные факты, т.е. факты, установленные ранее принятым и вступившим в законную силу актом правосудия (ч. ч. 2 - 4 ст. 69 АПК РФ, ч. ч. 2 - 4 ст. 61 ГПК РФ, ч. ч. 2, 3 ст. 64 КАС РФ). Преюдициальные факты не могут быть опровергнуты, если судебный акт, которым они установлены, не отменен в предусмотренном законом порядке.

Однако преюдициальность имеет свои субъективные и объективные пределы. Субъективный предел заключается в том, что преюдиция сохраняется до тех пор, пока в разных делах участвуют одни и те же

лица или их правопреемники, представители. Объективный предел очерчивает совокупность (объем) фактов, установленных вступившим в законную силу актом правосудия, которые не подлежат доказыванию при рассмотрении другого дела.

У преюдициальности судебных актов по гражданским делам, приговоров по уголовным делам и судебных актов по административным делам разные объективные пределы.

Так, вступивший в законную силу судебный акт по ранее рассмотренному гражданскому или административному делу обязателен для суда, рассматривающего другое гражданское или административное дело, по вопросам обо всех обстоятельствах, установленных этим актом и имеющих отношение к лицам, участвующим в деле. Вступивший же в законную силу приговор суда по уголовному делу, постановление суда по делу об административном правонарушении обязательны для суда, рассматривающего гражданское, административное дело, лишь по вопросам о том, имели ли место определенные действия и совершены ли они определенным лицом.

Подобные различия обусловлены разными стандартами доказывания в разных видах процесса. Так, в гражданском, арбитражном, административном судебном процессе субъект спорного правоотношения, как правило, самостоятельно доказывает свои требования и возражения. Напротив, в уголовном процессе, процессе, регулируемом нормами КоАП РФ, значительная роль в доказывании отводится не потерпевшим, а органам власти и суд при вынесении приговора, постановления руководствуется презумпцией невиновности. Справедливо поэтому, что если орган государственной власти не смог доказать, к примеру, определенный размер вреда, причиненного потерпевшему, последний не должен лишаться возможности доказать соответствующий факт в гражданском, арбитражном судебном процессе.

В судебной практике возникал вопрос: имеют ли преюдициальное значение содержащиеся во вступивших в законную силу судебных актах выводы о неустановленности (недоказанности) тех или иных фактических обстоятельств (например, факта заключения договора)?

В данном случае следует отметить, что еще М.А. Гурвич писал о том, что суд прежняя оценка доказательств, произведенная другим судом, ни в какой мере не связывает <1>. Думается, что если суд не пришел к выводу о незаключенности договора, о причинении вреда и т.п., но лишь констатировал недоказанность стороной подобных фактов, мы имеем дело с выводом об оценке доказательств, но не с выводом о факте.

<1> См.: Гурвич М.А. Решение советского суда в исковом производстве. М., 1955 (цит. по: Гурвич М.А. Избранные труды. Т. 1. Краснодар, 2006. С. 430).

Согласно нормам ст. 69 АПК РФ, ст. 61 ГПК РФ, ст. 64 КАС РФ лишь обстоятельства, установленные вступившим в законную силу актом правосудия, не доказываются вновь при рассмотрении другого дела. Поэтому, на наш взгляд, на неустановленные (недоказанные) факты преюдициальность не распространяется. Такая позиция находит отражение в судебной практике <1>.

<1> Постановления Четырнадцатого арбитражного апелляционного суда от 14 апреля 2011 г. N 14АП-570/11, ФАС Северо-Кавказского округа от 9 сентября 2011 г. N Ф08-5081/11; Определение Высшего Арбитражного Суда РФ от 22 ноября 2010 г. N ВАС-15238/10 (СПС "КонсультантПлюс").

Новеллой в сфере доказательственного права является также норма ч. 2 ст. 64 КАС РФ, в соответствии с которой обстоятельства, установленные вступившим в законную силу решением суда по ранее рассмотренному им гражданскому или административному делу либо по делу, рассмотренному ранее арбитражным судом, не доказываются вновь и не подлежат оспариванию при рассмотрении судом другого административного дела, в котором участвуют лица, в отношении которых установлены эти обстоятельства, или лица, относящиеся к категории лиц, в **отношении которых установлены эти обстоятельства**.

Как разъясняется в п. 26 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27 сентября 2016 г. N 36,

при применении данной правовой нормы нужно исходить из того, что под лицами, относящимися к категории лиц, в отношении которых установлены названные выше обстоятельства, понимаются, в частности, органы государственной власти, входящие в единую систему государственных органов (например, налоговые органы, таможенные органы и т.п.), должностные лица соответствующей системы государственных органов.

В-третьих, по общему правилу лица, участвующие в деле, освобождаются от доказывания обстоятельств, признанных сторонами спора. Так, согласно ч. ч. 2 и 3 ст. 70 АПК РФ признанные сторонами в результате достигнутого между ними соглашения обстоятельства принимаются арбитражным судом в качестве фактов, не требующих дальнейшего доказывания. Достигнутое в судебном заседании или вне судебного заседания соглашение сторон по обстоятельствам удостоверяется их заявлениями в письменной форме и заносится в протокол судебного заседания.

Признание стороной обстоятельств, на которых другая сторона основывает свои требования или возражения, освобождает другую сторону от необходимости доказывания таких обстоятельств. Факт признания стороной обстоятельств заносится арбитражным судом в протокол судебного заседания и удостоверяется подписью стороны. Признание, изложенное в письменной форме, приобщается к материалам дела.

В гражданском процессе, в отличие от арбитражного и административного судебного процессов, существуют односторонние судебные признания, но нет признаний в форме соглашения сторон по фактическим обстоятельствам дела (ч. 2 ст. 68 ГПК РФ).

Напротив, в административном судебном процессе, в отличие от арбитражного и гражданского процессов, к числу обстоятельств, не нуждающихся в доказывании, не отнесены обстоятельства, подтвержденные нотариусом при совершении нотариального действия (см. ч. 5 ст. 69 АПК РФ, ч. 5 ст. 61 ГПК РФ).

Подробно виды судебных признаний рассмотрены в настоящем издании в параграфе "Правовая природа признания как особой разновидности объяснений лиц, участвующих в деле". Здесь же остановимся лишь на новом виде признаний, появившемся в арбитражном процессе сравнительно недавно.

Теоретико-прикладная проблема отнесения к обстоятельствам, не подлежащим доказыванию, фактов, установленных на основании пассивного поведения участника арбитражного процесса. Федеральным законом от 27 июля 2010 г. N 228-ФЗ "О внесении изменений в Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации" <1>, вступившим в силу 1 ноября 2010 г., в ст. 70 АПК РФ введена ч. 3.1, согласно которой обстоятельства, на которые ссылается сторона в обоснование своих требований или возражений, считаются признанными другой стороной, если они ею прямо не оспорены или несогласие с такими обстоятельствами не вытекает из иных доказательств, обосновывающих представленные возражения относительно существа заявленных требований. По смыслу процитированной правовой нормы оспаривание фактов может быть как прямым (когда несогласие с утверждением процессуального противника выражено в форме адресованного суду суждения, сделанного в устной либо письменной форме), так и косвенным (когда несогласие стороны вытекает из представленных ею доказательств).

<1> СЗ РФ. 2010. N 31. Ст. 4197.

Формально, исходя из местоположения процитированной нормы в ст. 70 "Освобождение от доказывания обстоятельств, признанных сторонами" АПК РФ, можно прийти к выводу о том, что в данном случае мы имеем дело с новым основанием освобождения от доказывания обстоятельств по делу. Вместе с тем придется дать самую подробную интерпретацию процессуального закона, чтобы опровергнуть это кажущееся вполне очевидным суждение.

Рассматриваемая правовая норма в сочетании с новеллой, согласно которой представление отзыва на иск является обязанностью ответчика <1>, создала предпосылки для более эффективной реализации в российском арбитражном процессе правила о предварительном раскрытии доказательств, пришедшего к

нам из правовых систем стран общего права <2>, однако в теории и судебной практике возник целый ряд сложностей ее толкования <3>.

<1> Следует отметить, что ранее вопрос о том, является ли представление отзыва на иск правом либо обязанностью ответчика, относился к числу дискуссионных. Так, М.И. Клеандров высказывал позицию о том, что представление отзыва на иск является обязанностью, не обеспеченной санкцией (см.: Клеандров М.И. Арбитражный процесс: Учебник. М., 2006. С. 213). Напротив, В.М. Шерстюк, М.Р. Загидуллин исходили из отсутствия у ответчика обязанности по представлению отзыва на иск (см.: Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации / Под ред. В.Ф. Яковлева, М.К. Юкова. М., 2003. С. 383; Арбитражный процесс: Учебник для вузов / Под общ. ред. Я.Ф. Фархтдинова и др. СПб., 2004. С. 220). Федеральный закон от 19 июля 2009 г. N 205-ФЗ "О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации" (СЗ РФ. 2009. N 29. Ст. 3642) изменил редакцию ст. 131 АПК РФ. В новой редакции данной статьи прямо указано, что ответчик обязан направить или представить в арбитражный суд и лицам, участвующим в деле, отзыв на исковое заявление, и предусмотрена ответственность за непредставление отзыва в виде отнесения на ответчика судебных расходов независимо от результатов рассмотрения дела.

<2> См., например: Решетникова И.В. Доказательственное право Англии и США. Екатеринбург, 1997. С. 25 и др.

<3> См. об этом подробнее: Опалев Р.О. Пассивное поведение стороны спора как основание считать признанными обстоятельства, входящие в предмет доказывания по делу // Вестник гражданского процесса. 2012. N 2; Он же. Комментарии к Рекомендациям НКС при Федеральном арбитражном суде Уральского округа по вопросам применения законодательства о судопроизводстве в арбитражных судах // Вестник Федерального арбитражного суда Уральского округа. 2012. N 1. С. 51 - 55; Он же. Особенности доказывания и судопроизводства в арбитражных судах: научно-прикладной анализ. Saarbrücken, 2012. С. 11 - 19; Opalev R.O. General Provisions of the Doctrine of Evidence in the Russian Commercial Litigation Procedure // Russian Law: Theory and Practice. 2012. N 2. P. 70 - 75.

В настоящее время в судебной практике арбитражных судов начал формироваться единый подход, который состоит в том, что рассматриваемая норма не освобождает суд от обязанности оценки совокупности представленных истцом доказательств <1>. Иными словами, ч. 3.1 ст. 70 АПК РФ не снимает со стороны обязанности доказать обстоятельство, на которые она ссылается как на основание своих требований и возражений (ч. 1 ст. 65 АПК РФ). Сегодня можно достаточно уверенно опровергнуть вариант толкования, согласно которому с появлением в ст. 70 АПК РФ ч. 3.1 общее правило распределения обязанности по доказыванию начинает действовать лишь после того, как противоположная сторона прямо или косвенно оспорит обстоятельство, положенное в основу требований или возражений своего оппонента <2>.

<1> См.: Протокол заседания круглого стола по вопросам применения Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации с участием Т.К. Андреевой от 18 марта 2011 г. // Вестник Федерального арбитражного суда Уральского округа. 2011. N 2. С. 27; Рекомендации Научно-консультативного совета при Федеральном арбитражном суде Поволжского округа, утвержденные президиумом ФАС Поволжского округа 3 июня 2011 г. (вопрос 15) (указанные Рекомендации размещены в сети Интернет по адресу: http://faspo.arbitr.ru/pract/recommend_nks); Постановления ФАС Восточно-Сибирского округа от 29 июня 2011 г. N А78-8139/2010, от 22 февраля 2011 г. N А19-4380/09, ФАС Московского округа от 11 декабря 2012 г. по делу N А40-26671/12-44-76, от 19 декабря 2012 г. по делу N А40-32523/12-44-86 (СПС "КонсультантПлюс").

<2> См., например: Шеменева О.Н. Неоспоренные обстоятельства в арбитражном процессе // Арбитражный и гражданский процесс. 2011. N 2.

Очень отчетливо просматривается отличие признания, совершенного путем подачи стороной (сторонами) письменного документа или дачи устного заявления под протокол судебного заседания, от

признания, предусмотренного ч. 3.1 ст. 70 АПК РФ. Согласно ч. 4 названной статьи суд вправе не принять первый вид признания, только если он располагает доказательствами, дающими основание полагать, что оно совершено в целях сокрытия определенных фактов или под влиянием обмана, насилия, угрозы, заблуждения. В силу ч. 5 ст. 70 АПК РФ обстоятельства, признанные и удостоверенные сторонами в порядке, установленном указанной статьей, в случае их принятия арбитражным судом не проверяются им в ходе дальнейшего производства по делу.

Напротив, пассивное поведение может и не повлечь вывода о признании обстоятельств, входящих в предмет доказывания, даже при отсутствии в распоряжении суда сведений о сокрытии определенных фактов, обмане, насилии, угрозе, заблуждении стороны спора.

Решение вопроса о квалификации пассивного поведения в качестве признания факта в значительной степени зависит от оценки судом доказательств по делу. Непредставление или несвоевременное представление, в частности, ответчиком своей позиции и доказательств может послужить основанием для наступления правовых последствий, которые заключаются в выводе суда о том, что определенные юридические факты признаны им при условии, что соответствующие факты подтверждаются имеющимися в деле доказательствами.

Нужно отметить, что такой вывод, как правило, не имеет серьезного практического значения, поскольку в отечественном арбитражном процессе, в отличие от процесса стран общего права, отсутствует развернутое предварительное производство по гражданскому делу, состоящее из детальных и разнообразных процедур, в рамках которых еще до того, как суд приступает к рассмотрению спора по существу, определяется круг признанных сторонами фактов <1>. В отечественном судопроизводстве вывод о признании обстоятельств делается уже на стадии судебного разбирательства и с учетом выводов, к которым пришел суд по результатам исследования иных доказательств. Поэтому, на наш взгляд, рассматриваемое признание мало чем облегчает процессуальную деятельность суда по разрешению спора. Собственно говоря, как правило, **с абсолютно равным успехом суд мог бы рассмотреть дело по существу и** удовлетворить иск либо отказать в его удовлетворении (в зависимости от качества доказательственного материала, представленного активной стороной спора), не делая выводов о признании фактов лицом, не предпринявшим действий к отстаиванию своих интересов в процессе <2>.

<1> См. об этом, например: Бернам У. Правовая система США. Вып. 3. М., 2007. С. 385 - 407.

<2> Показательно, что на начало марта 2013 г., т.е. более чем через два года после введения в АПК РФ обсуждаемой новеллы, в судебной практике каждого из федеральных арбитражных судов округов насчитывалось лишь от 20 до 60 случаев ее применения.

Несмотря на сказанное, наличие в АПК РФ фикций надлежащего извещения лица, участвующего в деле (ч. 4 ст. 123 АПК РФ) <1>, привело к формированию в судебной практике достаточно осторожных подходов к применению ч. 3.1 ст. 70 АПК РФ.

<1> Так, согласно ч. 4 ст. 123 АПК РФ лица, участвующие в деле, и иные участники арбитражного процесса считаются извещенными надлежащим образом арбитражным судом, если, несмотря на почтовое извещение, адресат не явился за получением копии судебного акта, направленной арбитражным судом в установленном порядке, о чем организация почтовой связи уведомила арбитражный суд; копия судебного акта не вручена в связи с отсутствием адресата по указанному адресу, о чем организация почтовой связи уведомила арбитражный суд с указанием источника данной информации.

Так, в п. 11 Рекомендаций Научно-консультативного совета при ФАС Уральского округа N 2/2011 по итогам заседания, состоявшегося 10 - 11 ноября 2011 г. в г. Екатеринбурге, отражена позиция, согласно которой ч. 3.1 ст. 70 АПК РФ применяется при условиях извещения стороны о начавшемся процессе, в частности, по правилам, предусмотренным ч. 4 ст. 123 АПК РФ, и совершения ею в рамках данного процесса действий, позволяющих суду считать признанными стороной обстоятельства, входящие в предмет доказывания по делу (например, подача отзыва, не содержащего опровержения определенных

обстоятельств по делу, фактическое участие в судебном заседании без заявления каких-либо возражений относительно конкретных юридических фактов).

Столь осторожный и взвешенный подход обусловлен, на наш взгляд, необходимостью предоставить стороне спора (прежде всего ответчику) фактическую возможность оспорить и не согласиться с позицией, доказательствами процессуального противника. Только если такая возможность существовала, преднамеренное либо просто безразличное, пассивное поведение лица может привести к последствиям, которые заключаются в том, что суд делает вывод о признании стороной обстоятельств, входящих в предмет доказывания по делу. Наличие указанной возможности налицо, когда ответчик проявил хоть какое-то участие в рассмотрении спора (подал отзыв, пришел в судебное заседание).

В п. 2 Рекомендаций Научно-консультативного совета при ФАС Северо-Западного округа по итогам заседания 16 - 17 июня 2011 г. (г. Архангельск) сказано: "По смыслу части 3.1 статьи 70 АПК РФ факт отсутствия возражений не может свидетельствовать о согласии с обстоятельствами, на которые ссылается другая сторона в обоснование своих требований. Таким образом, в случае если ответчик не представляет отзыв на иск, суд должен вынести решение с учетом совокупности всех иных обстоятельств дела.

Часть 3.1 статьи 70 АПК РФ не может быть применена в случае неявки в судебное заседание стороны, прежде всего ответчика.

Из системного толкования частей 3 и 3.1 статьи 70 и части 4 статьи 268 АПК РФ следует вывод, что часть 3 статьи 70 АПК РФ имеет в виду буквальное установление обстоятельств, а часть 3.1 статьи 70 АПК РФ - косвенное признание. Таким образом, правило части 4 статьи 268 АПК РФ может быть применимо только к обстоятельствам, которые признаны и удостоверены в порядке, предусмотренном частью 3 статьи 70 АПК РФ. Кроме того, часть 4 статьи 268 АПК РФ имеет в виду обстоятельства, которые признаны и удостоверены определением суда о принятии признания стороны. В отношении обстоятельств, которые признаны и удостоверены в порядке части 3.1 статьи 70 АПК РФ, не может быть вынесено определение суда, в связи с чем правило части 4 статьи 268 АПК РФ может быть применимо только к обстоятельствам, которые признаны и удостоверены в порядке, предусмотренном частью 3 статьи 70 АПК РФ" <1>.

<1> <http://fasszo.arbitr.ru/welcome/showall/102>

Интересные разъяснения по применению ч. 3.1 ст. 70 АПК РФ выработаны также в Рекомендациях Научно-консультативного совета при ФАС Поволжского округа от 20 - 22 апреля 2011 г. (г. Ульяновск): "Необходимо исходить из конституционных гарантий сторон и общих принципов процессуального законодательства.

Соблюдение правил надлежащего извещения лиц, участвующих в деле (статьи 121 - 123 АПК РФ), является соответствующей гарантией для реализации права на судебную защиту, а также принципа состязательности сторон.

Таким образом, если ответчик извещен о месте и времени судебного разбирательства и не явился в судебное заседание, соответственно не оспорил обстоятельства, положенные в основание требований, в этом случае также подлежат применению правила ч. 3.1 ст. 70 АПК РФ.

Положения указанной нормы не могут рассматриваться в качестве перераспределения бремени доказывания между участниками процесса.

Согласно части 1 статьи 65 АПК РФ каждое лицо, участвующее в деле, должно доказать обстоятельства, на которые оно ссылается как на основание своих требований и возражений" <1>.

<1> <http://faspo.arbitr.ru/images/%D0%9D%D0%9A%D0%A10308.pdf>

Еще один вопрос, связанный с толкованием и применением ч. 3.1 ст. 70 АПК РФ, заключается в том,

распространяется ли она на третьих лиц. Например, в советский период развития отечественной доктрины утверждалось, что субъектом признания может быть и третье лицо <1>, т.е. действие норм права, регулирующих признание фактов, по кругу лиц не ограничивалось сторонами и третьими лицами, заявляющими самостоятельные требования относительно предмета спора, которые пользуются правами и несут обязанности истца. Вместе с тем в настоящее время высказывается позиция, согласно которой ч. 3.1 ст. 70 АПК РФ регулирует правила распределения бремени доказывания между сторонами по делу. Она не распространяется на третьих лиц, не заявляющих самостоятельных требований относительно предмета спора <2>.

<1> См. об этом, например: Курылев С.В. Объяснения сторон как доказательство в советском гражданском процессе. М., 1956. С. 122.

<2> Протокол заседания круглого стола по вопросам применения Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации с участием Т.К. Андреевой от 18 марта 2011 г. С. 26.

На наш взгляд, арбитражное процессуальное законодательство не содержит никаких препятствий для распространения действия ч. 3.1 ст. 70 АПК РФ на третьих лиц, не заявляющих самостоятельных требований относительно предмета спора. Конечно, в названной норме говорится только о таких субъектах процесса, как стороны. Вместе с тем в соответствии с ч. 2 ст. 51 АПК РФ третьи лица, не заявляющие самостоятельных требований относительно предмета спора, пользуются процессуальными правами и несут процессуальные обязанности стороны, за исключением права на изменение основания или предмета иска, увеличение или уменьшение размера исковых требований, отказ от иска, признание иска или заключение мирового соглашения, предъявление встречного иска, требование принудительного исполнения судебного акта. Данное нормативное положение позволяет сделать вывод о возможности применения нормы ч. 3.1 ст. 70 АПК РФ в отношении третьих лиц без самостоятельных требований.

Заслуживает обсуждения и теоретический вопрос о правовой природе признания, закрепленного в ч. 3.1 ст. 70 АПК РФ.

В дореволюционной доктрине цивилистического процесса признание факта рассматривалось в том числе как акт распоряжения правом <1>, возможность которого обусловлена действием принципа диспозитивности.

<1> См.: Нефедьев Е.А. Учебник русского гражданского судопроизводства. Краснодар, 2005. С. 255; Васильковский Е.В. Учебник гражданского процесса. М., 1917. С. 245.

В середине прошлого века под влиянием принципа объективной истины, который, безусловно, не позволяет сторонам спора распоряжаться фактами дела, возникли острые дискуссии по поводу того, является ли признание фактов актом распоряжения правом либо доказательством по делу (видом объяснений лиц, участвующих в деле), оцениваемым судом по своему внутреннему убеждению наряду с другими имеющимися в деле доказательствами <1>.

<1> См. об этом, например: Курылев С.В. Объяснения сторон как доказательство в советском гражданском процессе. С. 113 - 142; Пучинский В.К. Признание стороны в советском гражданском процессе. М., 1955. С. 19 - 26; Юдельсон К.С. Проблема доказывания в советском гражданском процессе. С. 518 - 524.

Сегодня мы видим, что в результате этих дискуссий преобладающим оказался взгляд, согласно которому признание фактов рассматривается как вид объяснений сторон и третьих лиц <1>.

<1> См., например: Гражданский процесс России: Учебник / Под ред. М.А. Викут. М., 2005. С. 183 (авторы соответствующей главы - И.М. Зайцев, С.Ф. Афанасьев); Осокина Г.Л. Гражданский процесс.

Общая часть. М., 2006. С. 598; Гражданское процессуальное право: Учебник / Под ред. М.С. Шакарян. М., 2007. С. 183 (автор главы - А.К. Сергун).

Вместе с тем представляется, что ч. 3.1 ст. 70 АПК РФ не укладывается ни в рамки теории, согласно которой признание представляет собой акт распоряжения правом (материальным правом, как в теории распоряжения, либо процессуальным правом, как в теории отречения <1>), ни в рамки теории, согласно которой признание является разновидностью объяснений лиц, участвующих в деле.

<1> См. об этом, например: Треушников М.К. Судебные доказательства. М., 2004. С. 163 - 164; Юдельсон К.С. Проблема доказывания в советском гражданском процессе. С. 518 - 519.

Признание по ч. 3.1 ст. 70 АПК РФ трудно отнести к акту распоряжения правом ввиду изложенной выше специфики применения соответствующей правовой нормы, которая обусловлена систематическим толкованием действующего законодательства. Специфика эта заключается в том, что пассивное поведение стороны спора, о котором сказано в гипотезе ч. 3.1 ст. 70 АПК РФ, может повлечь самые разные правовые последствия в зависимости от обстоятельств конкретного процесса, от поведения иных участников спора и даже от усмотрения суда, т.е. оно не влечет с необходимостью или даже с высокой степенью вероятности наступление последствий в виде вывода суда о признании стороной обстоятельств, входящих в предмет доказывания по делу.

Невозможность квалификации признания, предусмотренного ч. 3.1 ст. 70 АПК РФ, в качестве объяснения лица, участвующего в деле, на наш взгляд, не вызывает сомнений, ведь под объяснением понимается **сообщение** лица о фактах, имеющих значение для разрешения дела <1>.

КонсультантПлюс: примечание.
Учебник "Гражданский процесс" (отв. ред. В.В. Ярков) включен в информационный банк согласно публикации - Статут, 2017 (10-е издание, переработанное и дополненное).

<1> Гражданский процесс: Учебник / Отв. ред. В.В. Ярков. М., 2006. С. 231 (автор главы - И.В. Решетникова).

С учетом изложенного думается, что если в будущем признание, совершаемое путем пассивного поведения стороны спора, не найдет более детального и последовательного правового регулирования, которое встроило бы его в рамки теории распоряжения, теории отречения и позволило бы говорить об основаниях такого признания как о волевых актах, то ученым-процессуалистам придется предложить новое теоретическое толкование феномена признания, закрепленного в ч. 3.1 ст. 70 АПК РФ.

Представляется, что данный вид судебного признания можно рассматривать как особый доказательственный факт. Необходимость придания доказательственного значения поведению сторон подробно обоснована в современной доктрине цивилистического процесса А.Т. Боннером <1>.

<1> См.: Боннер А.Т. Доказательственное значение поведения сторон в гражданском и арбитражном процессах // Закон. 2009. N 2. С. 101 - 112.

Глава 5. БРЕМЯ ДОКАЗЫВАНИЯ ПО ГРАЖДАНСКИМ И АДМИНИСТРАТИВНЫМ ДЕЛАМ, ЭКОНОМИЧЕСКИМ СПОРАМ

§ 1. Понятие и содержание бремени доказывания

Вопросы о правовой природе и содержании института распределения доказательственных обязанностей остаются сложными и дискуссионными, несмотря на длительную историю их исследования

в науке гражданского процессуального права.

Имеется неопределенность в вопросе о том, является ли данный институт процессуальным либо материально-правовым. На первый взгляд основания для дискуссии отсутствуют: поскольку вопросы доказывания и доказательств относятся к процессуальному праву, то и вопросы распределения бремени доказывания являются исключительно процессуальными. Однако простота решения проблемы только кажущаяся.

В литературе высказывались мотивированные мнения о наличии у рассматриваемого института материально-правового значения наряду с процессуальным. Более того, отдельные ученые утверждали, что распределение обязанностей по доказыванию - институт материального права. В начале прошлого века принадлежность норм о бремени доказывания к материальному праву обосновывалась Б.В. Поповым <1>. В советский период М.А. Гурвич писал, что "распределение бремени доказывания - материально-правовой институт, регулирующий взаимоотношения между сторонами в гражданском правоотношении" <2>.

<1> См.: Попов Б.В. Распределение доказательств между сторонами в гражданском процессе: критико-догматическое исследование. Харьков, 1905. С. 8.

<2> Гурвич М.А. Является ли доказывание в гражданском процессе юридической обязанностью? С. 14 - 15.

Постановка вопроса о распределении доказательственного бремени в материальном праве, в котором нет доказывания в юридическом смысле, представляется излишне прямолинейной и потому неверной. Субъекты материальных правоотношений получают возможность осуществлять доказательственную деятельность только в рамках юрисдикционной процедуры. Участники гражданского правоотношения могут доказывать что-либо друг другу и обычно делают это, как, например, участники дорожно-транспортного происшествия обосновывают друг другу свою невиновность и отсутствие нарушения правил дорожного движения. Однако это доказывание в обыденно-практическом понимании, не подчиненное формальным правилам, спор. Результат подобного доказывания не будет иметь юридических последствий, поскольку такого рода последствия в гражданском праве признаются только за соглашением сторон. Способы формализации такого соглашения определены гражданским законодательством (например, отступное (ст. 409 ГК РФ), новация (ст. 414 ГК РФ)) и не имеют прямого отношения к процессуальной деятельности.

Также очевидно, что стороны материального правоотношения не могут распределить между собой обязанности по доказыванию, даже опираясь на установленные законодательством правила, поэтому непосредственное использование института распределения доказательственного бремени до возникновения процесса лишено смысла. Распределение и сообщение сторонам их обязанностей по доказыванию - функция суда.

Материально-правовое значение будет иметь не само процессуальное доказывание, а его результат - вступившее в законную силу судебное решение, которым установлены обстоятельства, имеющие правовое значение, которое подтверждает возникновение, изменение, прекращение гражданских правоотношений.

Позиция о процессуальном характере института бремени доказывания неравнозначна отрицанию его роли и значения в материальном праве. Нормы института (в том числе специальные, закрепляющие доказательственные презумпции) прямо либо опосредованно указывают на участника (участников) материальных правоотношений, который должен совершить действия по закреплению определенных юридических фактов, наличия и содержания права. Тем самым институт реализует одну из своих функций - побуждение участников материальных отношений к оформлению своих прав либо имеющих правовое значение обстоятельств.

Вопрос о причинах наличия в процессуальном законодательстве института распределения доказательственных обязанностей многогранен.

Диспозитивный характер норм гражданского права, законодательно закреплённая для граждан и

юридических лиц возможность по своему усмотрению осуществлять принадлежащие им гражданские права предполагают и ответственность за совершение или несовершение действий в материальных правоотношениях. Субъект права волен действовать в соответствии с предписаниями нормативных актов, правовыми обычаями либо отклониться от них, но если он в силу каких-то причин не предпринял действий по закреплению своего права, сохранению документов, его подтверждающих, он не вправе рассчитывать, что оно будет защищено так же, как право субъекта, предпринявшего необходимые действия по закреплению наличия и объема прав.

Действиями в гражданских правоотношениях и их надлежащим оформлением лицо создает предпосылки для защиты своих прав в случае возникновения спора. Следовательно, задолго до возможного процесса формируются условия для надлежащего исполнения доказательственных обязанностей.

В литературе подчеркивается необходимость учитывать допроцессуальные интересы и действия при распределении бремени доказывания ^{<1>}. Действительно, при формулировании общего и в особенности специальных доказательственных правил учитываются возможности сторон зафиксировать свои сделки, действия и решения. Значительное число специальных доказательственных правил возлагают бремя доказывания на субъекта, который располагал реальными возможностями обеспечить свои интересы необходимыми доказательствами.

^{<1>} См.: Курылев С.В. Основы теории доказывания в советском правосудии. С. 127 - 130; Попова Ю.А. Судопроизводство по делам, возникающим из публично-правовых отношений (теоретические проблемы). Краснодар, 2002. С. 139 - 140.

Таким образом, функция института бремени доказывания - побудить участников материальных правоотношений заранее позаботиться о подготовке к вероятному процессу, выполнении указаний закона о надлежащем оформлении отношений, наличии достоверных письменных и иных доказательств.

Правила распределения доказательственного бремени выступают также как движущее начало процесса в целом и доказывания в частности. Первоначально суд относится (или по крайней мере должен относиться) к версиям о доказанности и недоказанности искомых фактов как к равновероятным. Такое отношение могло бы сохраняться неопределенное время, если бы у кого-либо из участников процессуальных отношений не возникла необходимость предпринять действия к установлению обстоятельств предмета доказывания. Кто и какие действия должен предпринять - на этот вопрос отвечают положения рассматриваемого института.

Установление обязанностей по доказыванию преследует также цель устранения неопределенности, возникающей в правоотношениях в случае невозможности достоверно выяснить обстоятельства, имеющие значение для дела.

В случае если по делу получено достаточное количество доказательственного материала для достоверного установления юридических фактов, необходимость прямого применения правил о последствиях неисполнения бремени доказывания отсутствует. Иное дело, когда достоверные выводы об обстоятельствах дела невозможны в связи с отсутствием доказательств либо их недостаточностью. Суд не может уклониться от вынесения решения и его мотивировки, сославшись на недостаточность доказательств и невыясненность фактических обстоятельств дела. Для устранения неопределенности объективно необходим механизм, который в том числе исключил бы возможность произвольной оценки судом обстоятельств дела, вынесения субъективного решения. В качестве механизма, способствующего, с одной стороны, устранению неопределенности и ограничивающего, с другой стороны, произвольность в оценке наличия либо отсутствия искомых фактов, используется институт распределения доказательственного бремени.

Распределить доказательственное бремя означает в том числе сделать предположение о наличии либо отсутствии юридических фактов в пользу одной из сторон. Если другая сторона утверждениями и доказательствами не сможет убедить суд в ложности такого предположения, то предположение трансформируется в утверждение о наличии искомого факта, которое будет отражено в мотивировочной

части судебного решения.

Неоднозначно решается в литературе вопрос о круге участников процесса, между которыми распределяется бремя доказывания. Бесспорно, бремя доказывания распределяется между сторонами и другими лицами, участвующими в деле. Однако вопрос о том, возлагается ли бремя или обязанность доказывания на суд, остается спорным.

В литературе высказывались мнения о том, что суд не должен рассматриваться как субъект бремени доказывания <1>.

<1> См.: Лилуашвили Т.А. Предмет доказывания и распределение бремени доказывания между сторонами в советском гражданском процессе: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1961. С. 11 - 12.

Приведенная точка зрения вызывает возражения. Разумеется, у обязанностей суда и доказательственного бремени, возложенного на лиц, участвующих в деле, различная природа. Необходимость для суда совершить какие-либо действия по установлению юридически значимых обстоятельств обусловлена не материально-правовой заинтересованностью в исходе дела, а законодательно определенной ролью как органа правосудия и возложенными функциями. Стороны же, напротив, доказывают, потому что судебное решение повлияет на их правовой статус, на объем и характер их прав и обязанностей в материальном правоотношении.

Однако, несмотря на различные задачи и мотивы, которыми руководствуются суд и стороны, осуществляя доказательственную деятельность, они тем не менее ее осуществляют. Суд не может уклониться от участия в доказывании и выполнении действий, необходимость совершения которых предусмотрена законом. С процессуальной точки зрения действия суда и действия иных участников процесса по установлению фактических обстоятельств дела однородны. Это, на наш взгляд, определяет необходимость и возможность распространения института бремени доказывания в равной степени и на суд, и на лиц, участвующих в деле.

В теории процессуального права и в процессуальном законодательстве традиционно используется термин "обязанность доказывания". Об обязанности доказывания говорится и в ст. 56 ГПК РФ, и в ст. 65 АПК РФ.

Несмотря на использование приведенной терминологии в законодательстве, проблема правомерности рассмотрения доказательственной деятельности как юридической обязанности была и остается дискуссионной.

Многие процессуалисты рассматривают доказывание как юридическую обязанность.

Такова, например, позиция М.К. Треушникова, который подчеркивает дискуссионность вопроса о мерах обеспечения обязанности доказывания <1>. По его мнению, обеспечение данной обязанности государственным принуждением следует понимать в том смысле, что суд может отвергнуть как несуществовавший факт, в подтверждение которого стороной не представлено доказательств.

<1> См.: Треушников М.К. Судебные доказательства. М., 2004. С. 54 - 58.

А.Ф. Клейнман писал о доказывании как о юридической обязанности участников процесса, невыполнение которой влечет истребование доказательств и невыгодные материальные последствия, например удовлетворение иска, отказ в иске <1>.

<1> См.: Клейнман А.Ф. Новейшие течения в советской науке гражданского процессуального права. С. 23.

С.В. Курылев также считал доказывание юридической обязанностью сторон, отмечая, что ее невыполнение влечет применение санкций в виде неблагоприятного исхода дела, невозможности повторного обращения в суд с тождественным иском <1>.

<1> См.: Курылев С.В. Основы теории доказывания в советском правосудии. С. 99 - 113.

И.В. Решетникова, определяя обязанность доказывания как юридическую, в качестве санкций за ее неисполнение рассматривала, с одной стороны, неблагоприятный результат по делу в целом, с другой - более частные меры реагирования на ненадлежащее поведение участника процесса: рассмотрение дела в отсутствие неявившегося участника, установление факта как признанного участником при неисполнении им обязанности по представлению доказательств, истребованных судом <1>.

<1> См.: Решетникова И.В. Курс доказательственного права в российском гражданском судопроизводстве. М., 2000. С. 154 - 155; Она же. Доказывание в гражданском процессе. С. 118 - 121.

Как обязанность, подкрепленную санкциями, в частности возможностью принятия неблагоприятного для стороны решения, рассматривала доказывание Е.А. Нахова <1>.

<1> См.: Нахова Е.А. Роль презумпций и фикций в распределении обязанностей по доказыванию: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2004. С. 17.

Наличие процессуальной обязанности доказывания признается Т.В. Сахновой <1>.

<1> См.: Сахнова Т.В. Курс гражданского процесса: теоретические начала и основные институты. С. 391 - 393.

В литературе высказывались и противоположные мнения о невозможности рассмотрения доказывания как юридической обязанности лиц, участвующих в деле.

Дореволюционный процессуалист Е.В. Васьковский, рассматривая содержание обязанности доказывания, писал, что такой обязанности вообще не существует, поскольку стороны вольны не совершать вообще никаких процессуальных действий <1>. Аналогичную - и в плане общего вывода, и в отношении категоричности - позицию высказывал Т.М. Яблочков, по мнению которого "наука процессуального права установила, что "обязанности" к представлению доказательств не существует" <2>.

<1> Хрестоматия по гражданскому процессу. М., 1996. С. 108.

<2> Яблочков Т.М. К учению о принципе диспозитивности в гражданском процессе // Памяти Александра Владимировича Завадского: Сб. ст. по гражд. и торг. праву и гражд. процессу. Казань, 1917. С. 59.

В советский период сходной точки зрения придерживался К.С. Юдельсон, отмечавший, что независимо от того, какая сторона доказывает обстоятельства дела, суд обязан всецело стремиться к выяснению действительных отношений тяжущихся <1>. Думается, приведенный в обоснование точки зрения аргумент утратил значение в связи с законодательным освобождением суда в гражданском судопроизводстве от обязанности устанавливать "действительные обстоятельства дела". Однако сама позиция о невозможности определения доказывания как юридической обязанности представляется обоснованной.

<1> См.: Юдельсон К.С. Проблема доказывания в советском гражданском процессе. С. 84 - 85.

В учебнике по курсу "Гражданский процесс" отмечается, что законодатель не случайно использовал в ГПК РФ для обозначения необходимости доказать обстоятельства, на которые стороны ссылаются, слово "должен", а не "обязан", поскольку "долженствование предполагает возможность выбора поведения, обязанность такого выбора не допускает" <1>.

<1> Гражданский процесс: Учебник / Под ред. М.К. Треушникова. 5-е изд., перераб. и доп. М., 2014. С. 280.

Как полагают авторы комментария к АПК РФ, "анализ норм доказательственного права показывает, что для лиц, участвующих в деле, предписания закона имеют характер долженствования. Порядок доказывания, закрепленный в ч. 1 ст. 65 АПК РФ, означает не что иное, как способ определения предмета доказывания каждой стороной, круг тех обстоятельств, которые следует установить стороне по делу с помощью доказательств для достижения своих целей, детерминированных материально-правовым интересом" <1>.

<1> Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) / Отв. ред. Д.А. Фурсов. М., 2011.

На наш взгляд, обязанность доказывания не отвечает традиционному пониманию обязанности в праве, при условии, что речь идет о доказывании материально-правовых фактов.

Доказывание процессуальных фактов имеет особенности, которые позволяют при определенных условиях рассматривать доказывание как обязанность участника процесса. Например, если сторона ходатайствует об обеспечении иска, она должна доказать наличие оснований для этого, в противном случае суд сошлется на их отсутствие и в удовлетворении ходатайства будет отказано. Этот отказ уже может рассматриваться как процессуальная санкция. При заявлении ходатайства о предоставлении отсрочки в уплате государственной пошлины заинтересованное лицо должно представить суду доказательства наличия оснований к этому, иначе отсрочка не будет предоставлена. В соответствии с ч. 1 ст. 167 ГПК РФ лицо, участвующее в деле, несет обязанность известить суд о причинах неявки в заседание и представить доказательства уважительности этих причин, в противном случае суд получит право рассмотреть дело без участия неявившегося участника.

Таким образом, факты, имеющие процессуальное значение, и материально-правовые факты различаются, помимо прочего, и по природе необходимости для участника процесса принять меры к их доказыванию.

Первоначально следует определиться с характером необходимости для стороны доказать факты предмета доказывания, после чего можно будет перейти к рассмотрению особенностей установления иных обстоятельств, входящих в состав пределов доказывания.

Поскольку обязанность является мерой должного поведения, в таком смысле понятие неприменимо к доказыванию в целях рассмотрения спора по существу. При детальном рассмотрении выясняется, что участник процесса в доказательственной деятельности не несет обязанность совершить какие-либо конкретные процессуальные действия. Это проявляется, в частности, и в том, что к исполнению обязанности доказать обстоятельства, на которые лицо ссылается, нельзя понудить.

Попытки провести аналогию и утверждать, что в правовых отношениях довольно часто встречаются случаи, когда к исполнению обязанности невозможно понудить, вызывают возражения. Нельзя, например, обязать передать индивидуально-определенную вещь, если она не существует к моменту рассмотрения спора. Однако сразу можно заметить неуместность такого рода аналогий. Недопустимо смешивать невозможность понудить к исполнению обязанности вообще, безотносительно к конкретной ситуации (как

это имеет место в случае неисполнения обязанности доказывания фактов основания иска), и невозможность понудить в связи с наступлением каких-либо обстоятельств, преодолеть которые участник правоотношений не в состоянии в силу объективных причин.

Представляется, что сфера доказывания обстоятельств дела свободна от принуждения. По общему правилу лица, участвующие в деле, за исключением определенных законом субъектов, не могут быть обязаны к представлению доказательств, не несут ответственность за отказ от дачи объяснений. Нельзя согласиться с авторами, утверждающими, что принуждение в доказывании играет значительную роль <1>. Принуждение к исполнению доказательственного бремени не может иметь больше значения для сторон и других лиц, участвующих в деле, чем их заинтересованность в исходе дела, и потому не имеет смысла. Участник процесса либо отстаивает свой материальный интерес в деле, либо нет, и какие-либо иные, кроме заинтересованности в деле, факторы не могут оказывать на его процессуальную деятельность сколько-нибудь серьезного влияния.

<1> См.: Мохов А. Личные неимущественные права и их ограничения в гражданском процессе // Российская юстиция. 2001. N 9. С. 26.

Для рассматриваемого вопроса значение имеет правило ч. 2 ст. 66 АПК РФ, в соответствии с которым арбитражный суд вправе предложить лицам, участвующим в деле, представить дополнительные доказательства, необходимые для выяснения обстоятельств, имеющих значение для правильного рассмотрения дела. Показательно, что суд именно предлагает, а не обязывает стороны представить дополнительные доказательства. Предложение суда оставляет свободу выбора: стороны вольны выбирать соответствующую их интересам и фактическим возможностям линию поведения.

Высказываемое в литературе мнение о том, что можно рассматривать как санкцию за неисполнение обязанности доказывания признание судом несуществующим факта, на который сторона ссылается, но в обоснование которого не представила доказательств, представляется спорным. В данном случае речь идет не о санкции, а о способе установления искомого факта.

Если предположить, что содержанием бремени доказывания является юридическая обязанность, то сложно объяснить, почему за неисполнение процессуальной обязанности неблагоприятные последствия наступают в сфере материального права. Можно утверждать, что необходимость устранить данное противоречие - одна из причин существования позиции о том, что институт распределения доказательственного бремени - это институт не только процессуальный, но и материально-правовой <1> либо только материально-правовой.

<1> См.: Курылев С.В. Основы теории доказывания в советском правосудии. С. 112.

Могут возразить, что нельзя понимать санкцию узко, есть масса примеров, когда нормы одной отрасли права предписывают субъектам определенное поведение, нормы же другой отрасли устанавливают ответственность за неправомерные действия. Действительно, таких примеров достаточно много, однако к рассматриваемому вопросу они не имеют отношения. Очевидно, что одна и та же санкция в виде привлечения к гражданско-правовой ответственности не может быть следствием одновременно двух нарушений - причинения убытков и неисполнения возложенных законом доказательственных обязанностей.

Представляется, что неблагоприятные последствия для стороны в материально-правовых отношениях - это результат ее действий именно в этих отношениях. Возложение на лицо ответственности за причинение вреда есть результат его виновных противоправных действий, но не его отношения к исполнению доказательственных обязанностей. Участник процесса по-разному может относиться к исполнению своих процессуальных обязанностей, в том числе и по доказыванию, и такое отношение может сказаться на результате рассмотрения дела, но может и не сказаться. В связи с этим еще раз подчеркнем, что непосредственное материально-правовое содержание у процессуального института распределения доказательственного бремени отсутствует.

С.В. Курылев предлагал рассматривать в качестве санкции за неисполнение доказательственных обязанностей невозможность вторичного обращения в суд с тем же иском, невозможность вторичного выдвинутая проверенных ранее судом обстоятельств, невозможность требовать пересмотра дела по вновь открывшимся обстоятельствам, ссылаясь на новые доказательства. На наш взгляд, оснований соглашаться с приведенной аргументацией нет.

Сторона в процессе, исполняя доказательственную обязанность, может доказывать активно, но все равно получить в результате санкцию в виде невозможности повторного обращения в суд. Как отмечалось, сама по себе активность стороны не является достаточным основанием для удовлетворения или отказа в удовлетворении исковых требований.

Более того, если квалифицировать невозможность повторного предъявления иска как санкцию, то получится, что она в равной мере применяется и к стороне, исполнившей доказательственные обязанности и в результате полностью либо в части выигравшей дело, и к проигравшей стороне, не исполнившей доказательственных обязанностей. Очевидно, исключительность решения, т.е. недопустимость повторного обращения в суд с тождественным иском, следует рассматривать как правовое последствие вступления решения в законную силу и не придавать этому институту значения, ему не свойственного.

Интересная точка зрения относительно сущности рассматриваемого явления была высказана М.А. Гурвичем. Он характеризовал бремя доказывания как "нетипичное", "промежуточное" явление, не требующее, однако, изменения оснований существующей классификации <1>. По его мнению, обязанность доказывания не обладает существенным признаком юридической обязанности - обеспеченностью государственным принуждением, однако все равно должна рассматриваться как юридическая обязанность, поскольку иное понимание ослабит регулирующий судопроизводство порядок и "выхолостит" процессуальную форму.

<1> Гурвич М.А. Является ли доказывание в гражданском процессе юридической обязанностью? С. 16.

Соглашаясь с точкой зрения об отсутствии у обязанности доказывания основного признака любой юридической обязанности, тем не менее считаем, что это достаточная причина для того, чтобы рассматривать бремя доказывания как особое правовое явление, не вписывающееся в традиционную классификацию на права и обязанности сторон.

В отдельных предусмотренных законом случаях необходимость представления доказательств или ссылки на доказательства можно рассматривать как юридическую обязанность лица, участвующего в деле, в точном значении этого слова.

Юридическая обязанность стороны представить доказательства довольно часто закрепляется в процессуальном законодательстве, но не для подтверждения участником процесса основания иска или основания возражений против иска, т.е. не для исполнения доказательственного бремени, а для решения разного рода процессуальных вопросов, возникающих в ходе рассмотрения дела либо после принятия решения.

Так, для принятия судом заявления об отмене заочного решения заинтересованная сторона, в соответствии с требованиями ст. ст. 238, 242 ГПК РФ, должна не только указать в заявлении доказательства, подтверждающие уважительность причин ее отсутствия, и доказательства, которые могут повлиять на содержание принятого решения, но и приложить их. В случае непредставления требуемых материалов в пересмотре заочного решения будет отказано.

Имеет смысл уточнить, что необходимость доказывания процессуальных фактов не всегда нужно рассматривать как юридическую обязанность. В ряде случаев необходимость для стороны доказать заявленное ходатайство как бы замещается обязанностью суда выяснить обстоятельства. К примеру, поскольку закон устанавливает обязательность приостановления производства по делу по основаниям, перечисленным в ст. 215 ГПК РФ, суд вне зависимости от представления стороной доказательств должен будет принять меры для установления обстоятельств, влекущих приостановление.

Таким образом, определить, является ли юридической обязанностью необходимость для участника процесса доказать процессуальные факты, можно лишь для конкретного вида процессуальных действий, а в качестве критерия определения будет выступать предписание процессуального закона.

Отдельные характеристики института распределения доказательственных обязанностей могут меняться с изменением законодательства. Так, прежние процессуальные кодексы не предусматривали обязанность истца приложить к исковому заявлению документы, подтверждающие указанные в нем обстоятельства. Действующие кодексы такую обязанность устанавливают: ГПК РФ - в ст. 132, АПК РФ - в ст. 126. За неисполнение обязанности приложить к заявлению необходимые документы суды могут применить процессуальную санкцию - оставление заявления без движения.

Следует отметить, что рассмотренный пример является частным и не затрагивает характеристик всего комплекса доказательственных прав участников процесса, тяжести доказывания, т.е. не меняет коренным образом природу института бремени доказывания. Истец может представлять доказательства и позднее, например в предварительном заседании, может заявлять ходатайства об истребовании доказательств, но может и не делать этого без каких-либо неблагоприятных процессуальных последствий для себя.

По конкретному делу, подчеркивая различную природу бремени доказывания и обязанности приложить к исковому заявлению документы, на которые истец ссылается, Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ отметил, что положения ст. 65 АПК РФ подлежат применению при рассмотрении дела по существу и не регулируют процессуальные действия суда при решении вопроса о принятии искового заявления к производству <1>. Следует отметить, что практика Верховного Суда РФ по данному вопросу отличается: как правило, Верховный Суд констатирует недопустимость оставления искового заявления без движения по мотиву отсутствия копий всех документов, на которых истец основывает заявленные требования <2>.

<1> Определение Высшего Арбитражного Суда РФ от 25 февраля 2009 г. N 1492/09 // СПС "КонсультантПлюс".

<2> Определение Верховного Суда РФ от 16 сентября 2014 г. N 53-КГ14-16 // СПС "КонсультантПлюс".

Гражданское процессуальное законодательство предусматривало и предусматривает право суда обязать сторону представить доказательства и обеспечивает эту обязанность санкцией, но не для доказывания обстоятельств, на которые она ссылается, а для исполнения соответствующего требования суда, т.е. для установления фактов, входящих в состав предмета доказывания, хотя бы это и могло противоречить интересам представляющей стороны.

Возможность наложения штрафа как общее последствие непредставления доказательств предусматривается ч. 3 ст. 57 ГПК РФ. В арбитражном процессуальном законодательстве также используется механизм обеспечения исполнения требований суда о представлении доказательств. Возможность наложения штрафа на лицо, не представившее по требованию арбитражного суда доказательства, предусмотрена ч. 9 ст. 66 АПК РФ.

В рассмотренных случаях речь идет о применении к виновному лицу санкций (штраф, обоснование выводов объяснениями противоположной стороны) за неисполнение юридической обязанности представить доказательства. Однако обеспеченная санкцией обязанность представления доказательств в приведенных примерах существенно отличается от необходимости исполнить бремя доказывания, закрепленное в ст. 56 ГПК РФ и ст. 65 АПК РФ. В первом случае речь идет о необходимости исполнить требование суда, во втором - о необходимости доказать обстоятельства, на которые сторона ссылается, с тем чтобы эти обстоятельства были установлены судом.

Таким образом, обязанность представления доказательств в подтверждение фактов предмета доказывания появляется обычно в силу специального указания закона, закрепляется в ситуациях, когда на определенного субъекта возлагается обязанность фиксировать юридически значимые обстоятельства (работодатель, орган, осуществляющий государственную регистрацию прав на недвижимое имущество,

арбитражный управляющий), при этом одним из условий признания возложенных законом либо судом на сторону действий юридической обязанностью является то, что их совершение может находиться в противоречии с интересами стороны.

Предусмотренная законодательством возможность наложения на сторону штрафа за неисполнение обязанности представить истребованные судом доказательства в литературе часто критикуется.

В.М. Шерстюк писал, что "правило, возлагающее на лицо, участвующее в деле, обязанность представлять суду доказательства, подтверждающие обоснованность требований или возражений противной стороны, т.е. по существу против самого себя, не соответствует принципу состязательности и должно быть пересмотрено" <1>.

<1> Шерстюк В.М. Комментарий к постановлениям Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации по вопросам арбитражного процессуального права. М., 2000. С. 20.

М.З. Шварц указывал, что наложение на сторону штрафа за непредставление доказательства по требованию суда противоречит состязательному характеру процесса, фактически лишает сторону возможности защиты своих интересов и превращает право представления доказательств в обязанность <1>.

<1> См.: Шварц М.З. К вопросу о предпосылках и основаниях дифференциации правового регулирования деятельности судов общей юрисдикции и арбитражных судов // Современная доктрина гражданского, арбитражного процесса и исполнительного производства: теория и практика: Сб. науч. статей. Краснодар, 2004. С. 222.

В тех случаях, когда участниками процесса являются государственные органы, органы местного самоуправления либо организации, для которых законом установлена обязанность совершать или фиксировать юридически значимые действия, подход к возможности закрепления обязанности представления доказательств должен быть иным.

В отдельных случаях, исходя из характера спорных отношений и наличия у какого-либо из участников обязанности фиксировать юридические факты и представлять доказательства, к нему могут быть применены санкции за непредставление доказательств.

По одному из дел арбитражные суды наложили штрафы за непредставление проектно-сметной документации на фирмы, выполняющие функции застройщиков; Высший Арбитражный Суд РФ согласился с позицией судов <1>.

<1> Определение Высшего Арбитражного Суда РФ от 18 апреля 2011 г. N ВАС-4765/11 // СПС "КонсультантПлюс".

С учетом изложенного в отношении необходимости для стороны доказать обстоятельства, на которые она ссылается, должны использоваться термины "бремя доказывания" или "тяжесть доказывания" как отражающие правовую природу института.

Используемый в законодательстве и в теории применительно к доказыванию материально-правовых фактов термин "обязанность" следует понимать с оговоркой о том, что это не есть юридическая обязанность применительно к доказыванию материальных фактов и не всегда есть обязанность доказывания процессуальных фактов.

Рассмотрение обязанности доказывания только как "бремени", "отягощения" стороны не раскрывает всего содержания этого института. В процессуальной науке обоснованно отмечается, что доказывание следует рассматривать и как право лица, участвующего в деле <1>. Характерно, что применительно к

отдельным юридически значимым обстоятельствам доказывание является только правом, а не обязанностью стороны. Например, доказывание истцом по делу о защите чести и достоинства несоответствия распространенных о нем сведений действительности является его правом, а не обязанностью, поскольку п. 1 ст. 152 ГК РФ возлагает обязанность доказывания соответствия распространенных сведений действительности на лицо, распространившее их. Истец в этом случае обязан доказать лишь факт распространения сведений лицом, к которому предъявлен иск, а также порочащий характер этих сведений (п. 9 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24 февраля 2005 г. N 3 "О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц" <2>).

<1> См.: Треушников М.К. Судебные доказательства. М., 1997. С. 49.

<2> Бюллетень Верховного Суда РФ. 2005. N 4.

Содержание права сторон доказывать складывается из права утверждать, т.е. ссылаться на юридически значимые обстоятельства, права просить об исследовании доказательств, об их истребовании, об их обеспечении, права участвовать в их исследовании, доводить до суда мнение об их оценке и о доказанности наличия (отсутствия) юридических фактов. С каждым элементом права сторон доказывать корреспондирует соответствующая обязанность суда.

В литературе распространена точка зрения о том, что содержание бремени доказывания неоднородно и в зависимости от направленности доказательственной деятельности подразделяется на два неравнозначных элемента: бремя утверждения и бремя представления доказательств.

Под бременем утверждения понимается необходимость для стороны обосновать иск фактически, т.е. сформулировать и в установленной форме довести до суда основание иска либо возражений против него.

В дореволюционной и в современной процессуальной литературе необходимость выделения наряду с бременем доказывания в качестве его самостоятельного элемента бремени утверждения довольно часто критиковалась. Б.В. Попов называл бремя утверждения "лишним" понятием и писал, что "каждая сторона должна утверждать все факты, из которых вытекают ее права" <1>.

<1> Попов Б.В. Указ. соч. С. 7.

Тем не менее нет оснований полностью соглашаться с авторами, отрицающими самостоятельное значение вопроса о бремени утверждения в российском судопроизводстве. Ссылка на искомые факты и их подтверждение доказательствами - объективно разные действия, относящиеся к разным этапам доказательственной деятельности. Доказывание в процессе при любых обстоятельствах - не только обоснование тезиса, но и (причем в первую очередь) его выдвижение.

О наличии такого рода обязанности у истца говорит анализ положений ст. 131 ГПК РФ и ст. 125 АПК РФ, определяющих требования к форме и содержанию искового заявления. В соответствии с названными нормами истец должен указать в исковом заявлении обстоятельства, на которых он основывает свои требования.

Однако положение о том, что тяжесть утверждения для истца ограничивается необходимостью сослаться в заявлении на обстоятельства, которыми он обосновывает свои требования, будет неверным. Только истец может поставить на обсуждение обстоятельства, не входящие в типовой предмет доказывания по делу. Например, факт внесудебного признания долга может обсуждаться в процессе только по инициативе истца в связи с утверждением об этом.

Наличие обязанности определить фактическое основание своих возражений для ответчика из процессуального законодательства не вытекает. Предусмотренная арбитражным процессуальным законодательством (ст. 131 АПК РФ) обязанность ответчика представить отзыв на исковое заявление не

означает необходимости утверждать факты, ссылаясь на правопрепятствующие для истца обстоятельства либо на отсутствие правоосновывающих. Формулируя свои возражения, ответчик вполне может сослаться на правовую несостоятельность требований истца. Аналогично следует относиться и к предусмотренному гражданским процессуальным законодательством институту возражений относительно заявленных требований (ст. 149 ГПК РФ). Не случайно в литературе говорится о том, что способом защиты ответчика против иска может быть его простое отрицание.

Следует отметить, что отдельные юридические факты (как правило, свидетельствующие об отсутствии либо о прекращении права истца, - возврат долга, истечение срока исковой давности) могут обсуждаться только по инициативе ответчика.

Понятие "бремя утверждения" следует соотносить с законодательно закрепленной обязанностью суда по определению предмета доказывания. Именно это является одной из причин, по которой допустимо употребление термина "бремя доказывания" в отношении суда.

В соответствии с действующим российским законодательством суд ставит обстоятельства на обсуждение, хотя бы стороны на них и не ссылались. Неправильное же определение круга юридически значимых обстоятельств рассматривается как ошибка суда, а не сторон и в соответствии, например, со ст. 330 ГПК РФ является основанием для отмены решения суда.

Таким образом, можно сделать вывод, что бремя утверждения в российском гражданском процессе распределяется между сторонами и судом, причем если для стороны утверждение является бременем, то для суда необходимость определить круг фактов, входящих в типовой предмет доказывания, является процессуальной обязанностью.

Закрепление в законе бремени представления доказательств означает необходимость для стороны не только сослаться на юридически значимые обстоятельства, но и подтвердить эти обстоятельства доказательствами. Представление доказательств является одновременно и правом стороны.

Исполняя обязанность представить доказательства, сторона может ходатайствовать перед судом об их истребовании, в случае если их представление является затруднительным (ст. 57 ГПК РФ). В этом случае у суда возникает необходимость истребовать доказательства. Однако одного желания участника процесса воспользоваться помощью суда в собирании доказательств недостаточно для того, чтобы суд начал предпринимать какие-либо действия. Согласно ч. 2 ст. 57 ГПК РФ в ходатайстве об истребовании доказательств должны быть указаны причины, препятствующие их самостоятельному получению. Аналогичные правила закреплены в ч. 4 ст. 66 АПК РФ.

В тех случаях, когда закон устанавливает обязанность суда по собиранию доказательств (например, дела об усыновлении (удочерении) ребенка, дела о признании гражданина безвестно отсутствующим, объявлении гражданина умершим), можно говорить о возложении в силу различных причин на суд бремени собирания доказательств.

Кроме того, как следует из содержания ст. 67 ГПК РФ, суд несет обязанность оценить доказательства и сформулировать выводы о наличии либо отсутствии обстоятельств предмета доказывания. Выводы суда об установленных юридических фактах должны быть мотивированными.

Заслуживает внимания вопрос о том, что можно считать исполнением бремени доказывания. На первый взгляд утверждения сторон и представление доказательств и являются исполнением доказательственного бремени. Однако рассматривать доказательственное бремя как реализованное можно не в момент, когда представлено то или иное доказательство, а лишь тогда, когда суд, основываясь на представленных доказательствах, сделает вывод о доказанности факта, на который сторона сослалась. Понятно, что узнать об исполнении бремени сторона может только после оглашения решения суда.

С учетом изложенного в настоящем параграфе бремя доказывания следует характеризовать как комплексное процессуальное явление, представляющее собой сочетание прав участника процесса и необходимости выдвинуть и доказать основания своих требований и возражений, обусловленное его материально-правовой заинтересованностью в исходе дела, обязанностей по доказыванию фактов, имеющих процессуальное значение, а также совокупность процессуальных обязанностей суда по

установлению юридически значимых обстоятельств.

§ 2. Общие правила распределения обязанностей
по доказыванию в гражданском и арбитражном процессах,
административном судопроизводстве

Общие правила распределения доказательственных обязанностей закреплены в процессуальном законодательстве.

Согласно ч. 1 ст. 56 ГПК РФ каждая сторона должна доказать те обстоятельства, на которые она ссылается как на основание своих требований и возражений, если иное не предусмотрено федеральным законом.

Согласно ч. 1 ст. 65 АПК РФ каждое лицо, участвующее в деле, должно доказать обстоятельства, на которые оно ссылается как на основание своих требований и возражений.

Следует обратить внимание на общий характер приведенных правил и объективную потребность в их конкретизации для практического применения.

Прежде всего при анализе положения о том, что каждая сторона доказывает то, на что она ссылается, может сложиться неверное представление, что доказыванию стороной подлежат любые обстоятельства, на которые она ссылается, а не только юридически значимые факты, входящие в состав предмета доказывания.

Кроме того, довольно сложно уяснить содержание общего правила распределения доказательственного бремени, когда обе стороны ссылаются на одно и то же обстоятельство, причем одна - на его наличие, другая - на его отсутствие. Правила ст. 56 ГПК РФ и ст. 65 АПК РФ при прямом их толковании позволяют предположить, что при ссылке на обстоятельства, доказывание которых является обязанностью, допустим, истца, ответчик возлагает на себя доказательственное бремя, при этом сохраняются и обязанности истца.

КонсультантПлюс: примечание.

Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации (под ред. В.В. Яркова) включен в информационный банк согласно публикации - Инфотропик Медиа, 2011 (3-е издание, переработанное и дополненное).

Такая несколько упрощенная трактовка общего правила распределения доказательственного бремени иногда встречается в литературе <1>. В одном из комментариев к АПК РФ утверждается зависимость обязанности доказывания ответчика от избранной им правовой позиции: "Если ответчик лишь отрицает требования истца, то последний практически выполняет все бремя доказывания. В том случае, когда ответчик приводит возражения против иска, ссылаясь на какие-то обстоятельства, то он их и доказывает" <2>.

<1> Дегтярев С.Л. Возмещение убытков в гражданском и арбитражном процессе. М., 2001. С. 128.

КонсультантПлюс: примечание.

Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации (под ред. В.В. Яркова) включен в информационный банк согласно публикации - Инфотропик Медиа, 2011 (3-е издание, переработанное и дополненное).

<2> Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации / Под ред. В.В. Яркова. М., 2003. С. 177.

Схожие утверждения постоянно находят отражение в судебной практике. По одному из дел

Московский городской суд следующим образом распределил бремя доказывания: "Суд считает, что обязанность доказать обоснованность размера рыночной стоимости, устанавливаемой в качестве кадастровой, лежит на административном истце, а если административные ответчики возражают против удовлетворения требований, они должны доказать неправильное определение величины рыночной стоимости, а также иные обстоятельства, подтверждающие их доводы" <1>.

<1> Решение Московского городского суда от 4 октября 2016 г. по делу N За-991/2016 // СПС "КонсультантПлюс".

Между тем приведенные трактовки общего правила распределения обязанностей по доказыванию имеют односторонний характер и потому не могут быть признаны полностью обоснованными. Вне зависимости от того, доказывает ли ответчик отсутствие фактов основания иска либо нет, общее правило распределения доказательственных обязанностей остается неизменным и доказательственное бремя не перемещается от одной стороны к другой. Удовлетворение иска невозможно, если истец не доказал наличие фактов основания иска. По справедливому утверждению Э.М. Мурадяна, ответчик не обязан доказывать отсутствие оснований иска, бремя доказывания не перемещается от истца, не доказавшего свое требование, к противной стороне <1>. В.С. Анохин также отрицал возможность перемещения доказательственного бремени; по его мнению, при исследовании обстоятельств, бремя доказывания которых возложено на другую сторону, сторона использует свое право доказывания <2>.

<1> См.: Мурадян Э.М. Указ. соч. С. 61 - 62.

<2> См.: Анохин В.С. Предприниматель и арбитражный суд. М., 1998. С. 104.

Если предположить у общего правила распределения доказательственного бремени иной смысл, то оно не будет способствовать реализации одной из основных своих функций - устранению неопределенности в правоотношениях: когда доказывание одного и того же факта может считаться обязанностью каждой из противоположных сторон и перемещаться в ходе рассмотрения дела, неясно, в чью же пользу принимать решение, если получение достоверной информации о факте невозможно.

В связи с изложенным следует сделать вывод, что представление доказательств в опровержение обстоятельств, на которые ссылается истец, есть право, а не обязанность ответчика. Обязанность же доказывать возникает у ответчика либо в силу специального доказательственного правила, либо в связи с выдвиганием тезиса о правопрепяствующих юридических фактах - обстоятельствах, свидетельствующих об отсутствии у истца утверждаемого им права.

Общее правило распределения доказательственных обязанностей нельзя применять прямолинейно, оно не тождественно используемому иногда в практике положению: "Кто на что ссылается, тот то и доказывает".

Предположим, по делу о взыскании долга истец утверждает, что между ним и ответчиком заключался договор займа, срок платежа наступил, однако возврат долга не произведен. Должен ли истец обосновывать в процессе последнее обстоятельство, доказывать отсутствие возврата? Очевидно, нет, тем более что он объективно не может этого сделать, хотя если следовать буквальной трактовке общего правила, то должен. Истец в большинстве случаев не может располагать доказательствами полного либо частичного возврата долга, поскольку таковые должны быть в наличии прежде всего у должника.

Судебная практика в данном вопросе единодушна: доказывание факта возврата долга - обязанность ответчика, истец не может обязываться к его опровержению. Например, Ростовский областной суд по одному из дел указал: "Ответчик, ссылающийся на полные либо частичные возврат суммы займа и (или) уплату процентов на нее, должен доказать данные обстоятельства" <1>.

<1> Апелляционное определение Ростовского областного суда от 18 октября 2012 г. по делу N 33-12226 // СПС "КонсультантПлюс".

Непредставлением доказательств именно ответчиком по искам о взыскании долга по договорам займа суды мотивируют вывод об удовлетворении исковых требований. В одном из определений Тамбовский областной суд отметил: "Поскольку ответчиком не представлено допустимых и достаточных доказательств в подтверждение доводов о возврате суммы основного долга, судебная коллегия полагает, что суд первой инстанции обоснованно счел установленным факт наличия между сторонами отношений по договору займа и взыскал названную сумму с ответчика" <1>.

<1> Апелляционное определение Тамбовского областного суда от 8 октября 2012 г. по делу N 33-2686 // СПС "КонсультантПлюс".

Для конкретизации общего правила распределения доказательственных обязанностей значение имеет высказанное К.С. Юдельсоном мнение о необходимости различать материальное и процессуальное основания иска <1>. Под материальным основанием иска К.С. Юдельсон понимал "совокупность всех предпосылок, необходимых для обоснования искового требования", под процессуальным - совокупность данных, утверждать и доказывать которые должен истец.

<1> См.: Юдельсон К.С. Проблема доказывания в советском гражданском процессе. С. 276.

Идея о необходимости различать круг всех обстоятельств, подлежащих установлению по делу, и круг фактов, подлежащих доказыванию истцом, вне всяких сомнений, правильная. Однако само по себе использование термина "процессуальное основание иска" не позволяет решить вопрос о том, какие же факты должен по общему правилу доказывать истец, а какие - ответчик. Кроме того, нетрудно заметить, что предложенное К.С. Юдельсоном понятие "материальное основание иска" совпадает с традиционным пониманием предмета доказывания.

В процессуальной литературе обоснованно отмечается, что в качестве основания распределения бремени доказывания должна использоваться классификация фактов, входящих в состав предмета доказывания <1>.

<1> См.: Курылев С.В. Основы теории доказывания в советском правосудии. С. 44.

Конкретизировать общее правило необходимо, во-первых, в зависимости от характера юридических фактов, подлежащих установлению, во-вторых, в зависимости от характера иска, его процессуальной цели.

В материальном праве юридические факты по последствиям традиционно подразделяют на правообразующие, правопрекращающие и правоизменяющие. Е.В. Васьковский для целей распределения бремени доказывания выделял правопродуцирующие факты, подлежащие доказыванию истцом, а также правопрекращающие и правопрепятствующие обстоятельства <1>.

<1> См.: Васьковский Е.В. Учебник гражданского процесса. Краснодар, 2003. С. 297.

М.А. Гурвич позднее писал, что для целей распределения обязанностей по доказыванию имеет значение специальная классификация фактов на правоосновывающие и правопрепятствующие <1>. При этом он полагал, что правоосновывающие факты образуют основание иска, а правопрепятствующие - основание возражений ответчика против иска <2>.

<1> См.: Гурвич М.А. Судебное решение. Теоретические проблемы. С. 82 - 83.

<2> См.: Там же. С. 83.

К.С. Юдельсон выделял также правопогашающие факты <1>, однако, полагаем, по влиянию на характер распределения доказательственного бремени они не отличаются от правопрепятствующих обстоятельств и потому нет оснований рассматривать их в качестве самостоятельного элемента процессуальной классификации.

<1> См.: Юдельсон К.С. Проблема доказывания в советском гражданском процессе. С. 274.

Предложенная М.А. Гурвичем классификация будет абстрактной и непригодной для практического использования, если анализировать ее в отрыве от субъекта, права которого возникают или прекращаются на основе тех или иных фактов. Вполне понятно, что, например, обстоятельства недействительности сделки в соответствующем исковом требовании будут правоосновывающими для истца и правопрепятствующими для ответчика. Поэтому нелишним будет уточнение, что, проводя классификацию фактов на правоосновывающие и правопрепятствующие, будем иметь в виду их влияние на правовой статус именно истца как субъекта, ставящего вопрос о защите нарушенного или оспоренного права, но только применительно к искам о присуждении и положительным искам о признании. По отрицательным искам о признании правоосновывающими фактами следует считать обстоятельства, которые определяют наличие и объем прав ответчика, правопрепятствующими - влекущие прекращение прав ответчика.

Конкретное содержание общего правила распределения обязанностей по доказыванию обусловлено также видом иска в зависимости от его процессуальной цели.

Когда истец просит признать наличие у него субъективного права либо признать наличие права и в связи с этим обязать ответчика совершить в его пользу определенные действия, то наличие и объем права доказывает он.

Поэтому по искам о присуждении истец утверждает и доказывает правоосновывающие факты, но не должен (и в большинстве случаев не может в силу объективных причин) доказывать отсутствие правопрепятствующих обстоятельств.

Соответственно, ответчик по искам о присуждении несет тяжесть выдвижения и доказывания правопрепятствующих фактов и не доказывает отсутствие правоосновывающих фактов основания иска. Например, ответчик не должен доказывать отсутствие договора займа, напротив, его наличие должен обосновать истец. Если же ответчик сделает утверждение о правопрепятствующем факте - например, полном или частичном исполнении договора займа, то он примет на себя и бремя его доказывания.

По конкретному делу Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ подтвердил правильность выводов суда первой инстанции о взыскании с ответчика задолженности и процентов по договору займа, указав, что представление доказательств своевременного возврата кредита является обязанностью заемщика <1>.

<1> Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 23 августа 2000 г. N 3807/00 // СПС "КонсультантПлюс".

Удовлетворяя иски о взыскании задолженности по договорам займа, кредитным договорам, арбитражные суды традиционно ссылаются на непредставление заемщиком доказательств надлежащего исполнения принятых обязательств <1>.

<1> См., например: Определения Высшего Арбитражного Суда РФ от 10 декабря 2012 г. N ВАС-16331/12, от 7 ноября 2012 г. N ВАС-14872/12, от 24 октября 2012 г. N ВАС-14159/12, от 18 октября 2012 г. N ВАС-12974/12 (СПС "КонсультантПлюс").

При рассмотрении дел по отрицательным искам о признании бремя доказывания наличия правопрепятствующих фактов несет истец, наличие же правоосновывающих обстоятельств доказывает ответчик.

При изучении проблемы следует рассмотреть обосновываемые в теории процесса варианты конкретизации общего правила распределения доказательственных обязанностей: принцип удобства представления доказательств (Б.В. Попов), принцип вины (С.В. Курылев), правило о невозможности доказывания отрицательных фактов.

В дореволюционной литературе определение бремени доказывания ставилось в зависимость от фактической возможности для стороны представить доказательство: представляет доказательства тот, кому удобнее и легче это сделать <1>. Можно заметить, что распределение доказательственных обязанностей в зависимости от "удобства" представления доказательств является прикладной трактовкой рассмотренных выше правил. "Удобство" представления доказательств определяется, во-первых, видом подлежащего установлению факта, во-вторых, видом иска. Истцу по положительным искам о признании легче доказывать факты, свидетельствующие о наличии у него права, поскольку он как минимум располагает возможностью получить соответствующие документы и иную информацию при возникновении обязательства, ответчику - факты, подтверждающие отсутствие прав у истца.

<1> См.: Владимиров Л.Е. Учение об уголовных доказательствах. Тула, 2000. С. 156; Попов Б.В. Указ. соч. С. 7.

С.В. Курылев, формулируя принцип ответственности за вину как основание распределения бремени доказывания, писал: "...отрицательные последствия недоказанности искомого факта падают на ту сторону, которая виновата в непредставлении суду необходимых доказательств" <1>. Следует отметить, что приведенная позиция сама по себе не разрешает проблему распределения доказательственного бремени. Чтобы решить, кто виновен в непредставлении доказательств, нужно определить, кто должен их представить и в подтверждение каких фактов.

<1> Курылев С.В. Избранные труды. Минск, 2012. С. 409.

Отметим тем не менее, что предложенная С.В. Курылевым трактовка вполне применима как практическая конкретизация общего правила распределения доказательственных обязанностей. Винить в непредставлении доказательств можно того участника процесса, у которого они могли бы быть. Понятно, например, что доказательства, подтверждающие наличие и содержание права, должны быть у самого управомоченного субъекта. Это полностью соответствует рассмотренному выше общему правилу - истец по положительным искам о признании и по искам о присуждении утверждает и доказывает правоосновывающие факты.

Проблему доказывания отрицательных обстоятельств <1> в современной процессуальной литературе исследовали И.М. Зайцев и М.А. Фокина, которые в совместной работе предложили использовать для целей доказывания классификацию юридических фактов на положительные и отрицательные <2>. Под положительными фактами авторы понимали существование какого-то фактического обстоятельства, под отрицательными - отсутствие чего-либо, несовершение каких-то актов, невыполнение обязательств. Как отмечали ученые, "большинство отрицательных фактов материально-правового характера устанавливаются через выяснение связанных с ними положительных фактов" <3>.

<1> См.: Афанасьев С.Ф., Катукова С.Ю. О доказывании отрицательных фактов и возможности применения фикции признания при их обосновании по гражданским делам // Российская юстиция. 2011. N 3. С. 69 - 72.

<2> См.: Зайцев И.М., Фокина М.А. Отрицательные факты в гражданских делах // Российская

юстиция. 2000. N 3. С. 19 - 20.

<3> См.: Зайцев И.М., Фокина М.А. Отрицательные факты в гражданских делах // Российская юстиция. 2000. N 3. С. 20.

Рассматриваемая позиция поддерживается судебной практикой. В Обзоре судебной практики Верховного Суда РФ N 1 (2016), утвержденном Президиумом Верховного Суда РФ 13 апреля 2016 г., отмечается следующее: "Доказывая нелегитимность решения третейского суда, конкурсному кредитору достаточно представить суду доказательства **"prima facie"**, подтвердив существенность сомнений в наличии долга, поскольку в противном случае на него налагалось бы бремя доказывания отрицательных фактов, что недопустимо с точки зрения поддержания баланса процессуальных прав и гарантий их обеспечения" <1>.

<1> Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации N 1 (2016) (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 13 апреля 2016 г.) // СПС "КонсультантПлюс".

По одному из арбитражных дел Верховный Суд РФ, отменяя судебные акты и передавая дело на новое рассмотрение в суд первой инстанции, отметил, что "апелляционный суд неправоммерно возложил на истца обязанность представлять доказательства отрицательных фактов, в частности отсутствия у общества иной бухгалтерской отчетности, недвижимого имущества" <1>.

<1> Определение Верховного Суда РФ от 10 июня 2015 г. по делу N 305-ЭС15-2572, А40-51637/2014 // СПС "КонсультантПлюс".

Позиция о возможности доказывания отрицательных фактов через утверждение и установление связанных с ними положительных обстоятельств в целом может быть принята, в том числе и в аспекте недопустимости возложения на истца бремени доказывания отсутствия правопрепятствующих фактов - например, неисполнения обязательств по возврату долга заемщиком, неисполнения ответчиком обязанности по уплате алиментов.

К примеру, по конкретному делу кассационная инстанция указала: "Истец не обязан доказывать отсутствие других вариантов проезда и прохода, поскольку доказательства наличия иного варианта доступа к объекту недвижимости и земельному участку обязана представлять та сторона, которая настаивает на том, что такой вариант имеется" <1>.

<1> Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 25 августа 2011 г. по делу N А17-3982/2010 // СПС "КонсультантПлюс".

Следует отметить, что авторы не случайно указывали на невозможность прямого доказывания **большинства** отрицательных фактов. В современном хозяйственном обороте, при наличии правил об обязательной регистрации перехода прав на недвижимое имущество, отдельных сделок с недвижимостью, учете прав на акции в системе ведения реестра акционеров, возможно и прямое установление отрицательных фактов (например, отсутствия государственной регистрации конкретного договора аренды нежилого помещения) путем получения соответствующих выписок. Выпиской по банковскому счету можно подтвердить отсутствие денежных средств на счете. И тем не менее возможность прямого установления конкретного отрицательного факта не должна рассматриваться как основание изменения доказательственного бремени.

Важен в прикладном значении вопрос о возможности перемещения доказательственного бремени в процессе доказывания. Смысл характеристики доказательственного бремени как явления динамического заключается в том, что при появлении доказательств создается предположение в пользу утверждающего что-либо на их основании и, таким образом, распределение обязанностей в доказывании изменяется <1>. Так, в деле о взыскании задолженности по договору займа обязанность доказывания факта заключения

сделки лежит на истце. Допустим, истец в ходе рассмотрения дела лежащую на нем обязанность исполнил, представив суду договор займа и расписку о передаче денег ответчику. На первый взгляд бремя доказывания истцом исполнено, у суда возникает предположение об обоснованности иска, в связи с чем обязанность доказывания переходит на ответчика, который теперь уже должен оспорить факт составления либо содержание названных документов.

<1> См.: Владимирова Л.Е. Указ. соч. С. 155.

Немецкий процессуалист Хаймо Шак вопрос об изменении бремени доказывания трактовал следующим образом: очевидное доказательство "смещает предмет доказывания и тем самым облегчает предмет доказывания, но не перекладывает его на противную сторону. Если обремененной доказательством стороне удалось полностью доказать предполагаемую основу, то теперь противная сторона должна своим доказательством (так называемым доказательством обратного) поколебать (временную) убежденность судьи, чтобы серьезно рассматривалось другое направление происходящего. Если противной стороне удастся доказать свое, то действие очевидного доказательства отпадает, и все остается по-старому, как при первоначальном распределении бремени доказывания" <1>.

<1> Шак Х. Международное гражданское процессуальное право. М., 2001. С. 326 - 327.

Нужно сказать, что рассматриваемая позиция находит отражение и в судебной практике. По одному из дел Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ указал следующее: "Истец представил достаточно серьезные доказательства и привел убедительные аргументы в пользу того, что указанные сделки обладали признаками взаимосвязанных, преследующих единую цель - переход титула собственника от Г.П. Семеновки и его матери к подконтрольному Г.П. Семеновки Путиловскому заводу.

При названных обстоятельствах в силу статьи 65 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации именно на Г.П. Семеновку перешло бремя доказывания обратного" <1>.

<1> Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 6 марта 2012 г. N 12505/11 // СПС "КонсультантПлюс".

Если согласиться с рассматриваемой позицией, придется сделать вывод о том, что доказательственное бремя в ходе процесса может меняться, перемещаться от одного участника к другому. В этом случае довольно затруднительно для суда и тем более для участвующих в деле лиц определить, кто и что именно должен доказывать.

Кроме того, невозможно процессуальное оформление перемещения доказательственного бремени от одного участника процесса к другому. Если такого рода оформление допустить, то судья, корректируя распределение доказательственных обязанностей, в ходе процесса будет вынужден многократно высказывать предварительные суждения по существу спора, предрешать вопрос о доказанности того или иного факта. Ситуацию, когда судья сообщает сторонам, что в связи с допросом свидетеля А. бремя доказывания переходит на ответчика, а спустя некоторое время в связи с допросом свидетеля Б. вновь возлагает бремя на истца, вряд ли можно признать нормальной. Формулирование предварительных выводов в процессе доказывания равнозначно предрешению результатов рассмотрения спора, противоречит принципу оценки доказательств в их совокупности и потому не может быть признано допустимым.

Нужно учитывать, что так называемая очевидность доказательства как предполагаемое основание перемещения доказательственного бремени носит оценочный и субъективный характер и потому не может быть использована в качестве критерия перераспределения доказательственных обязанностей.

Доказательственное бремя следует рассматривать как стабильное, а не динамическое явление. Оно может и должно быть заранее распределено в начале процесса, в противном случае институт не сможет

выполнить функцию устранения неопределенности, если искомые факты невозможно будет установить достоверно, при помощи доказательств. Уточнение бремени доказывания возможно лишь в случае дополнения в силу разных причин предмета и пределов доказывания новыми обстоятельствами, ранее не обсуждавшимися, либо в случае договорного изменения бремени доказывания. Как писал И.Г. Медведев, стороны могут изменить определенный презумпциями порядок распределения доказательственных обязанностей <1>, как, например, в случае с правилом, предусмотренным ст. 401 ГК РФ, согласно которой лицо, не исполнившее обязательство либо исполнившее его ненадлежащим образом, несет ответственность при наличии вины, кроме случаев, предусмотренных законом или договором.

<1> См.: Медведев И.Г. Письменные доказательства в частном праве России и Франции. С. 41.

Однако и в приведенных случаях можно говорить только о "первичном" распределении доказательственного бремени, но не о его перемещении.

Авторы, допускающие возможность изменения доказательственного бремени в результате анализа доказательств, на самом деле рассматривают вопрос о фактической ситуации в доказывании по конкретному делу. Эта ситуация действительно динамична и меняется в связи с появлением новых доказательств. Однако в данном случае речь идет не о перераспределении доказательственных обязанностей, а о предварительной оценке имеющихся доказательств и предварительных выводах, из них вытекающих. Безусловно, эти оценки и выводы могут неоднократно изменяться и у суда, и у лиц, участвующих в деле. Факт, который казался бесспорным, вдруг, с появлением новой информации, может оказаться весьма сомнительным, а впоследствии сомнения могут рассеяться, но все это никоим образом не отражается на распределении доказательственного бремени.

§ 3. Специальные правила распределения обязанностей по доказыванию в гражданском и арбитражном процессах, административном судопроизводстве

Распределение доказательственного бремени производится в соответствии с общими, а также законодательно закрепленными специальными правилами. Общие правила действуют для всех категорий дел независимо от их материально-правовой природы. Специальные правила применяются в отношении определенных категорий дел либо при решении отдельных процессуальных вопросов. Содержанием и тех и других являются предположения о наличии либо об отсутствии искомых фактов. Так, содержанием общего правила является (при прочих равных условиях) предположение об отсутствии фактов основания иска, основанное на презумпции добросовестности участников гражданских правоотношений.

Содержанием специальных правил являются предположения либо утверждения, изменяющие содержание общего правила распределения доказательственных обязанностей, а также правила, освобождающие от исполнения доказательственного бремени. С учетом названных критериев к специальным правилам следует относить доказательственные презумпции, доказательственные исключения (ограничения), иные специальные правила.

Презумпциями являются перераспределяющие бремя доказывания правовые предположения, т.е. закрепленные нормой права либо предусмотренные "правовой позицией высших судебных органов" <1>.

<1> См.: Фокина М.А. Юридические предположения в гражданском и арбитражном процессах // Современное право. 2009. N 6. С. 71 - 80; Нахова Е.А. Доказательственные презумпции как частные правила распределения обязанностей по доказыванию в реформируемом гражданском законодательстве // Ленинградский юридический журнал. 2014. N 1. С. 173 - 176.

Вопрос о круге явлений, по отношению к которым допускается использование термина "презумпция", неоднозначен.

Дореволюционный процессуалист Б.В. Попов определял фактические презумпции как "индуктивные

правила, выведенные из массы наблюдаемых явлений наукой, техникой, искусством и т.д." и писал, что судья должен подчиняться логике вещей <1>.

<1> Попов Б.В. Указ. соч. С. 6.

В.К. Бабаев рассматривал правовые презумпции как разновидность общих (или фактических) презумпций, под которыми понимал предположения о наличии или отсутствии предметов (явлений), основанные на связи между ними и предметами (явлениями) наличными, подтвержденные предшествующей жизненной практикой <1>.

<1> См.: Бабаев В.К. Презумпции в советском праве. Горький, 1974. С. 12 - 13.

Х. Шак писал, что фактические презумпции основываются на жизненном опыте и возникают тогда, когда очевидное доказательство, представленное одной из сторон, позволяет говорить о преобладающей вероятности наличия искомого факта <1>.

<1> См.: Шак Х. Указ. соч. С. 326.

А.В. Федотов считает, что "каждый человек в своем мышлении использует фактические презумпции - предположения о том, что какой-то искомый факт, явление, признак, вероятно, существовал, существует или будет существовать в силу того, что достоверно существовал, существует или будет существовать другой факт, явление, признак" <1>. По мнению автора, презумпция - это утверждение о вероятном или конвенционально-достоверном существовании факта, связанного причинно-следственной либо тетической связью с другим достоверно установленным фактом.

<1> Федотов А.В. Понятие и классификация доказательственных презумпций // Журнал российского права. 2001. N 4. С. 46.

По мнению О.А. Кузнецовой, "фактические предположения в праве - это ни прямо, ни косвенно не закрепленные в нормах права предположения, используемые законодателем в качестве оснований для установления правовых норм и правоприменителем в качестве логического приема мышления при формировании своего убеждения" <1>. Следует отметить, что О.А. Кузнецова избегает употребления в отношении фактических предположений термина "презумпция", что соответствует другой высказанной ею позиции: "Презумпция должна рассматриваться как явление исключительно правовое" <2>.

<1> См.: Кузнецова О.А. Презумпции в гражданском праве. СПб., 2004. С. 104.

<2> Там же. С. 20.

Трактовка презумпции как предположения, не закрепленного правовой нормой, вызывает ряд возражений.

Определение любой гипотезы, любого вероятностного суждения (независимо от степени достоверности) как презумпции размывает содержание понятия. К перечисленным конструкциям следует относиться именно как к версиям и предположениям и не использовать в отношении их термин "презумпция", если только они не закреплены в праве. Правовые и неправовые предположения - разнородные явления, выполняющие различные функции, поэтому смешивать и использовать для их обозначения одинаковую терминологию нельзя.

При рассмотрении конкретного дела состав суда знает, например, что родители обычно заботятся о детях, что обычно работники добросовестно исполняют свои трудовые обязанности, что в обычной ситуации наниматель и члены его семьи не портят занимаемое ими жилое помещение. Однако сами по себе эти предположения правового значения иметь не могут, пока закон либо сложившаяся судебная практика не придадут им такого значения. Суд не может отказать в иске о лишении родительских прав со ссылкой на то, что поскольку обычно родители заботятся о детях, то и конкретный ответчик также надлежаще исполняет свои родительские обязанности, т.е. на неопровержение фактической презумпции. Отказывая в иске, суд сошлется либо на неисполнение истцом общей обязанности доказать факты основания иска, либо на доказанность противоположных обстоятельств.

И. Коржаков, рассматривая вопросы доказывания по делам о расторжении брака, писал, что "решающую роль в судебном познании имеют фактические презумпции типа "пьяница - плохой муж", "неверная жена - плохая жена" и т.п., с помощью которых суд устанавливает предположительное прекращение фактических брачных отношений в настоящем" <1>. Однако умозаключения, названные автором фактическими презумпциями, на самом деле являются доказательственными фактами, при помощи которых устанавливаются юридические факты материально-правового характера, в конкретном примере - невозможность совместной жизни супругов и дальнейшего сохранения семейных отношений.

<1> Коржаков И. Доказывание по делам о расторжении брака // Российская юстиция. 1997. N 10. С. 47.

Один из существенных признаков презумпции заключается в том, что она должна использоваться в доказательственной деятельности вне зависимости от воли и желания участников процесса в силу того, что закреплена нормативно. Что касается прочих предположений, то они не носят нормативного характера, выдвигаются и используются в доказывании свободно. Обоснование достоверности либо недостоверности такого предположения может иметь только логические, но не процессуальные (в виде изменения бремени доказывания) последствия.

Обосновываемый взгляд на фактические презумпции не означает, что следует отрицать значение предположений разной степени вероятности как логического приема, используемого в процессуальной деятельности. Как отмечалось, процесс доказывания не может обойтись без предположений, построения версий, в том числе и основанных на статистических вероятностях, длительных наблюдениях. Однако, по нашему мнению, презумпции без нормативного закрепления быть не может.

Следует согласиться с М.А. Фокиной, писавшей: "Для установления фактических обстоятельств дела в рамках процессуальной формы значение могут иметь только презумпции, закрепленные нормами права. Кроме того, толкование презумпции как предположения о том, что любой искомый факт существует в силу наличия причинно-следственной связи с другим достоверно установленным фактом, полностью совпадает с давно уже известным способом доказывания при помощи доказательственных фактов. Речь идет о так называемой логической модели доказывания, основанной на выводных знаниях" <1>.

<1> Фокина М.А. Юридические предположения в гражданском и арбитражном процессах. С. 71 - 80.

Таким образом, доказательственная презумпция - не любое предположение о факте и не любое обстоятельство, возможность оспаривания которого допускается. Презумпцией можно считать лишь законодательные либо определенные сложившейся судебной практикой предположения о наличии юридических фактов. Наличие либо отсутствие презюмируемых фактов устанавливается путем доказывания, и только после этого появляется возможность рассматривать их как установленные либо, напротив, как несуществующие.

В литературе обоснованно отмечается, что существенным признаком презумпций является их предположительный характер. Содержанием презумпции всегда является информация вероятная, что в большинстве случаев допускает возможность ее опровержения применительно к конкретному случаю. При этом опровержение презумпции по конкретному делу вовсе не означает исчезновения презумпции

вообще. Законодательное презюмирование факта, имеющего значение для дела, всегда отражается на процессе доказывания, изменяя тем или иным способом доказательственное время.

Рассматривая признаки доказательственных презумпций, следует отметить, что они всегда закрепляются специальными процессуальными нормами. Эти нормы могут содержаться как в ГПК РФ, так и в актах материального права, однако место в системе законодательства не меняет их природы: поскольку это нормы о распределении обязанностей по доказыванию, они являются процессуальными.

Доказательственная презумпция имеет двойственный характер: с одной стороны, это процессуальное правило, устанавливающее особый порядок распределения доказательственных обязанностей, с другой - предположительное, вероятное знание о существовании какого-либо факта, события, действия либо состояния. Процессуальное правило и предположительность существования факта - два неразрывно связанных элемента любой презумпции.

Способы правового закрепления презумпций различны. Обычно в законодательстве презумпция формулируется с указанием каждого из двух названных элементов.

Например, в закреплённой ст. 28 ГК РФ презумпции вины родителей при ответственности по сделкам малолетнего содержится как предположение об ответственности родителей, так и доказательственное правило о том, что тяжесть доказывания факта нарушения обязательства не по их вине возлагается на них. В некоторых случаях в текстах законов, содержащих презумпции, необязательно отражаются оба вышеназванных элемента, более того, во многих случаях законодатель, формулируя презумпцию, использует лишь один признак. Такова, например, закреплённая гл. 7 СК РФ презумпция принадлежности супругам на праве общей совместной собственности имущества, которым они владеют. Очевидно, что в данном случае в законе закреплено только предположение о режиме общей собственности, но из этого предположения выводится содержание процессуального правила о том, что доказывание того, что имущество не относится к собственности супругов, возлагается на утверждающее лицо. В литературе такого рода презумпции называют косвенными <1>.

<1> См.: Сериков Ю.А. Презумпции в гражданском судопроизводстве / Науч. ред. В.В. Ярков. М., 2008.

Противоположным примером может служить правило ч. 1 ст. 152 ГК РФ. Данной нормой прямо закреплено только доказательственное правило, в соответствии с которым тяжесть доказывания соответствия действительности порочащих сведений возлагается на лицо, их распространившее. Однако из содержания этой нормы выводится и предположение о несоответствии действительности сведений, порочащих честь, достоинство и деловую репутацию. Это предположение является частным случаем презумпции добросовестности участников гражданских правоотношений (ст. 10 ГК РФ).

Под презумпцией следует понимать закреплённое специальной процессуальной нормой исключительное правило, применяемое вместо общего правила распределения обязанностей по доказыванию, на основании которого при доказанности определенного состава юридических фактов допустим вывод о существовании связанного с ними факта.

Причины закрепления в законодательстве исключений из общего правила распределения обязанностей по доказыванию имеют специфику в сравнении с причинами формирования общих доказательственных правил.

В литературе называются различные причины перераспределения обязанностей по доказыванию. По мнению М.К. Треушникова, презумпции формулируются в интересах защиты прав стороны, поставленной в более трудные условия доказывания <1>.

<1> Треушников М.К. Доказательства и доказывание в советском гражданском процессе. М., 1989. С. 162.

Авторы монографии "Проблемы доказательств в советском уголовном процессе", характеризуя презумпции, отмечали, что они представляют собой правила, вытекающие "из многочисленных наблюдений и обобщений устойчивой взаимосвязи между событиями, явлениями, фактами и т.д." <1>.

<1> Горский Г.Ф., Кокорев Л.Д., Элькинд П.С. Указ. соч. С. 236.

По мнению О.А. Кузнецовой, "некоторые презумпции имеют политическое значение, они показывают на определенное отношение государства к человеку" <1>.

<1> Кузнецова О.А. Указ. соч. С. 100.

Разнообразие мнений обусловлено множественностью причин формирования доказательственных презумпций.

Рассматривая причины закрепления презумпций, нужно отметить, что в ряде случаев в таких правилах находят отражение объективные, устойчивые, часто повторяющиеся взаимосвязи между явлениями, а также характеристики правоотношений. Такова презумпция вины причинителя вреда. При доказанности наличия противоправного действия (бездействия), последствий в виде причиненного вреда, причинной связи между действиями и последствиями достаточно объективно, с большой степенью уверенности можно говорить о виновности причинителя вреда. Однако анализ законодательства не позволяет установить наличие объективной основы у всех доказательственных презумпций. Значительную их часть можно рассматривать либо как процессуальные льготы, предоставляемые субъекту, претерпевшему какие-либо неблагоприятные последствия в материальном отношении, либо как способ стимулирования участников материальных правоотношений к определенному поведению - например, определению процентов в договоре займа.

Помимо указанных выше, презумпциями являются также иные положения законодательства: например, предположение о возмездности гражданско-правового договора (ст. 423 ГК РФ); предположение о том, что подрядчик обязан выполнить все работы, указанные в технической документации и в смете, если отсутствуют иные указания в договоре строительного подряда (ст. 743 ГК РФ); предположение о том, что вкладчик по договору банковского вклада выразил согласие на получение денежных средств, поступивших в банк на его имя от третьих лиц, если договором не предусмотрено иное (ст. 841 ГК РФ); презумпция при ответственности владельца источника повышенной опасности (ст. 1079 ГК РФ); презумпция ответственности рекламодателя (ст. 38 Федерального закона от 13 марта 2006 г. N 38-ФЗ "О рекламе" <1>), целый ряд положений других нормативных актов.

<1> СЗ РФ. 2006. N 12. Ст. 1232.

В литературе презумпции классифицируют в зависимости от ряда оснований. Прежде всего выделяют материально-правовые и процессуально-правовые презумпции или, как их предлагается называть в литературе, презумпции материально-правового и процессуально-правового содержания <1>.

<1> См.: Баулин О.В. Бремя доказывания при разбирательстве гражданских дел. С. 231.

К числу процессуальных относят, к примеру, "презумпцию неуважительности причин неявки в судебное заседание лиц, участвующих в деле, надлежащим образом извещенных о времени и месте судебного заседания, если ими не представлены сведения о причинах неявки (ст. 167 ГПК РФ); презумпцию незаинтересованности судьи в исходе дела; презумпцию доброкачественности признания; презумпцию процессуальной дееспособности (правосубъектности); презумпцию знания процессуального закона; презумпцию процессуальной добросовестности; презумпцию невиновности ответчика; презумпцию признания факта" <1>.

<1> Фокина М.А. Юридические предположения в гражданском и арбитражном процессах. С. 71 - 80.

Также в литературе обосновывается существование презумпций опровержимых и неопровержимых. К данной классификации правовых презумпций следует относиться весьма осторожно. Само значение презумпций как вероятных, предполагаемых фактов свидетельствует о возможности опровержения презумпции. В связи с этим представляется более правильной позиция, признающая опровержимость любой презумпции <1>. Если презумпция не может быть опровергнута, то данное положение и не является презумпцией вовсе, а представляет собой определенное правило поведения, сформулированное в законе.

<1> См., например: Решетникова И.В. Курс доказательственного права в российском гражданском судопроизводстве. С. 163; Треушников М.К. Судебные доказательства. М., 2004. С. 67.

Презумпции прямые и косвенные - еще одна классификация, за существование которой высказываются в литературе. О прямых презумпциях говорят, когда норма права непосредственно содержит предполагаемое положение (например, виновность причинителя вреда). В качестве косвенных презумпций предлагается рассматривать предположения, прямо не сформулированные в законодательстве, но которые можно вывести из содержания конкретной нормы путем толкования <1>.

<1> См., например: Кузнецова О.А. Указ. соч. С. 105 - 112; Решетникова И.В. Доказывание в гражданском процессе. 2010. С. 128 - 129; Сериков Ю.А. Классификация презумпций в науке гражданского процессуального права // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. 2003 - 2004. N 2. СПб., 2004. С. 131.

Помимо названных разновидностей правовых презумпций, в юридической литературе обосновывается наличие иных классификаций: негативные и позитивные; общеправовые, межотраслевые, отраслевые; общие, частные; классификация презумпций в зависимости от правового института, с которым презумпции связаны; императивные, диспозитивные; высоковероятные, средневероятные, маловероятные и др. <1>.

<1> Обзор точек зрения и их анализ см.: Сериков Ю.А. Классификация презумпций в науке гражданского процессуального права // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. С. 138 - 143; Баулин О.В. Бремя доказывания при разбирательстве гражданских дел. С. 231 - 234.

Основанием для специального установления факта могут быть также доказательственные исключения, имеющие несколько иной механизм действия, чем презумпции и фикции.

Содержание этих правил, закрепляемых обычно гражданско-правовыми нормами, заключается в лишении юридического значения названных в законе юридических фактов при доказанности состава связанных с ними обстоятельств.

Например, п. 3 ст. 720 ГК РФ запрещает заказчику, если иное не предусмотрено договором подряда, ссылаться на явные недостатки, если он принял работу без проверки. Согласно п. 2 ст. 716 ГК РФ подрядчик, не предупредивший заказчика об обстоятельствах, которые грозят годности или прочности результатов работы, не вправе ссылаться на них при предъявлении им или к нему соответствующих требований. Значение приведенных правил заключается в том, что определенные обстоятельства по конкретному делу признаются не имеющими значения и не влекущими последствий, хотя сами по себе из состава предмета доказывания не исключаются. Цель закрепления доказательственных исключений - в побуждении участников материальных правоотношений к совершению определенных действий. Заинтересованное лицо обязывается действовать определенным образом, с тем чтобы сохранить для себя возможность защитить право.

В числе специальных доказательственных встречаются правила, не вписывающиеся в рамки рассмотренных ранее.

Традиционным способом перераспределения бремени доказывания, как показано, является закрепление презумпции. Однако в делах из публичных правоотношений презумпции не используются, поскольку законодатель перераспределяет доказательственные обязанности без формулирования предположения о наличии или отсутствии юридического факта.

Такие правила распределения бремени доказывания установлены АПК РФ для дел, возникающих из публичных правоотношений.

При рассмотрении арбитражными судами дел об оспаривании ненормативных правовых актов, решений и действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления, иных органов, организаций, наделенных федеральным законом отдельными государственными или иными публичными полномочиями, заявитель несет бремя доказывания факта принятия акта, решения, совершения действий, а также нарушения ими его прав и законных интересов.

Отсутствие законных оснований для совершения действий в отношении его заявитель в соответствии со ст. 200 АПК РФ не обязан доказывать. Орган или должностное лицо, действия которого оспариваются, несет бремя доказывания законности действия или решения, наличия необходимых полномочий, а также обстоятельств, послуживших основанием для принятия ненормативного акта.

Нет оснований рассматривать приведенное правило как презумпцию, и не только потому, что в ст. 200 АПК РФ законодатель не сформулировал прямо какое-либо правовое предположение. Предположение о незаконности действий государственных органов лишено смысла и права на существование не имеет.

Существует точка зрения о наличии по данной категории дел презумпции законности актов, решений, действий органов власти, управления и их должностных лиц <1>. Представляется, что основания рассматривать законность действий и решений государственных органов как предположение отсутствуют. Нет предположения о законности акта, есть акт, имеющий силу и подлежащий исполнению до тех пор, пока не будет признан недействительным либо незаконным в установленном законом порядке. Кроме того, в случаях, когда законодательством закрепляется презумпция, предполагаемый факт будет считаться установленным, если не будет доказано иное. В рассматриваемом же случае механизм применения правила иной - доказыванию государственным органом подлежит именно факт, называемый предполагаемым (наличие оснований для совершения действия, издания акта), и если он не будет доказан, законность решения либо действий органа не будет установлена.

<1> См.: Попова Ю.А. Указ. соч. С. 138.

Рассматриваемыми нормами законодатель закрепил специальное доказательственное правило, не являющееся ни презумпцией законности, ни презумпцией незаконности действий и решений органов и должностных лиц. Данным правилом доказательственные обязанности только перераспределяются без выдвижения какого-либо предположения.

Причины закрепления рассмотренных специальных правил распределения доказательственного бремени по делам, возникающим из публичных правоотношений, многоплановы, однако их объединяет одно - они не могут считаться объективными, т.е. являющимися результатом анализа взаимосвязи явлений и событий.

Устанавливаются данные правила прежде всего в интересах стороны, которая находится в более сложных условиях доказывания. Трудности в осуществлении доказывания следует понимать либо как сосредоточение основной массы доказательств у противоположной стороны, либо как неравноправие сторон в материальном правоотношении, как это имеет место в делах, возникающих из публичных правоотношений.

Одна из причин перераспределения доказательственных обязанностей по анализируемой категории

дел определена тем, что именно государственный орган совершает действие, принимает решение, при этом он исходит из определенных обстоятельств, наличие которых должен доказать суду. Лицо же, оспаривающее законность действий государственного органа, никаких решений не принимало, обстоятельств не устанавливало, поэтому на него не может быть возложено доказательственное бремя.

Аналогичные рассмотренным правила содержались в ГПК РФ, однако в связи с принятием и введением в действие КАС РФ в нем и содержится в настоящее время регулирование распределения доказательственных обязанностей по административным делам. Следует, однако, отметить, что изменение места в системе законодательства не отразилось на содержании и природе специальных доказательственных правил.

Так, согласно общему правилу п. 1 ст. 62 КАС РФ лица, участвующие в деле, обязаны доказывать обстоятельства, на которые они ссылаются как на основания своих требований или возражений. Согласно специальному правилу п. 2 этой же статьи обязанность доказывания законности оспариваемых нормативных правовых актов, актов, содержащих разъяснения законодательства и обладающих нормативными свойствами, решений, действий (бездействия) органов, организаций и должностных лиц, наделенных государственными или иными публичными полномочиями, возлагается на соответствующие орган, организацию и должностное лицо.

Глава 6. ОБЕСПЕЧЕНИЕ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ В ГРАЖДАНСКОМ И АРБИТРАЖНОМ ПРОЦЕССАХ, АДМИНИСТРАТИВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ

§ 1. Понятие обеспечения доказательств в гражданском и арбитражном процессах, административном судопроизводстве

Обеспечение доказательств - это самостоятельный институт гражданского процессуального, арбитражного процессуального, нотариального права и комплекса правил третейского судопроизводства, предусматривающий условия и порядок деятельности компетентного юрисдикционного органа и заинтересованных в этом лиц по реализации охранительных мер, направленных на сохранение информации о фактах предмета доказывания.

Обеспечение доказательств не представляет собой на современном этапе развития российского цивилистического процесса единое межотраслевое правовое образование (так как отсутствуют основания для утверждения о существовании интегрированного доказательственного права), а выступает одноименным институтом каждой из указанных отраслей процессуального права. Однако стоит иметь в виду, что взаимодействие процессов и нормативная гармонизация процессуальных правил прослеживаются наиболее отчетливо именно в области обеспечения доказательств и прежде всего это касается взаимосвязи нотариальных процедур и судопроизводства по гражданским делам.

Обеспечение доказательств не является по своей правовой природе элементом института обеспечения иска, несмотря на то что ряд обширных правил последнего действительно может быть применен по аналогии к рассмотрению вопросов, связанных с обеспечением доказательств. Совмещение обеспечения доказательств с обеспечением иска вызвано прежде всего тем, что законодатель традиционно с большим вниманием относился к регулированию вопросов реализации мер, направленных на обеспечение иска, чем к вопросам обеспечения доказательств. Именно в этом видится причина своеобразной законодательной подчиненности правил обеспечения доказательств правилам обеспечения иска.

Следует также указать на наличие в судебной практике случаев, когда обеспечение иска настолько тесно переплетается с обеспечением доказательств, что не только заявители, но и суд не могут провести четкого различия между обеспечением иска и обеспечением доказательств. Такое совмещение чаще всего наблюдается при применении предварительных обеспечительных мер в арбитражном процессе (ст. 99 АПК РФ).

Судебная практика. Так, государственное предприятие обратилось в арбитражный суд с заявлением о принятии предварительных обеспечительных мер в форме ареста продукции общества с ограниченной ответственностью, зарегистрированного в ином субъекте Российской Федерации.

Арбитражный суд субъекта Российской Федерации по месту нахождения заявителя отказал в удовлетворении заявления о применении предварительных обеспечительных мер. При этом суд сослался на ч. 3 ст. 99 АПК РФ, в силу которой заявление об обеспечении имущественных интересов подается в арбитражный суд по месту нахождения заявителя, либо по месту нахождения денежных средств или иного имущества, в отношении которого заявитель ходатайствует о принятии мер по обеспечению имущественных интересов, либо по месту нарушения прав заявителя.

В данном случае суд по месту нахождения заявителя не мог обеспечить максимальную эффективность предварительных обеспечительных мер, в том числе их быструю реализацию. Заявитель же не представил доказательств того, что его прибытие в суд по месту нахождения имущества должника или по месту нарушения его прав в короткий срок затруднительно (тяжелое имущественное положение, большое расстояние и т.п.).

В целях эффективной реализации обеспечительных мер в отношении рассматриваемых требований целесообразным было предъявление ходатайства о применении предварительных обеспечительных мер по месту нарушения прав заявителя (территория субъекта Российской Федерации, на которой распространялась контрафактная продукция), так как истребуемую обеспечительную меру (арест контрафактной продукции) эффективнее реализовывать в границах указанной юрисдикции. В такой ситуации арбитражный суд, принимая решение о предварительных обеспечительных мерах, имел бы возможность получить доказательства распространения контрафактной продукции на региональном рынке.

Арбитражный суд сослался на п. 13 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 9 декабря 2002 г. N 11 "О некоторых вопросах, связанных с введением в действие Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации" <1>, в котором было указано, что подача заявления об обеспечении имущественных интересов по месту нахождения заявителя может быть обусловлена необходимостью применения конкретных предварительных обеспечительных мер, когда их непринятие может повлечь за собой неустранимые последствия для заявителя, а также то, что арбитражный суд вправе отказать в удовлетворении заявления об обеспечении имущественных интересов, поданного по месту нахождения заявителя, если известно место нахождения должника либо его имущества или денежных средств, в отношении которых заявитель ходатайствует о принятии предварительных обеспечительных мер (п. 3 информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 7 июля 2004 г. N 78 "Обзор практики применения арбитражными судами предварительных обеспечительных мер" <2>).

<1> Вестник ВАС РФ. 2003. N 2.

<2> Вестник ВАС РФ. 2004. N 8.

На приведенном примере отчетливо видно, как участники процесса, работая с вопросами применения мер по обеспечению иска, по сути вовлечены в деятельность по обеспечению доказательств.

Неоправданно было бы относить обеспечение доказательств и к нормам института судебных поручений <1>. Несмотря на тесное взаимодействие данных видов процессуальной деятельности, правила обеспечения доказательств и судебных поручений имеют самостоятельные предметы правового регулирования, посвящены разным аспектам процессуальной деятельности и не обладают необходимой общностью для их системного объединения.

<1> См. также: Решетникова И.В. Обеспечение доказательств и судебное поручение в арбитражном процессе // Проблемные вопросы гражданского и арбитражного процессов / Под ред. Л.Ф. Лесницкой, М.А. Рожковой. М., 2008. С. 172 - 183.

Сказанное о соотношении судебных поручений и обеспечения доказательств в равной мере распространяется на системную самостоятельность правил направления и выполнения запросов третейских судов о содействии в получении доказательств и институциональную обособленность от них

норм обеспечения доказательств.

Момент, с которым связано возникновение деятельности по обеспечению доказательств, определяется исходя из того, состоялось ли уже утверждение о средствах доказывания. Только после того, как заявитель сначала сообщил о фактах основания своего требования или возражения, а затем указал на доказательства, при помощи которых он может подтвердить сообщенные факты, становится возможным иницирование деятельности по обеспечению доказательств.

Сопоставляя обеспечение доказательств с элементами структуры доказывания <1>, можно прийти к выводу, что данной деятельности отведена особая роль, не укладывающаяся в ложе обычного развития доказательственной деятельности. В связи с этим неоправданно было бы сводить обеспечение доказательств только к одному из известных элементов структуры доказывания (например, к представлению доказательств), как и признавать его в качестве отдельного этапа доказательственной деятельности (например, утверждая то, что до или после представления доказательств может последовать их обеспечение).

<1> Автор настоящих строк, вслед за А.Ф. Клейнманом, придерживается мнения, что исследование, проверка и оценка доказательств судом (в том числе и доказательств, подлежащих обеспечению) не входят в состав деятельности по доказыванию. См.: Клейнман А.Ф. Новейшие течения в советской науке гражданского процессуального права. М., 1967. Переизд.: Клейнман А.Ф. Избранные труды. Т. 1. Краснодар, 2008. С. 235 - 237.

Обеспечение доказательств представляет собой деятельность, образующую своеобразное ответвление не только от обычного порядка доказывания, но и от общего порядка исследования доказательств. Возникновение такого ответвления вызвано потребностью ускоренного формирования искомых средств доказывания. Как явствует из цели обеспечения доказательств, оно призвано гарантировать: 1) возможность осуществления деятельности по доказыванию - предотвратить сложность или невозможность представления доказательств; 2) возможность осуществления познавательной судебной деятельности - предотвратить сложность или невозможность исследования доказательств.

Специфика обеспечения доказательств определяется рядом факторов. Во-первых, в ней совмещается доказательственная деятельность по представлению доказательств (включая возможность их истребования) с их предварительным исследованием компетентным юрисдикционным органом. Во-вторых, наряду с этим орган, производящий обеспечение доказательств, применяет ту или иную охранительную меру, без реализации которой обеспечить сохранность информации об искомых фактах предмета доказывания окажется невозможным, т.е. фиксирует доказательственный материал для возможности его представления в суд и последующего исследования при рассмотрении дела по существу в заседании суда.

Таким образом, обеспечение доказательств образуют действия по представлению (в том числе истребованию), предварительному исследованию и фиксации доказательств, развивающиеся в форме ответвления от общей доказательственной и познавательной деятельности в процессе.

Истребование доказательств из органов, производивших их обеспечение, или от других лиц, у которых находятся обеспеченные доказательства, уже не является частью самой деятельности по обеспечению доказательств, а должно рассматриваться, как и любое другое истребование доказательств, в контексте общей деятельности по доказыванию. Истребование доказательств, независимо от того, идет ли речь о первоначальных средствах доказывания, явившихся предметом обеспечения, или о сформированных в результате обеспечения производных доказательствах, подчинено правилам ст. 57 ГПК РФ.

Обеспечение доказательств, как и ряд других действий, связанных с доказыванием (например, допрос свидетеля), может осуществляться в порядке выполнения судебного поручения (ст. ст. 62 и 63 ГПК РФ), при этом сами взаимоотношения судов в связи с направлением и выполнением судебных поручений не охватываются деятельностью по обеспечению доказательств.

Предмет обеспечения. Говоря об обеспечении доказательств, уточнения требует утверждение о

том, что именно подлежит обеспечению. Если исходить из того, что "судебные доказательства имеют, во-первых, содержание, т.е. информацию об искомых фактах (юридических, доказательственных), обладающую свойством относимости, во-вторых, процессуальную форму, т.е. носителя информации и способ доведения ее до суда, и, в-третьих, определенный процессуальный порядок получения и исследования доказательственной информации" <1> и "эти три составляющих характеризуют правовую природу судебных доказательств" <2>, то логично задать вопрос: все ли компоненты судебного доказательства подлежат обеспечению?

<1> Треушников М.К. Судебные доказательства. М., 2004. С. 79.

<2> Там же.

Сохранение информации, содержащейся в том или ином средстве доказывания, образует цель деятельности по обеспечению доказательств, а не ее непосредственный предмет. Именно для обеспечения сохранности информации, возможности ее последующего восприятия судом в судебном заседании осуществляется обеспечение доказательств. Однако ответ на вопрос, с какой целью обеспечиваются доказательства, еще не означает ответа на вопрос, какая именно составляющая доказательств подлежит обеспечению.

Порядок получения и исследования доказательственной информации также не является непосредственным предметом обеспечения. Нормативно установленный порядок обеспечения доказательств сам призван гарантировать надлежащее вовлечение доказательств в процесс, однако не на обеспечение надлежащего порядка получения сведений о фактах направлена данная деятельность.

Непосредственным предметом обеспечения выступает процессуальная форма доказательственного материала, т.е. средства доказывания. Именно на то, чтобы обеспечить сведения о фактах надлежащей процессуальной формой, ориентирована деятельность по обеспечению доказательств. Таким образом, обеспечение доказательств - это обеспечение их надлежащими средствами доказывания.

Необходимость обеспечения доказательств надлежащей процессуальной формой может быть вызвана рядом факторов:

- 1) свойствами предметов материального мира (подверженность скорой порче);
- 2) состоянием человека (риском наступления смерти ввиду терминальной стадии развития болезни);
- 3) возможностью внешнего воздействия (уничтожение, порча, деформация предметов);
- 4) нестабильностью источника информации (возможность утраты электронных данных, размещенных на информационных серверах).

Цель и функции обеспечения доказательств. В отличие от обеспечения иска, а также иных институтов, ориентированных на обеспечение реализации материально-правовых требований заинтересованных в этом лиц, обеспечение доказательств, взятое вне общей процессуальной цели, не направлено на защиту, пусть даже и предварительную, прав и свобод участников гражданского оборота. Обеспечение доказательств допускается для предотвращения риска сложности или невозможности последующего представления и исследования определенных средств доказывания, т.е. **для сохранения информации о фактах предмета доказывания** (ст. 64 ГПК РФ и ст. 72 АПК РФ). Таким образом, обеспечение доказательств ориентировано на реализацию такой задачи гражданского и арбитражного судопроизводства, как правильное рассмотрение гражданских дел (ст. 2 ГПК РФ), а не на предварительную защиту прав граждан, организаций и публичных образований.

Нормативно закрепленная цель обеспечения доказательств распадается на четыре компонента, каждый из которых является достаточным основанием для принятия обеспечительных мер. Состав этих целевых компонентов следующий: 1) предотвратить наступление обстоятельств, затрудняющих представление доказательств; 2) предотвратить невозможность представления доказательств; 3) предотвратить наступление обстоятельств, затрудняющих исследование доказательств; 4) предотвратить

невозможность исследования доказательств.

Достижение цели обеспечения доказательств, т.е. сохранение информации о фактах предмета доказывания, возможно путем различного воздействия на средства доказывания, выступающие непосредственным предметом обеспечения. Направления такого охранительного воздействия на средства доказывания можно именовать функциями обеспечения доказательств.

Нам удалось выявить две функции обеспечения доказательств - консервационную и преобразовательную.

Консервация средств доказывания (придание им **status quo**) - сохранение их в неизменном виде до исследования и оценки в судебном заседании. Консервация средств доказывания связана с необходимостью предотвратить порчу и уничтожение источников информации об искомых фактах. Именно на консервацию средств доказывания направлено принятие таких обеспечительных мер, как арест и секвестр, установление запрета на распоряжение или использование доказательства.

Преобразование средств доказывания представляет собой фиксацию искомой информации в преобразованной форме - перенесение ее с первоначального источника сведений о фактах на производные средства доказывания. Так, составление протокола описи информации, содержащейся на странице в сети Интернет, направлено на то, чтобы обеспечить возможность сохранения и последующего восприятия сведений об искомых фактах не из электронных средств доказывания, риск утраты которых очень велик, а из производного письменного доказательства - протокола осмотра. В связи с этим совершенно верным представляется замечание Ю.Ф. Вацковского, сделанное со ссылкой на С.В. Курылева, о том, что "нотариус, фиксируя результаты осмотра интернет-сайта, тем самым создает производное доказательство, которое воспроизводит на ином источнике то, что содержится в первоначальном источнике доказательств" <1>.

<1> Вацковский Ю.Ф. Доменные споры. Защита товарных знаков и фирменных наименований. М., 2009. С. 119.

Виды обеспечения доказательств. В зависимости от природы юрисдикционного органа, который осуществляет деятельность по обеспечению доказательств, оно может быть признано судебным (арбитражный суд, суд общей юрисдикции) и несудебным (нотариат, третейский суд).

В зависимости от установленного порядка обеспечения доказательств бывает гражданско-процессуальным, т.е. подчиненным правилам ГПК РФ (в таком порядке действуют органы нотариата и суды общей юрисдикции), арбитражно-процессуальным, т.е. подчиненным правилам АПК РФ (арбитражные суды), и третейским, основанным на соглашении сторон и положениях законодательства о третейских судах (арбитражах).

В зависимости от того, в какой момент возникает деятельность по обеспечению доказательств, последнее можно именовать предварительным (до обращения в юрисдикционный орган по существу дела) и текущим (после такого обращения).

§ 2. Условия обеспечения доказательств

С условиями обеспечения доказательств связывается возможность принятия охранительных мер для обеспечения сохранности информации о фактах предмета доказывания. Состав условий обеспечения доказательств неоднороден, но, учитывая отсутствие различия в последствиях их несоблюдения, не имеется практических оснований для их дифференциации <1>.

<1> В настоящем издании не ставится цель выявить полный спектр условий обеспечения доказательств. Рассмотрению подлежат лишь те из них, которые прямо закреплены в действующем законодательстве.

Первым условием принятия мер по обеспечению доказательств выступает требование о **подведомственности соответствующего заявления**. Наименее ясным является правило подведомственности заявлений о предварительном обеспечении доказательств (например, до обращения в суд с исковым заявлением).

При условии, что будущее дело подведомственно арбитражному суду, заявление об обеспечении доказательств может быть подано нотариусу (ст. 102 Основ законодательства Российской Федерации о нотариате <1>) или в арбитражный суд (ч. 4 ст. 72 АПК РФ). В данном случае законодатель устанавливает альтернативную подведомственность соответствующих заявлений. Выбор между нотариусом и арбитражным судом зависит от свободной воли заинтересованного лица и не ограничен требованием эффективности принятия мер тем или иным юрисдикционным органом.

<1> Основы законодательства Российской Федерации о нотариате от 11 февраля 1993 г. N 4462-1 // Ведомости СНД и ВС РФ. 1993. N 10. Ст. 357.

Например, в заявлении, поступившем в Высший Арбитражный Суд РФ, заявитель просил пересмотреть в порядке надзора судебные акты, принятые судами первой и кассационной инстанций, ссылаясь на неправильное применение норм процессуального права. Заявитель полагал, что до возбуждения дела в суде обеспечение доказательств должно осуществляться нотариусами, а не в порядке исполнительного производства. Однако в соответствии с ч. 4 ст. 72 АПК РФ арбитражный суд по заявлению организации или гражданина вправе принять меры по обеспечению доказательств до предъявления иска в порядке, предусмотренном ст. 99 АПК РФ, согласно ч. 3 которой имеется возможность применения мер предварительного характера арбитражным судом по месту нахождения заявителя (Определение Высшего Арбитражного Суда РФ от 29 марта 2010 г. N ВАС-3103/10 по делу N А40-56/09-ПО-67 <1>).

<1> СПС "КонсультантПлюс".

Важно обратить внимание на то, что согласно положению ч. 4 ст. 72 АПК РФ арбитражный суд по заявлению организации или гражданина вправе принять меры по обеспечению доказательств до предъявления иска. Так, из буквального толкования данной статьи вытекает, что арбитражный суд наделен компетенцией по обеспечению доказательств до обращения в суд, при условии что будущее дело, подведомственное арбитражному суду, должно быть рассмотрено в исковом порядке. Следовательно, только в отношении будущих дел искового производства, подведомственных арбитражному суду, допускается возможность выбора между альтернативными юрисдикциями, уполномоченными на принятие мер по обеспечению доказательств.

Для дел же неискового производства, подведомственных арбитражным судам, компетенцией по обеспечению доказательств до обращения в суд по существу обладают только органы нотариата. При этом обеспечение доказательств нотариусами должно допускаться только в случаях, когда в системе действующего нормативного регулирования отсутствуют препятствия для применения обеспечительных мер. Так, неясным остается вопрос о возможности обеспечения доказательств по делам, возникающим из публичных правоотношений.

Следует тем не менее отметить, что судебно-арбитражная практика может склониться к необходимости расширительного толкования положения ч. 4 ст. 72 АПК РФ либо допустить применение его по аналогии, согласившись с тем, что ограничение будущих заявителей по делам неискового производства в отношении возможности обеспечения доказательств в арбитражном суде до обращения в него, по существу, является неоправданным.

Если будущее дело подведомственно суду общей юрисдикции, то компетенцией по принятию мер обеспечения доказательств обладает только нотариус. Сами суды общей юрисдикции не наделены полномочиями по обеспечению доказательств, если обращения к ним по существу дела еще не состоялись (ч. 1 ст. 65 ГПК РФ). Таким образом, для заявлений об обеспечении доказательств по будущим делам, отнесенным к ведению судов общей юрисдикции, установлена исключительная

подведомственность - органам нотариата.

До недавнего времени, если заявление об обеспечении доказательств подавалось одновременно с заявлением по существу дела или после его возбуждения в государственном суде, исключительной компетенцией по принятию мер обеспечения доказательств обладал судебный орган. При этом для данных случаев устанавливалась подведомственность по связи требований: когда дело по существу рассматривалось в арбитражном суде, то и компетенцией по принятию мер обеспечения доказательств обладал только арбитражный суд; если же дело по существу рассматривалось в суде общей юрисдикции, то и полномочиями по принятию мер обеспечения доказательств обладали только общие суды. Но в любом случае после обращения в судебный орган с заявлением по существу дела принятие мер обеспечения доказательств органами нотариата не допускалось.

В связи с упразднением положений абз. 2 ст. 102 Основ законодательства Российской Федерации о нотариате <1>, устанавливавшего, что нотариус не обеспечивает доказательств по делу, которое в момент обращения заинтересованных лиц к нотариусу находится в производстве суда или административного органа, ситуация кардинально изменилась.

<1> Федеральный закон от 29 декабря 2014 г. N 457-ФЗ "О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации" // СЗ РФ. 2015. N 1. Ч. 1. Ст. 10.

На современном этапе следует признать наличие альтернативной компетенции в сфере обеспечения доказательств по делам, находящимся в производстве государственного суда, у нотариусов и самих судебных органов. Так, заявитель в течение производства по делу сам может определить, в какой юрисдикционный орган ему стоит обратиться с заявлением об обеспечении доказательств - в суд, рассматривающий дело, или к нотариусу. При этом действующее нормативное регулирование не предусматривает необходимости для заявителя обосновывать эффективность выбранной компетенции.

Нет достаточной ясности в том, какой орган наделен полномочиями по обеспечению доказательств, если дело по существу рассматривается или должно будет рассматриваться в третейском суде.

Конечно, если стороны третейского разбирательства согласились с тем, что определенный ими третейский суд может принять меры по обеспечению доказательств, и добровольно исполняют соответствующее определение третейского органа, то никаких вопросов нет. Но если же стороны конфликта, подведомственного третейскому суду, не достигли соглашения относительно органа, компетентного обеспечивать доказательства по их делу, либо, достигнув соответствующего соглашения, в последующем добровольно не исполняют предписание третейского суда, встает вопрос: какой юрисдикционный орган правомочен принять меры по обеспечению доказательств в этой ситуации?

Часть 3 ст. 90 АПК РФ не содержит формальных ограничений возможности принятия арбитражным судом мер по обеспечению доказательств на основании заявления стороны третейского разбирательства, равно как и в п. 34 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 12 октября 2006 г. N 55 "О применении арбитражными судами обеспечительных мер" <1> нет указаний относительно того, какие обеспечительные меры могут быть приняты арбитражным судом по заявлению стороны третейского разбирательства. Здесь Высший Арбитражный Суд РФ отметил лишь то, что приниматься такие меры должны по общим правилам, предусмотренным АПК РФ, с учетом особенностей третейской формы разбирательства споров. Однако на базе системного толкования положений ч. 4 ст. 72, ст. 99 АПК РФ, ст. 9 Федерального закона от 29 декабря 2015 г. N 382-ФЗ "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации" <2>, ст. 9 Закона РФ от 7 июля 1993 г. N 5338-1 "О международном коммерческом арбитраже" можно сделать вывод о том, что арбитражный суд наделен полномочиями только по принятию мер обеспечения иска, находящегося на рассмотрении третейского суда. Полномочий обеспечивать доказательства по делам, находящимся на рассмотрении или подлежащим рассмотрению в третейских судах, арбитражный суд не имеет. Тем более нет оснований утверждать подобное в отношении судов общей юрисдикции, которые не принимают меры по обеспечению доказательств даже в отношении подведомственных им дел до обращения в суд с заявлением по существу.

<1> Вестник ВАС РФ. 2006. N 12.

<2> СЗ РФ. 2016. N 1. Ч. 1. Ст. 2.

Таким образом, стоит согласиться с тем, что по делам, находящимся на рассмотрении третейского суда или подлежащим в будущем третейскому разбирательству, при отсутствии соглашения о принятии обеспечительных мер исключительно арбитражем меры по обеспечению доказательств могут приниматься третейским судом или нотариусом.

Вывод о компетенции третейского суда можно сделать на основании ст. 17 Федерального закона "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации", где отсутствует конкретизация предмета обеспечения, а как следствие им может явиться как иск, так и доказательство.

Вывод о полномочиях нотариуса согласуется с положением ст. 102 Основ законодательства Российской Федерации о нотариате, если под словом "суд" понимать не только суды, созданные и действующие в соответствии с Федеральным конституционным законом от 31 декабря 1996 г. N 1-ФКЗ "О судебной системе в Российской Федерации" <1>, но и органы арбитража.

<1> СЗ РФ. 1997. N 1. Ст. 1.

Следующим условием обеспечения доказательств является надлежущая **подсудность соответствующего заявления** <1>.

<1> Как следует из самого обозначения данного условия, им не определяются правила разграничения компетенции внутри нотариальных органов и между третейскими судами, если рассмотрение заявления об обеспечении доказательств отнесено к их ведению.

Если заявление о предварительном обеспечении доказательств подается в арбитражный суд, то согласно правилам родовой подсудности компетентным следует признать арбитражный суд субъекта Российской Федерации (ч. 1 ст. 34 АПК РФ) <1>.

<1> См. также: Рожкова М.А. Средства и способы правовой защиты сторон коммерческого спора. М., 2006. С. 79.

При этом соответствующее заявление может быть подано в арбитражный суд по месту нахождения заявителя, по месту нахождения средств доказывания, об обеспечении которых просит заявитель, по месту нарушения прав заявителя (ч. 4 ст. 72 и ч. 3 ст. 99 АПК РФ), по месту нахождения должника (п. 13 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 9 декабря 2002 г. N 11 "О некоторых вопросах, связанных с введением в действие Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации", п. 31 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 12 октября 2006 г. N 55 "О применении арбитражными судами обеспечительных мер"), т.е. действуют правила альтернативной территориальной подсудности <1>.

<1> См. также: Юсупов Т.Б. Обеспечение иска в арбитражном и гражданском процессе. М., 2006. С. 105 - 106.

Судебная практика. Открытое акционерное общество обратилось в арбитражный суд по месту своего нахождения с ходатайством об обеспечении доказательств до предъявления иска по существу спора в порядке, предусмотренном ст. 72 АПК РФ, с целью фиксации незаконного размещения принадлежащего ему товарного знака на сайте российского общества с ограниченной ответственностью в доменной зоне Российской Федерации сети Интернет путем проведения осмотра сайта. При этом

заявитель сообщил о своем намерении обратиться в арбитражный суд с иском о запрете использования обществом товарного знака и компенсации причиненных убытков, вызванных таким незаконным использованием.

Ходатайство мотивировано невозможностью представления в арбитражный суд необходимых доказательств при рассмотрении спора по существу в случае, если ответчик удалит информацию с сайта либо ликвидирует сайт, на котором незаконно используется товарный знак.

В подтверждение ходатайства заявитель представил в арбитражный суд свидетельство о регистрации спорного товарного знака на свое имя.

Арбитражный суд по месту нахождения заявителя признал себя компетентным рассматривать поступившее обращение (п. 17 информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 7 июля 2004 г. N 78 "Обзор практики применения арбитражными судами предварительных обеспечительных мер").

Несмотря на то что в приведенном примере любой российский арбитражный суд, включая и суд по месту нахождения заявителя, можно было бы рассматривать в качестве компетентного суда, ведь речь идет о фиксации информации, доступной в любом месте России, в целом все же вызывает сомнение правильность предложенного законодательного решения. Допущенная в ч. 4 ст. 72 АПК РФ отсылка к положениям ст. 99 АПК РФ, посвященной обеспечению будущих исков, привела к тому, что установленные в ней правила альтернативной территориальной подсудности стали применяться и к случаям обращения с заявлениями о предварительном обеспечении доказательств. Однако общим при обеспечении будущих исков и предварительном обеспечении доказательств является только момент возбуждения частного производства - до предъявления иска в суд.

Исключение из действующего правила об альтернативной территориальной подсудности образуют случаи предварительного обеспечения средств доказывания в виде осмотра и исследования вещественных доказательств, подвергающихся быстрой порче. В этих ситуациях должно применяться правило исключительной территориальной подсудности - заявление подается в арбитражный суд по месту нахождения этих доказательств (ч. 1 ст. 79 АПК РФ).

Общее же распространение правил территориальной подсудности, смоделированных для обеспечения будущих исков, на обращения с заявлениями о предварительном обеспечении доказательств является искусственным. Очевидно, что заявления об обеспечении доказательств до подачи в арбитражный суд искового заявления должны рассматриваться в арбитражном суде по месту нахождения обеспечиваемого доказательства. Только такой арбитражный суд способен оперативно и эффективно реализовать меры по сохранности доказательственного материала.

Следует также помнить, что для случаев предварительного обеспечения доказательств в арбитражном процессе действует дополнительное требование обоснования территориальной подсудности. Как указано в п. 31 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 12 октября 2006 г. N 55 "О применении арбитражными судами обеспечительных мер", арбитражный суд вправе отказать в применении предварительных обеспечительных мер, если их применение иным компетентным судом в соответствии с ч. 3 ст. 99 АПК РФ более эффективно.

При подаче в арбитражный суд заявления о текущем обеспечении доказательств, т.е. следующем за обращением в арбитражный суд по существу дела, в соответствии с положением ч. 2 ст. 72 АПК РФ действуют правила подсудности по связи требований - заявление об обеспечении доказательств подается в арбитражный суд, в производстве которого находится дело. Данное правило определяет одновременно и функциональную, и территориальную подсудность заявлений о текущем обеспечении доказательств.

Со стороны функциональной подсудности компетентным следует признавать арбитражный суд, в производстве которого находится дело. Распространяя справедливое утверждение М.А. Рожковой, сделанное в отношении обеспечения иска <1>, на случаи текущего обеспечения доказательств, укажем: если дело рассматривается арбитражным судом первой инстанции, компетентным на принятие мер по обеспечению доказательств является арбитражный суд первой инстанции; если дело пересматривается арбитражным судом апелляционной инстанции, компетентным на принятие мер по обеспечению доказательств будет арбитражный апелляционный суд и т.д. Однако в отличие от обеспечения иска

удовлетворение заявлений об обеспечении доказательств судом проверочной инстанции должно быть ограничено по меньшей мере действием общего правила о недопустимости принятия обеспечительных мер в отношении доказательств, которые могли быть представлены или обеспечены судом первой инстанции (ч. 3 ст. 65, ч. 2 ст. 268, ст. ст. 286, 288, ч. 2 ст. 292, ст. 304 АПК РФ).

<1> См.: Рожкова М.А. Средства и способы правовой защиты сторон коммерческого спора. С. 79.

Согласно правилу территориальной подсудности связь требований означает, что из арбитражных судов одного уровня компетенцией обеспечивать доказательства обладает тот суд, на рассмотрении которого оно находится.

Как уже отмечалось, суды общей юрисдикции не наделены компетенцией предварительного обеспечения доказательств, поэтому соответствующие правила подсудности в ГПК РФ отсутствуют.

В отношении текущего обеспечения доказательств ГПК РФ не устанавливает специальных правил родовой подсудности. Отсюда следует вывод о том, что заявление об обеспечении доказательств должно подаваться в суд того уровня, к которому по правилам родовой подсудности отнесено рассмотрение соответствующего дела по существу. Таким образом, если дело, в котором возникает вопрос об обеспечении доказательств, рассматривается мировым судьей, то и полномочиями по обеспечению доказательств будет наделен мировой судья, если районным судом - районный суд и т.д.

При этом, как и в арбитражном процессе, правила функциональной подсудности в области обеспечения доказательств связываются с определением компетентного суда, полномочного рассматривать заявление об обеспечении доказательств в качестве суда первой инстанции. Если дело находится на рассмотрении суда первой инстанции, то компетентным следует признавать тот суд, в котором дело рассматривается по существу; если же дело находится в производстве суда апелляционной инстанции, то в вопросе обеспечения доказательств функции суда первой инстанции будет выполнять именно данный суд и т.д. Равно как и в арбитражном процессе, обеспечение доказательств судами проверочных инстанций должно быть ограничено невозможностью представления или обеспечения доказательств судом первой инстанции (ч. 2 ст. 322, ч. 1 ст. 327.1, п. 6 ч. 1 ст. 378, ст. ст. 387, 391.1 ГПК РФ).

Правила территориальной подсудности заявлений об обеспечении доказательств, действующие в гражданском процессе, отличаются от аналогичных арбитражных процессуальных норм. Так, если в арбитражном процессе действует единое правило территориальной подсудности по связи требований, то применительно к гражданскому судопроизводству оно дополняется альтернативой обращения в суд, в районе деятельности которого должны быть произведены процессуальные действия по обеспечению доказательств (например, в суд места допроса свидетеля). Таким образом, согласно правилу альтернативной территориальной подсудности заявитель по гражданскому делу, находящемуся на рассмотрении суда общей юрисдикции, может подавать заявления об обеспечении доказательств по своему усмотрению в суд, который рассматривает дело по существу, или в суд места совершения действий по обеспечению доказательств (ч. 1 ст. 65 ГПК РФ).

Другим условием обеспечения доказательств является **конкретизация средств доказывания**, которые просит обеспечить заявитель (ч. 1 ст. 65 ГПК РФ и ч. 2 ст. 72 АПК РФ). С учетом требования конкретизации доказательств недостаточным является простое указание на вид средства доказывания (например, договоры), в заявлении должны быть указаны признаки данного доказательства, его особенности, месторасположение и др. Если заявитель не может конкретизировать искомые доказательства, то соответствующее заявление удовлетворению не подлежит. С учетом действия принципа состязательности суд не должен выявлять по собственной инициативе доказательства, подлежащие обеспечению в том или ином деле.

Судебная практика. Предприниматель обратился в Арбитражный суд Нижегородской области с заявлением от 2 февраля 2009 г. об обеспечении доказательств, в котором просит обеспечить следующее:

- явку свидетеля по делу, а именно мэра г. Нижнего Новгорода В.Е. Булавинова, который заявил:

"Договоры аренды земельных участков будут пролонгированы в связи с финансово-экономическим кризисом";

- то, что объект ответчика является временным;
- кадастровый план (карты) и кадастровое дело спорного земельного участка;
- данные о пересечении земельных участков ответчика и ООО "Строй-Спектр" (чертеж, схемы и т.д.);
- договор о расторжении договора аренды земельного участка;
- договор об аренде земельного участка ООО "Строй-Спектр";
- договор цессии;
- распоряжение главы администрации о продлении договоров;
- чертеж ГлавУАГа N 784-П;
- то, что истец является собственником земельного участка, указанного в исковом заявлении.

Требования основаны на ст. ст. 72 и 93 АПК РФ и мотивированы тем, что упомянутые доказательства имеют существенное значение для дела.

Определением Арбитражного суда Нижегородской области, оставленным без изменения постановлением Первого апелляционного суда, предпринимателю отказано в удовлетворении заявления об обеспечении доказательств по делу. Суд руководствовался ст. 72 АПК РФ и исходил из того, что в заявлении не указаны доказательства, которые необходимо обеспечить.

Не согласившись с принятыми судебными актами, предприниматель обратился в ФАС Волго-Вятского округа с кассационной жалобой, в которой просит отменить их как незаконные и необоснованные.

По мнению заявителя, он обосновал в соответствии со ст. 72 АПК РФ необходимость обеспечения доказательств. Отказ в обеспечении доказательств является незаконным.

Изучив материалы дела и доводы кассационной жалобы, окружной суд не нашел оснований для отмены обжалуемых судебных актов в силу следующего.

В соответствии с ч. 1 ст. 72 АПК РФ лица, участвующие в деле, имеющие основания опасаться, что представление в арбитражный суд необходимых доказательств станет невозможным или затруднительным, могут обратиться с заявлением об обеспечении этих доказательств.

Согласно ч. 2 ст. 72 АПК РФ заявление об обеспечении доказательств подается в арбитражный суд, в производстве которого находится дело. В заявлении должны быть указаны доказательства, которые необходимо обеспечить.

Суды обеих инстанций пришли к обоснованным выводам о том, что в заявлении не указаны доказательства, которые необходимо обеспечить (Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 24 августа 2009 г. по делу N А43-26479/2008-41-736 <1>).

<1> СПС "КонсультантПлюс".

Конкретизация средств доказывания подразумевает также и то, что средство, которое просит обеспечить заявитель, действительно может быть признано доказательством по смыслу положений ст. 55 ГПК РФ и ст. 64 АПК РФ.

Судебная практика. Требования истца - обязать суд полно и точно заносить в протоколы судебных

заседаний заявления, ходатайства и объяснения истца и его представителя, свидетелей, а также не искажать заявленные истцом требования и ходатайства; должным образом нести ответственность за сохранность документов, находящихся в деле, и не скрывать их поступление в суд; выносить определения на предоставленные истцом и его представителем требования, а также выносить их в предусмотренный законодательством срок; давать возможность истцу и его представителю задавать вопросы ответчикам по делу и их представителям; уважительно относиться к свидетелям истца, которые являются на судебные заседания; не заставлять истца изменять свои исковые требования; должным образом извещать лиц, участвующих в деле, о рассмотрении дела - по своей правовой природе не являются требованиями об обеспечении доказательств. Все существенные сведения о разбирательстве дела отражаются в протоколе судебного заседания, который обязательно ведется в ходе каждого судебного заседания суда, что прямо предусмотрено ст. ст. 228 и 229 ГПК РФ. При несогласии с протоколом судебного заседания лица вправе приносить на него замечания. Свое несогласие с процессуальными действиями других участников судебного разбирательства заявитель вправе выражать предусмотренными процессуальным законодательством способами.

Обеспечивать назначение судебной психиатрической экспертизы, направление запросов суд исходя из правовой природы специального правового института, носящего название "обеспечение доказательств", не вправе, поскольку каждому лицу, участвующему в деле, обеспечивается право заявлять ходатайства, высказывать свои доводы и соображения, давать объяснения по всем возникающим в ходе рассмотрения дела вопросам, связанным с представлением доказательств. Лица, участвующие в деле, несут риск наступления последствий совершения или несовершения ими процессуальных действий. Заявитель не лишен возможности ходатайствовать об истребовании доказательств и о вызове свидетелей, а также представлять суду возражения относительно возможности рассмотрения дела в отсутствие лиц, участвующих в деле, и в отсутствие свидетелей, не явившихся по вызову суда в судебное заседание.

С учетом установленных обстоятельств суд обоснованно пришел к выводу об отсутствии оснований для удовлетворения заявления истца об обеспечении доказательств. Доводы частной жалобы не содержат правовых оснований для отмены определения суда, которое является законным и обоснованным (Определение Ленинградского областного суда от 16 мая 2012 г. N 33а-2019/2012 <1>).

<1> СПС "КонсультантПлюс".

Еще одним условием обеспечения доказательств является необходимость **изложить обстоятельства, для подтверждения которых необходимы эти доказательства** (ч. 2 ст. 72 АПК РФ и ч. 1 ст. 65 ГПК РФ). По сути, речь идет о том, что подлежащие обеспечению доказательства должны содержать сведения о фактах, входящих в предмет доказывания. Суд отказывает в обеспечении доказательств, если заявитель не может указать, какие именно факты должны быть подтверждены данными средствами доказывания, или если факты, для подтверждения которых он просит принять обеспечительные меры, не имеют отношения к делу.

Судебная практика. В соответствии с ч. 1 ст. 72 АПК РФ лица, участвующие в деле, имеющие основания опасаться, что представление в арбитражный суд необходимых доказательств станет невозможным или затруднительным, могут обратиться с заявлением об обеспечении этих доказательств.

Критерием принятия соответствующих мер являются правила относимости и допустимости доказательств, установленные нормами ст. ст. 67 и 68 АПК РФ, поэтому в соответствии с требованиями ч. 2 ст. 72 данного Кодекса помимо указания конкретных доказательств, которые необходимо обеспечить, и причин, побудивших обратиться с заявлением об их обеспечении, заявление об обеспечении доказательств должно содержать указание на обстоятельства, для подтверждения которых необходимы эти доказательства.

Согласно ч. 3 ст. 72 АПК РФ обеспечение доказательств производится арбитражным судом по правилам, установленным Кодексом для обеспечения иска.

Если заявитель не обосновал причины обращения с заявлением об обеспечении требования

конкретными обстоятельствами, подтверждающими необходимость принятия обеспечительных мер, и не представил доказательства, подтверждающие его доводы, арбитражные суды не должны принимать обеспечительные меры (п. 13 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 9 декабря 2002 г. N 11 "О некоторых вопросах, связанных с введением в действие Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации") (Постановление ФАС Уральского округа от 24 августа 2006 г. N Ф09-7432/06-С3 по делу N А60-11419/06-С3 <1>).

<1> СПС "КонсультантПлюс".

Другим условием принятия обеспечительных мер является **соответствие принимаемого вида обеспечения цели обеспечения доказательств**, т.е. допускаемый вид обеспечения должен устранить невозможность или затруднительность последующего представления или исследования определенных средств доказывания, т.е. гарантировать сохранение информации о фактах предмета доказывания (ч. 1 ст. 72 АПК РФ и ст. 64 ГПК РФ).

Судебная практика. Согласно ст. 72 АПК РФ лица, участвующие в деле, имеющие основания опасаться, что представление в арбитражный суд необходимых доказательств станет невозможным или затруднительным, могут обратиться в суд с заявлением об обеспечении этих доказательств. Частью второй названной нормы установлено, что в заявлении должны быть указаны причины, побудившие обратиться с заявлением об обеспечении доказательств. Обеспечение доказательств производится арбитражным судом по правилам, установленным АПК РФ для обеспечения иска.

Из ходатайства акционерного общества открытого типа "П" об обеспечении доказательств следует, что доказательства находятся у заявителя и будут представлены в арбитражный суд для проведения экспертизы. В обоснование причин, побудивших обратиться с заявлением об обеспечении доказательств, акционерное общество открытого типа "П" указало на то, что ответчик при проведении экспертизы в первой инстанции пытался завладеть подлинными документами и заявитель опасается повторения таких попыток.

Поскольку подлинные документы на момент рассмотрения ходатайства находились у истца и в материалах дела отсутствуют доказательства того, что на момент принятия обжалуемого судебного акта имелись основания опасаться, что представление в арбитражный суд доказательств, которые просил обеспечить истец, станет невозможным или затруднительным, принятие судом мер по обеспечению доказательств нельзя признать законным (Постановление ФАС Северо-Западного округа от 24 февраля 2004 г. N А56-18673/03 <1>).

<1> Там же.

Еще одним условием, тесным образом связанным с предыдущим, является **обоснованность цели обеспечения**. Смысл данного требования состоит в том, что заявитель должен не просто указать, в чем состоит риск сложности или невозможности последующего представления или исследования доказательств, но и изложить доводы, свидетельствующие о реальной возможности наступления таких неблагоприятных последствий.

Наряду с указанными требованиями в арбитражном процессе к обязательным условиям обеспечения доказательств следует отнести правила, изначально сформулированные для обеспечения иска, но в силу положений ч. 3 и 4 ст. 72 АПК РФ распространенные и на обеспечение доказательств. К таким условиям относятся соразмерность, риск промедления и некоторые другие.

К числу факультативных условий обеспечения доказательств арбитражными судами может быть отнесено требование представления встречного обеспечения.

§ 3. Процессуальный порядок обеспечения доказательств

С точки зрения видовой дифференциации процесса обеспечения доказательств образует

самостоятельный вид частного производства, т.е. подвид гражданского процесса, и подчинено принципам и общим правилам именно частного порядка рассмотрения вопросов <1>. Так, для обеспечения доказательств свойствен автономный порядок отправления данной деятельности, не совпадающей со стадиями рассмотрения дела по существу, ему присущ принцип изменимости, т.е. действует правило, в соответствии с которым судья или суд могут изменить ранее сделанные выводы или отказаться от них, в нем получает ограниченное звучание принцип диспозитивности и т.д.

<1> См. подробнее: Юсупов Т.Б. Частное производство в современном арбитражном и гражданском процессе // Законодательство. 2001. N 11.

Порядок обеспечения доказательств в арбитражном и гражданском процессах различается прежде всего тем, что арбитражные суды, рассматривая вопросы обеспечения доказательств, в силу прямого указания закона должны руководствоваться при этом правилами, установленными для обеспечения исков.

Как справедливо отмечает И.В. Решетникова, АПК РФ сохранил целевое предназначение обеспечения доказательств, но кардинально изменил процедуру его осуществления: обеспечение доказательств производится арбитражным судом по правилам, установленным АПК РФ для обеспечения иска, а не для исследования доказательства <1>. Таким образом, как и меры по обеспечению иска, меры по обеспечению доказательств, принятые арбитражным судом, должны реализовываться в рамках исполнительного производства, а не в арбитражно-процессуальном порядке.

<1> См. подробнее: Решетникова И.В. Обеспечение доказательств и судебное поручение в арбитражном процессе. С. 172 - 183.

В гражданском судопроизводстве деятельность суда по обеспечению доказательств встроена в структуру гражданской процессуальной формы, а меры по обеспечению доказательств реализуются не службой судебных приставов, а судом общей юрисдикции.

Заявление об обеспечении доказательств подается в арбитражный суд в письменной форме (ч. 2 ст. 72, ст. ст. 92 и 93 АПК РФ). Заявление об обеспечении доказательств должно соответствовать требованиям, установленным арбитражным процессуальным законодательством для оформления заявлений об обеспечении иска, с учетом особенностей, вытекающих из специфики рассматриваемых действий, и правил ч. 2 ст. 72 АПК РФ. Арбитражный суд не позднее следующего дня после дня поступления заявления в суд без извещения заинтересованных лиц рассматривает поступившее заявление. Арбитражный суд оставляет заявление об обеспечении доказательств без движения по правилам ч. 2 ст. 93 и ст. 123 АПК РФ, если не соблюдены требования закона к форме и содержанию такого заявления. После устранения нарушений, послуживших основанием для оставления заявления без рассмотрения, арбитражный суд рассматривает заявление об обеспечении доказательств незамедлительно.

Если заявителем не были выполнены условия, установленные для обеспечения доказательств, арбитражный суд отказывает в удовлетворении заявления.

При отсутствии оснований для оставления заявления без движения и отказа в принятии обеспечительных мер арбитражный суд выносит определение об обеспечении доказательств, на основании которого выдается исполнительный лист (ч. 1 ст. 96 АПК РФ). Дальнейшие действия по реализации мер обеспечения доказательств совершаются службой судебных приставов <1>, за исключением осмотра и исследования вещественных доказательств, подвергающихся быстрой порче (ст. 79 АПК РФ), которые в силу прямого указания в законе выполняются арбитражным судом. Следует, однако, согласиться с тем, что не являются процессуальными нарушениями и иные случаи, когда реализация обеспечительных мер осуществляется самим арбитражным судом без выдачи исполнительного листа и вне порядка, установленного ч. 1 ст. 96 АПК РФ.

<1> О сложностях исполнения таких определений см. подробнее: Решетникова И.В. Обеспечение

доказательств и судебное поручение в арбитражном процессе; Шварц М.З. Обеспечение доказательств - новый способ собирания доказательств в арбитражном процессе // Арбитражные споры. 2007. N 2.

Дифференциация порядка реализации мер по обеспечению доказательств арбитражными судами должна быть поставлена в зависимость от функций обеспечения доказательств. Наиболее разумным было бы придать такому решению нормативное оформление.

Определения арбитражных судов об обеспечении доказательств и об отказе в обеспечении доказательств могут быть обжалованы (ч. 7 ст. 93 АПК РФ).

В гражданском процессе ходатайство об обеспечении доказательств может быть подано письменно или изложено устно в судебном заседании с занесением в протокол последнего. Требования к содержанию такого заявления закреплены в ч. 1 ст. 65 ГПК РФ. Суд общей юрисдикции, в отличие от арбитражного суда, не может оставить заявление об обеспечении доказательств без движения.

В связи с отсутствием специальных норм при определении порядка рассмотрения заявлений об обеспечении доказательств должны применяться по аналогии (ч. 4 ст. 1 ГПК РФ) положения ст. 141 ГПК РФ, посвященные порядку рассмотрения заявления об обеспечении иска.

При невыполнении заявителем условий обеспечения доказательств суд общей юрисдикции выносит определение об отказе в принятии обеспечительных мер.

В случаях, когда имеются основания для обеспечения доказательств, суд общей юрисдикции реализует охранительные меры самостоятельно, без обращения к службе судебных приставов (ч. 1 ст. 66 ГПК РФ). Протоколы и все собранные в порядке обеспечения доказательств материалы остаются в суде. Если обеспечение доказательств имело место не в суде по месту рассмотрения дела, все полученные материалы передаются в суд, рассматривающий дело, с уведомлением об этом лиц, участвующих в деле (ч. 2 ст. 66 ГПК РФ).

На определение об отказе в обеспечении доказательств может быть подана частная жалоба (ч. 2 ст. 65 ГПК РФ). Определение о принятии мер по обеспечению доказательств в гражданском процессе обжалованию не подлежит (ч. 1 ст. 331 ГПК РФ).

Неукоснительное соблюдение порядка обеспечения доказательств имеет принципиальное значение, так как допущенные процессуальные нарушения лишают обеспеченные средства их доказательственной силы.

Дискуссионным в настоящее время остается вопрос о возможности отмены и замены мер по обеспечению доказательств <1>. Правильное его решение видится в дифференциации обеспечительных мер в зависимости от органа, уполномоченного на их реализацию, и от четкого и правильного определения функции обеспечения доказательств в каждом конкретном случае.

<1> См. подробнее: Шварц М.З. Обеспечение доказательств - новый способ собирания доказательств в арбитражном процессе.

Если обеспечение доказательств направлено на консервацию определенного средства доказывания, то суд в последующем может допустить замену и отмену установленного вида обеспечения. Так, в связи с изменением обстоятельств, послуживших основанием для обеспечения доказательства, суд может отменить установленный им ранее имущественный арест.

При этом замена и отмена принятого вида обеспечения доказательств должны осуществляться по соответствующим правилам, разработанным для обеспечения иска.

Когда обеспечение доказательств было направлено на выполнение преобразовательной функции, возможности заменять или отменять установленный вид обеспечения суду не предоставлено. Это объясняется спецификой подлежащих применению в подобных случаях обеспечительных мер и особенностью их реализации.

§ 4. Меры по обеспечению доказательств

Меры по обеспечению доказательств представляют собой специальные процессуальные средства охраны доказательственного материала.

По своей правовой природе меры по обеспечению доказательств являются сложным правовым явлением, раскрывающимся через способы исследования доказательств (допрос свидетеля, осмотр вещественного доказательства, воспроизведение аудиозаписи) и средства фиксации информации (протокол допроса свидетеля, протокол осмотра вещественного доказательства, арест цифровых носителей аудиоинформации).

Применение обеспечительных мер, как отмечалось ранее применительно к функциям обеспечения доказательств, приводит либо к консервации первоначального средства доказывания (арест письменных доказательств), либо к воспроизведению содержащейся в нем информации в одном (протокол осмотра интернет-сайта) или нескольких производных средствах доказывания (протокол осмотра и исследования товара, подверженного скорой порче, и заключение эксперта о качестве этого товара).

Перечень мер по обеспечению доказательств нормативно не закреплен и является открытым. Суд может, исходя из обстоятельств дела, допустить принятие нескольких мер по обеспечению доказательств.

Судебная практика. Общество с ограниченной ответственностью (ООО) обратилось в Арбитражный суд г. Москвы с иском к открытому акционерному обществу (ОАО) об обязанности ответчика не чинить препятствий истцу в пользовании арендуемым последним помещением. От истца в суд первой инстанции поступило заявление о принятии мер по обеспечению доказательств, в котором ООО просило суд допустить представителя истца в указанное выше помещение в целях изъятия оригинала договора аренды нежилого помещения.

Определением по настоящему делу Арбитражный суд г. Москвы обязал ОАО обеспечить доступ ООО в арендуемое последним помещением в целях изъятия оригинала договора и акта приема-передачи. При вынесении определения суд первой инстанции исходил из того, что непринятие указанных выше мер могло существенно затруднить рассмотрение настоящего дела по существу арбитражным судом первой инстанции.

Суд апелляционной инстанции согласился с доводами суда первой инстанции. Суд кассационной инстанции оставил названные судебные акты без изменения, отметив, что суды первой и апелляционной инстанций исходили из характера спорного правоотношения, предмета и основания заявленных по настоящему делу требований, обстоятельств, которые могли быть установлены посредством представления суду документальных доказательств, об обеспечении которых было заявлено истцом, и пришли к правомерному, по мнению суда кассационной инстанции, выводу о том, что причины, побудившие истца обратиться в суд с указанным выше заявлением, являются основанием для обязанности ответчика обеспечить истцу доступ в спорное помещение для изъятия оригиналов вышеназванных документов.

Довод заявителя жалобы о том, что суды, удовлетворяя заявление истца об обеспечении доказательств, фактически удовлетворили часть исковых требований, заявленных по настоящему делу, подлежит отклонению, поскольку обжалуемым определением суд первой инстанции обязал ответчика обеспечить истцу одноразовый доступ в спорное помещение и только на время, необходимое для изъятия из помещения оригиналов указанных выше документов, при том что предметом исковых требований по настоящему делу являлось обеспечение доступа истца в спорное помещение и нечинение препятствий последнему в пользовании указанным выше помещением.

По мнению суда кассационной инстанции, непринятие указанных мер могло бы существенно затруднить рассмотрение настоящего дела по существу судом первой инстанции, что могло бы привести к нарушению конституционного права истца на судебную защиту (Постановление ФАС Московского округа от 12 ноября 2008 г. N КГ-А40/10223-08 по делу N А40-34090/08-59-295 <1>).

<1> СПС "КонсультантПлюс".

В современных условиях наиболее целесообразным представляется классифицировать меры по обеспечению доказательств в зависимости от органа, реализующего их на практике. Если таким органом выступает сам суд, то данные меры могут признаваться судебными, а если же реализацией обеспечительных мер занимается служба судебных приставов, то их можно относить к судебно-исполнительным.

Особенность судебно-исполнительных мер состоит в том, что роль суда в их применении сводится к разрешению вопроса о необходимости обеспечения доказательств, при том что реализацией выбранной судом меры будет заниматься уже служба судебных приставов, а не суд.

Из судебных мер по обеспечению доказательств наибольшего внимания заслуживают допрос свидетелей, осмотр письменных и вещественных доказательств, из числа судебно-исполнительных - арест и секвестр.

Допрос свидетелей, осмотр письменных и вещественных доказательств в порядке их обеспечения осуществляются в настоящий момент по правилам, установленным для судопроизводства по существу спора. Действующее законодательство не предусматривает специальных правил совершения данных действий в порядке реализации обеспечительных мер.

Арест и секвестр, а также применение иных судебно-исполнительных мер осуществляются по правилам, установленным для обеспечения иска. При этом правовая природа и вариативность данных обеспечительных мер смыкаются с соответствующими характеристиками мер по обеспечению иска <1>.

<1> См. подробнее: Комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации / Под ред. Г.А. Жилина. М., 2012. С. 299 - 301.

§ 5. Обеспечение доказательств в административном судопроизводстве

При разработке АПК РФ составители Кодекса старались унифицировать правила применения обеспечительных мер, сменив предшествующее наименование сходной по содержанию главы "Обеспечение иска" на "Обеспечительные меры арбитражного суда" и подчинив правила обеспечения доказательств правилам обеспечения иска.

Разработчики же КАС РФ явно не намеревались следовать указанной тенденции. Соответствующая глава КАС РФ получила наименование "Меры предварительной защиты по административному иску". Как следует уже из названия, обеспечение доказательств не может регулироваться положениями гл. 7 КАС РФ, поскольку меры по обеспечению доказательств не могут гарантировать заявителю предварительную защиту его прав. Таким образом, в гл. 7 КАС РФ речь идет не о чем ином, как об обеспечении административного иска.

Учитывая такое положение вещей, можно было бы предположить, что законодатель последует устоявшемуся в рамках гражданского процесса регулированию вопросов обеспечения доказательств и посвященные ему нормы будут размещены среди правил гл. 6 "Доказательства и доказывание". Однако среди норм гл. 6 положений, касающихся обеспечения доказательств, не имеется.

Чем вызвано сложившееся положение?

С одной стороны, при разработке КАС РФ была принята во внимание специфика дел, возникающих из публичных правоотношений, в которых одной из сторон выступает властный орган, у которого и сосредоточен основной массив материалов, подлежащих проверке в ходе рассмотрения дела по существу. При поверхностном взгляде на такие дела может показаться, что у суда нет необходимости принимать меры по обеспечению доказательств, поскольку они находятся у публичных органов, а риск невозможности их представления и исследования практически отсутствует. Однако такой взгляд не находит поддержки при более тщательном анализе дел, подлежащих рассмотрению в административном судопроизводстве. Он не учитывает специфику дел о защите избирательных прав и права на участие в референдуме, о прекращении деятельности СМИ и др. По делам об оспаривании ненормативных

правовых актов применение на практике таких мер по обеспечению доказательств, как изъятие документов, передача их на хранение, позволило бы облегчить положение административного истца, предотвратить дальнейшее нарушение его прав и незаконные действия властей.

С другой стороны, стоит признать, что при разработке КАС РФ отсутствовала четкая система представлений о том, в каких случаях и с какой целью могут приниматься обеспечительные меры в административном судопроизводстве, что и явилось причиной появления в законе достаточно пространных норм (ср., например, изложение целей принятия мер предварительной защиты в ч. 1 ст. 85 КАС РФ) и пробелов в нормативном регулировании.

Представляется, что дальнейшее развитие законодательства об административном судопроизводстве устранил возникшие проблемы, а правила обеспечения доказательств получат достойное нормативное оформление.

На сегодняшний день, анализируя обеспечение доказательств в административном судопроизводстве, приходится ограничиваться случаями, о которых правильнее было бы говорить как о квазиобеспечении доказательств. В таких ситуациях действия, совершаемые судом, формально не признаются обеспечением доказательств, а охватываются действием иных процессуальных институтов, хотя на самом деле касаются именно принятия мер по сохранению информации о фактах предмета доказывания.

В качестве квазиобеспечения доказательств выступают осмотр и исследование вещественных доказательств, подвергающихся быстрой порче (ч. 5 ст. 74 КАС РФ). По мысли разработчиков, это частный случай осмотра и исследования вещественных доказательств, а по сути, это не что иное, как их обеспечение. Отсутствие детализированных правил принятия данной обеспечительной меры снижает процессуальные гарантии правильного рассмотрения дела по существу и не может быть признано оправданным.

С квазиобеспечением доказательств суд сталкивается при рассмотрении и разрешении административных дел о защите избирательных прав и права на участие в референдуме в период избирательной кампании, кампании референдума, когда возникает необходимость наложить арест на избирательные бюллетени, бюллетени для голосования на референдуме, списки избирателей, участников референдума, иные избирательные документы, документы референдума либо изъять указанные документы (п. 1 ч. 5 ст. 243 КАС РФ). В настоящий момент данные меры могут приниматься под видом мер предварительной защиты. Несмотря на то что указанные меры могут сливаться с мерами предварительной защиты, чаще они все же выступают именно как меры по обеспечению доказательств и не могут достигать целей обеспечения административного иска. Для данных мер, как и для других случаев обеспечения доказательств, должна быть дана собственная целевая установка.

Другим случаем квазиобеспечения доказательств следует признать (по сути своей классический пример обеспечения доказательств по делам о прекращении деятельности средства массовой информации) осмотр и исследование сведений, размещенных СМИ. Как отмечал Верховный Суд РФ, по делам, связанным с распространением сведений через телекоммуникационные сети, не исключается возможность обеспечения доказательств судьей, поскольку круг доказательств, которые могут быть обеспечены, законом не ограничен, а вопрос о необходимости обеспечения доказательств разрешается с учетом указанных в соответствующем заявлении сведений, в том числе сведений о содержании рассматриваемого дела, о доказательствах, которые необходимо обеспечить, об обстоятельствах, для подтверждения которых необходимы эти доказательства, а также о причинах, побудивших заявителя обратиться с просьбой об обеспечении доказательств <1>.

<1> Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 15 июня 2010 г. N 16 "О практике применения судами Закона Российской Федерации "О средствах массовой информации" // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2010. N 8.

Обеспечением доказательств, а не мерой предварительной защиты, может быть наложение ареста на продукцию СМИ, предусмотренного п. 3 ч. 2 ст. 263 КАС РФ. В действующей системе нормативного

регулирования применение такого ареста также можно признать случаем квазиобеспечения доказательств, поскольку формально речь идет об обеспечении административного иска, а не доказательств.

Изложенное позволяет сделать вывод, что институт обеспечения доказательств в административном судопроизводстве находится в зачаточном состоянии и требует дальнейшей разработки. Действующее нормативное регулирование позволяет говорить о нем лишь как о квазиобеспечении, главным образом сокрытом в недрах обеспечения административного иска (принятия по нему мер предварительной защиты).

Раздел 2. ДОКАЗАТЕЛЬСТВА В ГРАЖДАНСКОМ И АРБИТРАЖНОМ ПРОЦЕССАХ, АДМИНИСТРАТИВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ

Глава 1. ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА ДОКАЗАТЕЛЬСТВ В ГРАЖДАНСКОМ И АРБИТРАЖНОМ ПРОЦЕССАХ, АДМИНИСТРАТИВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ

§ 1. Судебные доказательства: общее понятие

Гражданское судопроизводство - система регламентированных законом процессуальных действий суда по рассмотрению и разрешению гражданского дела, а также процессуальных действий лиц, участвующих в деле, и других участников процесса.

Рассмотрение и разрешение гражданского дела состоят из определения предмета судебной деятельности; установления в результате доказывания обстоятельств, имеющих значение для дела; определения прав и обязанностей лиц, участвующих в деле; разрешения дела по существу.

Разрешение гражданского дела означает, что суд на основе применения норм материального права выносит от имени государства решение, которым властно подтверждает взаимоотношения субъектов материального права, устраняет их спорность, создает правовую возможность беспрепятственной реализации права и тем самым оказывает им защиту <1>.

<1> См.: Гурвич М.А. Судебное решение. Теоретические проблемы. С. 14 - 15.

Суд не может разрешить ни одного дела, не выяснив его обстоятельств. В каждом конкретном случае он устанавливает юридические факты, с которыми нормы права связывают возникновение, изменение и прекращение правоотношений, определяет спорные правоотношения (существует ли на самом деле то право, о котором просит истец; лежит ли на ответчике соответствующая обязанность, в чем именно она заключается). Деятельность суда направлена на познание сущности гражданского дела, его юридического и фактического состава.

Например, по делу о признании сделки недействительной, прежде чем сделать вывод о том, есть ли у истца право на восстановление своего права, суд обязан выяснить, соблюдены ли установленные законом условия заключения сделки, существуют ли основания для признания сделки недействительной, что каждая из сторон получила по сделке (при ничтожности сделки), существует ли умысел сторон на заключение сделки, несовместимой с основами правопорядка и нравственности, намерение сторон при заключении притворной сделки.

Для установления обстоятельств, которые суд не может непосредственно воспринимать, используются явления, воспринимаемые судом непосредственно и несущие ему информацию о фактах. Это судебные доказательства. Они являются средством опосредованного познания судом фактов, имеющих значение по делу.

Часть 1 ст. 55 ГПК РФ определяет доказательства в гражданском процессе как сведения о фактах, на основании которых суд устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств, обосновывающих требования и возражения сторон, а также иных обстоятельств, имеющих значение для правильного рассмотрения и разрешения дела. Аналогично определяет судебные доказательства АПК РФ (ч. 1 ст. 64) и КАС РФ (ч. 1 ст. 59).

Сведения об обстоятельствах дела могут служить доказательствами в суде только в том случае, когда они получены в порядке, предусмотренном законом. Перечень допускаемых законодательством процессуальных средств доказывания содержится в ч. 2 ст. 55 ГПК РФ: письменные и вещественные доказательства, объяснения сторон и третьих лиц, заключения экспертов, показания свидетелей, аудио- и видеозаписи.

По-иному решается вопрос системы доказательств в арбитражном процессуальном законодательстве. АПК РФ к доказательствам относит письменные и вещественные доказательства, объяснения лиц, участвующих в деле, заключения экспертов, показания свидетелей, аудио- и видеозаписи, иные документы и материалы (ч. 2 ст. 64).

К средствам установления фактических обстоятельств дела КАС РФ относит объяснения лиц, участвующих в деле, и показания свидетелей, полученные в том числе путем использования видеоконференц-связи, а также письменные и вещественные доказательства, аудио- и видеозаписи, заключения экспертов (ч. 2 ст. 59).

В теории доказательственного права сложились три концепции судебных доказательств.

1. Судебными доказательствами являются фактические данные, с помощью которых в определенном законом порядке суд устанавливает неизвестные искомые факты. Судебным доказательством является факт, полученный из предусмотренных законом источников и предусмотренным законом способом, находящийся в определенной связи с искомым фактом, благодаря которой он может служить средством установления объективной истинности искомого факта <1>.

<1> См.: Курылев С.В. Основы теории доказывания в советском правосудии. с. 163.

Раскрывая сущность доказательств, С.В. Курылев исходил из закона всеобщей связи и взаимозависимости явлений природы и общества. Поскольку мир - единое целое, все предметы и явления в мире связаны друг с другом, то и объект познания связан с другими предметами и явлениями.

Используя существующие в природе и обществе связи, можно познать неизвестные явления. Взаимосвязь, взаимообусловленность предметов и явлений дает возможность осуществлять опосредованное познание неизвестных и недоступных для восприятия фактов при помощи связанных с ними известных фактов - доказательств. Доказательство - это известный суду факт, находящийся в определенной связи с неизвестным <1>.

<1> См.: Там же. С. 138 - 139.

Рассматриваемая концепция судебных доказательств вызвала критические высказывания в связи с ее односторонностью и неполнотой. Понимание доказательства только как факта ведет к отрыву содержания доказательства от его процессуальной формы. Сведения о фактах в отрыве от средств доказывания не могут быть доказательством <1>.

<1> См.: Клейнман А.Ф. Новейшие течения в советской науке гражданского процессуального права. С. 5; Хурыз М.Х. Общие положения гражданского процесса: историко-правовые исследования. М., 1979. С. 88; Треушников М.К. Доказательства и доказывание в советском гражданском процессе. М., 1982. С. 7.

2. Доказательствами являются факты действительности и процессуальные средства их установления (средства доказывания или источники доказательств).

Теория двойственного понимания судебных доказательств получила распространение в науках гражданского процессуального права и уголовного процесса в 50 - 60-е гг. прошлого века. Так, по мнению М.С. Строговича, доказательства - это, во-первых, факты, на основе которых устанавливаются

преступление или его отсутствие, виновность или невиновность того или иного лица в его совершении и иные обстоятельства дела, от которых зависит степень ответственности этого лица. Доказательствами являются, во-вторых, те предусмотренные законом источники, из которых следствие и суд получают сведения о фактах, имеющих значение для дела, и посредством которых эти факты устанавливаются <1>.

<1> См.: Строгович М.С. Курс уголовного процесса. М., 1965. Т. 1. С. 288 - 289.

Двойственного понимания судебных доказательств в теории гражданского процесса придерживались ряд ученых. Д.М. Чечот под судебными доказательствами понимал как факты объективной действительности (фактические данные), так и средства установления этих данных (источники сведений о фактах) <1>.

<1> См.: Гражданский процесс / Под ред. Н.А. Чечиной и Д.М. Чечота. М., 1968. С. 163.

Сторонники так называемого двойственного понимания доказательств стремились преодолеть одностороннее определение доказательств только как фактических данных или процессуальных средств доказывания.

Утверждения авторов рассматриваемой теории судебных доказательств не лишены спорных моментов. В частности, они смешивают понятия "источник доказательств" и "средства доказывания", употребляя их как равнозначные. Однако в литературе высказывались и другие мнения. А.К. Сергун писала, что следует различать источники доказательств - лица и предметы, являющиеся носителями сведений о подлежащих установлению фактах, и сами эти сведения, которые выступают в качестве содержания доказательств <1>. Источником доказательства является человек или вещь, но не средство доказывания.

<1> См.: Советское гражданское процессуальное право. М., 1957. С. 189 - 190.

3. Судебные доказательства - это единое понятие, в котором взаимосвязаны сведения о фактах и средства доказывания как содержание и процессуальная форма <1>. Концепция единого понятия доказательств сформировалась в результате длительной дискуссии и получила всеобщее признание. Именно такое понимание судебных доказательств является наиболее правильным, отвечающим содержанию и смыслу закона. Из ст. 55 ГПК РФ следует, что судебные доказательства - это любые сведения о фактах, относящиеся к делу (первый признак), полученные в предусмотренном процессуальном порядке (второй признак), с помощью предусмотренных законом средств доказывания (третий признак). Таким образом, доказательство имеет три стороны, находящиеся в неразрывном единстве.

<1> См.: Калпин А.Г. Письменные доказательства в судебной практике по гражданским делам: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1966. С. 5; Коломыцев В.И. Письменные доказательства в советском гражданском процессе: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1966. С. 5; Козлов А.С. Актуальные проблемы теории доказательств в науке гражданского процесса. Иркутск, 1980. С. 71, 73; Треушников М.К. Судебные доказательства. М., 1982. С. 8; Молчанов В.В. Свидетели и свидетельские показания в гражданском судопроизводстве. С. 57.

Судебные доказательства служат средством установления фактических обстоятельств дела. Поэтому сведения о фактах составляют ядро судебных доказательств.

Следовательно, доказательства - это сведения о фактах, имеющих значение для дела. Не любые сведения о фактах могут быть допущены к делу в качестве доказательства. Судебными доказательствами являются лишь сведения о фактах, полученные в порядке, установленном законом. Доказательства,

полученные с нарушением закона, не имеют юридической силы и не могут быть положены в основу решения суда (ч. 2 ст. 55 ГПК РФ, ч. 3 ст. 64 АПК РФ, ч. 3 ст. 59 КАС РФ).

По содержанию сведения о фактах должны правильно отражать обстоятельства, имеющие значение для дела. Ложные или ошибочные показания свидетелей, заключения экспертов, подложные документы и т.д. не являются фактическими данными и не имеют доказательственного значения. Использование в качестве доказательств недостоверных сведений ведет к вынесению незаконных решений, к судебным ошибкам. Поэтому задача суда - проверить достоверность доказательств, представленных в суд.

В специальной литературе для раскрытия понятия доказательств обращались к теории информации, понятию сигнала <1>. Под сигналом в теории информации понимается тот или иной физический процесс, несущий информацию о событии, явлении, объекте. Содержание сигнала составляет информация о событии, объекте, а формой сигнала служит способ, вид существования информации. По мнению В.Я. Дорохова, структура доказательства и сигнала одинакова. Содержание доказательства (как и сигнала) образуют сведения о фактах. Источники фактических данных представляют собой материальную форму сведений, информации о фактах <2>.

<1> См.: Никитин С.В. Теоретические основы установления достоверности письменных доказательств в гражданском судопроизводстве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1983. С. 9; Сахнова Т.В. Регламентация доказательств и доказывания в гражданском процессе. С. 53 - 54.

<2> См.: Теория доказательств в советском уголовном процессе. М., 1973. С. 216 - 217.

В научной литературе предлагается рассматривать судебное доказательство с позиций информационной системы. Доказательство как информационная система должно отвечать определенным критериям, иметь внутреннюю и внешнюю форму. Внутреннюю форму доказательства составляют способность состоять в объективной связи с искомыми обстоятельствами - юридическими фактами, получение их из определенных источников; внешнюю - соблюдение требований гражданской процессуальной формы <1>. В другой работе Т.В. Сахнова внутреннюю форму судебного доказательства рассматривает как меру организации информации, способ осуществления информации вовне. Внешнюю форму составляет процесс формирования информации - легальная процедура получения и закрепления судебного доказательства <2>.

<1> См.: Сахнова Т.В. Регламентация доказательств и доказывания в гражданском процессе. С. 52 - 54.

<2> См.: Сахнова Т.В. Курс гражданского процесса. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2014. С. 425.

ГПК РФ, АПК РФ, КАС РФ регламентируют форму, в которой могут быть получены сведения о фактах. Последние только тогда являются доказательствами, если установлены предусмотренными законом средствами доказывания. Так, ч. 2 ст. 55 ГПК РФ закрепляет современную систему средств доказывания. Ее системообразующим фактором выступает цель доказывания, т.е. правильное и своевременное установление фактических обстоятельств дела.

Система средств доказывания выполняет ряд функций:

- выступает средством судебного познания;
- является процессуальным оформлением доказательственной информации;
- предназначена для установления фактических обстоятельств дела.

Система средств доказывания имеет внешнюю форму и внутреннюю структуру. Внешняя форма системы, ее связь с другими системами гражданского процесса определяются гражданской процессуальной формой.

Структуру системы средств доказывания составляют ее элементы. Элементы системы средств доказывания находятся во взаимосвязи и взаимодействии. Для системы средств доказывания характерны четыре вида взаимодействий: подтверждение, дополнение, противоречие, заменяемость.

Часть 2 ст. 55 ГПК РФ устанавливает элементы системы: объяснения сторон, показания свидетелей, письменные доказательства, вещественные доказательства, заключения экспертов, аудио- и видеозаписи. Часть 2 ст. 59 КАС РФ к числу средств доказывания относит объяснения лиц, участвующих в деле, показания свидетелей, полученные в том числе путем использования систем видеоконференц-связи, а также письменные и вещественные доказательства, аудио- и видеозаписи, заключения экспертов. Указанные нормы закрепляют исчерпывающий перечень подлежащих применению в гражданском процессе и в административном судопроизводстве доказательств. Следует отметить, что арбитражное процессуальное законодательство закрепило открытый перечень доказательств, указав в том числе в качестве таковых иные документы и материалы (ст. 89 АПК РФ). Это дает основание подразделить доказательства на формализованные и неформализованные. Иные документы и материалы носят неформализованный характер. Традиционные доказательства имеют жесткую процессуальную регламентацию, иные - мягкую. Закон не содержит процессуальных условий, соблюдение которых гарантирует допустимость иных документов в рамках арбитражного процесса. К иным документам и материалам могут быть отнесены только те доказательства, которые содержат информацию, которая не может быть закреплена каким-либо формализованным доказательством.

В 2013 г. вышла в свет монография А.Т. Боннера "Традиционные и нетрадиционные средства доказывания в гражданском и арбитражном процессе". Автор указанной работы наряду с традиционными средствами доказывания, такими как объяснения сторон и других заинтересованных лиц, показания свидетелей, письменные и вещественные доказательства, заключения экспертов, исследует нетрадиционные для цивилистического процесса доказательства - аудио- и видеозаписи, а также средства установления обстоятельств гражданских дел с не вполне определенным или неопределенным статусом - заключение специалиста, электронный документ, информация, полученная из Интернета, показания специальных технических средств, заключения государственных органов и органов местного самоуправления, поведение сторон. В работе делается революционное по своему содержанию предложение **об отказе от исчерпывающего перечня средств доказывания в процессуальном законодательстве**, что позволит, по мнению автора, использовать в качестве доказательств самые разнообразные современные средства информации <1>.

<1> Боннер А.Т. Традиционные и нетрадиционные средства доказывания в гражданском и арбитражном процессе. М., 2013. С. 512.

Введение в АПК РФ в 2002 г. иных документов и материалов как средства доказывания в арбитражном процессе позволило по-иному посмотреть на сложившуюся за десятилетия модель доказывания по гражданским делам. В соответствии со ст. 89 АПК РФ иные документы и материалы допускаются в качестве доказательств, если содержат сведения об обстоятельствах, имеющих значение для правильного рассмотрения дела. Иные документы и материалы могут содержать сведения, зафиксированные как в письменной, так и в иной форме. К ним могут относиться материалы фото- и киносъемки, аудио- и видеозаписи и иные носители информации, полученные, истребованные или представленные в порядке, установленном АПК РФ.

Хотелось бы обратить внимание на несоответствие содержания ч. 2 ст. 64 и ч. 2 ст. 89 АПК РФ. В ч. 2 ст. 89 АПК РФ к иным документам и материалам отнесены материалы фото- и киносъемки, аудио- и видеозапись и иные носители информации. Часть 2 ст. 64 указывает аудио- и видеозапись в качестве самостоятельного средства доказывания. Поэтому представляется целесообразным ввести в АПК РФ отдельную статью, посвященную аудио- и видеозаписи как средству доказывания, исключив из его содержания иные документы и материалы.

В практической деятельности арбитражные суды достаточно часто обращаются к иным документам и материалам. В качестве данного средства доказывания рассматриваются акты экспертиз, проведенных в рамках уголовного дела <1>, заключение эксперта, полученное по результатам проведения внесудебной экспертизы, заключения эксперта по результатам проведения судебной экспертизы, назначенной при

рассмотрении иного судебного дела <2>, заключение специалиста ООО "Экспертный центр железнодорожного транспорта" <3>, Техническое заключение ОАО "Центральный научно-исследовательский и проектно-экспериментальный институт промышленных зданий и сооружений" <4>, Отчет об оценке рыночной ставки арендной платы спорного здания, полученные сторонами во внесудебном порядке <5>, и др.

<1> См.: Постановление ФАС Московского округа от 10 декабря 2004 г. N КГ-А40/10589-04 // Архив ФАС Московского округа за 2004 г.; Постановление ФАС Уральского округа от 25 января 2007 г. N Ф09-12317/06 по делу N А50-10486/06 // СПС "КонсультантПлюс".

<2> См.: Постановление Пленума ВАС РФ от 4 апреля 2014 г. N 23 "О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами законодательства об экспертизе" (п. 13); Определение Верховного Суда РФ от 4 апреля 2016 г. N 307-ЭС15-19162 // СПС "КонсультантПлюс".

<3> См.: Постановление Арбитражного суда Московского округа от 22 января 2016 г. N Ф05-18894/2015 по делу N 18171/15 // СПС "КонсультантПлюс".

<4> См.: Постановление Арбитражного суда Московского округа от 21 апреля 2015 г. N Ф05-3553/2015 по делу N А40-80657/13 // СПС "КонсультантПлюс".

<5> См.: Определение Верховного Суда РФ от 31 марта 2016 г. N 305-ЭС15-16158 по делу N А40-154362/2014 // СПС "КонсультантПлюс".

В Концепции единого Гражданского процессуального кодекса обращено внимание на то, что заключение эксперта, полученное в результате проведения внесудебной экспертизы, суды традиционно расценивали как письменное доказательство, а с введением неисчерпывающего перечня доказательств его стали относить к иным доказательствам, хотя проверка достоверности, порядок исследования данного доказательства ничем не отличаются от письменного <1>. Действительно, по действующему законодательству порядок исследования заключения эксперта осуществляется по правилам исследования письменных доказательств. Однако по своей сущности заключение, полученное в результате проведения внесудебной экспертизы, и заключение, полученное в рамках судебной экспертизы, идентичны. Общими признаками являются: необходимость специальных познаний и необходимость проведения исследования для получения сведений, имеющих значение для дела. В отличие от внесудебной экспертизы судебная экспертиза проводится с соблюдением процессуального порядка назначения, проведения экспертизы и исследования заключения эксперта. Судебная экспертиза проводится лицом, имеющим статус эксперта. Два обстоятельства не позволяют отнести внесудебную экспертизу к письменным доказательствам, а именно: проведение внесудебной экспертизы в связи с процессом, проведение исследования специалистом, обладающим специальными знаниями. В силу этого, как справедливо указано в Постановлении Пленума ВАС РФ от 4 апреля 2014 г. N 23 "О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами законодательства об экспертизе" <2> (п. 13), заключение внесудебной экспертизы следует относить к иным документам и материалам.

<1> См.: Концепция единого Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации". М. С. 47 - 48.

<2> Вестник ВАС РФ. 2014. N 6.

Следует отметить, что арбитражные суды не всегда обоснованно относят те или иные доказательства к иным документам и материалам. Например, Девятый арбитражный апелляционный суд в своем Постановлении отнес к иным документам и материалам документы, составленные нотариусом: "Оформленные нотариусами документы оцениваются апелляционным судом в качестве допустимых доказательств, подтверждающих систематическое уклонение ответчика от предоставления информации акционеру" <1>. Следует согласиться с приведенным мнением арбитражного суда о том, что оформленные нотариусами документы оцениваются в качестве допустимых доказательств. Однако непонятно, почему эти документы относятся к иным документам и материалам. В данном случае следует

говорить о письменных доказательствах в форме копий, заверенных нотариусом (ч. 8 ст. 75 АПК РФ).

<1> Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 9 марта 2006 г. N 09АП-1352/2006-ГК по делу N А40-54903/05-132-395 // СПС "КонсультантПлюс".

Другим примером неправильного применения иных документов и материалов может служить отнесение к ним свидетельских показаний, обеспеченных нотариусом <1>.

<1> См.: Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 31 октября 2005 г. N 09АП-11957/05-АК по делу N А40-28827/05-119-212 // СПС "КонсультантПлюс".

Заслуживает поддержки мнение А.А. Мохова о том, что аудиторское заключение не должно квалифицироваться судами по ст. 89 АПК РФ. С позиции классификации письменных доказательств заключение относится к подлинным справочно-информационным доказательствам <1>.

<1> См.: Мохов А.А. Аудиторское заключение как судебное доказательство // Юридический мир. 2016. N 12.

После принятия АПК РФ 2002 г. к иным документам и материалам в арбитражном процессе судебная практика относилась к сведениям, полученным из сети Интернет. Федеральный закон от 23 июня 2016 г. N 220-ФЗ решил вопрос на законодательном уровне, отнеся документы и материалы, выполненные в форме цифровой, графической записи, в том числе полученные посредством факсимильной, электронной или другой связи, с использованием телекоммуникационной сети Интернет, к письменным доказательствам (ч. 1 ст. 71 ГПК РФ, ч. 3 ст. 75 АПК РФ). Вместе с тем нельзя не согласиться с высказыванием А.Т. Боннера о том, что электронный документ имеет свою специфику, обусловленную механизмом его создания, сохранения, внесения в него изменений, дополнений и уничтожения. Полностью отождествлять документ традиционный и электронный неверно. К преимуществам электронного документа названный автор относит то, что электронный документ в машиночитаемой форме сохраняет многие сведения, которые отсутствуют в форме квантифицированного доказательства. На жестком диске или ином носителе ЭВМ сохраняются все поправки, дополнения, изменения, внесенные изготовителем документа, с фиксацией времени внесения соответствующих коррективов. К недостаткам электронного документа следует отнести различного рода технические ошибки, что не позволяет его рассматривать в качестве лучшего доказательства <1>. Источник информации в виде жесткого или съемного диска персонального компьютера нельзя отнести ни к письменному, ни к вещественному доказательству. Наличие специфических характеристик требует отнесения электронного документа к самостоятельному виду процессуальных источников <2>.

<1> Боннер А.Т. Научно-технический прогресс и перспективы развития процессуального законодательства и судебной практики // Шестой Пермский конгресс ученых-юристов (Пермь, 16 - 17 октября 2015 г.) // Избранные материалы / Отв. ред. В.Г. Голубцов, О.А. Кузнецова. М., 2016. С. 156 - 158.

<2> См.: Там же. С. 157.

Однако не все достижения научно-технического прогресса законодатель учел в процессуальных кодексах, да и вряд ли это возможно. За последнее десятилетие перечень технических носителей информации значительно расширился. Так, к иным носителям информации уже в настоящий момент можно отнести лазерные диски с цифровой записью (**CD**, **DVD**, **BD**), на которых одновременно могут быть зафиксированы звукозапись и видеоизображение, текстовые (**SMS**) и голосовые сообщения, сохраненные в памяти мобильных телефонных аппаратов, записи цифровых диктофонов и автоответчиков.

Используя опыт США, к числу доказательств могут быть отнесены компьютерная и видеореконструкция событий (например, при крушении авиалайнера), рентгеновский снимок трубопровода

под землей, который был проведен в штате Колорадо, в результате чего впоследствии было доказано повреждение магистрали трубопровода (появление трещин). На основании одного доказательства было получено другое: из-за появления снимка была проведена экспертиза почвы и выяснилась ее подвижность, способность нарушить целостность трубопровода. В качестве заключения экспертом была подготовлена компьютерная программа. На основании приведенных доказательств суд штата Колорадо принял решение о запрете эксплуатации трубопровода, его демонтаже и перенесении за черту населенных пунктов <1>.

<1> См.: Суевалов М.С. Формирование и изменение предмета доказывания как основание движения дела по стадиям в арбитражном процессе // Юрист. 2006. N 9.

А.Т. Боннер справедливо указал на отсутствие в ГПК РФ и АПК РФ показаний специальных технических средств как источника доказательственной информации <1>. В качестве таковых могут быть использованы показания приборов, определяющих скорость движения транспорта, так называемых черных ящиков при расследовании авиационных катастроф, приборов, контролирующих отдельные производственные циклы, аппаратуры междугородной телефонной станции, счетчиков воды, электросчетчиков, газоизмерительных приборов, и др. <2>.

<1> См.: Боннер А.Т. Традиционные и нетрадиционные средства доказывания в гражданском и арбитражном процессе. С. 546.

<2> См.: Там же. С. 544 - 567.

Источником информации выступает тот или иной прибор, который не может быть отнесен **ни к письменным, ни к вещественным доказательствам**. При этом к самому прибору предъявляются установленные законом требования. Так, состояние прибора учета горячей воды, который не был своевременно поверен, было предметом рассмотрения судов первой, апелляционной и кассационной инстанций. Судами установлено, что между предприятием (водоканалом) и предпринимателем (абонентом) 30 сентября 2008 г. заключен договор на отпуск (получение) питьевой воды и прием (передачу) сточных вод N 3-91.99, согласно приложению N 1 к которому учет объемов водопотребления абонента осуществляется по двум вводам водопровода принятыми в эксплуатацию средствами измерения: ввод N 1 СВ-15х N 307565 - х/в Воскресенская ул., д. 79; ввод N 2 СВ-15г N 317795 г/в Воскресенская ул., д. 79. В связи с истечением 19 июня 2012 г. срока поверки прибора учета горячей воды N 317795 предприятие 10 октября 2012 г. направило предпринимателю уведомление о том, что объем водопотребления будет рассчитан на основании п. п. 57, 77 Правил пользования системами коммунального водоснабжения и канализации в Российской Федерации, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 12 февраля 1999 г. N 167. Крецул О.Г. 30 октября 2012 г. установила новый прибор учета горячей воды, что подтверждается актом ввода прибора учета в эксплуатацию с участием представителей предприятия. С 19 июня по 30 октября 2012 г. предприниматель оплачивал услуги водопотребления и водоотведения по показаниям прибора учета горячей воды N 317795, которые фиксировались в контрольной карточке отдела сбыта предприятия. В связи с тем, что прибор учета горячей воды не был своевременно поверен, предприятие произвело перерасчет объемов израсходованной предпринимателем воды и принятых сточных вод за период с 20 июня по 29 октября 2012 г. на основании п. п. 57, 77 Правил N 167 и выставило счет от 12 ноября 2012 г. N П0005623 на сумму 148 996 руб. 28 коп., неоплата которого явилась основанием для обращения предприятия в арбитражный суд с иском. При рассмотрении спора судебные инстанции установили, что счетчик после проведения поверки признан годным к эксплуатации и несмотря на истечение срока поверки прибор учета горячей воды находился в исправном состоянии, а также указали на недоказанность предприятием потребления абонентом ресурса в большем объеме, чем по показаниям прибора учета. В связи с этим суды пришли к выводу об отсутствии оснований для удовлетворения заявленного требования <1>.

<1> Определение ВАС РФ от 24 января 2014 г. N ВАС-19593/13 по делу N А05-16722/2012 // СПС

"КонсультантПлюс".

По другому делу о взыскании задолженности и неустойки в качестве имеющего значение обстоятельства рассматривалось состояние газового счетчика. Суды исходили из того, что спорный газовый счетчик был исправен как до истечения межповерочного интервала, так и после, не подвергался ремонту, признан пригодным к применению, о чем свидетельствует поверительный штамп, его работа соответствует метрологическим требованиям, поэтому с учетом фактических обстоятельств дела суды пришли к выводу о пригодности прибора учета и эксплуатации, правильности и достоверности определенных его показаний <1>.

<1> Определение Верховного Суда РФ от 27 октября 2016 г. N 309-ЭС16-13725 по делу N А76-16212/2015 // СПС "КонсультантПлюс".

В настоящее время развитие современных источников информации происходит столь стремительно, что указать их исчерпывающий перечень в законе затруднительно. В то же время процессуальный порядок использования современных источников информации не определен, за исключением аудио- и видеозаписей, электронных документов и сведений, полученных из телекоммуникационной сети Интернет. В связи с этим отказ от исчерпывающего перечня средств доказывания как в гражданском и арбитражном процессах, так и в административном судопроизводстве представляется оправданным и соответствующим потребностям современной судебной практики.

Признание права на существование открытого перечня доказательств, наличия формализованных и неформализованных доказательств позволяет по-новому взглянуть на современную концепцию доказывания. Открытый перечень доказательств предлагалось закрепить в Уставе гражданского судопроизводства 1864 г. <1>. Но судебная система Российской империи, учитывая национальные традиции и российскую ментальность, не была готова к этому. Кроме того, установить фактические обстоятельства дела можно было в рамках традиционной, устоявшейся на тот период времени системы доказательств.

<1> См.: Молчанов В.В. Источники правового регулирования судебного доказывания // Ученые-юристы МГУ о современном праве. М., 2005. С. 136.

Действующий АПК РФ в ч. 2 ст. 64 установил фактически открытый перечень доказательств, не решив вопрос до конца последовательно. Как известно, современная доктрина понимает судебные доказательства как единство взаимосвязанных элементов: сведений о фактах и средств доказывания. Источниками сведений о фактах выступают объекты живой и неживой природы: человек, предметы, документы и т.д. Сведения о фактах извлекаются из названных источников в регламентированной законом форме: объяснения лиц, участвующих в деле, показания свидетелей, письменные и вещественные доказательства, заключение эксперта, аудио- и видеозаписи. Однако АПК РФ включил в этот перечень средств доказывания источник сведений о фактах (иные документы и материалы), не решив при этом вопрос о процессуальной форме, в которой должна извлекаться информация о фактах. В связи с этим предлагается введение понятия неформализованного доказательства, источником которого являются иные документы и материалы. В связи с неопределенностью источника сведений о фактах нельзя строго регламентировать форму, в которой будут получены сведения, содержащиеся в названных источниках.

Вопрос об открытой системе доказательств требует анализа двух его аспектов, а именно: как соотносится открытая система доказательств с **принципом состязательности** и каковы **пределы судейского усмотрения** в решении вопроса о допуске неформализованного доказательства.

Принцип состязательности, отражающий свободу сторон в распоряжении фактическим материалом, расширил свое содержание. До 2002 г. в арбитражном процессе свобода сторон в формировании доказательственного материала реализовывалась строго в рамках тех средств доказывания, которые были определены АПК РФ. Иные документы и материалы позволили сторонам формировать свою

доказательственную позицию, используя более широкую фактическую базу. Это один аспект.

Другой аспект вопроса состоит в том, будет ли готова противоположная сторона к состязанию, если доказательство, именуемое "иные документы и материалы", ей неизвестно и не определено. Для предотвращения эффекта неожиданности необходимо усовершенствовать процессуальный порядок раскрытия доказательств и предусмотреть меры процессуальной защиты в случае уклонения стороны от раскрытия доказательств.

Вопрос о допуске неформализованного доказательства отнесен законодателем на усмотрение суда. Отдавая предпочтение роли права в регламентации доказательств и доказывания, следует констатировать, что субъективный фактор в судебной деятельности полностью не устраним.

Условия использования неформализованных доказательств таковы: 1) они должны содержать сведения об обстоятельствах, имеющих значение для дела, т.е. сведения о юридических фактах, входящих в предмет доказывания, о доказательственных фактах либо о фактах процессуального характера; 2) они должны быть получены способами, не противоречащими федеральному законодательству.

Иные документы и материалы могут содержать сведения, зафиксированные как в письменном, так и в ином виде. Эти данные могут быть получены как в рамках процесса, так и вне его (например, заключение независимого эксперта). Иные документы и материалы могут представляться сторонами и другими лицами, участвующими в деле, по их ходатайству истребоваться судом. Иные документы и материалы для приобретения статуса доказательства должны быть приобщены к материалам гражданского дела на основании определения суда. Отказ суда в допуске неформализованных доказательств должен быть мотивирован и может быть обжалован лицами, участвующими в деле, в апелляционном порядке. Таким образом, иные документы и материалы - это документы и предметы материального мира, содержащие сведения, имеющие значение для установления по делу обстоятельств, подлежащих доказыванию, которые представлены участниками судопроизводства и приобщены к материалам гражданского дела. При этом следует обратить внимание, что иным документам и материалам присущи определенные формальные моменты их представления и включения в систему доказательств по конкретному делу, которые урегулированы арбитражным процессуальным законодательством. Термин "неформализованные" относится в полной мере только к сведениям, которые в них содержатся (официальные и неофициальные документы, зафиксированные любым способом, процессуальные или непроцессуальные и т.д.).

Неформализованные доказательства нельзя рассматривать как результат неупорядоченных действий заинтересованных лиц.

Порядок представления суду неформализованных доказательств должен соответствовать общим правилам представления доказательств. Представление неформализованного доказательства должно фиксироваться в определении суда, которое должно отражать: 1) момент представления неформализованного доказательства; 2) лицо, представляющее неформализованное доказательство; 3) что представляется.

Исследование неформализованного доказательства должно осуществляться в общем порядке, т.е. путем сопоставления с другими доказательствами, установления источника такого доказательства, исследования иных доказательств, подтверждающих или опровергающих неформализованное доказательство.

Неформализованные доказательства должны отвечать всем требованиям, предъявляемым к доказательствам, и занимать равное положение в системе средств доказывания по гражданскому делу, оцениваться судом в соответствии с принципом свободной оценки доказательств.

Появление в судопроизводстве неформализованных доказательств (в настоящее время только в арбитражном и уголовном процессах) позволяет выявить тенденцию формирования в отечественном судопроизводстве двух моделей доказывания - строгого и свободного. Названная тенденция гармонично сочетается с теорией и практикой доказывания в судопроизводстве европейских государств. Так, в гражданском процессе Германии строгое доказывание осуществляется в соответствии с принципом состязательности, устности и непосредственности при строгом соблюдении норм доказательственного

права, т.е. применяются только доказательства, предусмотренные § 371 - 451 Гражданского процессуального уложения Германии. В процессе свободного доказывания суд и стороны не связаны предусмотренными в законе доказательствами и могут использовать, в частности, присягу, информацию из официальных источников познания (справочников, комментариев к иностранному праву), объяснения судьи (при решении вопроса о его отводе) - в соответствии с § 293 - 294 ГПУ Германии.

§ 2. Классификация доказательств

Классификация доказательств может быть произведена по различным основаниям. Подразделение доказательств на группы имеет определенное практическое значение, так как отнесение каждого доказательства к той или иной группе позволяет акцентировать внимание на определенных особенностях его исследования и оценки. Поскольку судебные доказательства имеют несколько характеристик, то и классификация проводится по нескольким основаниям.

По характеру связи содержания доказательств с доказываемым фактом они делятся на **прямые** и **косвенные**. Прямыми судебными доказательствами называются такие, в которых содержание имеет однозначную связь с доказываемым фактом. Такое доказательство, даже взятое в отдельности, дает возможность сделать один определенный вывод об искомом факте. Например, товарный чек является прямым доказательством покупки товара в конкретном магазине. К косвенным доказательствам относятся такие, в которых содержание имеет с доказываемым фактом многозначную связь. Косвенное доказательство, взятое в отдельности, дает основание для нескольких предположительных выводов относительно искомого факта <1>.

<1> См.: Треушников М.К. Судебные доказательства. М., 2005. С. 108.

В специальной литературе встречается и иная характеристика прямых и косвенных доказательств. Если доказательство представляет собой данные о юридическом факте, входящем в предмет доказывания, оно является прямым. Доказательства, подтверждающие (или опровергающие) обстоятельства, не входящие в предмет доказывания по делу, но все-таки имеющие значение для правильного его разрешения, называются косвенными <1>.

<1> См.: Иванов О.В. Судебные доказательства по гражданским делам. Иркутск, 1974. С. 40 - 41.

Последняя позиция вызвала обоснованные возражения. В судебной практике можно встретить доказательства, которые устанавливают доказательственный факт и при этом являются прямыми, так как из них следует только один вывод. Например, если имеется доказательство отсутствия ответчика в месте причинения вреда, то такое доказательство является прямым и свидетельствует об отсутствии вины ответчика, хотя оно подтверждает лишь доказательственный факт <1>. Поэтому наибольшее распространение в научной литературе получила концепция об однозначности прямых доказательств и многозначности связей косвенных доказательств с доказываемым фактом.

<1> См.: Треушников М.К. Судебные доказательства. М., 2005. С. 112.

При рассмотрении гражданских дел применяются как **прямые**, так и **косвенные** доказательства. Использование косвенных доказательств имеет определенную специфику. Косвенные доказательства применяются в судебной практике по гражданским делам, когда по делу нет прямых доказательств или они недостаточны. Особенно часто к ним прибегают для изобличения ложности сведений, содержащихся в прямых доказательствах, по делам о признании сделок недействительными - по мотивам фиктивности, заключения их под воздействием заблуждения, обмана.

Между прямыми и косвенными доказательствами имеются существенные различия, которые выражаются в следующем:

1) в особенностях собирания доказательств. Косвенные доказательства должны собираться в таком объеме, чтобы имелась возможность исключения всех предположений, вытекающих из них, кроме одного - истинного;

2) наличие прямых доказательств не исключает возможности опровержения их содержания. Поэтому требование всесторонности исследования всех обстоятельств по делу должно выполняться судами при наличии прямых доказательств;

3) вид доказательства (прямое или косвенное) варьирует содержание судебного доказывания: использование косвенных доказательств удлиняет путь доказывания.

При оценке доказательств необходимо учитывать характеристики прямых и косвенных доказательств. Прямые доказательства, как и косвенные, не имеют заранее предустановленной силы для суда и должны оцениваться в совокупности с другими доказательствами <1>.

<1> См.: Треушников М.К. Доказательства и доказывание в советском гражданском процессе. М., 1982. С. 19.

Судебная практика (позиция Конституционного Суда РФ). Часть 1 ст. 179 ТК РФ относится к числу норм, регламентирующих порядок увольнения в связи с сокращением штата работников, - она определяет основанное на объективных критериях правило отбора работников для оставления на работе. Установив в качестве таких критериев более высокую производительность труда работника и его квалификацию, законодатель исходил как из необходимости предоставления дополнительных мер защиты трудовых прав работникам, имеющим более высокие результаты трудовой деятельности и лучшие профессиональные качества, так и из интереса работодателя в продолжении трудовых отношений с наиболее квалифицированными и эффективно работающими работниками. Правильность применения работодателем указанных критериев при проведении мероприятий по сокращению численности или штата работников по заявлению работника может быть проверена в судебном порядке (Определение Конституционного Суда РФ от 21 декабря 2006 г. N 581-О).

О более высокой квалификации свидетельствуют наличие у работника начального, среднего, высшего профессионального образования, получение второго образования, наличие ученой степени, ученого звания и т.д. Производительность труда характеризуется качеством выполняемой работы, отсутствием брака, большим объемом продукции, производимой в единицу времени, по сравнению с другими работниками и т.д. При этом какого-либо определенного перечня документов, свидетельствующих о более высокой производительности труда, законодательство не закрепляет. Следовательно, этот юридический факт устанавливается на основе совокупной оценки доказательств. К их числу могут быть отнесены данные, свидетельствующие о высоком качестве выполняемой работы, о выполнении работником важных ответственных заданий либо большего объема работы по сравнению с работниками, занимающими аналогичные должности или выполняющими работу по той же профессии и одинаковой степени сложности. При отсутствии прямых доказательств более высокой производительности труда конкретного работника по сравнению с другим работником во внимание могут быть приняты и косвенные доказательства этого юридического факта. К ним могут быть отнесены данные о поощрении работника за высокие показатели в труде. Квалификация доказывается документами об образовании, о повышении квалификации, о профессиональной переподготовке (Определение Московского городского суда от 4 апреля 2011 г. по делу N 33-9385).

По процессу формирования сведений о фактах доказательства делятся на **первоначальные** и **производные**. Основанием этого деления служит процесс формирования содержания доказательств. Первоначальные доказательства формируются в результате непосредственного воздействия искомого факта на носителя информации. Например, свидетель сообщает сведения о фактах, которые непосредственно воспринимал. Производными являются доказательства, содержание которых повторяет сведения, полученные из других источников. Так, к производным доказательствам относятся свидетельские показания, если свидетель сообщает сведения о фактах, которые стали известны со слов других лиц.

Поскольку производные доказательства более отдалены от фактов, о которых свидетельствуют, они часто менее достоверны, чем первоначальные. Поэтому суд должен исследовать обстоятельства дела по первоисточникам, а производные доказательства использовать в качестве средств обнаружения первоисточников. В то же время производные доказательства нельзя рассматривать как доказательства второго сорта в связи с тем, что первоначальные доказательства более достоверны. Производные доказательства могут использоваться для проверки первоначальных.

Деление доказательств на первоначальные и производные имеет значение для практики судебного доказывания: 1) знание процесса формирования тех и других доказательств позволяет правильно вести их исследование в ходе судебного разбирательства, точно ставить вопросы перед стороной, свидетелем, экспертом и выяснять сведения, необходимые по делу; 2) закон обязывает стремиться к получению первоначальных доказательств в случае сомнений в правильности производных; при исследовании доказательств необходимо проведение проверки условий формирования производных доказательств и обстоятельств, влияющих на их достоверность; 3) суд не может отказать в приобщении к делу доказательств по той причине, что они не являются первоисточниками. Достоверность как первоначальных, так и производных доказательств оценивается судом в результате сопоставления тех и других со всеми материалами дела <1>.

<1> См.: Треушников М.К. Доказательства и доказывание в советском гражданском процессе. М., 1982. С. 21.

Судебная практика. Акт сверки взаимных расчетов, даже подлинный и надлежаще оформленный, является производным доказательством, которое при отсутствии первичных документов, положенных в его основу, не может считаться допустимым доказательством наличия и размера долга по соответствующим обязательствам (Постановление ФАС Московского округа от 9 августа 2010 г. по делу N А40-74185/09-38-345Б).

В литературе проводится классификация доказательств по их источнику. Однако единства в ее понимании нет. Большинство авторов подразделяют доказательства на два вида: личные и вещественные - в зависимости от того, является ли источником доказательства человек или материальный объект. К личным доказательствам относят объяснения сторон, третьих лиц, показания свидетелей, заключения экспертов, к вещественным - письменные и вещественные доказательства.

Отдельные авторы приводят иную классификацию доказательств по источнику. К.С. Юдельсон к личным доказательствам наряду с объяснениями сторон, третьих лиц, показаниями свидетелей и заключением экспертов относит письменные доказательства. Автор основывается на том, что письменные доказательства всегда исходят от конкретных лиц, и не имеет значения, что содержание закреплено на материальном объекте <1>.

<1> Гражданский процесс: Учебник / Под ред. К.С. Юдельсона. М., 1972. С. 180.

С.В. Курылев кроме личных и вещественных доказательств выделил третий подвид - смешанные доказательства. Он отнес к смешанным доказательствам заключение эксперта, факты опознания, результаты следственного эксперимента, аргументируя свою позицию тем, что процесс формирования смешанных доказательств состоит из двух частей и информация о фактах извлекается из двух источников - личного и вещественного. Эксперт, по мнению С.В. Курылева, изучает сначала вещественные доказательства, преобразует полученные из этого источника сведения о фактах и сам становится источником нового доказательства - заключения эксперта <1>.

<1> См.: Курылев С.В. Основы теории доказывания в советском гражданском правосудии. С. 177 - 179.

В условиях состязательного судопроизводства весьма актуальной является классификация

доказательств по субъектному признаку, т.е. в зависимости от того, кто представляет доказательства в обоснование своей правовой позиции. Соответственно, выделяют два вида доказательств: 1) доказательства, представленные в подтверждение основания иска; 2) доказательства, представленные в обоснование возражений против иска <1>.

<1> См.: Треушников М.К. Судебные доказательства. М., 2005. С. 111.

§ 3. Относимость доказательств

Объем доказательственного материала по делу определяется с учетом относимости доказательств и допустимости средств доказывания.

Относимость судебных доказательств предполагает два существенных момента: 1) определение наличия связи между доказательствами и устанавливаемыми по делу обстоятельствами; 2) субъектный состав лиц, решающих вопрос об относимости доказательств.

Судебными доказательствами могут быть лишь сведения о фактах, подтверждающие наличие или отсутствие обстоятельств, имеющих значение для правильного разрешения спора. Относящимися к делу являются те фактические данные, которые служат средством установления обстоятельств, значимых для дела. Суд принимает только те доказательства, которые имеют значение для рассмотрения и разрешения дела (ст. 59 ГПК РФ, ст. 67 АПК РФ, ст. 60 КАС РФ).

Доказательство считается относящимся к делу тогда, когда между содержанием судебного доказательства и фактами, подлежащими установлению, имеется объективная связь. Решение вопроса об относимости доказательств проходит в два этапа: 1) определение значения обстоятельства и факта, для установления которого используется доказательство; 2) установление наличия объективной связи между обстоятельствами, подлежащими установлению, и доказательством.

В специальной литературе относимость доказательств понимают в узком и широком смыслах. В широком смысле ее определяют четырьмя группами обстоятельств, имеющих значение для дела. К ним относятся: 1) факты предмета доказывания; 2) доказательственные факты; 3) факты процессуального характера (например, факты, влияющие на возникновение права на предъявление иска, приостановление производства по делу); 4) факты, имеющие значение для установления причин и условий возникновения спора, дающие основание для вынесения частного определения по делу <1>.

<1> См.: Треушников М.К. Относимость и допустимость доказательств в гражданском процессе. М., 1981. С. 28.

В узком смысле относимыми считаются доказательства, содержащие сведения о юридических фактах предмета доказывания, а также о различного рода доказательственных фактах <1>. И.В. Решетникова предлагает признавать в качестве относимых доказательства, которые содержат сведения о фактах, подлежащих установлению в целях разрешения гражданского дела или совершения отдельных процессуальных действий, т.е. доказательства обстоятельств, входящих в предмет доказывания по делу, и обстоятельств, необходимых для совершения отдельных процессуальных действий <2>.

<1> См.: Иванов О.В. Судебные доказательства в гражданском процессе: Курс лекций. Иркутск, 1974. С. 28 - 29.

<2> См.: Решетникова И.В. Доказательственное право в гражданском судопроизводстве. С. 180.

Для решения вопроса об относимости доказательств следует обратиться к анализу ст. ст. 59 и 55 ГПК РФ. Статья 59 ГПК РФ под относимыми понимает доказательства, имеющие значение для дела, а ст. 55 указанного Кодекса определяет доказательства как фактические данные, на основе которых суд устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств, обосновывающих требования и возражения

сторон, а также иных обстоятельств, имеющих значение для правильного рассмотрения и разрешения дела. Таким образом, ст. 59 ГПК РФ говорит об обстоятельствах, "которые имеют значение для дела", а ст. 55 ГПК РФ - об обстоятельствах, "имеющих значение для правильного рассмотрения и разрешения дела". Статья 59 ГПК РФ обосновывает широкий подход к пониманию относимости доказательств, в то время как ст. 55 ГПК РФ - узкий.

Указанная дилемма возникла в результате недостаточно четкой формулировки рассматриваемых понятий в ГПК РФ, и ее разрешение следует искать в определении задач гражданского процесса.

Задачами гражданского судопроизводства являются правильное и своевременное рассмотрение и разрешение гражданских дел в целях защиты нарушенных или оспариваемых прав, свобод и законных интересов граждан, организаций, прав и интересов Российской Федерации, ее субъектов, муниципальных образований, других лиц, являющихся субъектами гражданских, трудовых и иных правоотношений (ст. 2 ГПК РФ). Реализуются указанные задачи в результате рассмотрения и разрешения гражданских дел.

Не все доказательства имеют равное значение для разрешения правового конфликта. Обстоятельство может быть относящимся к делу, но не иметь существенного значения для его разрешения. В связи с этим представляется целесообразным все относимые доказательства подразделить на две категории: доказательства, значимые для разрешения дела по существу, и доказательства, необходимые для осуществления судом процессуальной деятельности по отправлению правосудия.

К первой категории относятся доказательства, содержащие сведения о фактах, входящих в предмет доказывания (юридических и доказательственных фактах); ко второй - доказательства, содержащие сведения о фактах процессуального характера и фактах, имеющих значение для укрепления законности и правопорядка, предупреждения правонарушений.

Наиболее распространенной причиной отмены судебных постановлений является игнорирование судом относимых к делу доказательств.

Судебная практика. А. обратился в суд с иском к жилищно-строительному кооперативу "Стройинтерсервис" (далее - ЖСК "Стройинтерсервис") о признании за ним имущественного права требования передачи в собственность двухкомнатной квартиры строительный номер <данные изъяты> площадью <данные изъяты> кв. м (включая 100% площади лоджии) в блок-секции <данные изъяты> на <данные изъяты> этаже в 18-этажном жилом доме строительный номер <данные изъяты>, расположенном по адресу: жилая группа N <данные изъяты> в микрорайоне N <данные изъяты> в Кировском районе города Саратова, после окончания строительства и сдачи его в эксплуатацию.

Требования мотивированы тем, что 15 августа 2013 г. между ЖСК "Стройинтерсервис" и истцом был заключен договор на внесение паевого взноса, в соответствии с условиями которого истец получает в собственность после окончания строительства и полной выплаты паевого взноса вышеуказанную квартиру. А. свои обязательства по договору исполнил, что подтверждается актом взаиморасчетов от 12 августа 2015 г. Право ЖСК "Стройинтерсервис" на спорное жилое помещение подтверждается договором об участии в строительстве жилого дома в качестве инвестора от 9 ноября 2010 г., заключенного с ЗАО "Стройинтерсервис", и договором о совместной деятельности N 7 от 25 декабря 2006 г., заключенным между ЗАО "Стройинтерсервис" и казенным предприятием Саратовской области "Государственное жилищное строительство". Обязательства по передаче в собственность квартиры ответчик не исполнил, чем нарушил права истца на регистрацию права собственности и на распоряжение спорным объектом недвижимости.

Решением Кировского районного суда города Саратова от 9 октября 2015 г. за А. признано имущественное право требования передачи в собственность двухкомнатной квартиры строительный номер <данные изъяты> общей площадью <данные изъяты> кв. м (включая 100% площади лоджии) в блок секции <данные изъяты>, расположенной на <данные изъяты> этаже в 18 этажном жилом доме строительный N <данные изъяты>, по адресу: жилая группа N <данные изъяты> в микрорайоне N <данные изъяты> в Кировском районе города Саратова, после окончания строительства дома и ввода его в эксплуатацию.

По делу подана апелляционная жалоба. Проверив законность и обоснованность решения суда в

соответствии с ч. 1 ст. 327.1 ГПК РФ в пределах доводов, изложенных в апелляционной жалобе, судебная коллегия приходит к выводу о необходимости отмены решения суда согласно п. 3 и п. 4 ч. 1 ст. 330 ГПК РФ по следующим основаниям.

Согласно положениям ч. ч. 1 - 3 ст. 67 ГПК РФ суд оценивает доказательства по своему внутреннему убеждению, основанному на всестороннем, полном, объективном и непосредственном исследовании имеющихся в деле доказательств. Никакие доказательства не имеют для суда заранее установленной силы. Суд оценивает относимость, допустимость, достоверность каждого доказательства в отдельности, а также достаточность и взаимную связь доказательств в их совокупности.

В силу п. 1 ст. 8 ГК РФ гражданские права и обязанности возникают из оснований, предусмотренных законом и иными правовыми актами, а также из действий граждан и юридических лиц, которые хотя и не предусмотрены законом или такими актами, но в силу общих начал и смысла гражданского законодательства порождают гражданские права и обязанности. В соответствии с этим гражданские права и обязанности возникают из договоров и иных сделок, предусмотренных законом, а также из договоров и иных сделок, хотя и не предусмотренных законом, но не противоречащих ему.

Признание права является одним из способов защиты права (ст. 12 ГК РФ).

Отношения, связанные с привлечением денежных средств граждан и юридических лиц для долевого строительства многоквартирных домов и (или) иных объектов недвижимости (далее - участники долевого строительства) и возникновением у участников долевого строительства права собственности на объекты долевого строительства и права общей долевой собственности на общее имущество в многоквартирном доме и (или) ином объекте недвижимости, а также гарантии защиты прав, законных интересов и имущества участников долевого строительства, регулируются Федеральным законом от 30 декабря 2004 г. N 214-ФЗ "Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации".

По договору участия в долевом строительстве (далее - договор) одна сторона (застройщик) обязуется в предусмотренный договором срок своими силами и (или) с привлечением других лиц построить (создать) многоквартирный дом и (или) иной объект недвижимости и после получения разрешения на ввод в эксплуатацию этих объектов передать соответствующий объект долевого строительства участнику долевого строительства, а другая сторона (участник долевого строительства) обязуется уплатить обусловленную договором цену и принять объект долевого строительства при наличии разрешения на ввод в эксплуатацию многоквартирного дома и (или) иного объекта недвижимости (ч. 1 ст. 4 Федерального закона "Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации").

Федеральным законом "Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости" допускается привлечение жилищно-строительными и жилищными накопительными кооперативами денежных средств граждан, связанное с возникающим у граждан правом собственности на жилые помещения в многоквартирных домах, не введенных на этот момент в установленном порядке в эксплуатацию (п. 3 ч. 2 ст. 1). Однако сами отношения, возникающие в связи с этим между гражданами и жилищно-строительными либо жилищными накопительными кооперативами, данным Федеральным законом не регулируются.

Согласно п. 3.1 Договора об участии в строительстве жилого дома от 9 ноября 2010 г. по завершении строительства жилых домов строительный N <данные изъяты> и N <данные изъяты> в жилой группе N <данные изъяты> микрорайона N <данные изъяты> Кировского района города Саратова в соответствии с договором N 7 о совместной деятельности от 25 декабря 2006 г., заключенного между КПСО "Государственное жилищное строительство" и ЗАО "Стройинтерсервис", за счет доли, причитающейся организации в соответствии с соглашением о разделе результатов совместной деятельности, передать инвестору имущественные права на жилые и нежилые помещения в соответствии с перечнем согласно приложению N 1 и приложению N 2 к настоящему договору.

Вместе с тем ни суду первой, ни суду апелляционной инстанций не представлено указанных приложений к договору об участии в строительстве жилого дома от 9 ноября 2010 г. и соглашение о

разделе результатов совместной деятельности, свидетельствующих о распределении ЖСК "Стройинтерсервис" спорной квартиры, в связи с чем судебная коллегия приходит к выводу, что на момент заключения 15 августа 2013 г. договора на внесение паевого взноса с А. у ЖСК "Стройинтерсервис" не имелось права претендовать на спорную квартиру.

Согласно ст. 110 ЖК РФ жилищным или жилищно-строительным кооперативом признается добровольное объединение граждан на основе членства в целях удовлетворения потребностей граждан в жилье, а также управления жилыми и нежилыми помещениями в кооперативном доме.

В соответствии с ч. 1 ст. 129 ЖК РФ член жилищного кооператива приобретает право собственности на жилое помещение в многоквартирном доме в случае выплаты паевого взноса полностью.

Согласно ст. 219 ГК РФ право собственности на здания, сооружения и другое вновь создаваемое недвижимое имущество, подлежащее государственной регистрации, возникает с момента такой регистрации.

Поскольку законом не установлено иное, вещные права на такие объекты недвижимости, как не завершенные строительством объекты, возникают не с начала строительства, а только после государственной регистрации права на эти объекты.

Договор об участии в строительстве жилого дома в качестве инвестора от 9 ноября 2010 г., заключенный между ЗАО "Стройинтерсервис" и ЖСК "Стройинтерсервис", порождает между сторонами обязательственные отношения и дает им право требовать друг от друга исполнения соответствующего обязательства.

В соответствии с п. 3 ст. 308 ГК РФ обязательство не создает обязанностей для лиц, не участвующих в нем в качестве сторон (для третьих лиц).

Согласно п. 7.2 устава ЖСК "Стройинтерсервис", принятого судебной коллегией в качестве нового доказательства, имеющего юридическое значение для рассмотрения дела, выплата паевого взноса в полном объеме (включая выплату дополнительных взносов, направленных на увеличение паевого фонда) является основанием для оформления права собственности на квартиру в построенном многоквартирном жилом доме.

Поскольку истец не является стороной Договора об участии в строительстве жилого дома в качестве инвестора от 9 ноября 2010 г., его условия не могут повлиять на возникновение у него права на объекты недвижимости, предусмотренные членским договором.

Более того, как следует из материалов дела и не оспаривалось сторонами, спорный объект в эксплуатацию не введен, регистрация права собственности на объект незавершенного строительства, а также спорную квартиру не произведена ни за ответчиком, ни за иным лицом на основании гражданско-правовой сделки с застройщиком, а из поступивших по запросу судебной коллегии и принятых ею в качестве новых доказательств, имеющих значение для рассмотрения дела, приложений к Дополнительному соглашению от 29 октября 2008 г. N 7 к договору о совместной деятельности от 25 декабря 2006 г. усматривается, что спорное жилое помещение расположено на <данные изъяты> этаже блок-секции <данные изъяты> строящегося многоквартирного дома, в то время как в исковом заявлении указано на нахождение спорной квартиры на <данные изъяты> этаже. Следовательно, не представляется возможным установить сам факт строительства спорной квартиры с обозначенными в исковом заявлении индивидуально-определенными характеристиками. Доказательств выполнения ЖСК "Стройинтерсервис" своих обязательств по Договору об участии в строительстве жилого дома в качестве инвестора от 9 ноября 2010 г. также не представлено.

Вместе с тем иск о признании имущественного права требования является вещно-правовым, и необходимость в таком способе защиты возникает именно тогда, когда наличие у лица определенного права подвергается сомнению, оспариванию, а также в случае отрицания кем-либо наличия субъективного гражданского права у лица, в связи с чем возник или может возникнуть спор.

Однако из материалов гражданского дела не усматривается, какие права и интересы истца нарушены ответчиком, поскольку последний не оспаривает права истца на спорное имущество, а

сторонами не опровергалось, что какие-либо разногласия о принадлежности спорного помещения между сторонами отсутствуют.

Как разъяснено п. 59 Постановления Пленума Верховного Суда РФ N 10, Пленума ВАС РФ N 22 от 29 апреля 2010 г. "О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав", если иное не предусмотрено законом, иск о признании права подлежит удовлетворению в случае представления истцом доказательств возникновения у него соответствующего права.

Таким образом, ни суду первой инстанции, ни суду апелляционной инстанции в силу положений ст. 56 ГПК РФ истцом не представлено доказательств, отвечающих принципам относимости, допустимости и достаточности, подтверждающих обоснованность исковых требований, в частности нарушения ответчиком прав истца в отношении спорного имущества, в связи с чем выбранный истцом способ защиты права является ненадлежащим <1>.

<1> Апелляционное определение Саратовского областного суда от 26 января 2016 г. по делу N 33-53 // СПС "КонсультантПлюс".

Решение вопроса об относимости доказательств тесно связано с проблемой необходимых доказательств. Доказательства, подтверждающие или опровергающие обстоятельства, составляющие предмет доказывания по делу, называют необходимыми доказательствами <1>. Первые попытки определения необходимых доказательств по отдельным категориям дел были предприняты в нормах обычного права (Русская Правда, Псковская судная грамота и др.), которые имели преимущественно казуальный характер. По мере развития общества и юридической мысли нормы, регулирующие доказывание, приобретали все более общий, абстрактный характер. Абстрактный характер правовых норм демонстрирует мощь, глубину и социальную ценность нормативного способа руководства обществом, но в то же время ведет к необходимости выработки более детальных положений, позволяющих правильно реализовать регулятивную функцию права <2>. Необходимые доказательства являются конкретизацией процессуальной формы доказывания по отдельным категориям дел. Их ценность состоит в том, что они выработаны не только законодателем, но и судебной практикой в ходе многократного применения закона и основаны на значимости для правоприменения.

<1> См.: Решетникова И.В. Доказывание в гражданском процессе. С. 76.

<2> См.: Плюхина М.А., Решетникова И.В. Указ. соч. С. 18.

Понятие "необходимые доказательства" выработано судебной практикой в целях оказания помощи судьям в определении состава доказательств по отдельным категориям дел. Анализ судебной практики показывает, что многие суды, особенно рассматривающие дела по первой инстанции, испытывают трудности с определением состава доказательств, обязательного для разрешения дела по существу. В целях совершенствования работы судов в ходе подготовки дел к судебному разбирательству высшие судебные органы в своих постановлениях определили перечень необходимых доказательств по отдельным категориям дел. Впервые это понятие встречается в Постановлении Пленума Верховного Суда СССР от 23 октября 1963 г. N 16 "О судебной практике по искам о возмещении вреда" <1>. Необходимые доказательства закрепляются в руководящих указаниях высших судебных органов на протяжении около 50 лет. В Постановлениях пленумов Верховного Суда РФ конкретизируются материальные и процессуальные нормы доказательственного права, адаптируются к конкретным жизненным ситуациям (например, Постановления Пленума Верховного Суда РФ "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации", "О применении судами законодательства при рассмотрении дел об усыновлении (удочерении) детей").

<1> См.: Сборник постановлений Пленума Верховного Суда СССР (1924 - 1977). М., 1978. Ч. 1. С. 199 - 200.

Перечисленные в Постановлениях Пленума Верховного Суда РФ необходимые доказательства должны учитываться правоприменителем при рассмотрении соответствующих дел. В то же время ГПК РФ, АПК РФ и КАС РФ не предусматривают возможность отмены судебных решений по причине несоответствия их постановлениям Пленума Верховного Суда РФ.

Нормы права, разъяснения высших судебных органов решают вопрос о необходимых доказательствах путем определения необходимых средств доказывания. К необходимым (обязательным) средствам доказывания законы и судебная практика относят письменные доказательства и - в редких случаях - заключение эксперта. Судебная практика нередко отождествляет понятие необходимых доказательств и понятие необходимых документов. Основываясь на этом, А.С. Козлов определяет необходимые доказательства как "такие конкретные доказательства (вид документа, заключение эксперта), без которых дело не может быть назначено к судебному разбирательству, рассмотрено и разрешено по существу" <1>. Приоритет письменных доказательств в современном гражданском процессе объясняется тем, что юридически значимые обстоятельства гражданского оборота, жизни и деятельности людей оформляются соответствующими документами. Немалую роль в этом играет правовая традиция отечественного судопроизводства. Например, в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 16 мая 2017 г. N 16 "О применении судами законодательства при рассмотрении дел, связанных с установлением происхождения детей" со ссылкой на п. 1 ст. 14 Федерального закона от 15 ноября 1997 г. N 143-ФЗ "Об актах гражданского состояния" указал перечень документов, являющихся основанием для регистрации рождения и внесения сведений о матери ребенка в запись акта о рождении ребенка (п. 10) <2>. В другом случае закон прямо указал на документы, которые должны быть приобщены к административному исковому заявлению об оспаривании результатов определения кадастровой стоимости (ч. 2 ст. 246 КАС РФ). Соответственно, эти документы при рассмотрении дела следует рассматривать в качестве необходимых письменных доказательств.

<1> Козлов А.С. Доказательства, необходимые для разрешения гражданско-правовых споров // Советская юстиция. 1979. N 2. С. 21.

<2> Бюллетень Верховного Суда РФ. 2017. N 7.

Рассматривая вопрос о необходимых доказательствах, представляется целесообразным определить основания отнесения доказательств к категории необходимых. Справедливым представляется мнение И.М. Зайцева, который утверждал, что необходимые доказательства определяются "характером спорных правоотношений, содержанием разрешаемого спора о праве. В зависимости от конфликта избирается норма материального права, на основе которой он будет разрешен. Содержащиеся в ней юридические факты определяют состав необходимых средств доказывания" <1>. Необходимые доказательства определяются нормой материального права в зависимости от характера спорных правоотношений, а система доказательств по конкретному делу - как нормой материального права, так и основаниями требований и возражений сторон.

<1> Зайцев И.М. Понятие необходимых доказательств в гражданском судопроизводстве. Актуальные проблемы теории юридических доказательств. Иркутск, 1984. С. 87.

Понятие необходимых доказательств применимо для тех категорий дел, которые указаны в законах и постановлениях Пленума Верховного Суда РФ. Перечни необходимых доказательств разработаны как для искового, так и для неисковых производств. В связи с этим требует критического осмысления утверждение о том, что понятие необходимых доказательств употребляется в основном для характеристики доказательственного материала дел искового производства, поскольку в отношении неисковых требований в ГПК РФ есть немало указаний об обязательности конкретных средств доказывания <1>. Действительно, ГПК РФ определяет необходимые действия по подготовке к судебному разбирательству требований о признании гражданина безвестно отсутствующим, ограниченно дееспособным и недееспособным, перечень документов по делам об установлении усыновления и др. Отличительным признаком необходимых доказательств является их обязательность. Названные доказательства не обладают заранее установленной доказательственной силой, не имеют каких-либо

преимуществ перед другими доказательствами. Но при их отсутствии суд не может установить правоотношения, существующие между сторонами. Непредставление необходимых доказательств ведет к затягиванию процесса, а в итоге - к невозможности правильного разрешения спора <2>.

<1> См.: Там же. С. 86.

<2> См.: Плюхина М.А., Решетникова И.В. Указ. соч. С. 40 - 41.

Как отмечалось ранее, необходимые доказательства закреплены как в нормативных актах, так и в постановлениях пленумов высших судебных органов. Складывается противоречивая ситуация: по одним категориям дел перечень необходимых доказательств содержится в законодательных актах, а по другим - в подзаконных. В связи с этим представляется целесообразным прийти к единому решению проблемы - разработать перечни необходимых доказательств и оформить в качестве приложения к ГПК РФ, АПК РФ и КАС РФ.

Место и роль необходимых доказательств в состязательном судопроизводстве неоднозначны. С одной стороны, они облегчают подготовку дел к судебному разбирательству, определяют стандарт доказывания применительно к конкретным категориям дел, способствуют вынесению обоснованного решения, ориентируют стороны на представление определенного круга доказательств. С другой стороны, закон и постановления Пленума Верховного Суда РФ исходят из обязательности представления необходимых доказательств. Однако в состязательном судопроизводстве суд может лишь предложить сторонам представить дополнительные доказательства, но не обязать их к этому. Поэтому необходимые доказательства являются, скорее, эталоном для суда, чем для лиц, участвующих в деле. В порядке ст. 12 ГПК РФ и ст. 9 АПК РФ суд (арбитражный суд) должен разъяснить лицам, участвующим в деле, их права и обязанности по представлению доказательств и предупредить их о возможности неблагоприятных последствий в случае их уклонения от этого. При этом следует обратить внимание на то, что полномочия суда при рассмотрении административного дела шире: суд вправе истребовать доказательство по своей инициативе (ч. 1 ст. 63 КАС РФ).

Относимость доказательственных фактов определяется их значимостью для применения норм материального права, связью с юридическими фактами, а также возможностью с их помощью сделать логический вывод о существовании или об отсутствии искомого юридического факта. Круг доказательственных фактов по конкретному делу законом не регулируется - он определяется обстоятельствами рассматриваемого дела. Типичным примером доказательственного факта является алиби, т.е. доказанный с помощью судебных доказательств факт отсутствия конкретного лица в определенное время в конкретном месте. По делам о признании записей отцовства недействительными истец нередко ссылается на доказательственные факты длительного отсутствия в месте проживания супруги, в результате которого он не мог быть отцом ребенка. Факт длительного отсутствия лица юридического значения не имеет, но, будучи установленным, позволяет сделать вывод о недействительности записи отцовства.

Относимость фактов процессуального характера определяется их ролью в разрешении дела или совершении отдельных процессуальных действий. В.В. Ярков справедливо отмечает, что дифференциация судебных процедур, а также увеличение значимости процессуальных норм как гарантии реализации права на справедливое судебное разбирательство позволяют на новом уровне обсудить вопрос о процессуальных юридических фактах как элементах общего предмета доказывания по гражданскому делу либо элементах локального предмета доказывания. Ведь совершение практически каждого процессуального действия, равно как и разрешение дела по существу, происходит с учетом необходимости доказывания определенных процессуальных юридических фактов <1>. Для вынесения определения об отказе в принятии заявления или возбуждении дела, прекращении производства по делу или оставлении иска без рассмотрения, приостановлении производства по делу, принятии мер по обеспечению иска необходимы фактические основания.

<1> См.: Ярков В.В. Познание и доказывание процессуальных юридических фактов // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. 2002 - 2003. N 2. СПб., 2004. С. 144.

При "узком" понимании предмета доказывания процессуальные факты принято включать в пределы доказывания <1>, а при "широком" - в предмет доказывания <2>. Установление процессуальных фактов необходимо для совершения конкретных процессуальных действий, которые в своей совокупности образуют локальный предмет доказывания <3>. Например, с помощью процессуальных фактов доказываются факты неумажительности неявки на судебное заседание, надлежащего извещения лиц, участвующих в деле. Таким образом, поскольку процессуальные юридические факты имеют значение для дела, они должны быть признаны относимыми.

<1> См.: Треушников М.К. Судебные доказательства. М., 2004. С. 16 - 17.

<2> См.: Ярков В.В. Юридические факты в цивилистическом процессе. С. 156.

<3> См.: Там же.

В специальной литературе ставится вопрос об относимости проверочных фактов <1>. В состязательном судопроизводстве актуальность проверочных фактов возрастает. Так, для проверки заявления о подложности документа суд назначает экспертизу (ст. 186 ГПК РФ). При недостаточной ясности или неполноте заключения эксперта суд может назначить дополнительную экспертизу. При наличии противоречий между заключениями нескольких экспертов суд назначает повторную экспертизу (ст. 187 ГПК РФ).

<1> См.: Решетникова И.В. Доказательственное право в гражданском судопроизводстве. С. 242.

С помощью проверочных фактов определяется допустимость доказательств с точки зрения доброкачественности источника доказательств. Свидетелем по делу не может быть лицо, которое в силу своих физических или психических недостатков не способно правильно воспринимать факты или давать правильные показания о них (ч. 5 ст. 56 АПК РФ). Значительную помощь в определении способности лица свидетельствовать оказывают психиатрическая, психологическая или психолого-психиатрическая экспертиза <1>. В ходе специального психиатрического исследования определяется, мог ли испытуемый по своему психическому состоянию правильно воспринимать обстоятельства, имеющие значение для дела, и может ли давать о них правильные показания. С помощью психологической экспертизы, учитывая уровень психического развития и индивидуальные психологические особенности, условия конкретной ситуации, можно установить способность свидетеля правильно воспринимать факты, устанавливаемые судом, и давать о них правильные показания. В ходе экспертного исследования выявляются психические особенности личности, дается психологический анализ ситуации, делается вывод об особенностях восприятия фактов. Сведения, полученные в результате проверки доказательств, безусловно, имеют значение для правильного разрешения дела, поэтому проверочные доказательства следует признать относимыми. Однако вряд ли имеются основания для выделения их в самостоятельную группу относимых фактов. Проверочные факты имеют косвенное, факультативное значение для разрешения дела. Их назначение ограничивается определением возможности использования доказательств для установления фактических обстоятельств дела. Поэтому проверочные факты можно включить в группу фактов процессуального характера.

<1> См.: Сахнова Т.В. Зачем суду психолог? М., 1990. С. 31.

Факты, устанавливаемые судом для воспитательных и превентивных функций, являются относимыми в силу того, что на суд возлагается обязанность установления условий и причин совершения правонарушения. Актом процессуального реагирования в этом случае служит частное определение.

Относимость судебных доказательств определяет субъектный состав лиц, решающих вопрос об относимости доказательств. В условиях состязательного процесса ими являются все субъекты доказывания. М.К. Треушников рассматривает относимость доказательств как правило поведения суда и

всех участвующих в доказывании лиц, как руководство к совершению процессуальных действий по собиранию, исследованию и оценке доказательств. Однако окончательно вопрос об относимости доказательств решается судом, поскольку стороны и другие заинтересованные лица, представляя доказательства, могут ошибаться в оценке их относимости к делу <1>.

<1> См.: Треушников М.К. Относимость и допустимость доказательств в гражданском процессе. С. 27.

Относимость судебных доказательств в условиях состязательного судопроизводства выполняет двоякую роль: во-первых, она конкретизирует состязательное начало в процессе формирования доказательственного материала; во-вторых, она является эффективным средством предупреждения недобросовестного поведения сторон и их представителей при представлении доказательств. Стороны на протяжении всего процесса вправе просить о вызове свидетелей, о приобщении к делу представленных ими письменных доказательств либо об истребовании их от других лиц, о приобщении к делу вещественных доказательств и их проверке, назначении экспертизы. В состязательном процессе важная роль в решении вопроса об относимости доказательств отводится представителям, поскольку они первоначально решают вопрос об относимости доказательств и в дальнейшем отстаивают свою позицию в суде. Российская модель состязательного судопроизводства предполагает достаточно активную роль суда в доказывании. Суд определяет, какие обстоятельства имеют значение для дела, какой стороне надлежит их доказывать, ставит их на обсуждение, даже если стороны на какие-либо из них не ссылались (ст. 56 ГПК РФ). Интересное положение, заслуживающее внимания и включения в ГПК РФ, содержится в арбитражном процессуальном законодательстве: "Арбитражный суд не принимает поступившие в суд документы, содержащие ходатайства о поддержке лиц, участвующих в деле, или оценку их деятельности, иные документы, не имеющие отношения к установлению обстоятельства по рассматриваемому делу, и отказывает в приобщении их к материалам дела. На отказ в приобщении к материалам дела таких документов суд указывает в протоколе судебного заседания" (ч. 2 ст. 67 АПК РФ).

§ 4. Допустимость доказательств

Содержание и форма судебных доказательств неотделимы друг от друга. Относящиеся к делу факты не могут служить доказательством, если они не получены из установленных законом средств доказывания (ст. 60 ГПК РФ, ст. 68 АПК РФ, ст. 61 КАС РФ). Допустимость доказательств представляет собой ограничение, связанное с установлением неизвестных фактов, имеющих правовое значение, с помощью заранее предписанных нормами права доказательств, а не любых видов судебных доказательств, предусмотренных в законе <1>.

<1> См.: Гордейчик А.В. Допустимость доказательств в гражданском и арбитражном процессах. Хабаровск, 2000. С. 25.

Значимость допустимости доказательств в состязательном процессе трудно переоценить. В свое время известный русский цивилист Г.Ф. Шершеневич указывал на "бытовую опасность некоторых сделок, представляющих особый соблазн для ложных свидетельских показаний" <1>. В.Л. Исаченко обращал внимание на целесообразность ограничения свободного распоряжения сторон доказательствами в интересах прочности форм гражданского оборота, получения верного знания о действительных обстоятельствах дела, предупреждения и искоренения злоупотреблений недобросовестной стороны <2>. Необходимость ограничения свободного распоряжения сторон средствами доказывания объясняется интересами прочности гражданского оборота, получения верного знания о действительности, гарантированностью от злоупотреблений недобросовестной стороны <3>.

<1> Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М., 1912. С. 189.

<2> См.: Исаченко В.Л. Гражданский процесс: Практический комментарий на вторую книгу Устава

гражданского судопроизводства: В 6 т. Минск, 1890 - 1896. Т. 2. С. 52 - 57.

<3> См.: Треушников М.К. Судебные доказательства. М., 2004. С. 138.

В юридической литературе правило допустимости средств доказывания рассматривалось как процессуальное начало <1>, принцип процесса <2>.

<1> См.: Калпин А.Г. Указ. соч. С. 13.

<2> См.: Прохоров А.Г. Принцип допустимости средств доказывания в советском гражданском праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1979. С. 8 - 10.

Сторонником понимания допустимости доказательств как принципа гражданского процесса выступал А.Г. Прохоров. По его мнению, правило допустимости средств доказывания выражает одну из определяющих идей, которая лежит в основе доказательственной деятельности субъектов судопроизводства и направлена на установление истины по делу. Поэтому есть все основания рассматривать его как принцип права <1>.

<1> См.: Там же. С. 9.

Гражданский процессуальный принцип пронизывает всю процессуальную деятельность по отправлению правосудия, различные стадии судопроизводства и институты гражданского процессуального права. Допустимость доказательств доказывания является основополагающей лишь в доказательственной деятельности. Как справедливо отметил М.К. Треушников, нормы права, регулирующие допустимость доказательств, не имеют свойства всеобщности, характерного для любого принципа процесса <1>. В то же время требует уточнения утверждение М.К. Треушникова о том, что "употребление понятия "принцип допустимости доказательств" применительно к гражданскому процессу является просто традицией, так как оно слишком преувеличивает значение и сущность этого явления" <2>. Действительно, значимость исследуемого явления преувеличивается, если рассматривать допустимость доказательств как принцип гражданского процессуального права или арбитражного процессуального права. Допустимость доказательств является одним из основополагающих начал представления, исследования и оценки доказательств на всех стадиях гражданского и арбитражного процессов. Поэтому допустимость доказательств правильнее рассматривать как принцип доказывания.

<1> См.: Треушников М.К. Относимость и допустимость доказательств в гражданском процессе. С. 61.

<2> См.: Треушников М.К. Судебные доказательства. М., 2004. С. 139.

Неоднозначно в специальной литературе решался вопрос о содержании допустимости доказательств. На протяжении многих лет оно связывалось с установленными законом формами сделок <1>. А.Г. Калпин включал в содержание допустимости доказательств три элемента: 1) использование для установления истины лишь предусмотренных законом средств доказывания; 2) допустимость любых средств доказывания, за исключением свидетельских показаний; 3) допустимость лишь письменных доказательств определенных содержания и формы, устранение всех других средств доказывания, а также письменных доказательств иных содержания и формы <2>. В современных условиях содержание рассматриваемого принципа было предложено В.В. Молчановым, который обозначил пять требований: "а) допустимость использования в процессе доказывания только предусмотренных ГПК РФ средств доказывания; б) допустимость из числа предусмотренных ГПК РФ любых средств доказывания, кроме свидетельских показаний; в) допустимость использования предусмотренных законом средств доказывания без исключения иных средств доказывания; г) допустимость использования только письменных доказательств; д) допустимость письменных доказательств только определенной формы и содержания, а также любых других средств доказывания" <3>.

<1> См.: Клейнман А.Ф. Основные вопросы теории доказательств в советском гражданском процессе. М., 1950. С. 51.

<2> См.: Калпин А.Г. Указ. соч. С. 7.

<3> Молчанов В.В. Допустимость доказательств в гражданском судопроизводстве // Законодательство. 2006. N 1. С. 71; Он же: Свидетели и свидетельские показания в гражданском судопроизводстве. С. 416.

Указанное структурирование допустимости доказательств позволяет более детально раскрыть его содержание, однако приводит к определенному дублированию его элементов. Думается, что предложенная В.В. Молчановым система элементов, составляющих содержание допустимости доказательств, в конечном счете может быть сведена всего к двум видам допустимости доказательств: допустимость средств доказывания с позитивным содержанием и допустимость средств доказывания с негативным содержанием <1>.

<1> Допустимость доказательств с негативным содержанием связана с формой сделки и последствиями ее несоблюдения. Допустимость доказательств с позитивным содержанием означает прямое указание закона на необходимость определенного средства доказывания (см.: Треушников М.К. Судебные доказательства. М., 2004. С. 135 - 147).

Допустимость средств доказывания с позитивным содержанием распространяется на различные средства доказывания (например, ст. 283 ГПК РФ). В.В. Молчанов ограничивает ее "допустимостью только письменных доказательств" и "допустимостью письменных доказательств только определенной формы и содержания". Между тем в современном законодательстве трудно найти предписания о том, что допустимость письменных доказательств исключает использование других доказательств. В.В. Молчанов справедливо отмечает, что несоблюдение письменной формы сделки влечет за собой недействительность сделки и договора (он считается незаключенным). Письменное доказательство является необходимым, однако это не препятствует использованию наряду с письменными других доказательств.

В другом случае заключение договора в конкретной письменной форме не связывается законом с недействительностью сделки (ст. 785 ГК РФ). В силу указания закона необходимыми доказательствами являются билет и багажная квитанция (правило допустимости с позитивным содержанием). Договор перевозки оформляется в простой письменной форме. Поэтому в силу ст. 162 ГК РФ наряду с перечисленными могут использоваться любые средства доказывания, за исключением свидетельских показаний.

Таким образом, и в случае, когда закон связывает действительность сделки с письменной ее формой, и в случае, когда действительность сделки не связана с соблюдением простой письменной формы сделки, обязательность использования определенных средств доказывания (письменные доказательства) не исключает применения иных средств доказывания (с учетом ограничения на использование свидетельских показаний - ст. 162 ГК РФ). Поэтому п. "г" о допустимости использования только письменных доказательств не следует рассматривать в качестве самостоятельного элемента содержания допустимости доказательств.

Правило допустимости доказательств с негативным содержанием исключает из числа средств доказывания свидетельские показания. Ограничение допустимости свидетельских показаний явилось результатом усиления формализации гражданского судопроизводства. В древние времена для признания юридического факта было достаточно свидетельских показаний. Постепенно свидетельские показания вытесняются письменными документами. Распорядительные акты стали считаться совершенными только тогда, когда начали облекаться в письменную форму, становясь доказательствами. Волевые действия удостоверялись официальными лицами и без этого считались несуществующими. Согласно ст. 409 Устава гражданского судопроизводства свидетельские показания могли признаваться доказательством только

тех событий, для которых не требовалось письменного удостоверения. Содержание письменных документов не могло быть опровергнуто показаниями свидетелей, за исключением споров о подлоге (ст. 419 Устава). Из общего правила существовали исключения: свидетельские показания были применимы, если документ был составлен, а затем утрачен вследствие какого-либо бедствия; если письменный акт о передаче имущества нельзя было восстановить по причине пожара, наводнения и т.п.; если право на недвижимое имущество основывалось на давности (ст. 409 Устава).

В зависимости от формы все сделки подразделяются на четыре группы: 1) сделки, для которых законом определена простая письменная форма, причем ее нарушение лишает стороны права в случае спора ссылаться в подтверждение сделки на свидетельские показания; 2) сделки, для которых установлена простая письменная форма, причем ее нарушение влечет недействительность сделки; 3) сделки, для которых установлена обязательная нотариальная форма, нарушение которой влечет ее ничтожность; 4) сделки, для которых законом установлена государственная регистрация, а в случае уклонения одной из сторон от регистрации, по требованию другой стороны, они могут быть зарегистрированы на основании решения суда.

И.М. Резниченко и А.Т. Боннер высказывали мнение о том, что правило допустимости доказательств распространяется только на сделки, по отношению к которым, в связи с нарушением их формы, запрещено ссылаться на свидетельские показания <1>. Другие авторы (А.Ф. Клейнман, А.Г. Калпин, М.К. Треушников) распространяют действие правил допустимости на все группы сделок <2>. Последняя позиция представляется убедительной, однако с определенными оговорками.

<1> См.: Резниченко И.М. О принципе объективной истины в советском гражданском судопроизводстве // Труды ВЮЗИ. М., 1965. Т. 4. С. 185; Боннер А.Т. Правило допустимости доказательств в гражданском процессе: необходимость или анахронизм? // Советское государство и право. 1990. N 10. С. 21 - 30.

<2> См.: Клейнман А.Ф. Основные вопросы теории доказательств в советском гражданском процессе. С. 159; Калпин А.Г. Указ. соч. С. 14; Треушников М.К. Судебные доказательства. М., 2004. С. 141 - 147.

Несоблюдение требования закона об обязательном нотариальном удостоверении сделки влечет ее ничтожность (п. 3 ст. 163 ГК РФ). При нарушении нотариальной формы сделки факты, относящиеся к заключению сделки и ее условий, свидетельскими показаниями доказывать нельзя.

Действующее гражданское законодательство не связывает требование о соблюдении государственной регистрации сделки с ее недействительностью, поскольку правовые последствия сделки наступают только после ее регистрации (п. 1 ст. 164 ГК РФ). До этого момента сделки между сторонами не существует. В соответствии с п. 2 ст. 165 ГК РФ, если сделка, требующая государственной регистрации, совершена в надлежащей форме, но одна из сторон уклоняется от ее регистрации, то суд по требованию другой стороны вправе вынести решение о регистрации сделки. В этом случае сделка регистрируется в соответствии с решением суда. Соответственно факты уклонения одной из сторон от регистрации сделки могут доказываться при помощи любых доказательств.

В юридической литературе высказывалось предложение об использовании свидетельских показаний в случае утраты письменного доказательства не по вине стороны <1>. Данное предложение представляется обоснованным и соответствующим традициям отечественного судопроизводства. Статья 409 Устава гражданского судопроизводства предусматривала возможность доказывания существования и содержания акта показаниями свидетелей и другими доказательствами, если составленный акт по причине, не зависящей от воли тяжущихся, был утрачен, уничтожен или похищен. Поскольку письменный документ был составлен, значит, договор был заключен. Запрет на использование свидетельских показаний выступает санкцией за нарушение установленной законом формы сделки. Так как утрата документа произошла не по вине стороны, то использовать недопустимость свидетельских показаний как санкцию было бы несправедливо.

<1> См.: Треушников М.К. Доказательства и доказывание в советском гражданском процессе. М., 1989. С. 68.

Представляется неубедительным следующий контраргумент: "...признание факта соблюдения формы сделки, по существу, означает признание факта ее совершения. Поэтому... в контексте правила допустимости доказательств более адекватным представляется рассмотрение письменных доказательств и других средств доказывания, но не свидетельских показаний" <1>.

<1> Молчанов В.В. Допустимость доказательств в гражданском судопроизводстве. С. 66.

Данная позиция является примером недоверия - типичного отношения как теоретиков, так и практиков к свидетелю в гражданском процессе. Различное отношение к свидетелю в гражданском и уголовном процессах объясняется предметом судебного исследования. По многим уголовным делам основным видом средств доказывания выступают свидетельские показания - с их помощью устанавливается искомый факт по составам преступлений. Гражданские договоры заключаются, как правило, без свидетелей или в присутствии лиц, находящихся в близких отношениях со сторонами, что оказывает влияние на правдивость показаний. Поэтому более предпочтительным было бы не игнорирование свидетельских показаний, а создание действенного механизма предупреждения и изобличения лжи в свидетельских показаниях. Тогда исчезнут сомнения в возможности замены (в исключительных случаях) письменных доказательств свидетельскими показаниями.

Таким образом, материально-правовая сторона допустимости доказательств включает в себя допустимость любых средств доказывания; допустимость средств доказывания, непосредственно предусмотренных законом; допустимость любых средств доказывания или средств доказывания, непосредственно предусмотренных законом, за исключением свидетельских показаний.

Судебная практика. В удовлетворении требования отказано, поскольку отсутствуют надлежащие доказательства, свидетельствующие о наличии договорных отношений и задолженности, соглашения о внесении паевого взноса не являются допустимыми доказательствами наличия задолженности общества перед заявителем (Постановление ФАС Московского округа от 4 апреля 2013 г. по делу N А40-79131/11-74-3486).

Судебная практика. Дело направлено на новое рассмотрение в суд апелляционной инстанции, поскольку вывод судебной коллегии о том, что копия квитанции, представленная истцом, не является допустимым доказательством, подтверждающим внесение денежных средств, не может служить безусловным основанием для отказа в удовлетворении исковых требований (Определение Верховного Суда РФ от 21 июня 2016 г. N 5-КГ16-91).

Судебная практика. В передаче дела в Судебную коллегию по экономическим спорам Верховного Суда РФ отказано, так как суды пришли к правильному выводу о том, что отсутствие экспедиторской расписки не исключает ответственность экспедитора и не является единственным допустимым доказательством передачи груза (Определение Верховного Суда РФ от 20 апреля 2017 г. N 309-ЭС17-3184 по делу N Ф71-2378/2016).

Судебная практика. Дело направлено на новое рассмотрение, так как в материалах дела отсутствуют доказательства получения истцом спорных денежных средств от коллегии адвокатов, а свидетельские показания, исходя из характера спорного правоотношения, требованиям допустимости не отвечают (Определение Верховного Суда РФ от 8 августа 2016 г. N 49-КГ16-11).

В науке гражданского процессуального права допустимость доказательств связывается с ориентацией на материальное право, с исследованием взаимодействия норм материального и процессуального права: "В гражданском (арбитражном) процессе средства доказывания допускаются или исключаются из процесса судебного познания в силу разрешений или запретов, содержащихся, как правило, в материальном праве" <1>. Такой вывод в целом верен и соответствует законодательству. В то же время, как представляется, он неполно раскрывает содержание принципа допустимости, не учитывает процессуальных критериев допустимости доказательств.

<1> Молчанов В.В. Допустимость доказательств в гражданском судопроизводстве. С. 139.

Классическая французская правовая доктрина исходит из процессуальной квалификации правил, регламентирующих допустимость доказательств. В ее основе лежат взгляды французского юриста А. Батиффоля, впервые отстоявшего идею отнесения правил допустимости доказательств к процедуре <1>.

<1> См.: Медведев И.Г. Письменные доказательства в частном праве России и Франции. С. 191 - 201.

Интересные разработки процессуальных критериев допустимости доказательств ведутся в науке уголовного процесса <1>.

<1> См.: Зажицкий В. Вопросы доказательственного права. С. 3; Lupinская П. Основания и порядок принятия решений о недопустимости доказательств // Российская юстиция. 1994. N 11. С. 2 - 5; Кипнис Н.М. Допустимость доказательств в уголовном судопроизводстве. М., 1995. С. 13 - 27; Зеленский Д.В. Проблемы допустимости доказательств в российском уголовном процессе: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 1995. С. 7; Иванов А.П. Проблемы процессуального доказывания. Иб्रेसи, 1997. С. 26; Золотых В.В. Проверка допустимости доказательств в уголовном процессе. М.; Ростов н/Д, 1999. С. 59 - 228.

Представляется необходимым выделить процессуальные критерии, которые могут быть использованы в гражданском и арбитражном процессах при определении допустимости доказательств. Подобная попытка была предпринята О.В. Ивановым, указавшим два критерия: 1) вид источника получения фактических данных; 2) способ получения от каждого такого источника информации фактических данных в рамках судебного процесса <1>.

<1> См.: Иванов О.В. Судебные доказательства в гражданском процессе: Курс лекций. С. 31.

Процессуальные критерии допустимости доказательств в гражданском, арбитражном процессах, административном судопроизводстве следует рассматривать в более широком аспекте. Следует отметить, что Кодекс административного судопроизводства РФ сделал шаг вперед в решении вопроса о допустимости доказательств. Доказательства являются допустимыми, если получены в порядке, установленном КАС РФ (ч. 1 ст. 61). Процессуальные критерии допустимости доказательств в гражданском, арбитражном процессах, административном судопроизводстве следует рассматривать идентично. Процессуальная составляющая допустимости доказательств включает следующие критерии: 1) надлежащий субъектный состав лиц, осуществляющих процессуальные действия по доказыванию; 2) надлежащий источник фактических данных; 3) соблюдение процессуального порядка собирания, представления и исследования доказательств; 4) установленные законом пределы доказывания на стадиях судопроизводства <1>.

<1> См.: Фокина М.А. Совершенствование правового регулирования доказывания по гражданским делам: вопросы унификации // Современное право. 2015. N 9. С. 105.

В состязательном процессе главная роль в доказательственной деятельности отводится сторонам. Реализуя обязанности по доказыванию, лица, участвующие в деле, вправе представлять доказательства, участвовать в исследовании доказательств, задавать вопросы другим лицам, участвующим в деле, свидетелям и экспертам, заявлять ходатайства, давать устные и письменные объяснения суду (ст. 35 ГПК РФ).

ГПК РФ определяет порядок совершения процессуальных действий, нарушение которого влечет недопустимость доказательств. На практике имеют место случаи нарушения порядка совершения процессуальных действий, выполняемых согласно судебному поручению. В частности, Верховным Судом РФ указывалось на недопустимость допроса свидетелей, осуществляемого в порядке судебного поручения техническими работниками суда. Осмотр и исследование на месте письменных и вещественных доказательств должны производиться судом <1>.

<1> См.: п. 7 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 26 июня 2008 г. N 13.

Статья 55 ГПК РФ приводит исчерпывающий перечень источников доказательств: граждане, наделенные в установленном порядке процессуальным положением стороны, третьего лица, свидетеля, эксперта; документы, материальные предметы (вещи). Получение фактических данных из неустановленного источника должно всегда повлечь за собой недопустимость доказательства. В частности, в ГПК РФ устанавливаются ограничения на использование таких источников доказательств, как свидетель и эксперт. В соответствии с ч. 3 ст. 69 ГПК РФ запрещается допрашивать в качестве свидетелей: а) представителей по гражданскому делу, или защитников по уголовному делу, делу об административном правонарушении, или медиаторов - об обстоятельствах, которые стали им известны в связи с исполнением обязанностей представителя, защитника или медиатора; б) судей, присяжных или арбитражных заседателей - о вопросах, возникших в совещательной комнате в связи с обсуждением обстоятельств дела при вынесении решения суда или приговора; в) священнослужителей религиозных организаций, прошедших государственную регистрацию, - об обстоятельствах, которые стали им известны из исповеди. Нельзя признать допустимым доказательством заключение эксперта, если оно сделано лицом, подлежащим отводу в качестве эксперта.

Значительно сложнее решается вопрос об источниках доказательственной информации в современном арбитражном процессе. **Иные документы и материалы** как источники неформализованных доказательств в арбитражном процессе заставляют иначе взглянуть на проблему допустимости доказательств. Как отмечалось выше, ст. 64 АПК РФ содержит открытый перечень доказательств, поэтому вопрос о допустимости доказательств, источником которых выступают иные документы и материалы, отнесен на усмотрение суда.

Доказательства представляются сторонами и другими лицами, участвующими в деле. Представление доказательств состоит в том, что участвующее в деле лицо указывает суду, какие фактические данные в подтверждение каких обстоятельств можно получить из определенного источника, а также место нахождения этого источника. Конкретное содержание действий по представлению доказательств зависит от средства доказывания. Нарушение порядка представления доказательств может повлечь признание их недопустимыми. Так, представленное по инициативе сторон заключение эксперта не может быть признано допустимым доказательством, поскольку действующее процессуальное законодательство предусматривает возможность проведения только судебной экспертизы. Суд не вправе принять в качестве заключения эксперта результаты экспертизы, судом не назначавшейся и проведенной вне процесса. Такое заключение может быть допущено в судопроизводство в качестве письменного доказательства.

Верховный Суд РФ обратил внимание на недопустимость нарушения порядка собирания доказательств при рассмотрении административных дел об оспаривании решений квалификационной коллегии судей о привлечении судей к дисциплинарной ответственности. Доказательства, полученные с нарушением положений п. 1 ст. 16 Закона РФ от 26 июня 1992 г. N 3132-1 "О статусе судей Российской Федерации" о неприкосновенности судей, по смыслу ч. 3 ст. 59 КАС РФ, являются недопустимыми, не имеют юридической силы и не могут быть положены в основу решения суда <1>.

<1> См.: пункт 11 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 14 апреля 2016 г. N 13 "О судебной практике применения законодательства, регулирующего вопросы дисциплинарной ответственности судей" // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2016. N 6.

Существенное значение в решении вопроса о допустимости доказательств имеют вопросы методики формирования и тактики исследования отдельных средств доказывания. Применяемые в суде тактические приемы перекрестного допроса, направленные на изобличение лжесвидетельства, а также используемые экспертные методики не должны нарушать предусмотренных Конституцией РФ и международными актами гарантий прав человека. Например, нельзя признать заключение эксперта судебным доказательством, если будет установлено, что в ходе исследования эксперт применил методики, связанные с психическим насилием, угрозой здоровью, и т.п. <1>. Следует поддержать мнение разработчиков Концепции единого ГПК РФ о том, что применение в ходе доказывания методов, противоречащих современным научным знаниям, является основанием для признания доказательств недопустимыми <2>. В то же время нельзя не обратить внимания на то, что научные методы, являясь составной частью механизма доказывания, реализуются в доказывании через процессуальные действия по сборанию, представлению и исследованию доказательств.

<1> Подробнее об этом см.: Сахнова Т.В. Основы судебно-психологической экспертизы по гражданским делам. Красноярск, 1996.

<2> См.: Концепция единого Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации. М., 2015. С. 49.

Соблюдение установленных законом пределов доказывания как критерий допустимости доказательств актуален на проверочных стадиях судопроизводства. В рамках настоящей работы ранее рассматривался вопрос о допустимости новых доказательств в суде второй инстанции и делались предложения по закреплению в законодательстве четких критериев их допустимости.

Таким образом, допустимость доказательств подразумевает наличие материально-правовой и процессуальной сторон.

К сожалению, в отдельных случаях высшие судебные органы, осуществляя толкование закона, санкционируют нарушение процессуального порядка представления доказательств. Комментируя порядок применения положений, обеспечивающих своевременное раскрытие доказательств, Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ указал: "Доказательства, не раскрытые лицами, участвующими в деле, до начала судебного заседания, представленные на стадии исследования доказательств, должны быть исследованы арбитражным судом первой инстанции независимо от причин, по которым нарушен порядок раскрытия доказательств" <1>. С учетом разъяснений высшей судебной арбитражной инстанции еще в меньшей степени следует считать обеспеченным право участника процесса на своевременность раскрытия доказательств. Позиция Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ, очевидно, свидетельствует о том, что нарушение правил раскрытия на практике не будет отражаться на допустимости доказательств. О.В. Баулин делает критический вывод относительно появления оснований для выделения так называемых несущественных нарушений порядка сбора и исследования доказательств <2>.

<1> Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 13 августа 2004 г. N 82 "О некоторых вопросах применения Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации" // Вестник ВАС РФ. 2004. N 10. С. 115.

<2> См.: Баулин О.В. Определение допустимости доказательств в гражданском судопроизводстве // Арбитражный и гражданский процесс. 2005. N 4.

В Постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 2 июня 2004 г. N 10 (в ред. от 21 декабря 2017 г.) "О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях" указывается: "Нарушение административным органом при производстве по делу об административном правонарушении процессуальных требований, установленных КоАП РФ, является основанием для отказа в удовлетворении требования административного органа о привлечении к административной ответственности (ч. 2 ст. 206 АПК РФ) либо для признания незаконным и отмены оспариваемого постановления административного органа (ч. 2 ст. 211 АПК РФ) при условии, если указанные нарушения носят существенный характер и не позволяют или

не позволили всесторонне, полно и объективно рассмотреть дело (п. 10) <1>.

<1> Вестник ВАС РФ. 2004. N 8.

Существенный характер нарушений определяется исходя из последствий, которые данными нарушениями вызваны, и возможности устранения этих последствий при рассмотрении дела".

Таким образом, Пленум Высшего Арбитражного Суда РФ существенность нарушений связывает с тремя факторами: 1) с последствиями нарушения; 2) с невозможностью устранения нарушений; 3) с невозможностью всесторонне, полно и объективно рассмотреть дело. Следует обратить внимание на то, что толкование "существенных нарушений" Высший Арбитражный Суд РФ дает только применительно к рассмотрению дел об административных правонарушениях.

Анализ правоприменительной практики по административным делам показывает, что суды к существенным нарушениям закона относят фактически любые нарушения закона, допущенные при получении доказательств. Пленум Верховного Суда РФ в своем Постановлении от 13 июня 2017 г. N 21 "О применении судами мер процессуального принуждения при рассмотрении административных дел" определил **нарушение** установленных в суде правил как неисполнение процессуальных обязанностей, предусмотренных КАС РФ и (или) возложенных судом на определенное лицо в соответствии с положениями КАС РФ, в том числе обязанностей добросовестно пользоваться процессуальными правами, представлять доказательства <1>.

<1> Бюллетень Верховного Суда РФ. 2017. N 8.

Судебная практика. Доказательства, полученные с нарушением положений п. 1 ст. 16 Закона РФ "О статусе судей в Российской Федерации" о неприкосновенности судьи, по смыслу ст. 59 КАС РФ являются недопустимыми, не имеют юридической силы и не могут быть положены в основу решения суда (Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 14 апреля 2016 г. N 13 "О судебной практике применения законодательства, регулирующего вопросы дисциплинарной ответственности судей") <1>.

<1> Там же. 2016. N 6.

Судебная практика. Таможенным органом не представлено в суд доказательств того, что протокол об административном правонарушении от 5 февраля 2004 г. был составлен в присутствии законного представителя ОАО "ВАСО", а также доказательств разъяснения этому лицу прав и обязанностей, предусмотренных КоАП РФ. Из этого следует, что указанный протокол был составлен с нарушением закона и является недопустимым доказательством (Постановление ФАС Центрального округа от 15 октября 2004 г. по делу N А14-5927-04/137/14).

Вместе с тем по ряду дел арбитражные суды вообще не обратили внимания на степень существенности нарушения закона, допущенного при получении доказательств (Постановления ФАС Северо-Западного округа от 18 мая 2009 г. по делу N А44-1267/2007, от 12 февраля 2009 г. по делу N А05-10141/2008; Постановления ФАС Московского округа от 19 июля 2011 г. N КГ-А40/7205-11 по делу N А40-149657/09-136-940, от 6 июля 2011 г. N КГ-А40/6921-11 по делу А40-98225/10-4-449).

Судебная практика (позиция Верховного Суда РФ). При вынесении судебного решения недопустимо основываться на доказательствах, которые не были исследованы судом в соответствии с нормами ГПК РФ, а также на доказательствах, полученных с нарушением норм федеральных законов (ч. 2 ст. 50 Конституции РФ, ст. ст. 181, 183, 195 ГПК РФ) (п. 6 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 19 декабря 2003 г. N 23 "О судебном решении" <1>).

<1> Бюллетень Верховного Суда РФ. 2004. N 2.

Судебная практика (позиция Европейского суда по правам человека). Европейский суд не вмешивается в правила о допустимости доказательств. В частности, его задачей не является рассмотрение ошибок по вопросам фактов и права, предположительно допущенных национальными судами, если только эти ошибки не нарушили права и свободы, защищаемые Конвенцией о защите прав человека и основных свобод. Более того, хотя ст. 6 Конвенции гарантирует право на справедливое судебное разбирательство, она не содержит правил о допустимости доказательств или о способах их оценки, поскольку эти вопросы подлежат регулированию прежде всего национальным законодательством и национальными судами (см. п. 28 Постановления Европейского суда от 21 января 1999 г. по делу "Гарсиа Руис против Испании" и п. 36 решения Европейского суда от 7 октября 2004 г. по делу "Полещук против Российской Федерации" (жалоба N 60776/00)).

Не все судьи Европейского суда разделяют такое мнение: судья Лукайдес Лукис Г. полагает, что Европейский суд должен обладать компетенцией по пересмотру правил допустимости доказательств и того, как они были оценены с точки зрения права на справедливое судебное разбирательство <1>.

<1> См.: Лукайдес Лукис Г. Справедливое судебное разбирательство (комментарий к п. 1 ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод) // Российская юстиция. 2004. N 2.

В практике Европейского суда прослеживается тенденция перехода от использования доказательств, полученных незаконно (по трактовке национального законодательства), к запрету ссылаться на доказательства, полученные с нарушением национального закона.

Судебная практика (позиция Европейского суда по правам человека). В Постановлении Европейского суда от 12 июля 1988 г. по делу "Шенк против Швейцарии" обращается внимание на то, что незаконно полученная пленка с обличающей обвиняемого записью была принята в качестве доказательства. В совместном особом мнении судей Петтити, Шпильмана, де Мейера и Карилло Салседо отмечалось следующее: "К нашему сожалению, мы не можем разделить точку зрения большинства; по нашему мнению, соблюдение закона при получении доказательств не является абстрактным или сугубо формальным требованием. Наоборот, мы считаем, что это имеет первостепенное значение для справедливости судебного разбирательства по уголовным делам.

Ни один суд не может, не нанося ущерба надлежащему отправлению правосудия, опираться на доказательство, которое не только было получено нечестным путем, но и прежде всего противозаконно. Если суд так поступает, то он не может считаться справедливым в смысле Конвенции.

В данном случае никем не оспаривается то, "что магнитофонная запись, о которой идет речь, была получена незаконно" (см. п. 43 Судебного решения).

Даже если суды, которые рассматривали уголовное обвинение против заявителя, основывались, как это отмечено в Судебном решении, также и на "иных доказательствах, нежели данная магнитофонная запись, но которые подтверждали следовавший из данной магнитофонной записи вывод о виновности" (см. п. 48 Судебного решения), остается фактом, что они "допустили магнитофонную запись в качестве доказательства" (см. п. 44 Судебного решения) и что их решение "частично" (см. п. п. 26 и 48 Судебного решения) основывалось на спорной кассете.

По этим основаниям мы пришли к выводу, что в этом случае имело место нарушение права на справедливое судебное разбирательство в том виде, как оно гарантировано в ст. 6 Конвенции".

В книге Ван Дийка и Ван Хоофа под общим названием "**The Right to a Fair Trial**" сказано следующее: "Что касается допустимости доказательств согласно национальному праву, конвенционные органы руководствуются в первую очередь мнением национальных судов. Однако, если последние занимают такую позицию, что могут использовать доказательства, даже если они получены незаконно, при формировании своего мнения совершенно необходимо рассмотрение конвенционными органами того, как используются такие доказательства, чтобы принцип "справедливого судебного разбирательства" не был нарушен" <1>.

<1> Theory and Practice of the European Convention on Human Rights. The Hague, 1998. P. 436 (цит. по: Лукайдес Лукис Г. Указ. соч.).

Часть 2 ст. 55 ГПК РФ устанавливает, что доказательства, полученные с нарушением закона, не имеют юридической силы и не могут быть положены в основу решения суда, а ч. 3 ст. 64 АПК РФ не допускает использования доказательств, полученных с нарушением федерального закона. В связи с этим представляется целесообразным рассмотреть соотношение понятий "доказательства, полученные с нарушением закона", "недопустимые (допустимые) доказательства" и "юридическая сила доказательств".

Доказательства, полученные с нарушением закона, - это материал для проверки доказательств судом на предмет их допустимости в процесс; недопустимые (допустимые) доказательства - результат исследования судьей представленных доказательств. У доказательств, полученных с нарушением закона, и недопустимых доказательств разные хронологические рамки существования. Первые существуют начиная с момента представления их в суд и до того момента, когда нарушение процессуального требования будет открыто, а вторые - после установления факта нарушения закона.

Первоначально вопрос о юридической силе доказательств был поставлен в науке уголовного процесса в связи с положением ст. 50 Конституции РФ, в соответствии с которым при осуществлении правосудия не допускается использование доказательств, полученных с нарушением закона. В УПК РФ содержится норма, устанавливающая недопустимость доказательств, полученных с нарушением Кодекса (ч. 1 ст. 75). Анализ указанных норм в сочетании с толкованием, данным в Постановлениях Пленума Верховного Суда РФ от 5 марта 2004 г. N 1 "О применении норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации" <1> (ред. от 1 июня 2017 г.) и от 31 октября 1995 г. N 8 "О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия" (ред. от 3 марта 2015 г.) <2>, позволяют сделать вывод о наличии в содержании допустимости доказательств процессуальной составляющей, которая является ничем иным, как проявлением принципа законности в доказывании, - собрание, закрепление доказательств должны производиться надлежащим лицом или органом с соблюдением прав человека и гражданина в порядке, установленном уголовно-процессуальным законом.

<1> Бюллетень Верховного Суда РФ. 2004. N 5.

<2> Там же. 1996. N 1; 2007. N 5.

Содержание ч. 2 ст. 50 Конституции РФ длительное время вызывает споры в науке уголовного процесса <1>, как и неоднозначные суждения в аспекте гражданского и арбитражного процессов <2>. В основном дискуссия касается вопроса о том, как можно рассматривать данное правило: как аспект допустимости доказательств либо как содержание самостоятельного понятия "юридическая сила доказательств".

<1> См.: Некрасов С.В. Юридическая сила доказательств в уголовном судопроизводстве. М., 2004.

<2> См.: Гордейчик А.В. Допустимость доказательств в гражданском и арбитражном процессах; Молчанов В.В. Свидетели и свидетельские показания в гражданском судопроизводстве. С. 207 - 211.

Процессуальное законодательство не дает дефиниции юридической силы доказательств. Закон ограничивается последствиями, которые наступают в случае признания доказательств недопустимыми. Попытка дать определение юридической силы доказательств была предпринята в науке уголовного процесса, где она рассматривается "как возможность, т.е. правовая состоятельность, ссылаться на них [доказательства] в процессе доказывания, используя их для установления обстоятельств, имеющих значение для дела, вынесения по нему приговора и иного решения" <1>. С.В. Некрасов выдвинул следующие критерии разграничения понятий "допустимость доказательств" и "юридическая сила доказательств": во-первых, закрепление законодательством двух самостоятельных понятий - "юридическая сила доказательств" и "допустимость доказательств"; во-вторых, единственным

безусловным основанием признания доказательств не имеющими юридической силы является установление факта нарушения закона, относящегося к самому их получению; в-третьих, доказательства, признанные не имеющими юридической силы, подлежат исключению из доказывания <2>. Аналогичного мнения придерживается В.В. Молчанов, характеризуя юридическую силу доказательств как "способность доказательств служить законным средством установления обстоятельств дела и обоснования выводов суда о данных обстоятельствах" <3>.

<1> Некрасов С.В. Указ. соч. С. 34.

<2> См.: Некрасов С.В. Указ. соч. С. 9 - 11.

<3> Молчанов В.В. Развитие учения о свидетелях и свидетельских показаниях в гражданском процессе: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2009. С. 9 - 10.

В развитие учения о юридической силе доказательств следует определить свойства, характеризующие юридическую силу доказательств, и юридическое назначение рассматриваемого правового явления.

Юридическую силу доказательств можно рассматривать как совокупность правовых свойств доказательств, в силу которых они могут использоваться для установления фактов, составляющих предмет и пределы доказывания, а именно:

1) юридическая сила доказательств обеспечивает право сторон и других лиц, участвующих в деле, ссылаться на доказательства в целях обоснования своей позиции;

2) юридическую силу доказательств характеризует обязательность, т.е. суд обязан считаться с наличием доказательства, рассмотреть ходатайства, связанные с ним, исследовать его, дать ему оценку и отразить ее в судебном решении;

3) признание судом юридической силы доказательства делает невозможным его исключение по формальным признакам из системы доказательств по конкретному делу.

Юридическая сила доказательств может рассматриваться в аспекте оценки доказательств. В результате оценки доказательства с точки зрения его соответствия принципу допустимости, в том числе его процессуальным критериям, делается вывод о наличии или об отсутствии у доказательства юридической силы. Соответствие доказательства процессуальным критериям допустимости доказательств не есть проявление юридической силы, а только основания для признания наличия таковой. Внимательное рассмотрение дефиниций и критериев юридической силы доказательств показывает, что утрата доказательством юридической силы является последствием признания доказательства недопустимым. Таким образом, юридическая сила доказательства - это такое свойство доказательства, которое оно приобретает при условии получения его в соответствии с требованиями законодательства.

Впервые в цивилистическом процессе КАС РФ закрепил институт исключения недопустимых доказательств. При рассмотрении ходатайства об исключении доказательств из административного дела ввиду их недопустимости бремя доказывания обстоятельств, на которых основано ходатайство, возлагается на лицо, заявившее ходатайство (ч. 3 ст. 61 КАС РФ). Например, истец обратился в суд в связи с тем, что на него было наложено дисциплинарное взыскание в виде водворения в штрафной изолятор в связи с нарушением порядка отбывания наказания. Истец полагает, что постановление должностного лица является незаконным и необоснованным, так как оно вынесено с нарушением норм законодательства, порядка и процедуры наложения взыскания и проведения дисциплинарной комиссии. Апелляционным определением Красноярского краевого суда в удовлетворении требования отказано в связи с тем, что суд не нашел оснований для признания доказательств недопустимыми в соответствии со ст. 61 КАС РФ. При этом суд указал, что истец не доказал в соответствии с ч. 3 ст. 61 КАС РФ недопустимость представленных суду доказательств <1>.

<1> См.: Апелляционное определение Красноярского краевого суда от 21 ноября 2016 г. по делу N 33-ф-15585/2016 // СПС "КонсультантПлюс".

Следует обратить внимание на определенную непоследовательность законодателя, оказывающую влияние на эффективное решение вопроса об исключении недопустимого доказательства. Согласно ч. 2 ст. 61 КАС РФ суд признает доказательство недопустимым по письменному ходатайству лица, участвующего в деле, или по собственной инициативе. Часть 3 ст. 61 КАС РФ возлагает, как было указано выше, бремя доказывания на лицо, заявившее ходатайство об исключении доказательства. Следует предположить, что суд должен обосновать исключение доказательства по причине его недопустимости, если инициатива исключения исходит от него. В связи с этим можно дополнить ч. 3 ст. 61 КАС РФ следующим предложением: "В случае исключения недопустимого доказательства по инициативе суда бремя доказывания обстоятельств, на которых основывается вывод о недопустимости доказательств, возлагается на суд". Указанное предложение должно дополняться толкованием, данным Верховным Судом РФ в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 27 сентября 2016 г. N 36: "По смыслу статьи 154 КАС РФ вопрос о допустимости доказательства ходатайства об исключении доказательства из административного дела ввиду его недопустимости разрешаются судом после заслушивания лиц, участвующих в деле, их представителей, путем вынесения определения, в том числе протокольного" (п. 25) <1>.

<1> См.: Бюллетень Верховного Суда РФ. 2016. N 11.

Наиболее интересным представляется вопрос об определении момента, с которого доказательство, представленное лицом, участвующим в деле, может потерять юридическую силу. По общему правилу любой доказательственный материал предполагает его исследование по существу. При решении вопроса об утрате доказательством юридической силы необходимо установить, как получено данное доказательство - с нарушением закона или нет. По смыслу закона вопрос о недопущении использования доказательств может быть решен только на стадии судебного разбирательства, при вынесении решения на основе оценочных выводов суда. Следовательно, сведения о фактах, полученные с нарушением закона, на стадиях возбуждения, подготовки и судебного разбирательства имеют статус судебных доказательств и проходят все этапы судебного доказывания. Названная норма фактически санкционирует исследование недопустимого доказательства. Это противоречит ч. 2 ст. 50 Конституции РФ, предусматривающей невозможность использования при осуществлении правосудия доказательств, полученных с нарушением федерального закона, что, по сути, предполагает необходимость немедленного устранения из процесса доказывания того доказательства, в отношении которого установлено нарушение федерального закона. Поэтому нарушение закона при получении доказательства, признанного по этой причине недопустимым и не имеющим юридической силы, является безусловным основанием для его исключения.

Законодатель предусмотрел возможность утраты юридической силы доказательств, полученных с нарушением закона и признанных вследствие этого недопустимыми (ч. 3 ст. 59 КАС РФ). Исключение недопустимых доказательств, полученных с нарушением закона, вследствие утраты ими юридической силы является мерой государственного принуждения, направленной на достижение цели правильного и своевременного установления фактических обстоятельств дела.

К сожалению, процедура исключения недопустимого доказательства проработана в КАС РФ слабо. Законодатель не решил вопрос об определении момента, с которого доказательство, представленное лицом, участвующим в деле, может потерять юридическую силу; кто и когда может заявлять ходатайство об исключении доказательств; каково содержание ходатайства об исключении доказательств; процессуальная форма закрепления вывода суда об исключении доказательства.

Глава 2. ОБЪЯСНЕНИЯ ЛИЦ, УЧАСТВУЮЩИХ В ДЕЛЕ, В ГРАЖДАНСКОМ И АРБИТРАЖНОМ ПРОЦЕССАХ, АДМИНИСТРАТИВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ

§ 1. Общая характеристика объяснений лиц, участвующих в деле, в гражданском и арбитражном процессах, административном судопроизводстве. Классификация объяснений

В рассмотрении судами гражданских и административных дел активно участвуют заинтересованные участники процесса - истец, ответчик, третьи лица, а порой прокурор, органы власти, местного самоуправления и организации как носители личного, государственного или общественного интереса. В подаваемых в суд заявлениях они излагают свое видение подлежащего разрешению дела. И все же основной акцент законодатель делает на объяснениях сторон и третьих лиц, что вполне понятно, поскольку именно им принадлежат спорные или оспариваемые субъективные права и обязанности, кроме того, они обладают необходимой для суда информацией о фактах, обосновывая собственные требования и возражения.

Сведения, сообщаемые заинтересованными участниками процесса об обстоятельствах дела, закон признает самостоятельным средством доказывания (ст. 68 ГПК РФ, ст. 81 АПК РФ, ст. 59 КАС РФ). Вместе с тем толкование правовых норм, юридическая квалификация сложившихся отношений, рассуждения эмоционального характера не являются средством доказывания. М.К. Треушников справедливо отмечает, что "средствами доказывания являются только объяснения сторон в части, содержащей сведения о фактических обстоятельствах, имеющих значение для правильного разрешения дела, для применения нормы материального права. Волеизъявления, доводы, аргументы, правовая оценка событий судебными доказательствами не являются" <1>.

<1> Треушников М.К. Судебные доказательства. М., 2005. С. 171.

Таким образом, объяснение лиц, участвующих в деле, как самостоятельное средство доказывания имеет свои процессуальные особенности, а именно:

- представляет собой самое распространенное средство доказывания: в отличие от иных средств доказывания, которые присутствуют или нет в рамках судебного производства, оно используется всегда и в любом гражданском или административном деле;

- содержит первоначальные сведения по рассматриваемому делу, так как о самом правовом конфликте и его содержании судья узнает прежде всего от сторон и третьих лиц еще до начала судебного разбирательства из искового заявления и беседы с истцом и ответчиком в ходе решения вопроса о возбуждении производства и подготовки дела к судебному рассмотрению (ст. 150 ГПК РФ, ст. 135 АПК РФ, ст. 135 КАС РФ);

- является базовым источником информации по делу. Если другие средства доказывания раскрывают отдельные обстоятельства, фактические данные рассматриваемого дела, то его непосредственные лично заинтересованные участники знают значительно больше - они располагают знаниями, как правило, обо всех фактах, имеющих подлинное значение для дела. Поэтому объяснения сторон и третьих лиц названы первыми в перечне средств доказывания (во всяком случае в ГПК РФ и КАС РФ). Без объяснений суд зачастую не в состоянии выяснить действительные обстоятельства, суть спорного правоотношения;

- заключает в себе наибольшую вероятность использования таких приемов, как умолчание, умышленное или неумышленное искажение сведений о фактах, взаимоотношений участников дела и даже ложь. Нельзя забывать, что объяснения дают юридически заинтересованные лица, стремящиеся к выгодному для них разрешению дела. Какого-либо наказания за это процессуальный закон не устанавливает, по причине чего в литературе предлагаются к реализации различные прямые и латентные меры ответственности <1>.

<1> См. подробнее: Медведев И.Р. О науке гражданского процесса: Эссе. Ответственность сторон за ложные объяснения в суде. М., 2006.

В целом отмеченные особенности характеризуют объяснения истца, ответчика и третьих лиц, заявляющих самостоятельные требования относительно предмета спора. Объяснения остальных лиц, участвующих в деле, в том числе третьих лиц, не заявляющих самостоятельных требований относительно

предмета спора, обычно содержат более локальную информацию.

Объяснение, как автономное средство доказывания в цивилистическом процессе, имеет четыре разновидности: утверждение, признание, возражение и отрицание.

Утверждение содержит сведения о фактах, существование которых доказывается самим утверждающим лицом. Это наиболее распространенная разновидность объяснений - выступления лично заинтересованных лиц нередко почти полностью состоят из утверждений в свою пользу. "Сообщение стороны, которое соответствует ее процессуальным интересам, которое направлено на вынесение решения в ее пользу, мы предложили бы именовать утверждением стороны" <1>, - пишет С.В. Курылев.

<1> Курылев С.В. Объяснения сторон как доказательство в советском гражданском процессе. С. 58.

Признание есть объяснение в ущерб собственной пользе и интересам, где имеется информация о фактах, существование которых должен доказывать процессуальный противник. Так, сторона вправе признавать все факты основания иска или возражения против иска (полное признание) либо некоторые из указанных фактов (частичное признание). Возможно признание с оговоркой, аннулирующей существо сделанного признания (квалифицированное признание), иначе оно является неквалифицированным (простым). Например, ответчик вправе указать на то, что истец действительно передавал ему искомую сумму денег, но требование о возврате долга погашается истечением срока исковой давности. В этом случае наблюдается делимость квалифицированного признания, так как оговорка должна быть доказана лицом, которое делает признание.

Признание влечет юридические последствия, а именно бесповоротно (**confessio non revocatur**) признанные факты становятся бесспорными, что освобождает другую сторону от необходимости их дальнейшего доказывания. Для этого суд должен специальным определением принять признание факта. В связи с этим закон устанавливает порядок фиксации признания, о чем более подробно будет сказано далее. Между тем, как разъясняется в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ "О судебном решении", при вынесении решения судам необходимо иметь в виду следующее. Право признания обстоятельств, на которых другая сторона основывает свои требования или возражения, принадлежит и представителю стороны, участвующему в деле в ее отсутствие, если это не влечет за собой полного или частичного отказа от исковых требований, уменьшения их размера, полного или частичного признания иска, поскольку ст. 54 ГПК РФ, определяющая полномочия представителя, не требует, чтобы указанное право было специально оговорено в доверенности. Кроме того, суд не вправе при постановлении правоприменительного акта принять признание фактов, на которых истец основывает свои требования, совершенные адвокатом, который назначен судом в качестве представителя ответчика на основании ст. 50 ГПК РФ, коль скоро это помимо воли ответчика может привести к нарушению его прав.

Возражение - это мотивированное непризнание позиции лица, участвующего в деле. Возражение как самостоятельная разновидность объяснений возникает в связи с приведением новой фактической информации, опровергающей доводы участника спора.

Отрицание - самостоятельный способ судебной защиты (вид доказательственной информации), при котором лицо, участвующее в деле, не соглашается с чужим мнением без приведения каких-либо доказательств. Например, ответчик может без дополнительной аргументации сообщить суду, что денег от истца не получал и договор займа с ним не заключал.

Объяснение - важнейший инструмент познания обстоятельств дела, прав и обязанностей сторон, а также рассматриваемых спорных либо бесспорных правоотношений, поэтому по меньшей мере перед судьей стоят следующие задачи: надлежащим образом известить лиц, участвующих в деле, для того, чтобы заинтересованные субъекты лично присутствовали при разбирательстве дела и давали объяснения; комплексно проверить и оценить достоверность объяснений посредством иных средств доказывания, иначе объяснения могут быть необсужденными и голословными.

При исследовании, проверке и последующей оценке объяснений органу правосудия надлежит соблюдать следующие правила:

- 1) уяснить, в чем состоит суть требований и возражений лиц, участвующих в деле, т.е. четко

определить их позиции в рассматриваемой коллизии;

2) отграничить в объяснениях факты от рассуждений, логических выводов и эмоций;

3) проследить за тем, чтобы объяснения обладали свойством внутренней согласованности, т.е. не противоречили самим себе, не содержали противоположных, взаимоисключающих сведений;

4) оценить объяснения лиц, участвующих в деле, с учетом всей собранной по делу доказательственной информации, т.е. в совокупности с другими средствами доказывания;

5) учесть, что взаимный перекрестный опрос или допрос сторон, третьих лиц, прокурора и прочих заинтересованных лиц (**interrogatorio dellepart**) российским процессуальным законом не установлен;

6) помнить, что в качестве доказательств допускаются объяснения лиц, участвующих в деле, и иных участников процесса, полученные путем использования систем видеоконференц-связи.

§ 2. Правовая природа признания как особой разновидности объяснений лиц, участвующих в деле

Как известно, задача суда состоит в правильном, своевременном и справедливом рассмотрении гражданских и административных дел. Но прежде чем суд общей или арбитражной юрисдикции установит наличие либо отсутствие субъективного права, он посредством доказательств познает круг юридически значимых фактов. Однако не все факты подлежат доказыванию. В связи с этим представляется необходимым проанализировать основные аспекты проблемы признанных фактов.

Русская процессуальная мысль традиционно указывала, что предметом судебных доказательств служат спорные юридические факты. Следовательно, нельзя считать предметом судебных доказательств законы и распоряжения органов власти, законные выводы из фактов, бесспорные факты, к которым относятся также признанные факты <1>.

<1> См.: Малышев К.И. Курс гражданского судопроизводства. Т. 1. С. 272 - 274.

Особые разногласия в научной среде вызвали так называемые признанные факты (**confessio**). Причем проблема признанных фактов длительное время исследовалась в совокупности с признанием иска, признанием правоотношения, благодаря чему появилось несколько различных точек зрения <1>.

<1> См.: Треушников М.К. Судебные доказательства. М., 1997. С. 185.

А.Х. Гольмстен полагал, что признание - это процессуальная сделка, договор в пользу противника, цель которого состоит в устранении спора. Сторона, сознаваясь в содеянном, использует предоставленные ей диспозитивностью возможности по распоряжению материальным правом. Истец и ответчик вправе предопределять судьбу не только своего субъективного права, предъявленного иска, но и каждого отдельного факта, находящегося в основании требований и возражений. Суд обязан безусловно принять акт волеизъявления и не проверять его соответствие действительным обстоятельствам коллизии, истине. Признавшийся несет всю полноту ответственности за содеянное, а потому право опровержения признания у него отсутствует <1>.

<1> См.: Гольмстен А.Х. Учебник русского гражданского судопроизводства. С. 197 - 200.

В этом же ракурсе высказался К.И. Малышев, который считал, что основание доказательственной силы признания заключается в распоряжении частных лиц своими частными интересами и правами. Ввиду этого совершенно очевидно, что объектами признания являются факты и права, а субъектами признания - дееспособные совершеннолетние, необъявленные несостоятельными, представители,

обладающие специальными полномочиями, зафиксированными в доверенности. Сущность признания как распорядительного акта влияет на процессуальные последствия признания, вследствие чего суд не вправе отвергнуть признание, но обязан признанный факт расценивать в качестве бесспорного и освободить одну из сторон от доказывания. О проверке признанного факта на предмет соответствия такового действительности не может быть и речи <1>.

<1> См.: Малышев К.И. Курс гражданского судопроизводства. Т. 1. С. 303.

Между тем подобные пояснения не давали ответа на вопрос о том, как поступить суду в случае, если изложения сторон по одним моментам сходятся между собой, а по другим - противоречат друг другу. Может ли суд в монолитных сообщениях сторон выделять бесспорные и спорные аспекты и проверять спорные посредством доказывания по поводу их истинности? К.И. Малышев отверг делимость признания <1>.

<1> См.: Там же. С. 304 - 305.

Более тщательно проблему признания рассмотрел В.Л. Исаченко. По его мнению, под признанием следует понимать объяснение или показание одной стороны, которым подтверждается действительность обстоятельств, не служащих ее пользе, а о существовании самого признания можно говорить при наличии трех условий. Во-первых, показание или объяснение должно подтверждать действительность известного обстоятельства. Во-вторых, данное обстоятельство должно служить пользе процессуального противника. В-третьих, обстоятельство должно нести вред сделавшему признание. Другими словами, к признанию не относятся такие объяснения сторон, которые не отрицают и не подтверждают обстоятельств, идущих на пользу противнику.

В.Л. Исаченко указывал, что по форме признание может быть явным (словесным или письменным) и молчаливым. Однако молчаливое признание не имеет никакой юридической силы, поскольку им выражается только отсутствие отрицания (**qui tacet, non utique fatetur, sed tamen verum est eum non negare**). Лишь в двух случаях закон допускает молчаливое признание: при обязанности предъявить документ, нужный противнику, и при обязанности принять присягу. Из неисполнения этих обязанностей суд выводит признание. Вслед за К.И. Малышевым В.Л. Исаченко утверждал: признание в зависимости от того, где оно сделано, бывает судебным и внесудебным, в зависимости же от наличия оговорок - простым и квалифицированным. Судебное признание есть суррогат доказательства. Внесудебное признание является обстоятельством, нуждающимся в доказывании. Простое признание - это сообщение стороны, в котором она категорически признает известное обстоятельство без оговорок и условий. Квалифицированное признание появляется в результате дополнения простого признания оговорками, служащими пользе признающего. В отношении делимости квалифицированного признания вопрос автором решался иначе. В.Л. Исаченко писал, что с первого взгляда кажется справедливым обязать судью принимать всякое признание полностью, не разбивать его на части и не извлекать из него сведения различного характера. Но данное положение стесняет деятельность суда и ведет к неистинным решениям.

Следовательно, суд обязан всегда в квалифицированном признании выделить ту часть объяснения, которая "клонится к пользе истца", затем обсудить часть оставшегося объяснения-возражения и, если оно доказано, соотнести признанное с доказанными возражениями. Отсюда вытекает разница в процессуальных последствиях простого и квалифицированного признания. Простое признание делает факт абсолютно бесспорным и освобождает противную сторону от его доказывания. Например, если ответчик прямо признает какое-либо обстоятельство без оговорок, то оно должно считаться доказанным, хотя бы истец не представил никаких доказательств существования такового. Но если делается квалифицированное признание, то истинность утверждаемого необходимо подкреплять доказыванием. Именно поэтому суд обычно перемещает бремя доказывания с одной стороны на другую. При этом истец не освобождается от представления доказательственного материала в отношении утверждаемого факта, а на ответчика возлагается обязанность доказывания факта, которым он обуславливает свое признание <1>.

<1> См.: Исаченко В.Л. Гражданский процесс: Практический комментарий на вторую книгу Устава гражданского судопроизводства: В 6 т. СПб., 1910. Т. 2. С. 667 - 697.

Е.В. Васьковский усматривал процессуальную природу признания в его двойственности и пояснял, что оно может быть как доказательством, так и актом распоряжения материальными и процессуальными правами (волеизъявлением с материально-процессуальными последствиями). Для того чтобы суд точно знал, когда признание следует считать простым показанием в пользу противника, предлагалось ввести соответствующую презумпцию, учитывающую: 1) частоту присутствия определенных видов признания в практике; 2) близость к началу материальной правды; 3) тяжесть последствий для учинившего признание <1>.

<1> См.: Васьковский Е.В. Значение признания в гражданском процессе // Сборник памяти Г.Ф. Шершеневича. М., 1915. С. 52.

Б.В. Попов критически отнесся к вышеизложенным представлениям. Он считал, что так как государство в лице суда стремится установить в каждом деле материальную истину, то крайне неверно в признании видеть распорядительное правомочие <1>.

<1> См.: Попов Б.В. Указ. соч. С. 116 - 117.

Данную концепцию разделил и развил Т.М. Яблочков, который не только отрицал признание в качестве распорядительного акта, но и усомнился в двойственном понимании природы признания. Процессуалист, защищая принцип материальной истины, отмечал, что признание нужно связывать не с фундаментальными положениями диспозитивности, а с началом состязательности. Признание же в рамках принципа состязательности - не доказательство, а одно из правил, регулирующих **onus probandi** между сторонами и способствующих установлению истины <1>. Несмотря на это, Т.М. Яблочков до конца не освободился в своих воззрениях от теории распоряжения. В ходе исследования вопроса о субъектах признания он неожиданно присоединился к мнению А. Боровиковского, утверждавшего, что все возникающие противоречия в объяснениях стороны и третьего лица, ее представителя нужно разрешать в пользу тяжущегося, в противном случае нарушаются распорядительные права стороны <2>.

<1> См.: Яблочков Т.М. К учению об основных принципах гражданского процесса // Сборник памяти Г.Ф. Шершеневича. С. 291 - 293, 315.

<2> См.: Боровиковский А. Отчет судьи (третьи лица в процессе). СПб., 1891. Т. I. С. 145; Яблочков Т.М. Субъекты судебного признания // Вестник гражданского права. 1915. N 2. С. 92.

В.А. Рязановский полагал, что господствовавшая в то время теория, рассматривавшая признание как акт распоряжения, неправильна, поскольку законодательство помещает признание в общее учение о доказательствах. В связи с этим признание нужно толковать лишь как доказательство, направленное на достижение истины. По законодательству признание делает излишним только дальнейшее представление доказательств относительно признанного обстоятельства, но не устраняет из дела уже собранный доказательственный материал, поэтому суд обязан сделать оценку признания на основании всей совокупности имеющихся доказательств <1>.

<1> См.: Рязановский В.А. Единство процесса. М., 1996. С. 59 - 60.

Как видим, в основе всех описанных определений лежит утверждение, согласно которому признание стороны должно нести выгоду для процессуального противника. Мнения не совпадали по поводу

отправного пункта признания. Если основой для интерпретации признания был принцип диспозитивности, то признание рассматривалось в виде акта распоряжения, обязательного для суда, который орган правосудия должен использовать при вынесении решения, даже несмотря на несоответствие признания действительным обстоятельствам дела, в ущерб установлению истины. Если же основой являлся принцип состязательности, то констатировалось, что признание есть не что иное, как "засвидетельствование истины и может иметь доказательственную силу, поскольку соответствует истине" <1>.

<1> Рязановский В.А. Единство процесса. М., 1996. С. 59.

В советской процессуальной литературе также имели место разногласия в отношении признания. В середине 20-х гг. прошлого века Н.Б. Зейдер категорически отверг возможность в советском гражданском процессе признания как распоряжения, ведь признание есть показание спорящего в пользу противной стороны, и не более <1>. Д.И. Полумордвинов поддержал концепцию о двоякой природе признания, предложенную Е.В. Васьковским. Он подчеркивал, что признание характеризуется тем, что, с одной стороны, оно есть акт распоряжения; с другой - показание, служащее пользе противника как доказательство. В одних случаях оба момента могут существовать совместно, в иных - раздельно <2>.

<1> См.: Зейдер Н.Б. Юридическая природа признания в гражданском процессе // Вестник советской юстиции. 1926. N 11. С. 428 - 432.

<2> См.: Полумордвинов Д.И. Признание стороны в гражданском процессе: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1940. С. 8 - 9.

Между тем признание как распорядительное право сторон слабо согласовывалось с принципом объективной истины. В связи с этим в середине 40-х - начале 50-х гг. XX в. вновь детально исследуются теория бесспорных фактов и проблема признания <1>. Указывается, что бесспорными фактами в буржуазном гражданском процессе называют такие факты, о которых стороны не спорят. Например, истец утверждает, что ответчик осматривал купленную вещь, а ответчик против этого не возражает. В буржуазном судопроизводстве такой факт бесспорен, и суд не может требовать от истца доказательств, подтверждающих истинность заявления. Для советского суда, обязанного выяснить материальную истину, не существовало бесспорных фактов в том виде, в каком они присутствуют в буржуазном суде, по той простой причине, что стороны, конечно, могут и не спорить о каком-либо факте, но суд вправе истребовать доказательства, чтобы убедиться в истинности факта <2>. Позднее С.Н. Абрамов прямо говорил о несуществовании в советском гражданском процессе бесспорных фактов как основания освобождения стороны от доказывания; ведь если суд убежден в соответствии факта, о котором стороны не спорят или который признан одной из сторон объективной действительности, то такой факт считается судом доказанным объяснениями либо признанием стороны, являющимися в советском процессе доказательствами <3>. Одновременно ученый предположил, что признание в советском гражданском процессе делится на судебное и внесудебное, простое и квалифицированное, а к квалифицированному признанию применимы правила о делимости. То есть суд, чтобы постичь истинность фактов при недоказанности оговорки, должен проверить показание стороны в части, которая, собственно, и является признанием <4>.

<1> См.: Клейнман А.Ф. Основные вопросы теории доказательств в советском гражданском процессе. С. 1 - 15; Абрамов С.Н. Советский гражданский процесс. М., 1952. С. 198 - 200; Юдельсон К.С. Проблема доказывания в советском гражданском процессе. С. 190 - 200.

<2> См.: Абрамов С.Н. Гражданский процесс. М., 1946. С. 75.

<3> См.: Абрамов С.Н. Советский гражданский процесс. С. 179 - 180.

<4> См.: Абрамов С.Н. Гражданский процесс. М., 1948. С. 208 - 209.

М.А. Гурвич не согласился с отрицанием бесспорных фактов и попытался уточнить данное понятие.

По его мнению, под бесспорными фактами в советском гражданском судопроизводстве нужно подразумевать факты, не требующие проверки, так как они достаточно удостоверены. Вместе с тем если эти факты не нуждаются в проверке, то это не значит, что они не допускают ее. При сомнении судебного органа в их истинности суд проверяет таковые. Но при отсутствии сомнения суд вполне может обойтись без анализа фактов на предмет их соответствия действительным обстоятельствам происшедшего. Базируется данное положение на объективном моменте достаточной уверенности в фактах. Признание же - это объяснение стороны, направленное на подтверждение обстоятельства или правоотношения, доказывание которого лежит на другой стороне. Отсюда М.А. Гурвич выводил два тезиса: о допустимости в условиях действия принципа материальной истины распорядительного признания и об обязанности сторон излагать в суде только правду <1>.

<1> См.: Гурвич М.А. Лекции по советскому гражданскому процессу. С. 102 - 119.

Интересную трактовку бесспорных фактов дал К.С. Юдельсон. Он описал три ситуации, когда требования и возражения сторон оказываются вне спора. Это происходит при заявлении о фактических обстоятельствах дела, не оспоренных второй стороной; при согласованных утверждениях обеих сторон об одних и тех же действиях или событиях; при односторонних объяснениях истца или ответчика, имеющих юридическое значение для другой стороны. По К.С. Юдельсону, не оспаривание не создает презумпции против неоспаривающего, так как советский законодатель последовательно проводит в жизнь принцип объективной истины. Бесспорным факт становится только в случае наличия двух составляющих: положительного признания и принятия его судом. Причем все тот же принцип объективной истины заставляет суд не просто совершить формальную процедуру принятия, а тщательно проверить признание, чтобы избежать умышленных искажений фактов действительности. Таким образом, бесспорность факта создается не состоящимся, но органом правосудия посредством принятия признания. Лишь после этого сторона освобождается от доказывания <1>.

<1> См.: Юдельсон К.С. Проблема доказывания в советском гражданском процессе. С. 207 - 208.

Нетрудно заметить, что конструкция К.С. Юдельсона опирается не на принцип диспозитивности, а на начало состязательности, благодаря чему автор полностью отвергал возможность распорядительного признания, а институт признания иска полностью сводил к признанию фактов. При всей оригинальности конструкции она вела к неразрешимым противоречиям. Представители этого взгляда вынуждены были все процессуальные последствия, возникающие при признании иска, относить к признанию фактов, наделяя тем самым обычное доказательство (признание) особым юридическим значением. Так, из рассуждений К.С. Юдельсона следовало, что субъектами признания фактов могут быть стороны, третьи лица и представитель, действующий по поручению доверителя. Однако если в доверенности представителя специально не оговорено его право признания обстоятельств коллизии, он не может совершать признание. Налицо было противоречие теоретических воззрений и закона: Гражданский процессуальный кодекс не содержал правила обязывающего представителя получать от доверителя согласия относительно представления в суд такого доказательства, как признание факта (фактов) <1>.

<1> См.: Там же. С. 204 - 205.

Специальное исследование проблеме признания стороны посвятил В.К. Пучинский, который критиковал С.Н. Абрамова за отрицание бесспорных фактов, а М.А. Гурвича - за расплывчатое определение понятия бесспорных фактов, включающее положение об "объективном моменте достаточной уверенности". В.К. Пучинский указывал, что понятие бесспорных фактов известно советскому гражданскому процессу. Подобные факты появляются в результате положительно выраженного признания стороны и принятия его судом. Последнее действие обусловлено соответствием признания действительным обстоятельствам дела, принципу материальной истины <1>. Ученый, соглашаясь во многом с К.С. Юдельсоном, еще раз отмечал, что признание базируется на принципе состязательности, а значит, представляет собой доказательство стороны, никак не соотносящееся с распорядительными полномочиями спорящих <2>, вследствие чего признание иска также не носит характера процессуального

волеизъявления, но сводится к мнению ответчика о правовой квалификации отношений с истцом <3>.

<1> См.: Пучинский В.К. Признание стороны в советском гражданском процессе: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1953. С. 39 - 43.

<2> См.: Там же. С. 5 - 10.

<3> См.: Пучинский В.К. Судебное признание в советском гражданском процессе // Советское государство и право. 1954. N 1. С. 118 - 119.

Весьма плодотворно работал в данной области С.В. Курылев. Проанализировав неоднозначные точки зрения, он пришел к выводу, что все авторы так или иначе объединяют в едином институте признания признание иска и признание фактов. Кроме того, они пытаются определить признание либо по признаку пользы, либо по признаку связи с бременем доказывания. С.В. Курылев предложил отказаться от прежних суждений и четко разграничить признание иска или правоотношения и признание фактов, поскольку эти категории отличаются по предмету, по субъектам, по юридической природе и по правовым последствиям. Он подчеркивал, что признание иска есть юридический факт, процессуальное действие стороны, предметом которого является право, иск в материальном смысле, а субъектом - обладающая процессуальной дееспособностью сторона.

По юридической природе признание иска - волеизъявление стороны с процессуальными и материально-правовыми последствиями, направленное на ликвидацию спора в пользу истца, не дающее суду никаких сведений для установления истины. Что касается определения понятия признания фактов, то его необходимо формулировать не с помощью признаков пользы, связи с бременем доказывания, а посредством указания на процессуальную заинтересованность. Поэтому под признанием следует усматривать показание, в котором сторона во вред своим процессуальным интересам удостоверяет наличие или отсутствие фактов, имеющих юридическое или доказательственное значение для дела. И коль скоро это так, то субъектом признания нужно считать гражданина, способного физически и психически правильно воспринять, сохранить в памяти и воспроизвести познанные факты. По юридической природе признание - это доказательство.

Правовые последствия выражаются в беспорности факта. Однако беспорность создается не после принятия судом признания, а до принятия. После принятия нет вообще смысла говорить о беспорности факта и об освобождении стороны от бремени доказывания, так как здесь появляется состояние доказанности факта. Каких-то других особых юридических последствий, кроме немедленного исполнения решения, основанного на документах, признанных ответчиком, признание не создает <1>.

<1> См.: Курылев С.В. Объяснения сторон как доказательство в советском гражданском процессе. С. 116 - 152; Он же: Основы теории доказывания в советском правосудии. Минск, 1969. С. 92 - 93.

В целом концепция С.В. Курылева была поддержана в процессуальной литературе <1> и отчасти нашла свое закрепление в ГПК РСФСР 1964 г., в котором проводилось разграничение признания иска (диспозитивность) и признания фактов (состязательность). Категория признанных фактов непосредственно связывалась с принципом объективной истины. Так, в ст. 60 ГПК РСФСР 1964 г. говорилось: "Признание стороной фактов, на которых другая сторона основывает свои требования или возражения, для суда не является обязательным. Суд может считать признанный факт установленным, если у него нет сомнений в том, что признание соответствует обстоятельствам дела и не совершено под влиянием обмана, насилия, угрозы, заблуждения или с целью сокрытия истины".

<1> См.: Смышляев Л.П. Предмет доказывания и распределение обязанностей по доказыванию в советском гражданском процессе. М., 1961. С. 21.

Примерно с середины 90-х гг. прошлого века укрепление начал диспозитивности и состязательности потребовало от законодателя кардинального изменения многих процессуальных правил. Но

трансформация правил ГПК РФ и АПК РФ, а равно введение в действие парадигм КАС РФ, касающихся порядка изучения юридически значимых фактов, связана скорее не с принципом диспозитивности, а с первоначалом состязательности, что вновь вызвало к жизни актуальную процессуальную проблему соотношения признания и неоспаривания фактов дела в контексте их бесспорности.

О различии признания и неоспаривания фактов в аспекте объяснения лиц, участвующих в деле. Итак, в настоящее время в состязательном процессе суды общей и арбитражной юрисдикции, руководствуясь ст. 68 ГПК РФ, ст. 70 АПК РФ и ст. 65 КАС РФ, сталкиваются с тремя наиболее распространенными ситуациями, которые потенциально могут вести к бесспорности фактов.

Первая ситуация имеет место при молчаливой согласованности позиций сторон, т.е. когда стороны не спорят об определенных фактах, поскольку не желают вообще их обсуждать, или при явном совпадении показаний тяжущихся <1>.

<1> См.: Зайцев И.М., Афанасьев С.Ф. Бесспорные обстоятельства в гражданских делах // Российская юстиция. 1998. N 3. С. 27 - 28.

В "чистом" состязательном цивилистическом процессе совместное нежелание обсуждать обстоятельства всегда ведет к бесспорности фактов. Суд, узнав, что стороны предполагают обойти молчанием ряд фактических обстоятельств, не вдается в их существо и не исследует таковые. Напротив, его функция состоит в исключении данных фактов из числа спорных. Значит ли это, что российский суд, опираясь на принцип состязательности, обязан поступать аналогичным образом? Видимо, нет. В современном процессе принцип состязательности дополнен элементами следственности, активной роли суда. Совместное умалчивание сторон о юридически значимых для правильного разрешения дела обстоятельствах не создает бесспорности последних, ведь орган правосудия на основании норм материального права должен обозначить фактический состав самостоятельно, независимо от желания или нежелания состязующихся (ч. 2 ст. 56 ГПК РФ, ч. 2 ст. 65 АПК РФ, ч. 3 ст. 62 КАС РФ). Если суд не выполняет предписание закона и не восполняет предмет доказывания, то его решение может быть отменено вышестоящими инстанциями (п. 29 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 19 июня 2012 г. N 13, п. 78 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27 сентября 2016 г. N 36). В этой связи О.В. Баулин отмечает, что "отсутствие спора по поводу юридически значимого обстоятельства не может рассматриваться как его признание. В то же время суд вправе отреагировать на молчание заинтересованных лиц, выяснив, признают ли они наличие того или иного факта либо нет" <1>.

<1> Баулин О.В. Бремя доказывания при разбирательстве гражданских дел. С. 81.

Действительно, бесспорность фактов возникает не при пассивном поведении сторон, направленном против анализа определенных обстоятельств, а при совпадении или непротиворечии суждений истца и ответчика. Открытое совпадение суждений, как правило, происходит при обсуждении в зале судебных заседаний каких-либо фактов. Следовательно, такое совпадение дает право суду рассматривать конкретное обстоятельство в качестве бесспорного, не нуждающегося в дальнейшем обосновании посредством других средств доказывания.

При последнем варианте развития событий допустимо говорить именно о бесспорных, а не о неоспоренных фактах, что вполне соответствует принципам состязательности, процессуальной экономии, а также сокращает объем изучаемых в ходе судопроизводства фактических обстоятельств. Специфика здесь состоит в том, что позиция суда, и в особенности сторон, подлежит выражению вкратце и недвусмысленно <1>, например путем заключения сторонами соглашения о признании обстоятельств, так называемого соглашения по обстоятельствам (ч. 2 ст. 70 АПК РФ, ч. 1 ст. 65 КАС РФ), которое должно быть закреплено в письменных заявлениях на имя суда с последующим занесением сведений в протокол. Впрочем, такое соглашение по своей правовой природе не абсолютное, оно может быть **a posteriori** нивелировано (п. 14 информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 22 декабря 2005 г. N 99 "Об отдельных вопросах применения Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации" <2>).

<1> См.: Административное судопроизводство / Под ред. В.В. Яркова. С. 124.

<2> Вестник ВАС РФ. 2006. N 3.

Вместе с тем нужно отдавать себе отчет в том, что согласованные объяснения не всегда гарантируют достижение истинных знаний о существе спора. Участники разбирательства могут преднамеренно искажать совместными усилиями факты действительности, скажем, под угрозой признания сделки недействительной вследствие ее противозаконности. Мотивы совместных и совместимых ложных объяснений разнообразны <1>. Перечислять их все нет надобности.

<1> См.: Зайцев И.М. Процессуальные функции гражданского судопроизводства. Саратов, 1990. С. 32.

Вторая ситуация связана с пассивным поведением стороны в отношении выдвинутых против нее требований, проще говоря, с молчанием истца или ответчика.

Как известно, в гражданском праве молчание признается выражением воли совершить сделку в случаях, предусмотренных законом или соглашением сторон (ч. 3 ст. 158 ГК РФ). В цивилистическом судопроизводстве при господстве "чистой" состязательности законодательствами некоторых стран в прошлом веке молчанию придавалось юридическое значение (германский Устав гражданского судопроизводства 1877 г.) <1>. Для сравнения: нынешний процессуальный закон ФРГ гласит, что факты, на которые ссылается сторона, не нуждаются в доказывании постольку, поскольку в ходе производства по спору они признаны противной стороной в устном разбирательстве или в заявлении, изложенном уполномоченному судье (§ 288 Гражданского процессуального уложения Германии).

<1> См.: Юдельсон К.С. Проблема доказывания в советском гражданском процессе. С. 191.

В ГПК РФ и КАС РФ положение "молчание - знак согласия" не зафиксировано и к признанию не приравнивается. Следует согласиться с мыслью В.Л. Исаченко о том, что из неоспаривания можно вывести только отсутствие отрицания, и не более <1>. В силу присутствия начал следственности в гражданском и административном процессах суду общей юрисдикции недостаточно простого молчания, для того чтобы убедиться в истинности фактов, доказываемых той стороной, которая о них утверждает. Благодаря этому, если ответчик или административный ответчик не оспаривает факт, т.е. не приводит собственных доводов, его опровергающих, суд не должен трактовать таковой как признанный и освобождать истца от доказательственной деятельности. Коллизии с принципом истины здесь не создается. Лишь в двух случаях лицо, характеризующееся пассивным поведением и не проявляющее заботу о своем процессуальном и материальном интересе, несет всю тяжесть негативных последствий: надлежаще извещенный ответчик при неявке в судебное заседание (выносятся заочное решение - ст. 233 ГПК РФ); истец, не просивший о разбирательстве в его отсутствие и не пришедший в суд по вторичному вызову (заявление остается без рассмотрения - ст. 222 ГПК РФ).

<1> См.: Исаченко В.Л. Гражданский процесс: Практический комментарий на вторую книгу Устава гражданского судопроизводства. Т. 2. С. 669.

Однако сказанное не распространяется на арбитражный процесс, где наблюдается возрождение концепции "квазипризнания", допускающей различные вариации оценки пассивного поведения истца или ответчика <1>. Федеральным законом от 27 июля 2010 г. N 228-ФЗ "О внесении изменений в Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации" ст. 70 АПК РФ была дополнена ч. 3.1, существенно модифицирующей порядок исследования и оценки арбитражным судом признанных обстоятельств дела. Теперь обстоятельства, на которые сторона ссылается в обоснование своих требований или возражений, считаются признанными другой стороной, если они ею прямо не оспорены или несогласие с такими

обстоятельствами не вытекает из доказательств, обосновывающих представленные возражения относительно существа заявленных требований. Эта законодательная теза достаточно широко используется на практике (Определение Высшего Арбитражного Суда РФ от 18 июля 2011 г. N ВАС-9211/11, Определение Верховного Суда РФ от 15 августа 2016 г. N 305-ЭС16-7224 по делу N А40-26249/2015, Определение Верховного Суда РФ от 6 августа 2018 г. N 308-ЭС17-6757(2,3) и др.).

<1> См.: Медведев И.Р. Учение об объяснениях сторон в гражданском процессе. СПб., 2010. С. 120 - 122.

Иначе говоря, если ранее признание стороной юридически значимых обстоятельств могло быть только очевидным, поскольку каждое лицо, участвующее в деле, обязано доказать факты, на которые оно опирается как на основание своих требований и возражений (ч. 1 ст. 65 АПК РФ), то в настоящий момент при тех же условиях признание имеет место, когда указанные обстоятельства не оспариваются противной стороной либо из представленных ею доказательств, обосновывающих возражения, не вытекает несогласие с обстоятельствами. "С введением в ст. 70 АПК РФ ч. 3.1 впервые в истории отечественного цивилистического процесса появилась общая правовая норма, согласно которой признание обстоятельств, входящих в предмет доказывания по делу, стало связываться с пассивным поведением стороны спора", - аргументированно констатирует Р.О. Опалев <1>.

<1> Опалев Р.О. Пассивное поведение стороны спора как основание считать признанными обстоятельства, входящие в предмет доказывания по делу. С. 77.

Насколько оправданным оказалось нововведение, покажет время, но в свое время Высший Арбитражный Суд РФ вынужден был в рамках собственного прямого и латентного нормотворчества пояснить, в каких случаях ч. 3.1 ст. 70 АПК РФ не используется. Так, по мнению указанного Суда, в силу п. п. 3 - 5 ст. 71 и п. п. 3 - 5 ст. 100 Федерального закона от 26 октября 2002 г. N 127-ФЗ "О несостоятельности (банкротстве)" <1> проверка обоснованности и размера требований кредиторов осуществляется судом независимо от наличия разногласий относительно этих требований между должником и лицами, имеющими право заявлять соответствующие возражения, с одной стороны, и предъявившим требование кредитором - с другой. При установлении требований кредиторов в деле о банкротстве судам следует исходить из того, что установленными могут быть признаны только требования, в отношении которых представлены достаточные доказательства наличия и размера задолженности. Поэтому при установлении требований в деле о банкротстве ч. 3.1 ст. 70 АПК РФ применению не подлежит (п. 26 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 22 июня 2012 г. N 35 "О некоторых процессуальных вопросах, связанных с рассмотрением дел о банкротстве" <2>).

<1> СЗ РФ. 2002. N 43. Ст. 4190.

<2> Вестник ВАС РФ. 2012. N 8.

Третья ситуация соотносится с явным признанием обстоятельств. Сегодня в силу ч. 3 ст. 68 ГПК РФ, ч. 4 ст. 70 АПК РФ, ч. 5 ст. 65 КАС РФ признание стороны для суда является фактически обязательным. Суд может не принять признание фактов, если у него имеются сомнения в том, не было ли оно совершено под влиянием обмана, насилия, угрозы, добросовестного заблуждения либо с целью сокрытия действительных обстоятельств дела. Иными словами, интерпретация норм свидетельствует о смещении акцентов в правиле о признании фактов в пользу принципа состязательности <1>. Однако некоторые процессуалисты полагают возможным толковать признание фактов через призму принципа диспозитивности. В частности, В.М. Жуйков исследует данный институт в русле расширения действия принципа диспозитивности <2>, в связи с чем еще раз подчеркнем, что признание иска есть отражение начала диспозитивности, используя которое стороны под контролем органа правосудия распоряжаются своими процессуальными и материальными правами. Признание факта - это вид объяснений стороны, который действующее процессуальное законодательство не подразделяет на простое и квалифицирующее, но согласно ч. 2 ст. 70 АПК РФ и ч. 1 ст. 65 КАС РФ признание может быть

внесудебным и судебным.

<1> См.: Ференс-Сороцкий А.А. Принцип состязательности гражданского процесса и новейшее гражданско-процессуальное законодательство // Правоведение. 1995. N 6. С. 62.

<2> См.: Жуйков В.М. Новое в гражданском процессуальном праве (комментарий законодательства) // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1996. N 3 - 5.

По своей правовой природе признание факта отвечает признакам доказательства, используемого лицами, участвующими в деле, в рамках начала состязательности. Специфичность подобного вида объяснений состоит в том, что он нацелен против процессуальной заинтересованности стороны, сделавшей признание. При этом указание на процессуальную заинтересованность здесь обязательно, поскольку именно этот признак позволяет дифференцировать объяснения лиц, участвующих в деле, на утверждения и признания, отличить последние от иных средств доказывания <1> и отойти от традиционной точки зрения, обосновывающей возможность признания фактов только в исковом судопроизводстве. Вряд ли поэтому можно полностью согласиться с точкой зрения процессуалистов, определяющих понятие признания фактов лишь по связи с бременем доказывания <2>, так как это существенно сужает объем объяснений, являющихся по сути признанием: из предмета признания устраняются факты, бремя доказывания которых не возложено ни на одну из сторон <3>.

<1> См.: Резниченко И.М. Психологические вопросы подготовки и судебного разбирательства гражданских дел. Владивосток, 1983. С. 28 - 29.

<2> См.: Гражданский процесс / Под ред. Ю.К. Осипова. М., 1995. С. 183.

<3> См.: Курылев С.В. Объяснения сторон как доказательство в советском гражданском процессе. С. 125 - 126.

Процессуальные особенности порядка исследования, фиксации и оценки признания как особой разновидности объяснений лиц, участвующих в деле. Как уже отмечалось, лица, участвующие в деле, вправе письменно либо устно признать факты правовой коллизии. Возникает вопрос: как поступить суду, если иных средств доказывания нет, а также не существует доказательств, указывающих на истинность признания? Ранее на основании норм ГПК РСФСР проблема решалась при соблюдении принципа объективной истины. Несмотря на то что закон позволял суду считать признанный факт установленным и освободить одну из сторон от доказывания, сделать это можно было, если признание соответствовало реальным обстоятельствам дела. В свою очередь, выявление такого соответствия имело место только при исследовании и оценке обстоятельств посредством доказательственного материала, который собирался лицами, участвующими в деле, и судом по собственной инициативе. Лишь после тщательной проверки истинности признания, всесторонней оценки его в совокупности с другими доказательствами и принятия судом факт становился бесспорным <1>. Решения суда, базировавшиеся на одном признании факта, как правило, отменялись вышестоящими судами. Поводом к отмене служила "переоценка признания, придание ему особой доказательственной силы" <2>. Аннулировали и те правоприменительные акты, в которых не прослеживалась детальная проверка судебных признаний в аспекте требований ч. 2 ст. 60 ГПК РСФСР (не совершено ли признание под влиянием обмана, насилия, угрозы, заблуждения, с целью сокрытия обстоятельств) <3>.

<1> См.: Коваленко А.Г. Формирование предмета доказывания в гражданском судопроизводстве // Вестник Саратовской государственной академии права. 1996. N 1. С. 95 - 96.

<2> Курылев С.В. Объяснения сторон как доказательство в советском гражданском процессе. С. 130.

<3> См.: Штутин Я.Л. Предмет доказывания в советском гражданском процессе. М., 1963. С. 78 - 79.

Сегодня суды общей и арбитражной юрисдикции при исследовании, а также при оценке

доказательств в большей степени связаны объяснениями стороны (представителя), обращенными против собственного процессуального интереса (п. 17 Ответов Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ на вопросы судов по применению норм ГПК РФ от 24 марта 2004 г.). Суд должен в силу одного признания, если оно представляет собой более или менее не подлежащее сомнению, достаточное подтверждение искомого факта, освободить сторону от доказательственной деятельности. При этом устное признание заносится в протокол судебного заседания, а письменное приобщается к материалам дела (ч. 2 ст. 68 ГПК РФ, ч. 3 ст. 70 АПК РФ, ч. 3 ст. 65 КАС РФ). О признании стороной обстоятельств, на которых другая сторона основывает собственные требования или возражения, сообщается в мотивировочной части решения одновременно с выводами суда об установлении этих обстоятельств, если не имеется предусмотренных ч. 3 ст. 68 ГПК РФ, ч. 4 ст. 70 АПК РФ, ч. 5 ст. 65 КАС РФ оснований, по которым принятие признания не допускается. При последнем развитии ситуации вопрос в гражданском процессе (Определение Свердловского областного суда от 22 декабря 2011 г. N 33-18286/2011) и административном судопроизводстве решается путем вынесения самостоятельного определения; тогда как арбитражные суды делать этого не обязаны (п. 37 информационного письма Высшего Арбитражного Суда РФ от 13 августа 2004 г. N 82 "О некоторых вопросах применения Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации"). Однако это правило не касается обстоятельств, признанных и удостоверенных в порядке ч. 2 ст. 70 АПК РФ, так как в случае принятия их арбитражным судом они не проверяются в ходе дальнейшего производства по гражданскому делу.

В связи со сказанным выше обратимся к анализу допустимых причин, по которым суды не вправе принимать признание обстоятельств, сделанное лицами, участвующими в деле. **Prima facie** может показаться, что законодатель воспроизвел в ч. 3 ст. 68 ГПК РФ, ч. 4 ст. 70 АПК РФ и в ч. 5 ст. 65 КАС РФ то, что ранее было зафиксировано в ч. 2 ст. 60 ГПК РСФСР, ведь в нормах права имеется прямой запрет принимать признание, если оно сделано под влиянием обмана, насилия, угрозы, добросовестного заблуждения или для сокрытия обстоятельств гражданского или административного дела. Между тем очевидно, что прежнее процессуальное регулирование было направлено на полное устранение из процесса всякой возможности неистинности признания, для чего использовались все предусмотренные законом средства: производился активный сбор дополнительных доказательственных материалов как лицами, участвующими в деле, так и органом правосудия. Сейчас суды общей и арбитражной юрисдикции не в состоянии всемерно выявить достоверность признания факта, скорее ими делается предположительный вывод об истинности такового, поскольку самостоятельно собирать доказательства без ходатайства сторон суды законом не уполномочены. Конечно, суд может предложить сторонам, сознавшемуся или его процессуальному противнику представить добавочную доказательственную информацию, но тогда в целом теряется смысл признания (как одностороннего, так и соглашения по обстоятельствам). Следовательно, только явное несоответствие признания действительным обстоятельствам дела, ничем не прикрытые обман, насилие, угроза, добросовестное заблуждение ведут к неприятию судом признания и к продолжению общей процедуры доказывания. В остальных случаях, как уже неоднократно подчеркивалось, признание вызывает освобождение противоположной стороны от доказывания (ч. 2 ст. 68 ГПК РФ), а при заключении соглашения по обстоятельствам факты воспринимаются судом как не требующие проверки (ч. 5 ст. 70 АПК РФ, ч. 4 ст. 65 КАС РФ) и дальнейшего доказывания.

Глава 3. СВИДЕТЕЛЬСКИЕ ПОКАЗАНИЯ В ГРАЖДАНСКОМ И АРБИТРАЖНОМ ПРОЦЕССАХ, АДМИНИСТРАТИВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ

§ 1. Понятие, предмет и виды свидетельских показаний

В гражданском процессуальном и арбитражном процессуальном законодательстве не дается определения показаний свидетелей. Как правило, законодатель акцентирует внимание на характеристике свидетеля, его правах и обязанностях (ч. 1 ст. 69 ГПК РФ, ч. 3 ст. 56 АПК РФ, ст. 51 КАС РФ). По аналогичному пути развивалась и отечественная доктрина гражданского процессуального права в дореволюционный период (Е.В. Васьковский <1>, А.Х. Гольмстен <2>).

<1> См.: Васьковский Е.В. Учебник гражданского процесса. М., 1917. С. 248.

<2> См.: Гольмстен А.Х. Учебник русского гражданского судопроизводства. С. 225.

В советский период определение свидетельских показаний было разработано П.В. Логиновым: "Свидетельское показание - это сообщаемые суду юридически не заинтересованным лицом сведения о фактах, находящихся в определенной связи с искомым фактом, благодаря которой они могут служить средством установления искомого факта в соответствии с объективной действительностью" <1>.

<1> Логинов П.В. Свидетельские показания в советском гражданском процессе: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1953. С. 9.

В разные годы понятие свидетельских показаний разрабатывали К.С. Юдельсон, М.А. Гурвич. Названные авторы при определении свидетельских показаний обращали внимание на следующее:

- содержание свидетельских показаний составляет совокупность сведений о фактах, которые лежат в основании иска или возражений против него, и доказательственных фактах <1>;

<1> См.: Юдельсон К.С. Судебные доказательства в гражданском процессе. М., 1956. С. 165.

- данные сведения сообщаются в суде <1>.

<1> См.: Гурвич М.А. Советский гражданский процесс / Избранные труды. Т. 2. Краснодар, 2006. С. 478.

Среди современных научных разработок следует указать понятие свидетельских показаний, предложенное В.В. Молчановым: "Показания свидетеля - это устное сообщение юридически незаинтересованным лицом сведений об относимых к делу обстоятельствах, о которых оно осведомлено лично или из известных источников, полученных в установленном законом порядке" <1>.

<1> Молчанов В.В. Свидетели и свидетельские показания в гражданском судопроизводстве. С. 187.

Указанные выше определения свидетельских показаний с разной степенью детализации раскрывают данный процессуальный феномен. Однако с точки зрения теории и практики судопроизводства значимыми являются те характеристики свидетельских показаний, которые раскрывают их сущность: источник свидетельских показаний, предмет свидетельских показаний, процессуальный порядок получения свидетельских показаний.

Свидетельские показания - это сообщения юридически не заинтересованного в исходе дела лица о фактах, составляющих предмет доказывания, а также иных обстоятельствах, имеющих значение для правильного разрешения дела, полученные в установленной законом процессуальной форме.

Свидетельские показания - универсальное средство доказывания, используемое при рассмотрении любых категорий дел для установления разнообразных фактов. В то же время по отдельным категориям дел свидетельские показания применяются редко. Это объясняется, во-первых, тем, что в соответствии с нормами гражданского права почти все юридически значимые обстоятельства гражданского оборота, жизни и деятельности людей должны быть закреплены письменно. Во-вторых, существует некоторое недоверие к показаниям свидетелей, сомнение в правдивости сообщаемых ими сведений, основанные на возможной фактической заинтересованности. В-третьих, влияет правило допустимости доказательств, устанавливающее ограничения в использовании свидетельских показаний.

В связи с тем, что перед судом не стоит общепознавательных задач, процесс судебного познания носит специальный характер, определяемый предметом и пределами судебного доказывания <1>.

<1> См.: Треушников М.К. Судебные доказательства. М., 2005. С. 19 - 21.

Вопрос о предмете свидетельских показаний неоднозначно решался в гражданско-процессуальной литературе. П.В. Логинов относил к свидетельским показаниям "сведения о фактах, находящихся в определенной связи с искомым фактом, благодаря которой они могут служить средством установления искомого факта" <1>, т.е. ограничивал предмет свидетельских показаний доказательными фактами. К.С. Юдельсон понимал под свидетельскими показаниями "сведения... которые лежат в основании иска или возражений против него, а также по поводу фактов, имеющих доказательственное для дела значение" <2>, т.е. наряду с доказательственными фактами к предмету свидетельских показаний относил факты материально-правового характера.

<1> Логинов В.П. Свидетельские показания в советском гражданском процессе. М., 1956. С. 9.

<2> Юдельсон К.С. Судебные доказательства в гражданском процессе. С. 165.

Предмет свидетельских показаний, по нашему мнению, включает любые сведения о фактах, имеющие значение для дела. Данный вывод базируется на ч. 1 ст. 69 ГПК РФ (ч. 1 ст. 51 КАС РФ, ст. 56 АПК РФ), относящей к свидетелям лиц, которым могут быть известны какие-либо обстоятельства, относящиеся к делу, и на ч. 2 ст. 177 ГПК РФ (ч. 3 ст. 161 КАС РФ, ч. 3 ст. 56 АПК РФ), обязывающей председательствующего предложить свидетелю сообщить суду все, что ему лично известно об обстоятельствах дела. Следовательно, предмет свидетельских показаний включает сведения относительно следующих видов фактов.

1. Факты предмета доказывания. К ним относятся обстоятельства, имеющие материально-правовое значение для данного дела. На их основании решается вопрос о гражданских, трудовых, семейных и других правах и обязанностях участников спора. Среди них можно выделить:

а) правообразующие факты, т.е. факты, на основании которых возникают права и обязанности участников спора (требование о признании права собственности на квартиру в порядке приватизации удовлетворено. Факт проживания в спорной квартире после смерти родителей истца установлен наряду с доказательствами, свидетельскими показаниями (Апелляционное определение суда Еврейской автономной области от 29 ноября 2017 г. по делу N 33-917/2017);

б) факты легитимации, с помощью которых определяются участники спора в праве (по делу о возмещении ущерба свидетельскими показаниями был подтвержден факт принадлежности собаки, причинившей вред здоровью и имуществу истца (Определение Московского городского суда от 2 сентября 2011 г. по делу N 33-27740));

в) правоизменяющие или правопрекращающие факты, с которыми закон связывает изменение или прекращение правоотношений (свидетельскими показаниями установлены факты добровольного выезда из спорной квартиры и фактического проживания по другому адресу, что в сочетании с фактом расторжения договора социального найма жилого помещения послужило основанием для признания отсутствия у ответчицы права пользования спорной квартирой (Определение Московского городского суда от 6 февраля 2012 г. по делу N 33-3293));

г) правопрепятствующие факты, при наличии которых не возникает правовых последствий, но которые могли бы возникнуть, если бы правопрепятствующие факты не наступили. Правопрепятствующие факты преграждают путь к возникновению правоотношений, прав и обязанностей сторон.

Судебная практика. Факт прекращения семейных отношений с истицей с 1990 г. подтвержден показаниями свидетелей, а также вступившим в законную силу решением суда о прекращении брака (Определение Московского городского суда от 2 сентября 2011 г. по делу N 33-27740).

Предметом свидетельских показаний могут быть сведения о фактах-явлениях и фактах-состояниях <1>. Наиболее распространены свидетельские показания о фактах-состояниях. Они составляют предмет свидетельских показаний по 82% гражданских дел с участием свидетелей. Свидетельство о фактах-состояниях характерно для дел об установлении юридических фактов, лишении родительских

прав, о выселении и т.п. Сведения о фактах-явлениях менее распространены в свидетельских показаниях. Они характерны, например, для дел о возмещении ущерба. В качестве примера можно сослаться на уже рассмотренное дело о возмещении ущерба, причиненного собакой. Факт нападения собаки подтверждается свидетельскими показаниями.

<1> См.: Штутин Л.Я. Указ. соч. С. 9.

Свидетельские показания могут содержать сведения о фактах положительных и фактах отрицательных. Как отмечалось ранее, отрицательные факты также подлежат доказыванию. Практика подтверждает данный вывод.

Судебная практика. По иску о признании утратившим право пользования жилым помещением, снятии с регистрационного учета суд первой инстанции с использованием свидетельских показаний установил факты добровольного выезда гр-на Ж. в малолетнем возрасте с родителями из спорной квартиры, проживании его по другому адресу, отсутствия попыток в совершеннолетнем возрасте вселиться в спорное жилое помещение (Апелляционное определение Приморского краевого суда от 24 июля 2017 г. по делу N 33-7356/2017).

Кроме того, свидетельские показания могут содержать сведения о фактах правомерных (составление завещания, исполнение договора и т.д.) и неправомерных (причинение ущерба, нарушение обязательства и т.п.).

2. Доказательственные факты. К доказательственным принято относить факты, связанные с фактами предмета доказывания, позволяющие сделать логический вывод о существовании или об отсутствии искомых юридических фактов. Доказательственные факты, как правило, выступают в виде косвенных доказательств. Процессуальная значимость доказательственных фактов определяется тем, что они находятся в определенной объективной связи с юридическими фактами и позволяют на их основе сделать вывод об обстоятельствах, имеющих значение для дела <1>. Доказательственные факты могут служить средством выяснения достоверности отдельных доказательств и процесса их формирования <2>. Круг доказательственных фактов не установлен законом и определяется исходя из конкретных обстоятельств дела.

<1> См.: Иванов О.В. Доказательственные факты в гражданском процессе // Правоведение. 1970. N 6. С. 93 - 100.

<2> См.: Курылев С.В. Основы теории доказывания в советском правосудии. С. 165 - 168.

Информация о таких фактах должна быть получена из предусмотренных законом средств доказывания. Доказательствами являются не собственно доказательственные факты, а сведения об этих фактах <1>.

<1> См.: Молчанов В.В. Свидетели и свидетельские показания в гражданском судопроизводстве. С. 191.

3. Факты процессуального характера. К данному виду фактов относятся, например, сведения о месте нахождения имущества, подлежащего взысканию, информация, способная повлиять на отсрочку исполнения решения, изменение способа его исполнения.

4. Факты, установление которых необходимо для выполнения задач по укреплению законности, правопорядка, предупреждению правонарушений, формированию уважительного отношения к закону и суду.

Свидетель вправе сообщать о любых фактах. В этом смысле предмет свидетельских показаний в

определенной мере может совпадать с информацией, сообщаемой суду другими субъектами гражданского судопроизводства.

Предмет свидетельских показаний ограничен правилом допустимости доказательств. Поэтому свидетельскими показаниями не могут подтверждаться факты, требующие для их установления использования письменных доказательств.

В свидетельские показания можно включать только относимые доказательства, содержащие сведения о фактах, имеющих значение для дела.

Предварительная оценка относимости свидетельских показаний осуществляется судьей при принятии искового заявления и подготовке дела к судебному разбирательству. Лицо, ходатайствующее о вызове свидетеля, обязано указать, какие обстоятельства, имеющие значение для дела, может подтвердить свидетель, и сообщить суду его имя, отчество, фамилию, место жительства (ч. 2 ст. 69 ГПК РФ). Вопрос об относимости свидетельских показаний может быть решен только тогда, когда суду станет ясно, относительно каких фактов свидетель может дать показания. Относящимися к делу фактами будут сообщения свидетеля, предмет которых составляют существенные для дела факты.

Предмет свидетельских показаний разнообразен, в связи с чем потребность в их классификации была очевидна еще много веков назад. Так, Русская Правда различала две категории свидетелей: видоков и послухов. Видоки - это свидетели, которые были очевидцами факта. Послухи - это лица, слышавшие о случившемся от кого-либо, имеющие сведения "из вторых рук". К послухам также относили свидетелей доброй славы стороны. Они не знали ничего о спорном факте, давали характеристику той или иной стороне в процессе. Псковская судная грамота также выделяла два вида свидетелей: "соседей" - тех, кто проживал в непосредственной близости к истцу или ответчику, и "сторонних людей" - тех, кто хотя и не проживал вместе с истцом или ответчиком, но знал о том или ином факте.

В основу дифференциации свидетельских показаний может быть положена общая (первоначальные и производные) и специфическая классификация, присущая только исследуемому средству доказывания.

В зависимости от предмета показаний целесообразно выделить:

1) сведения-информацию; 2) сведения-суждения; 3) показания сведущих свидетелей.

1. Сведения-информация характеризуются сообщением свидетелем сведений о фактах, имеющих значение для дела. Данный вид показаний основан на личном восприятии свидетелем обстоятельств дела.

2. Сведения-суждения основаны на применении к сведениям о фактических обстоятельствах дела законов формальной логики и построении на их основе умозаключений, позволяющих осуществлять судебное познание. Использование в свидетельских показаниях суждений связано с широким распространением в свидетельских показаниях сведений-характеристик относительно участников процесса. Свидетель может давать показания об образе жизни, поведении, занятии сторон, личности других свидетелей, об отношениях между сторонами и свидетелями, экспертом и другими участниками процесса и т.п., что позволяет суду осуществить правильную оценку обстоятельств дела.

Вопрос о том, могут ли суждения свидетелей выступать в качестве показаний, решается в научной литературе неоднозначно.

М.К. Треушников, выделяя в свидетельских показаниях общую и специальную части, относит сведения, устанавливающие отношение свидетеля к сторонам и к делу, к общей части свидетельских показаний <1>.

<1> См.: Треушников М.К. Судебные доказательства. М., 2005. С. 186.

В.К. Пучинский и И.В. Решетникова на основе анализа законодательства США и Англии отмечают, что свидетели могут давать показания только относительно фактов, которые воспринимали. Однако на

практике допускается высказывание свидетелем своего мнения относительно того, что составляет обыденные знания, основанные на собственном опыте <1>. На исключения из общего правила в американском процессе обращает внимание М.К. Треушников, отмечая, что мнения обычных свидетелей могут быть приняты во внимание при определенных обстоятельствах, когда имеется острая необходимость в таких показаниях, с тем чтобы описать все относящиеся факты, поскольку без мнения свидетелей суду нельзя сформулировать вывод, при условии, конечно, что свидетели не вторгнутся в компетенцию эксперта <2>.

<1> См.: Пучинский В.К. Гражданский процесс зарубежных стран. М., 2007. С. 236; Решетникова И.В. Доказательственное право Англии и США. М., 1999. С. 146 - 147.

<2> См.: Треушников М.К. Судебные доказательства. М., 2005. С. 188.

В.В. Молчанов отрицает возможность включения суждений в свидетельские показания, мотивируя это содержанием ч. 1 ст. 69 ГПК РФ, в соответствии с которой свидетельские показания должны содержать сведения об обстоятельствах, имеющих значение для дела <1>.

<1> См.: Молчанов В.В. Свидетели и свидетельские показания в гражданском судопроизводстве. С. 201 - 202.

Действительно, согласно ст. 55 ГПК РФ доказательствами являются только сведения о фактах, имеющих значение для дела. Это не исключает возможности отнесения к предмету свидетельских показаний не только сведений о фактах, но и доводов, объяснений фактов, предположений <1>. В связи с тем, что свидетельские показания основаны на личном восприятии, свидетель, излагая факты, невольно оценивает их и высказывает свои суждения суду, давая определенную интерпретацию фактическим данным. Поэтому оценочные суждения, выводы, объяснения свидетелей входят в предмет свидетельских показаний, но не являются доказательством и не обладают доказательственной силой. Вместе с тем они оказывают влияние на доказывание, помогают проникнуть в суть фактов. Свидетельские показания - это личное доказательство, поэтому сообщение свидетелем сведений о фактах неразрывно связано с субъективной оценкой этих фактов. В реальной судебной практике сведения-информация и сведения-суждения тесно переплетены.

<1> См.: Якуб М.Л. Показания свидетелей и потерпевших. М., 1968. С. 83.

3. Показания сведущих свидетелей сочетают информационное и логическое начала, основанные на применении специальных знаний.

Свидетельские показания основаны на личном восприятии и воспроизведении фактических обстоятельств дела. В некоторых случаях свидетели сообщают о фактах, которые были восприняты ими благодаря специальным знаниям (например, сообщение врача о наблюдавшемся им до процесса состоянии больного). Ввиду того, что совмещение в одном лице функций свидетеля и эксперта недопустимо, эти лица как очевидцы факта должны быть свидетелями, а не экспертами.

В зависимости от характера специальных знаний свидетелями могут быть: 1) лица, воспринявшие обстоятельства дела, базируясь на общедоступных представлениях <1>; 2) очевидцы интересующего суд факта, обладающие специальными познаниями. Последних называют сведущими свидетелями <2>.

<1> См.: Петрухин И.Я. Экспертиза как средство доказывания в советском уголовном процессе. М., 1964. С. 57.

<2> См.: Ракитина Л.Н., Тихиня В.Г. О сведущих свидетелях и специалистах в гражданском судопроизводстве // Вестник Белорусского университета. 1985. Сер. III. N 2. С. 67 - 70.

Показания сведущих свидетелей широко применяются на практике. Например, дела, связанные с нарушением законодательства об охране природы, о признании брака недействительным, о признании недействительным завещания, трудовым делам и др.

Показания сведущих свидетелей - одна из форм применения специальных знаний в гражданском процессе <1>, имеющая особенности, отличающие ее от форм участия специалистов и экспертов. Эти особенности связаны с основанием участия в процессе, характером восприятия, заинтересованностью, обязательностью участия в судопроизводстве. Поэтому целесообразно осуществить их сравнение.

<1> См.: Ракитина Л.Н. Использование специальных знаний в судебном разбирательстве гражданских дел // Вопросы теории и практики судебного разбирательства гражданских дел. Саратов, 1988. С. 115.

А. Показания сведущего свидетеля основаны на личном восприятии обстоятельств дела в сочетании со специальными знаниями, а выводы специалиста и заключение эксперта - только на специальных знаниях.

Б. Сведущий свидетель дает показания о фактах, известных в связи с личным восприятием обстоятельств дела. Заключение эксперта и выводы специалиста содержат сведения, относящиеся к той или иной области человеческих знаний.

В. В связи с личным характером восприятия сведущий свидетель незаменим, тогда как эксперт и специалист могут быть заменимы.

Г. Сведущий свидетель не имеет права отказаться от свидетельствования, эксперт и специалист наделены таким правом.

Д. Показания сведущих свидетелей имеют устную форму, заключение эксперта - письменную, выводы специалиста - устную и письменную формы.

Е. Сведущий свидетель допрашивается относительно фактов, имевших место до возбуждения процесса, эксперт и специалист - об обстоятельствах, ставших известными в связи со вступлением в процесс в качестве эксперта или специалиста.

Ж. Сведущим свидетелем может быть лицо, имеющее фактическую заинтересованность в деле. Эксперт и специалист должны быть беспристрастны.

В любом свидетельском показании можно выделить общую и специальную части. К общей части относятся сведения о фактах, устанавливающих личность свидетеля, его отношение к сторонам и к делу; к специальной - сведения об искомых, доказательственных фактах по делу, т.е. то, что имеет доказательственное значение <1>.

<1> См.: Логинов П.В. Свидетельские показания в советском гражданском процессе. С. 12.

Таким образом, предмет свидетельских показаний определяется предметом и пределами доказывания, относимостью и допустимостью доказательств.

Большинство свидетелей по гражданским делам состоят в дружеских, родственных, служебных отношениях со стороной. Знание характера взаимоотношений стороны и свидетеля важно для правильной оценки показаний свидетелей. В связи с этим ч. 2 ст. 177 ГПК РФ устанавливает обязанность суда выяснить отношение свидетеля к лицам, участвующим в деле.

Часть 1 ст. 69 ГПК РФ и ч. 4 ст. 88 АПК РФ, ч. 2 ст. 69 КАС РФ устанавливают правило, в соответствии с которым сведения, сообщаемые свидетелем, являются доказательствами только в случае, если свидетель может указать источник своей осведомленности. Тем самым закон запретил

свидетельство по слухам, когда источник сведений не может быть указан и проверен.

Закон не устанавливает для свидетелей возрастных ограничений. В отношении несовершеннолетних вопрос о привлечении их в процесс в качестве свидетелей решается в каждом случае судом отдельно с учетом возраста ребенка, характера отношений со стороной и иных обстоятельств дела. Статьями 176 и 179 ГПК РФ установлены специальные правила допроса несовершеннолетних свидетелей.

ГПК РФ и АПК РФ определяют содержание ходатайства о вызове свидетеля. Лицо, ходатайствующее о вызове свидетеля, должно указать те обстоятельства, которые может подтвердить свидетель. Это требование связано с действием в гражданском и арбитражном процессах правила относимости доказательств. Предварительная оценка относимости свидетельских показаний осуществляется судьей при принятии искового заявления и подготовке дела к судебному разбирательству.

Игнорирование показаний свидетелей относится к существенным нарушениям норм процессуального права. Наиболее частыми случаями отмены судебных решений по этому основанию является наличие противоречий в показаниях свидетелей.

Судебная практика. Дело по иску о признании завещания недействительным, признании права собственности направлено на новое рассмотрение, поскольку в нарушение требований ГПК РФ суд после отмены судебного решения не допросил свидетелей, не устранил имеющиеся в показаниях свидетелей противоречия, не выполнил указания судебной коллегии городского суда устранить все противоречия в показаниях свидетелей, при этом именно их показания положил в основу решения о частичном удовлетворении иска <1>.

<1> Определение Верховного Суда РФ от 22 декабря 2009 г. N 5-В09-113 // СПС "КонсультантПлюс".

В удовлетворении иска о признании недействительным договора пожизненной ренты отказано правомерно, так как суд дал неправильную оценку показаниям допрошенных свидетелей, кроме того, данные доводы не основаны на доказательствах, позволяющих сделать вывод о том, что истец в момент заключения оспариваемого договора ренты не сознавал значения своих действий и не мог руководить ими <1>.

<1> Определение Московского городского суда от 30 сентября 2010 г. по делу N 33-30705 // СПС "КонсультантПлюс".

Решение суда первой инстанции по делу о возмещении материального ущерба и компенсации морального вреда отменено и направлено на новое рассмотрение в связи с тем, что суд не учел наличие противоречий в показаниях свидетелей, не учел их предположительный характер, противоречия между свидетельскими показаниями и другими доказательствами по делу. В основу решения судом первой инстанции положены свидетельские показания лиц, которые не являются очевидцами нападения собак на жеребят. Следовательно, они не являются допустимыми доказательствами, свидетельствующими о причинении материального вреда именно собакой ответчика. Показаниям свидетеля Т. суд не дал оценку <1>.

<1> Апелляционное определение Верховного Суда Республики Саха (Якутия) от 23 августа 2017 г. по делу N 33-3212/2017 // СПС "КонсультантПлюс".

Судебная коллегия по гражданским делам Амурского областного суда не согласилась с выводами, изложенными в решении суда первой инстанции по делу о взыскании материального ущерба, причиненного в результате дорожно-транспортного происшествия, сославшись на то, что суд не принял во внимание показания свидетеля З. по основанию противоречия его показаний показаниям других

свидетелей <1>.

<1> Апелляционное определение Амурского областного суда от 16 января 2017 г. по делу N 33АП-184/17 // СПС "КонсультантПлюс".

§ 2. Свидетельский иммунитет

Процессуальные кодексы (ч. ч. 3 и 4 ст. 69 ГПК РФ, ч. 5 ст. 56 АПК РФ, ч. ч. 3, 10 ст. 51 КАС РФ) раскрывают правило так называемого свидетельского иммунитета, т.е. привилегии, освобождающей свидетеля от дачи показаний в установленных законом случаях. Конституция РФ установила: "Никто не обязан свидетельствовать против себя, своего супруга и близких родственников, круг которых определяется федеральным законом. Федеральным законом могут устанавливаться иные случаи освобождения от обязанности давать свидетельские показания" (ст. 51). Введение свидетельского иммунитета в гражданское судопроизводство способствует расширению прав свидетеля и повышению его правовой защищенности, укреплению нравственных основ гражданского процесса, усилению борьбы с лжесвидетельством.

Свидетельский иммунитет имеет глубокие исторические корни. Он известен со времен римского права. В Древнем Риме не могли быть свидетелями лица, осужденные по судебному приговору, обвиняемые в преступлениях, женщины легкого поведения, малолетние, клиенты против своего патрона, нисходящие против восходящих и защитники обвиняемого <1>.

<1> См.: Дрожжин В. Правосудие в Древнем Риме // Российская юстиция. 1994. N 10. С. 34.

Свидетельский иммунитет применялся в российском судопроизводстве и наиболее четко был сформулирован в Уставе гражданского судопроизводства 1864 г. В этом плане законодательство выделило:

- 1) лиц, устранимых судом как совершенно неспособных к свидетельству;
- 2) лиц, относительно неспособных к свидетельству;
- 3) лиц, освобождаемых от дачи показаний <1>.

<1> См.: Энгельман И.Е. Учебник русского гражданского судопроизводства. Юрьев, 1904. С. 264 - 267.

К первой категории относились люди, неспособные к восприятию органами чувств фактов внешнего мира или к изложению воспринятого, состоящие с тяжущимися в тесной родственной связи. К свидетельству не допускались:

- 1) лица, признанные умалишенными и неспособные объясняться ни письменно, ни устно;
- 2) лица, страдающие физическими недостатками, препятствующими познанию доказываемых обстоятельств;
- 3) дети против родителей;
- 4) супруги тяжущихся;
- 5) лица, лишённые всех прав состояния или подвергшиеся наказанию, с которым сопряжено лишение права свидетельствования;
- 6) духовные лица в отношении того, что им поверено на исповеди.

О других лицах в законе не говорилось, но предполагалось, что они имеют право отказаться от свидетельства, если оно противоречило их обязанности хранить тайну. Перечисленные выше категории лиц суд сам устранял от дачи показаний.

К относительно неспособным к свидетельству причисляли лиц, которые могут быть отстранены от свидетельства отводом противоположной стороны:

1) родственники и свойственники того тяжущегося, который на них ссылается. К последним относились родственники в первой прямой линии без ограничения степени родства, дети (даже незаконные), в боковой линии родственники первых трех и свойственники первых двух степеней. Эти лица допускались к допросу, несмотря на отвод, в случае, если они сообщали данные, от которых зависели права состояния;

2) лица, связанные с тяжущимися отношениями усыновления и доверенности, а также имеющие тяжбу в ранний момент с одной из сторон, лица, выгоды которых зависят от решения дела.

Свидетели имели право отказаться от дачи показаний, если находились с тяжущимися в родстве по прямой линии (восходящей или нисходящей) и по боковой линии не далее родных братьев и сестер, за исключением случаев свидетельствования прав состояния, а также лица, имеющие выгоду от решения дела в пользу той или иной стороны. Таким образом, свидетели могли быть отстранены от допроса по инициативе суда, противоположной стороны, по собственной инициативе.

Статья 29 ГПК РСФСР 1923 г. предоставляла свидетелю право отказаться от свидетельства, если сообщение требуемых фактов сопряжено с нарушением государственной или служебной тайны. При заявлении стороны о заинтересованности свидетеля в исходе дела или в случае особых отношений между свидетелями и стороной суд мог не допрашивать этого свидетеля (ст. 130 ГПК РСФСР 1923 г.). ГПК РФ 2002 г. ввел правило свидетельского иммунитета, однако некоторые проблемы, связанные с его регламентацией, остаются.

Виды свидетельского иммунитета. Свидетельский иммунитет не однороден. ГПК РФ и АПК РФ дают основания для выделения следующих видов свидетельского иммунитета:

- абсолютный и относительный;
- полный и частичный;
- родственный и служебный.

В зависимости от характера волеизъявления иммунитет подразделяется на абсолютный и относительный. Первый сочетает право свидетеля отказаться от дачи показаний с законодательным запретом допроса его в качестве свидетеля. Для этой разновидности свидетельской привилегии характерна двойная обязанность: обязанность свидетеля отказаться от дачи показаний и обязанность суда освободить его от дачи показаний. Абсолютный иммунитет распространяется на лиц, перечисленных в п. п. 1 - 3 ч. 3 ст. 69 ГПК РФ, ч. ч. 5 и 5.1 ст. 56 АПК РФ. Относительный иммунитет означает право свидетеля отказаться от дачи показаний в предусмотренном законом порядке (п. п. 1 - 6 ч. 4 ст. 69 ГПК РФ, ч. 6 ст. 56 АПК РФ, ч. 3 ст. 51 КАС РФ).

В зависимости от объема показаний иммунитет можно подразделить на полный и частичный. Полное право отказа означает, что свидетель полностью может отказаться от дачи показаний по существу дела (например, иммунитет родственников). Частичное право отказа предполагает, что свидетель может лишь по отдельным вопросам отказаться от свидетельства (п. п. 1 - 3 ч. 3, п. п. 4 - 6 ч. 4 ст. 69 ГПК РФ, п. п. 1 - 3 ч. 3, п. п. 5 и 6 ч. 10 КАС РФ).

В арбитражном процессе не подлежат допросу в качестве свидетелей судьи и иные лица, участвующие в осуществлении правосудия, об обстоятельствах, которые стали им известны в связи с участием в рассмотрении дела, представители по гражданскому и иному делу - об обстоятельствах, которые стали им известны в связи с исполнением обязанностей представителей (ч. 5 ст. 56 АПК РФ). Не подлежат допросу в качестве свидетелей посредники, оказывающие содействие сторонам в урегулировании спора, в том числе медиаторы, об обстоятельствах, которые стали им известны в связи с

исполнением соответствующих обязанностей (ч. 5.1 ст. 56 АПК РФ).

В гражданском процессе и административном судопроизводстве круг лиц, обладающих правом частичного свидетельского иммунитета, шире, чем в арбитражном процессе. В гражданском процессе не подлежат допросу в качестве свидетелей: 1) представители по гражданскому делу, или защитники по уголовному делу, делу об административном правонарушении, или медиаторы - об обстоятельствах, которые стали им известны в связи с исполнением обязанностей представителя, защитника или медиатора; 2) судьи, присяжные, народные или арбитражные заседатели - о вопросах, возникавших в совещательной комнате в связи с обсуждением обстоятельств дела при вынесении решения суда или приговора; 3) священнослужители религиозных организаций, прошедших государственную регистрацию, - об обстоятельствах, которые стали им известны из исповеди (ч. 3 ст. 69 ГПК РФ, ч. 3 ст. 51 КАС РФ). Вправе отказаться от дачи свидетельских показаний: депутаты законодательных органов - в отношении сведений, ставших им известными в связи с исполнением депутатских полномочий; Уполномоченный по правам человека в Российской Федерации - в отношении сведений, ставших ему известными в связи с выполнением своих обязанностей (ч. 4 ст. 69 ГПК РФ, ч. 10 ст. 51 КАС РФ).

В зависимости от предмета свидетельской привилегии следует различать иммунитет родственный и иммунитет служебный.

На основании родственного иммунитета вправе отказаться от дачи показаний гражданин против себя; супруг против супруга; дети, в том числе усыновленные, против родителей, усыновителей; родители, усыновители против детей, в том числе усыновленных; братья, сестры друг против друга; дедушка, бабушка против внуков и внуки против дедушки и бабушки. Иммунитет родственников носит добровольный характер, что предполагает право отказаться от него. Разъяснение судом свидетельской привилегии, изъятие свидетелем желаний воспользоваться ей, равно как и отказаться от нее, должны быть внесены в протокол судебного заседания.

Служебный иммунитет бывает двоякого рода:

- иммунитет в силу занимаемой должности;
- иммунитет, основанный на служебном содержании информации.

К первой разновидности свидетельской привилегии относится дипломатический иммунитет. Должностные лица и сотрудники дипломатических и консульских учреждений за границей выполняют от имени представляемых государств большие и сложные задачи. Для этого им должны быть созданы необходимые условия. Считается общепризнанным, что принимающее государство обязано предоставить дипломатическому агенту необходимые привилегии и иммунитеты в целях свободного и безопасного осуществления полномочий.

Составной частью дипломатического иммунитета выступает свидетельский иммунитет. Статья 31 Венской конвенции о дипломатических отношениях 1961 г. предусматривает, что дипломатический агент не обязан давать показания в качестве свидетеля. Это правило распространяется на членов семьи дипломатического агента, живущих вместе с ним, если они не являются гражданами государства пребывания.

Вторая разновидность служебного иммунитета свидетеля основана на служебном содержании информации, на которую распространяется иммунитет. В соответствии с п. 1 ч. 3 ст. 69 ГПК РФ не подлежат допросу в качестве свидетелей представители по гражданскому делу, защитники по уголовному делу или по делу об административном правонарушении и медиаторы. Они не могут быть допрошены об обстоятельствах, которые стали им известны в связи с исполнением обязанностей представителя, защитника или медиатора. Федеральный закон от 31 мая 2002 г. N 63-ФЗ "Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации" <1> запрещает допрашивать в качестве свидетеля адвоката об обстоятельствах, ставших ему известными в связи с обращением к нему за юридической помощью или в связи с ее оказанием. Адвокатской тайной являются любые сведения, связанные с оказанием адвокатом юридической помощи своему доверителю (ч. ч. 1 и 2 ст. 8 указанного Федерального закона).

<1> СЗ РФ. 2002. N 23. Ст. 2102.

Не могут выступать в качестве свидетелей медиаторы - об обстоятельствах, которые стали им известны в связи с исполнением обязанностей медиатора. Медиатор не вправе разглашать информацию, относящуюся к процедуре медиации и ставшую ему известной при ее проведении, без согласия сторон. Это ограничение распространяется на информацию о предложении одной из сторон о применении процедуры медиации, равно как и о готовности одной из сторон к участию в проведении данной процедуры; о мнениях или предложениях, высказанных одной из сторон в отношении возможности урегулирования спора; о признаниях, сделанных одной из сторон в ходе проведения процедуры медиации; о готовности одной из сторон принять предложение медиатора или другой стороны об урегулировании спора (ст. 5 Федерального закона от 27 июля 2010 г. N 193-ФЗ "Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедура медиации)" <1>).

<1> СЗ РФ. 2010. N 31. Ст. 4162.

На основании п. 2 ч. 3 ст. 69 ГПК РФ не могут быть свидетелями судьи, присяжные или арбитражные заседатели по вопросам, возникшим в совещательной комнате в связи с обсуждением обстоятельств дела при вынесении решения суда или приговора. В соответствии с ч. 3 ст. 194 ГПК РФ судьи не могут разглашать суждения, высказывавшиеся во время совещания. Часть 4 ст. 341 УПК РФ запрещает присяжным заседателям разглашать суждения, имевшие место во время совещания. В соответствии с ч. 5 ст. 167 АПК РФ судьи арбитражного суда обязаны хранить тайну совещания судей. Не подлежит допросу в качестве свидетеля арбитр о сведениях, ставших ему известными в ходе арбитража (ч. 3 ст. 21 Федерального закона "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации") <1>.

<1> СЗ РФ. 2016. N 1 (ч. 1). Ст. 2.

В соответствии с п. 3 ч. 3 ст. 69 ГПК РФ не подлежат допросу в качестве свидетелей священнослужители об обстоятельствах, которые стали им известны на исповеди. Федеральным законом от 26 сентября 1997 г. N 125-ФЗ "О свободе совести и о религиозных объединениях" <1> установлено, что тайна исповеди охраняется законом (ст. 3). Привилегия от свидетельства распространяется на священнослужителей тех религиозных организаций, которые прошли государственную регистрацию.

<1> СЗ РФ. 1997. N 39. Ст. 4465.

В п. п. 4 - 6 ч. 4 ст. 69 ГПК РФ закреплен относительный служебный иммунитет, носящий для свидетеля добровольный характер. Член Совета Федерации, депутат Государственной Думы вправе отказаться от дачи свидетельских показаний об обстоятельствах, ставших известными в связи с исполнением своих полномочий (ст. 21 Федерального закона от 8 мая 1994 г. N 3-ФЗ "О статусе члена Совета Федерации и статусе депутата Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации" <1>). Уполномоченному по правам человека предоставлено аналогичное право отказаться от свидетельства об обстоятельствах, ставших ему известными в связи с исполнением его обязанностей (ст. 24 Федерального конституционного закона от 26 февраля 1997 г. N 1-ФКЗ "Об Уполномоченном по правам человека в Российской Федерации" <2>). Уполномоченный при Президенте Российской Федерации по защите прав предпринимателей, уполномоченные по защите прав предпринимателей в субъектах Российской Федерации вправе отказаться от сообщения суду сведений, ставших им известными в связи с выполнением своих обязанностей.

<1> Российская газета. 1999. 8 июля.

<2> СЗ РФ. 1997. N 9. Ст. 1011.

Перечень лиц, обладающих правом на привилегию от свидетельства, носит исчерпывающий характер. В то же время он не отражает всего спектра тайн, предусмотренных законодательством. Так, лица, получившие доступ к информации, содержащейся в данных налогового учета, обязаны хранить налоговую тайну (ст. 313 НК РФ). Сотрудник таможенного органа обязан хранить государственную и иную охраняемую законом тайну, а также не разглашать ставшие ему известными в связи с исполнением должностных обязанностей сведения, в том числе затрагивающие частную жизнь, честь и достоинство граждан (Федеральный закон от 21 июля 1997 г. N 114-ФЗ "О службе в таможенных органах Российской Федерации" <1>). Все служащие кредитной организации обязаны хранить банковскую тайну (Федеральный закон от 2 декабря 1990 г. N 395-1 "О банках и банковской деятельности"). Государственные инспекторы труда обязаны хранить охраняемую законом тайну (государственную, служебную, коммерческую и иную), ставшую им известной при осуществлении своих полномочий, а также после оставления своей должности (ст. 358 ТК РФ). Статья 60 Основ законодательства об охране здоровья граждан обязывает врача хранить врачебную тайну. Должностные лица органов государственной власти, иных государственных органов, органов местного самоуправления, государственные или муниципальные служащие указанных органов без согласия обладателя информации, составляющей коммерческую тайну, не вправе разглашать или передавать другим лицам, органам государственной власти, иным государственным органам, органам местного самоуправления ставшую известной им в силу выполнения должностных (служебных) обязанностей информацию, составляющую коммерческую тайну, за исключением случаев, предусмотренных законом (ч. 2 ст. 13 Федерального закона от 29 июля 2004 г. N 98-ФЗ "О коммерческой тайне"). Работник обязан не разглашать информацию, составляющую коммерческую тайну, обладателем которой является работодатель и его контрагенты (п. 2 ч. 3 ст. 11 Федерального закона "О коммерческой тайне"). Имеются и другие тайны, исчерпывающий перечень которых указать в рамках учебного издания невозможно.

<1> Там же. N 30. Ст. 3586.

Наиболее удачным в регулировании рассматриваемого вида свидетельского иммунитета является Кодекс административного судопроизводства РФ, который отнес к субъектам свидетельского иммунитета других лиц, которые не могут быть допрошены в соответствии с федеральным законом или международным договором Российской Федерации (п. 4 ч. 3 ст. 51).

Представляется целесообразным дальнейшее совершенствование института свидетельского иммунитета и закрепление в ГПК РФ и АПК РФ нормы, распространяющей привилегию от свидетельства на всех лиц, обязанных хранить тайну.

§ 3. Исследование свидетельских показаний

Показания свидетелей - наиболее ценное в информационном отношении доказательство. Однако при использовании свидетельских показаний возникают проблемы, связанные с обеспечением их достоверности. Не случайно свидетельские показания получили оценку "самого ненадежного доказательства" <1>. Совершенствование порядка исследования свидетельских показаний в сочетании с методикой изобличения лжи позволит занять им равное место с иными средствами доказывания в состязательном процессе.

<1> Мурадян Э.М. Указ. соч. С. 178.

Ложь - понятие многоаспектное <1>. В целях понимания природы лжи и способов борьбы с нею необходимо рассмотреть психологические основы формирования заведомо ложных показаний. Ложь есть способ поведения людей в затруднительных ситуациях, инструмент предотвращения и разрешения таких ситуаций, обеспечивающий внутренний психологический комфорт.

<1> О философской природе лжи см.: Секацкий А.К. Онтология лжи: Автореф. дис. ... канд. филос. наук. СПб., 1995.

Установка на ложь порождает конфликтную ситуацию с нестрогим или строгим соперничеством, в основе которого лежит противодействие допрашиваемого даче правдивых показаний. Это противодействие является результатом мыслительных, эмоциональных и волевых процессов <1>.

<1> См.: Доспулов Г.Г. Психология допроса на предварительном следствии. М., 1976. С. 60 - 61.

Дача ложных показаний - это всегда волевой и сознательный акт. Психологи выделяют два вида волевых действий: простые и сложные. И если первые включают два этапа - постановку цели и исполнение, то сложные состоят из трех звеньев: постановка цели, планирование и исполнение. Применительно к ложным показаниям волевое действие состоит из осознания преследуемой цели, планирования порядка сообщения ложных показаний и собственно сообщения ложных показаний.

Принятие решения о даче ложных показаний осуществляется в состоянии эмоционального напряжения. С одной стороны, лицо знает свою обязанность сообщить известные по делу факты и меры ответственности за ее неисполнение; с другой стороны, в силу сложившихся мотивов у него формируется установка на дачу ложных показаний. Борьба мотивов порождает состояние стресса и фрустрации, чувство безвыходности, и ложь становится средством разрешения психотравмирующей ситуации <1>.

<1> См.: Закатов А.А. Ложь и борьба с нею. Волгоград, 1984. С. 46 - 47.

Специфичен процесс формирования ложных показаний (объяснений). Процесс формирования показаний добросовестного лица проходит в три этапа: восприятие, запоминание и воспроизведение <1>. А.Н. Васильев добавляет четвертый этап - припоминание (узнавание) воспринятого <2>. А.В. Дулов предлагает 12 этапов формирования свидетельских показаний: 1) ощущение, 2) восприятие, 3) использование воспринятого в последующих действиях и опыте, 4) оценка воспринятого, 5) запоминание, 6) определение плана поведения на допросе, 7) установление контакта с допрашивающим, 8) получение мыслительной задачи при допросе, 9) самостоятельное воспоминание, 10) воспоминание под воздействием следователя, 11) изменение принятых решений, 12) воспроизведение фактов <3>. Все варианты этапов формирования показаний не противоречат друг другу и заканчиваются воспроизведением воспринятого.

<1> См.: Якуб М.Л. Оценка показаний свидетелей и потерпевших на предварительном следствии и в суде первой инстанции. М., 1968. С. 5.

<2> См.: Васильев А.Н., Карнеева Л.М. Указ. соч. С. 11.

<3> См.: Дулов А.В. Судебная психология. Минск, 1970.

Психическая деятельность добросовестных свидетелей носит репродуктивный характер, в то время как для лжесвидетеля, сообщающего ложные сведения, представляет творческий процесс. Задача лица, дающего правдивые показания, - вспомнить и подробно изложить ранее воспринятое; задача лжеца сложнее. Процесс формирования ложных показаний включает в себя следующие этапы: 1) восприятие истинного события, 2) его запоминание и осмысление, 3) осознание цели сообщения ложных сведений и последствий этого акта, 4) переработка воспринятого и создание модели будущего лжесвидетельствования, 5) удержание модели ложных показаний в памяти и планирование процесса их сообщения на допросе, 6) воспроизведение ложного показания на допросе <1>.

<1> См.: Закатов А.А. Указ. соч. С. 52.

Мыслительная деятельность недобросовестного свидетеля существенно отличается от соответствующей деятельности добросовестного участника процесса: "Ложь как всякое мышление,

построенное по другому принципу, имеет свои формы, свои правила, свои приемы. Человек, который лжет, прибегает всегда к определенным формам логики" <1>.

<1> Лурия А.Р. Экспериментальная психология в судебно-следственном деле // Советское право. 1926. N 2/26. С. 92.

Сообщение ложных сведений видоизменяет процессы памяти и мышления. В сознании лжеца формируются две модели события: подлинная и вымышленная. Лжец воссоздает в воображении подлинное событие, затем формирует ложное и оценивает, насколько оно правдоподобно. Подлинный образ события всегда более четок, чем ложный. Поэтому лицу, дающему ложные показания, приходится удалять из памяти образ реального события и заменять его вымышленным. В сознании лжеца происходит конкуренция между запечатленным в памяти подлинным событием и событием вымышленным, что при словесном изложении приводит к противоречивости показаний.

Наряду с законами памяти ложь нарушает законы мышления. Лгущему приходится постоянно контролировать мыслительные процессы, чтобы сообщить суду только сведения, соответствующие легенде. Это требует значительных умственных усилий со стороны допрашиваемого, мысленного "проигрывания" различных вариантов вопросов и ответов. Лжец должен заменить правду элементами недостоверной информации. Чтобы ответить на первый вопрос, лгущий должен осуществить три мыслительные операции, на второй - шесть, на третий - 12 и т.д. в арифметической прогрессии <1>.

<1> См.: Закатов А.А. Указ. соч. С. 47 - 48.

Лжец заранее продумывает свои показания, возможные вопросы и ответы на них, а также старается предугадать реакцию на свои показания со стороны допрашивающих лиц. Продумывание своего будущего поведения и хода рассуждения собеседника называется в психологии рефлексией. Чем выше уровень рефлексии недобросовестного свидетеля, тем сложнее разоблачить его ложные показания.

В связи с тем что психология каждого человека индивидуальна, ложь может быть очень разнообразной. Психологами, юристами и социологами делались попытки классификации лжи. К. Мелитан выделял следующие виды лжи: 1) опущение, 2) преувеличение, 3) приукрашивание <1>.

<1> См.: Мелитан К. Психология лжи. М., 1903. С. 14.

Л.И. Айхенвальд отмечал такие виды лжи: 1) чистая неправда, 2) чистая ложь, 3) фантастическая ложь, 4) патологическая ложь <1>. Как справедливо отмечалось в литературе, недостатком данной классификации является то, что ложь рассматривается как болезненное состояние психики, в то время как к ней прибегают люди в нормальном психическом состоянии <2>.

<1> См.: Айхенвальд Л.И. Криминальная психология. Л., 1928. С. 58.

<2> См.: Закатов А.А. Указ. соч. С. 75.

Авторы коллективной монографии "Техника дезинформации и обмана" называют два вида лжи: полуправду и инсинуацию. Метод полуправды заключается в смешении действительных фактов с клеветой. К инсинуациям относят клевету, преднамеренное злостное измышление с целью опорочить кого-либо, злостный вымысел. По мнению исследователей, ложь может выражаться в ложных выводах из истинных фактов, в смешении клеветы с правдой, в нарушении временных и логических связей между фактами, в представлении их в ложных взаимоотношениях. В тех случаях, когда реальные факты преподносятся в контексте, искажающем их истинное значение, и тем самым порочат кого-либо, имеет место диффамация <1>.

<1> См.: Техника дезинформации и обмана / Под ред. Я.Н. Засурского. М., 1978. С. 72.

А.А. Шмидт отметил четыре вида лжи: 1) утверждение вымышленных фактов, 2) сокрытие действительных фактов, 3) отрицание действительных фактов, 4) подмена фактов или их извращение <1>. Приведенную классификацию нельзя считать последовательной, так как в ней отсутствуют единые принципы классификации. Автор смешивает приемы обработки подлинных фактов со способами лжи и речевыми формами реализации ложных сообщений.

<1> См.: Шмидт А.А. Тактические основы распознавания ложных показаний и изобличения лжесвидетелей: Криминалистическое и криминологическое исследование: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1973. С. 8.

А.А. Закатов выделяет два вида лжи: а) пассивную, заключающуюся в умолчании показаний; б) активную, опирающуюся на сообщение заведомо ложных сведений. Автор называет также подвиды лжи: полная ложь, частичная ложь, запирательство. Активная ложь может состоять из лжи целиком или частично. Частичная ложь подразделяется на: а) полуправду, т.е. смешение действительных фактов с ложными; б) инсинуацию, т.е. завуалированную ложь; в) диффамацию, т.е. подтасовку фактов, придание им ложного вымысла <1>. По существу, все подвиды частичной лжи сводятся к полуправде, т.е. смешению истинной и ложной информации. И.М. Зайцев выделяет несколько форм полуправды в гражданском судопроизводстве: из объяснений и показаний участники процесса исключают отдельные существенные детали, необходимые для установления истины по делу, либо в их объяснениях и показаниях внимание суда обращается лишь на те факты, которые однозначно характеризуют данное лицо с положительной или отрицательной стороны и тем самым обосновывают позицию одной из сторон в рассматриваемом споре. Кроме того, отдельные обстоятельства взаимоотношений конфликтующих сторон явно приукрашиваются <2>. Высказываются и другие мнения о понятиях "ложь", "обман" и "неправда", их целях и признаках <3>.

<1> См.: Закатов А.А. Указ. соч. С. 76 - 77.

<2> См.: Зайцев И.М. Процессуальные функции гражданского судопроизводства. С. 33.

<3> См.: Молчанов В.В. Свидетели и свидетельские показания в гражданском судопроизводстве. С. 304 - 314.

Все способы борьбы с ложью можно подразделить на способы предотвращения лжи и способы изобличения ложных показаний <1>. Ложь всегда легче предотвратить, чем разоблачить. Высказанная ложь создает дополнительные препятствия, поскольку допрашиваемый должен отказаться от уже данных ложных показаний <2>, и тогда к прежним мотивам лжи прибавится еще один - нежелание признаться в лжесвидетельстве <3>. Поэтому нужно стараться предупредить дачу ложных показаний.

<1> В философской литературе средства выявления ложного подразделяют на материальные и интеллектуальные. Первые связаны с эмпирическими способами, вторые - с формально-логическими, теоретическими и ценностными (см.: Никитин А.Г. Познание и заблуждение. М., 1998. С. 157 - 158).

<2> См.: Васильев А.Н., Карнеева Л.М. Указ. соч. С. 95.

<3> См.: Кертэс И. Тактика и психологические основы допроса. М., 1965. С. 153.

В отношении свидетелей гражданская процессуальная, арбитражная процессуальная и административная процессуальная формы предусматривают ряд тактических приемов, направленных на предотвращение лжи. К ним относятся: 1) удаление свидетелей из зала судебного заседания (ст. 163 ГПК

РФ, п. 6 ч. 2 ст. 153 АПК РФ, ст. 148 КАС РФ); 2) отдельный допрос каждого свидетеля (ч. 1 ст. 177 ГПК РФ, ч. 1 ст. 161 КАС РФ); 3) сочетание устной и письменной форм в гражданском и арбитражном процессах, административном судопроизводстве; 4) предупреждение свидетелей об уголовной ответственности (ст. ст. 80, 176 ГПК РФ, ст. 82, п. 7 ч. 2 ст. 153 АПК РФ, ст. 160 КАС РФ). Развитие средств коммуникации позволяет производить допрос свидетелей путем использования систем видеоконференц-связи (ч. 1 ст. 177, ст. 155.1 ГПК РФ, ч. 2 ст. 64 АПК РФ, ст. 142, ч. 2 ст. 161 КАС РФ). Допрос свидетелей путем использования систем видеоконференц-связи производится в случае заявления ими об этом ходатайства или по инициативе суда.

АПК РФ не регламентирует порядок исследования свидетельских показаний, ограничиваясь указанием на то, что арбитражный суд должен непосредственно заслушать показания свидетелей (ч. 1 ст. 162). Специального правила о том, что каждый свидетель допрашивается отдельно, АПК РФ не содержит. Отчасти это связано с тем, что свидетельские показания редко применяются в арбитражном процессе. В целях обеспечения достоверности свидетельских показаний представляется необходимым детализировать порядок допроса свидетелей и, в частности, закрепить в АПК РФ правило, реализующееся на практике, об отдельном допросе каждого свидетеля.

Предупреждение свидетелей об уголовной ответственности традиционно считается одним из способов борьбы с ложью, хотя больших результатов не дает. А.Р. Ратинов отмечал, что действующая процедура предупреждения об уголовной ответственности за лжесвидетельство психологически недостаточно эффективна. Разъяснение прав, обязанностей и ответственности происходит зачастую скороговоркой, без учета культурного уровня допрашиваемого, без апелляции к его гражданским и нравственным чувствам, в обстановке, лишенной торжественности, которая могла бы придать особое значение акту свидетельствования <1>. В правовой литературе в качестве эффективного элемента процессуального ритуала в борьбе с лжесвидетельством предлагается ввести присягу <2>.

<1> См.: Ратинов А. Лжесвидетельство и борьба с ним // Социалистическая законность. 1974. N 5. С. 34.

<2> См.: Ликас А.Л. Культура правосудия. М., 1990. С. 114; Смыслов В.И. Свидетель в советском уголовном процессе: Учебное пособие. М., 1973. С. 62 - 63; Коробеев А.И., Кулешов Ю.И. Лжесвидетельство: наболевшие проблемы правовой ответственности // Российский судья. 2005. N 7.

Присяга - явление не новое для отечественного судопроизводства. Оно известно с древнейших времен <1>. Присяга как самостоятельное средство доказывания предусматривалась Русской Правдой, Псковской судной грамотой, Новгородской судной грамотой, Соборным уложением 1649 г. и другими памятниками русского права <2>. В соответствии со ст. 395 Устава гражданского судопроизводства перед допросом свидетели приводились к присяге по обряду своего вероисповедания. Не допускались к присяге дети до 14 лет, лица евангелического исповедания, пока они не подтверждены, и лица, отлученные от церкви по приговору духовного суда (ст. 372 УГС).

<1> Обзор истории использования присяги в отношении свидетелей см.: Молчанов В.В. Свидетели и свидетельские показания в гражданском судопроизводстве. С. 323 - 326.

<2> См.: Пахман С.В. Указ. соч.; Михайлов М.М. Указ. соч., и др.

В советский период присяга свидетелей была отменена. Декрет СНК РСФСР от 23 января 1918 г. "Об отделении церкви от государства и школы от церкви" закрепил: "Религиозная клятва или присяга отменяется. В необходимых случаях дается лишь торжественное обещание" (п. 7) <1>. Декрет о суде установил следующее: "Свидетели дают показания с предварением ответственности за ложное показание. Принесение присяги отменяется" (п. 14) <2>. Гражданское процессуальное законодательство советского периода присяги не знало. Идея введения присяги при допросе свидетеля и эксперта может быть обоснована следующими аргументами. Во-первых, опыт применения присяги в Конституционном Суде РФ, в котором свидетель и эксперт дают показания под присягой (ст. 64 Закона о Конституционном Суде РФ). Во-вторых, следует предусмотреть право, а не обязанность лица давать показания под

присягой. В связи с этим при оценке показаний свидетеля или заключения эксперта необходимо учитывать дифференциацию юридической значимости показаний, данных под присягой и без нее. В-третьих, введение присяги в гражданском судопроизводстве позволит сделать акцент не на принуждении к даче правдивых показаний, а на убеждении в их необходимости, усилит воздействие моральных факторов на свидетеля, будет стимулировать эксперта к даче верного заключения.

<1> СУ РСФСР. 1918. N 18. Ст. 263.

<2> Там же. N 26. Ст. 347 (420).

Приведение к присяге предусматривается процессуальным законодательством ряда зарубежных стран. Принципиальное значение имеет характер присяги. В зарубежных странах присяга может носить как светский, так и религиозный характер. Характер присяги напрямую зависит от отношений между государством и церковью. В светских государствах церковь (религиозные объединения) отделена от государства (США, Франция, Польша и др.) - для них свойственна присяга нерелигиозного содержания. Показательно в этом смысле законодательство США. Федеральные правила о доказательствах 1975 г. первоначально содержали указание только на присягу с религиозным содержанием. В дальнейшем она была заменена присягой или торжественным обещанием общего характера. В соответствии со ст. 603 названных Правил присяга или торжественное обещание осуществляются в форме, которая призвана побудить сознательность свидетеля и оказать воздействие на его сознание в целях дачи правдивых показаний <1>. В решении Верховного суда США по делу "Торкэсо против Уоткинса" отмечалось следующее: "Верховный суд вновь повторяет и утверждает, что ни штат, ни даже федеральное правительство не могут с помощью конституционных положений принудить лицо публично поклясться в своей вере в Бога или исповедовать определенную религию. Требования исповедовать какую-либо определенную религию или просто верить в существование Бога ничтожны и нарушают конституционные положения о свободе совести и религиозных убеждений" <2>. В то же время законодательство США не исключает возможности принесения присяги религиозного содержания. Например, Кодекс гражданского судопроизводства штата Калифорния (§ 2094а) приводит тексты присяги как с религиозным подтверждением, так и без него <3>.

<1> Federal Rules of Evidence for United States Courts and Magistrates // Federal Rules of Evidence, 2004 - 2005 Edition. Also including California Evidence Code (with selected comments), Uniform Rules of Evidence, Westlaw Electronic research guide, Report on caselaw divergence from FRE. West Group; 3rd Bk & Map edition, 2004.

<2> Цит. по: Медведев И.Р. Ответственность сторон за ложные объяснения в суде // О науке гражданского процесса: Эссе; Ответственность сторон за ложные объяснения в суде. М., 2006. С. 157.

<3> См.: Там же. С. 161.

Приведение к присяге в США является обязательным. Согласно ст. 166 УК штата Калифорния незаконный и сделанный в оскорбительной форме отказ любого лица от приведения к присяге в качестве свидетеля или отказ после приведения к присяге отвечать на любой касающийся дела вопрос рассматриваются как воспрепятствование осуществлению правосудия <1>.

<1> См.: Райкес Б.С. Формы воспрепятствования осуществлению правосудия и производству предварительного расследования (ст. 229 УК РФ) // Российский судья. 2003. N 9. С. 14 - 17.

Государства, в которых узаконена официальная религия (например, в Англии государственной религией является протестантизм - англиканская церковь), присяга имеет, как правило, религиозное содержание, а как исключение - светское. Так, в Акте о присягах Великобритании от 30 июля 1978 г. указывается: "Лицо приносит присягу, держа в руках Новый Завет или, в случае иудейского вероисповедания, Старый Завет, произносит следующие слова: "Я клянусь Всемогущим Богом, что..." (ч. 1

§ 1). "В случае если лицо не исповедует ни христианство, ни иудаизм, клятва может быть дана в любой форме, не противоречащей закону" (ч. 3 § 1) <1>.

<1> Oaths Act. UK Statutes. Sweet & Maxwell UK Law in force. June 30, 1978.

Гражданское процессуальное уложение Германии допускает приведение к присяге с религиозным подтверждением и к присяге без религиозного подтверждения (§ 481). Если лицо, обязанное принести присягу, заявляет, что "не желает присягать по религиозным основаниям или соображениям совести", то оно должно дать подтверждение, которое по силе приравнивается к присяге (§ 484). По ГПУ Германии к присяге приводятся стороны, свидетели, эксперты.

Присяга известна законодательству стран СНГ и Балтии. ГПК Эстонии предписывает приведение к присяге сторон и третьих лиц. Сторона, которая не смогла иными доказательствами доказать обстоятельство, требующее доказывания, либо которая не представила иных доказательств, может для доказывания обстоятельств ходатайствовать о допросе противной стороны или третьего лица (ч. 1 ст. 267). Присяга носит светский характер. Присяга сторон, третьих лиц и свидетелей имеет одно содержание: "Я, (имя), клянусь своей честью и совестью, что расскажу о деле всю правду, ничего не скрывая, без каких-либо добавлений или изменений" (ч. 2 ст. 269 ГПК Эстонии 2005 г.). ГПК Эстонии 1993 г. предусматривал приведение к присяге не только сторон и третьих лиц, но и свидетелей и экспертов (ч. 2 ст. 99, ч. 1 ст. 113, ч. 1 ст. 134).

Клятва нерелигиозного характера предусмотрена ГПК Узбекистана: "Клянусь суду рассказать все известное мне по делу. Буду говорить только правду, всю правду и ничего, кроме правды" (ч. 3 ст. 183).

ГПК Грузии предусматривает присягу свидетелей как в религиозной, так и в нерелигиозной форме (ч. ч. 5 и 6 ст. 153). Если свидетель заявляет, что в силу своих убеждений или по иным соображениям отказывается от принесения присяги, он должен дать свои показания заменяющим клятву подтверждением (ч. 7 ст. 153). Содержание клятвы эксперта определяется тем, что эксперт проводит экспертизу в соответствии с собственными знаниями и совестью (ст. 175 ГПК Грузии).

Российская Федерация в соответствии со ст. 14 Конституции РФ является светским государством, в котором не существует официальной, государственной религии и ни одно из вероучений не признается обязательным или предпочтительным. Государство не возлагает на религиозные объединения выполнение функций органов государственной власти, других государственных органов, государственных учреждений и органов местного самоуправления. Деятельность органов государственной власти и органов местного самоуправления не может сопровождаться публичными религиозными обрядами и церемониями. Должностные лица органов государственной власти не вправе использовать свое служебное положение для формирования того или иного отношения к религии. Показательно в этом отношении решение Европейского суда по правам человека по вопросу приемлемости жалобы от 8 февраля 2001 г. N 47936/99, поданной Г.Н. Питкевич против Российской Федерации. На основании изученных доказательств Европейский суд сделал вывод о том, что заявитель в судебных процессах ставила интересы церкви выше государственных интересов защиты правосудия, что вело к ослаблению авторитета правосудия. Лишение Г.Н. Питкевич полномочий судьи было пропорционально преследуемым законом целям <1>. В России присяга должна носить исключительно светский характер.

<1> Журнал российского права. 2001. N 5. С. 99 - 110.

Существенное значение имеет момент принесения присяги. Зарубежное законодательство по-разному решает этот вопрос. Так, законодательство Германии предусматривает приведение к присяге свидетеля после допроса (§ 392 ГПУ Германии). По ГПК Грузии свидетель приносит присягу после допроса (ч. 2 ст. 153), эксперт - до или после проведения экспертизы (ч. 1 ст. 175). В соответствии с ГПК Эстонии сторона или третье лицо приносят присягу перед дачей показаний (ч. 2 ст. 269).

Цель присяги - предупредить сообщение недостоверных сведений. Поэтому принесение присяги до допроса предпочтительнее.

Допрос свидетелей включает основной допрос и перекрестный. Основной допрос состоит в том, что вызванное лицо дает показания в форме свободного рассказа. Вторым этапом является вопросно-ответная стадия. Наиболее ярким проявлением состязательности в исследовании свидетельских показаний призван стать перекрестный допрос. Перекрестный допрос в российском гражданском процессе - допрос одного лица по одному и тому же обстоятельству судом и другими лицами, участвующими в деле, и их представителями. Первым задает вопрос лицо, по заявлению которого вызван свидетель, и его представитель, затем другие лица, участвующие в деле, и их представители.

В действующем законодательстве перекрестный допрос предусмотрен только для исследования свидетельских показаний, что подтверждает достаточно активную позицию суда в исследовании доказательств, поскольку суду предоставляется право участвовать в допросе свидетеля. В странах традиционно состязательного судопроизводства (США, Англия) перекрестный допрос ведется адвокатами сторон.

Значение перекрестного допроса в борьбе с ложью трудно переоценить. Постановка вопросов участников процесса, занимающих различное процессуальное положение, позволяет уточнить, детализировать показания, выявить противоречия, устранить неполноту показаний, проверить их достоверность и получить правдивые показания. "...Перекрестный допрос есть то искусство, посредством которого можно заставить человека отречься от всего, что он знает, и назвать себя не своим именем. Это справедливо; но для людей честных и умелых это средство раскрыть то, что без него осталось бы недоступным для суда..." <1>.

<1> Сергеич П. Указ. соч. С. 151.

В чисто состязательном процессе адвокаты обеих сторон во время допроса вправе заявлять ходатайства о снятии тех или иных вопросов. Ходатайство разрешает судья, руководствуясь нормами доказательственного права. Право сторон заявлять ходатайства о снятии вопросов имеет положительную и отрицательную составляющие. С одной стороны, это яркое проявление состязательности процесса; с другой стороны, адвокаты нередко заявляют ходатайства о снятии вопросов, чтобы прервать показание, которое причиняет вред стороне, сбить ритм допроса. Судья имеет право задавать вопросы, но делает это очень редко, чтобы избежать влияния на присяжных. Российское законодательство не предоставляет сторонам и их представителям права заявлять ходатайства о снятии вопросов противоположной стороны. Это нетрадиционно для российского судопроизводства и объясняется достаточно активной ролью суда в процессе. Представляется, что было бы логично, если бы право сторон представлять доказательства сочеталось с правом ходатайства о порядке их исследования.

Эффективными средствами изобличения ложных показаний свидетелей могут выступать повторный допрос свидетелей и использование противоречий между свидетельскими показаниями и другими доказательствами. Выявив в ходе допроса противоречие, суд обращает на него внимание свидетеля. При этом допрашиваемому следует задать вопрос о том, подтверждает ли он свои показания и правильно ли суд их понял. При положительном ответе допрашиваемому предъявляются доказательства. Основное правило в этом плане состоит в том, чтобы с помощью доказательств допрашиваемому была передана достоверная информация, не вызывающая сомнений.

Известны три способа предъявления доказательств: 1) последовательно и по нарастающей силе воздействия каждого доказательства, 2) с расчетом на эффект воздействия решающего доказательства, 3) предъявление всей совокупности доказательств одновременно. После предъявления собранных по делу доказательств свидетелю предлагают объяснить противоречие в показаниях. Совершенствование процессуального порядка допроса свидетелей, изобличение и предотвращение лжи в их показаниях приведут к их более широкому использованию в судопроизводстве.

§ 4. Оценка свидетельских показаний

Оценка - необходимый и заключительный этап доказывания. Оценка свидетельских показаний позволяет определить доказанность обстоятельств дела, относимость и допустимость данного средства

доказывания, отграничить ложную информацию от достоверной.

Доказательства неоднородны: есть прямые и косвенные, первоначальные и производные, и потому существуют два способа доказывания. Познание обстоятельств дела возможно путем использования информационной и логической моделей доказывания <1>. Информационная модель основана на познании информационного содержания совокупности собранных по делу доказательств. Содержание знания дается "в готовом виде" путем получения информации о самом устанавливаемом факте. Информационный путь доказывания используется при наличии прямых доказательств по делу. Сведения о фактах составляют содержание информации, полученной из установленных законом средств доказывания; закрепленные в процессуальной форме, они получили название исходных доказательств.

<1> См.: Орлов Ю.К. Заключение эксперта как источник выводного знания в судебном доказывании (уголовно-процессуальные, криминалистические и логико-гносеологические проблемы): Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1985. С. 13; Зайцев И.М. Информационная и логическая модели судебного доказывания // Проблемы осуществления правовой реформы. Тюмень, 1990. С. 189 - 191.

Свидетельские показания - это сообщаемые юридически незаинтересованным лицом сведения о фактах, имеющие значение для дела. С точки зрения логики они представляют суждение, т.е. мысль, в которой утверждается или отрицается связь между предметом и его признаком.

Таким образом, исходные доказательства имеют логическую форму суждений. Суд может принять информацию, содержащуюся в доказательстве о принадлежности или непринадлежности признака предмету, только в случае, если она имеет форму категорического суждения. Как правило, все исходные доказательства имеют форму таких суждений. Те суждения, которые что-либо утверждают или отрицают относительно одного предмета (конкретного лица, вещи, события и т.п.), носят название единичных.

В гражданском процессе наиболее распространен информационный характер свидетельских показаний.

Судебная практика. В деле о расторжении трудового договора по инициативе работника, взыскании невыплаченной заработной платы, компенсации морального вреда свидетель З.Д.О. показала, что с ноября 2013 г., на период отпуска Т.В.БА., она работала у ИП А.В.И. кладовщиком. В начале 2014 г. после выхода из отпуска Т.В.БА. больше у ИП А.В.И. не работала <1>.

<1> Апелляционное определение Суда Чукотского автономного округа от 20 февраля 2017 г. по делу N 33-24/2017 // СПС "КонсультантПлюс".

Свидетельские показания могут выступать как в форме прямых и первоначальных доказательств, так и в форме косвенных и производных. Известно, что для обоснования верного вывода о факте необходимо несколько косвенных либо совокупность прямых и косвенных доказательств. Последние включают информационные знания, оперируя которыми суд строит вывод об искомых фактах.

Гражданское процессуальное законодательство не ограничивает использования производных доказательств. Так как производные доказательства воспроизводят содержание другого доказательства, то между производным доказательством и искомым фактом находится еще одно доказательство, которое воссоздается производным. Показания свидетелей-очевидцев - это первоначальные доказательства. Показания свидетелей, содержащие сведения, полученные от других лиц, - производные. Безусловно, производные доказательства нельзя рассматривать как второсортные, но в связи с их большей отдаленностью от фактических обстоятельств они часто менее достоверны, чем первоначальные. Поэтому суд должен стремиться исследовать первоначальные доказательства, а производные использовать для их обнаружения. Познание фактов осуществляется по следующей схеме: производное доказательство - первоначальное доказательство - вывод.

Таким образом, косвенные и производные доказательства имеют две ступени познания: информационную и логическую. Сущность последней состоит в проведении логических операций с уже имеющимися доказательствами. При условии их достаточности и достоверности формулируется вывод,

т.е. выводное знание. Получение его возможно только при условии, если выводное и исходное доказательства взаимосвязаны. Выводные доказательства, так же как и исходные, имеют логическую форму единичных суждений. Они содержат сведения о совершении лицом конкретных действий, о событии, вещах и т.д. <1>.

<1> См.: Эйсман А.А. Логика доказывания. М., 1971. С. 18 - 19.

Соответственно двум моделям доказывания можно выделить два способа оценки доказательств: оценку исходных доказательств и оценку выводных знаний. Оценка исходных доказательств носит традиционный характер, и ее специфика зависит от обстоятельств дела. С позиций логики это наиболее простой способ оценки доказательств. Оценке подлежат сведения о фактах, интересующих суд. Суд должен оценить два момента: само доказательство с точки зрения фактических данных и его источник. По 90% дел рассматриваемый способ используется при оценке свидетельских показаний.

Оценка выводных знаний связана с большими сложностями. При оценке доказательств, полученных в результате использования логической модели доказывания, необходимо учитывать следующие особенности:

- 1) получение выводных знаний посредством умозаключений с исходными доказательствами;
- 2) зависимость истинности выводного знания от достоверности исходного;
- 3) обусловленность правильности выводного знания соблюдением логических законов;

4) специфика фиксации выводного доказательства, которое формулируется в процессуальных документах. При оценке выводного знания суд оценивает исходное доказательство с точки зрения фактических данных и источника, правильность построения выводного знания, его способность установить доказываемое обстоятельство.

Характер оценки свидетельских показаний зависит от того, каким субъектом она осуществляется. Вопрос о субъектах оценки доказательств не получил в правовой литературе окончательного решения.

Бесспорным является признание суда в качестве основного субъекта оценки доказательств. Статья 67 ГПК РФ, ст. 71 АПК РФ и ст. 84 КАС РФ возлагают на суд обязанность по оценке доказательств. Следовательно, оценка судом доказательств носит властный, обязательный характер, и она отражается в судебных постановлениях.

Известно, что в порядке гражданского судопроизводства дела могут рассматриваться как судьей единолично, так и судом - коллегиальным органом. Мышление любого человека самостоятельно и индивидуально. Поэтому в процессе исследования доказательств каждый судья осуществляет познание обстоятельств дела изолированно и соответственно формулирует суждение. При постановлении решения оценочные выводы судей соединяются и превращаются в оценочные выводы суда. Таким образом, субъектом оценки выступают как отдельные судьи, так и судебный коллективный орган <1>.

<1> В связи с изложенным нельзя согласиться с мнением А.Г. Коваленко о невозможности существования коллективного судейского убеждения (см.: Коваленко А.Г. Институт доказывания в гражданском и арбитражном судопроизводстве. М., 2002. С. 129).

В специальной литературе было высказано мнение, что суд является "единственным и исключительным субъектом формулирования доводов (мотивов)" оценки доказательств <1>. Представляется, что данное мнение требует уточнения. В доказательственную деятельность активно включаются лица, участвующие в деле, и их представители. Согласно ст. 35 ГПК РФ, ст. 41 АПК РФ и ст. 45 КАС РФ лица, участвующие в деле, вправе представлять и исследовать доказательства. Они могут возражать против ходатайств, доводов и соображений других лиц и т.д. В АПК РФ, ГПК РФ и КАС РФ нет прямого указания относительно права участников процесса осуществлять оценку доказательств. В

действительности оценочные суждения формулируют и лица, участвующие в деле, так как для осуществления прав по доказыванию, заявлению ходатайств, доводов и т.д. необходимо осмыслить сведения о фактах, оценить имеющийся фактический материал, сформулировать выводы. Поэтому справедливы утверждения О.В. Иванова и Б.Т. Матюшина о том, что оценку доказательств осуществляет не только суд, но и лица, участвующие в деле <1>. Оценочные суждения лиц, участвующих в деле, и суда имеют неодинаковое значение. Для выводов суда характерен властный характер, поскольку они находят отражение в судебных постановлениях. Оценочные суждения лиц, участвующих в деле, носят вспомогательный характер.

<1> См.: Коваленко А.Г. Институт доказывания в гражданском и арбитражном судопроизводстве. С. 119.

<2> См.: Иванов О.В. Судебные доказательства в гражданском процессе: Курс лекций. С. 112 - 113; Матюшин Б.Т. Субъекты и характер оценки доказательств в стадии судебного разбирательства // Вопросы развития теории гражданского процессуального права / Под ред. С.А. Ивановой, М.К. Треушникова. М., 1981. С. 126 - 127.

Определенное влияние на формирование оценочных выводов суда способны оказать свидетельские показания. Свидетель осмысливает сведения, сообщаемые суду. Оценочные выводы свидетеля не обязательны для суда, но могут быть приняты к сведению и оказать помощь в оценке собранного материала.

Таким образом, всех субъектов оценки доказательств в зависимости от ее юридической значимости можно подразделить на: а) субъектов властной оценки; б) субъектов вспомогательной оценки, чьи выводы влияют на совершение процессуальных действий (лица, участвующие в деле); в) субъектов дополнительной оценки, мнение которых необязательно для суда, но способно в определенной мере помочь правильно оценить доказательства.

Оценка доказательств - это не единовременный акт. Она осуществляется на протяжении всего процесса доказывания параллельно представлению, собиранию и исследованию доказательств. Оценка доказательств на различных этапах доказывания имеет неодинаковое значение. В процессуальной литературе в зависимости от уровня познания принято различать предварительную и окончательную оценки <1>. Б.Т. Матюшин добавляет завершающую стадию оценки доказательств <2>. М.К. Треушников называет три уровня оценки доказательств: предварительный, окончательный и контрольный <3>. С.М. Михайлов выделяет проверочную оценку <4>.

<1> См.: Иванов О.В. Судебные доказательства в гражданском процессе: Курс лекций. С. 113.

<2> См.: Матюшин Б.Т. Общие вопросы оценки доказательств в судопроизводстве. Хабаровск, 1987. С. 20 - 22.

<3> См.: Треушников М.К. Судебные доказательства. М., 2005. С. 156 - 158.

<4> См.: Михайлов С.М. Исследование и оценка доказательств судом кассационной инстанции в гражданском процессе // Новеллы гражданского процессуального права. М., 2004. С. 90.

Указанные классификации оценки доказательств не противоречат, а дополняют друг друга и отличаются лишь степенью детализации. Субъектами предварительной и завершающей оценки являются все участники процесса, субъектом окончательной оценки - только суд. К субъектам контрольной оценки следует отнести суды вышестоящих инстанций.

ГПК РФ 2002 г., АПК РФ 2002 г. и КАС РФ 2015 г. еще раз подтвердили действие принципа свободной оценки доказательств в гражданском и арбитражном процессах. Впервые он появился в России в результате Судебной реформы 1864 г. Известный русский юрист Т.М. Яблочков писал: "Так как убеждение есть дело чисто субъективное, то суд не может быть стеснен в суждении о достоверности и правильности представляемых сторонами доказательств. Вот почему закон предоставляет суду право

свободной оценки доказательств" <1>.

<1> Яблочков Т.М. Учебник русского гражданского судопроизводства. С. 66.

Принцип свободной оценки доказательств закреплен в процессуальном законодательстве ряда зарубежных стран. Так, ГПУ Германии устанавливает: 1) суд должен, учитывая содержание всех заседаний и результаты собирания доказательств, если таковое проводилось, по своему внутреннему убеждению определить, следует ли считать фактическое утверждение истинным. В определении суда должны указываться основания, которыми руководствовались судьи; 2) законными правилами доказывания суд связан только в случаях, названных в Кодексе (§ 286). В гражданском судопроизводстве Франции свободная оценка доказательств сочетается с формальной оценкой. Последняя связана с формальной концепцией построения доказательственной системы. В ее рамках судья не устанавливает действительность факта на основе своего внутреннего убеждения, а исходит из совокупности представленных доказательств, которые предписывают достоверность, презюмируемую законом. Законодатель определяет обязательность для судьи того или иного средства доказывания, приоритет одного доказательства над другим <1>. В связи с этим представляется ошибочным утверждение А.Г. Коваленко о закреплении в ГПК Франции только принципа свободной оценки доказательств <2>.

<1> Andre G. Du principe de la **neutralité** du juge dans l'instruction des affaires civiles. Paris, 1910. P. 17; Chabas F., Mazeaud J., Mazeaud H. Lecons de droit civil. 10 ed. 1991. No 388. P. 517.

<2> См.: Коваленко А.Г. Институт доказывания в гражданском и арбитражном судопроизводстве. С. 97.

В отдельных работах последних лет стали встречаться утверждения о том, что нет абсолютно свободной оценки доказательств. Аргументация сводится к тому, что суд связан теми или иными процессуальными преюдициями, презумпциями, правилами допустимости, обязательности тех или иных доказательств <1>. Представляется, что сторонники данной позиции подменяют понятие "свободная оценка доказательств" тезисом о несвязанности субъекта оценки доказательств самим законом. Несмотря на то что ГПК РФ и АПК РФ исключили законность из числа критериев оценки доказательств, трудно предположить, что суд может оценивать доказательства без учета требований норм права. В литературе справедливо обращается внимание на единство внутренней и внешней системы оценки доказательств, внутреннего убеждения и законодательного регулирования <2>.

<1> См.: Снегирев Е.А. Оценка доказательств по внутреннему убеждению: Дис. ... канд. юрид. наук. Воронеж, 2002. С. 47; Коваленко А.Г. Институт доказывания в гражданском и арбитражном судопроизводстве. С. 112 - 113.

<2> См.: Лельчицкий К.И. Проблемы оценки доказательств в гражданском процессе: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008. С. 9.

Принцип свободной оценки доказательств включает в себя две составляющие: 1) обязанность суда оценивать доказательства по внутреннему убеждению; 2) непредустановленность судебных доказательств.

Доказательства оцениваются судом по внутреннему убеждению, которое представляет собой динамически развивающееся, эмоционально окрашенное отношение судьи к истинности результатов познания обстоятельств, имеющих процессуальное и материально-правовое значение, к их правовой сути, а также к самим этим обстоятельствам; отношение, определяющее готовность судьи к принятию решения по делу и складывающееся в условиях процессуально-правовой регламентации <1>.

<1> См.: Чиганова С.Д. Формирование убеждения суда первой инстанции в исковом производстве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Томск, 1985. С. 9.

Оценка доказательств по внутреннему убеждению представляет собой единство объективных и субъективных факторов. К объективным относятся фактические данные, а к субъективным - чувство убежденности судьи в правильности своих выводов.

Каждый судья оценивает доказательства самостоятельно, руководствуясь только собственными суждениями, сформировавшимися в ходе судебного исследования. Судья может свободно высказывать свое мнение о ценности доказательств, основывая выводы лишь на собственном убеждении. Гарантией оценки доказательств по внутреннему убеждению выступает правило ч. 2 ст. 390 и ч. 2 ст. 391.12 ГПК РФ, ст. ст. 287 и 305 АПК РФ, ч. 3 ст. 329 КАС РФ, ч. 3 ст. 342 КАС РФ. При рассмотрении дела в кассационном и надзорном порядке суд кассационной или надзорной инстанции не вправе устанавливать или считать доказанными обстоятельства, которые не были установлены либо отвергнуты судом первой или апелляционной инстанции, либо решать вопросы о достоверности или недостоверности того или иного доказательства, преимуществе одних доказательств перед другим и определять, какое судебное постановление должно быть принято при новом рассмотрении дела.

При наличии оснований для пересмотра дела по новым и вновь открывшимся обстоятельствам суд отменяет судебное постановление и дело рассматривается в порядке производства суда первой инстанции. В связи с отсутствием правовой регламентации представляется целесообразным применение по аналогии ч. 2 ст. 390 и ч. 2 ст. 391.12 ГПК РФ либо ч. 2 ст. 287 и ч. 4 ст. 305 АПК РФ. Передавая дело на новое рассмотрение, суд не вправе устанавливать или считать доказанными обстоятельства, которые были приняты в решении или отвергнуты им, предрешать вопрос о достоверности или недостоверности того или иного доказательства, о преимуществе одних доказательств перед другими, о том, какая норма материального права должна быть применена, какое решение должно быть вынесено. Несмотря на то что дело рассматривается в том же суде, судьи не должны быть связаны выводами, которыми руководствовался суд вышестоящей инстанции при вынесении определения о пересмотре решения по новым и вновь открывшимся обстоятельствам.

В специальной литературе справедливо отмечается сложность психологических процессов, происходящих при оценке доказательств <1>. Формирование внутреннего убеждения при оценке доказательств обусловлено рядом факторов, к которым можно отнести стереотипность судейского мышления, возникновение у судьи предубеждения против конкретного участника процесса, влияние средств массовой информации и общественного мнения, судебную практику, правовые эмоции, правовые чувства и некоторые другие.

<1> См.: Резниченко И.М. Внутреннее судейское убеждение и правовые чувства // Теория и практика установления истины в правоприменительной деятельности. Иркутск, 1985; Решетникова И.В. Курс доказательственного права в российском гражданском судопроизводстве. С. 201 - 202.

Часть 1 ст. 67 ГПК РФ, ст. 84 КАС РФ и ч. 1 ст. 71 АПК РФ определили условия оценочной деятельности суда. Внутреннее убеждение судьи формируется в результате беспристрастного, всестороннего, полного, объективного и непосредственного рассмотрения имеющихся в деле доказательств. Всесторонность предполагает оценку всей совокупности доказательств во взаимосвязи, необходимой для обоснования требований истца и возражения ответчика. Полнота означает необходимость оценки доказательств с точки зрения их достаточности для истинного вывода. Требование объективности связано с положением суда в состязательном процессе. В соответствии со ст. 56 ГПК РФ представление доказательств является правом и обязанностью сторон. Стороны на протяжении всего процесса вправе просить о вызове свидетелей, о приобщении к делу представленных ими письменных доказательств либо об истребовании их от других лиц, о приобщении к делу вещественных доказательств и их проверке, о назначении экспертизы. Суд оценивает тот доказательственный материал, который представлен сторонами. По общему правилу у суда отсутствует право по собственной инициативе истребовать доказательства, что позволяет ему объективно оценивать как отдельно взятое доказательство, так и их совокупность. В то же время оказание процессуальной помощи сторонам в формировании доказательственного материала создает дополнительные гарантии установления

действительных обстоятельств дела. Непосредственное исследование доказательств означает, что суд имеет право оценивать только те доказательства, которые восприняты им непосредственно в ходе судебного разбирательства по правилам ч. 1 ст. 157 ГПК РФ или ст. 162 АПК РФ. Оценивая доказательства с точки зрения непосредственности, суд должен оценить соблюдение порядка их представления, получения, изучения. Объяснения сторон и третьих лиц, показания свидетелей, заключения экспертов заслушиваются судом. Суд знакомится с письменными доказательствами, осматривает вещественные доказательства, прослушивает аудиозаписи и просматривает видеозаписи. В ходе непосредственного исследования доказательств особое внимание суд уделяет устранению противоречий, имеющих между доказательствами.

В ГПК РФ 2002 г. и АПК РФ 2002 г. четко определены общие критерии оценки доказательств. Суд оценивает относимость, допустимость, достоверность каждого доказательства в отдельности, а также достаточность и взаимную связь доказательств в их совокупности (ч. 3 ст. 67 ГПК РФ, ч. 2 ст. 71 АПК РФ, ст. 84 КАС РФ). Названные нормы позволяют выделить два вида критериев оценки доказательств: **индивидуальные**, предусмотренные для каждого доказательства в отдельности (относимость, допустимость, достоверность), и **системные**, применяемые для всей системы доказательств по данному делу (достаточность и взаимная связь) <1>.

<1> Подробнее об этом см.: Фокина М.А. Оценка доказательств и новый Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации // Арбитражный и гражданский процесс. 2003. N 6.

Внутреннее убеждение судей при оценке доказательств логически связано с принципом непредустановленности судебных доказательств. Доказательственная сила, достоверность, достаточность, полнота отдельного доказательства и всей их совокупности оцениваются судом по существу. Никакие доказательства не имеют заранее установленной силы (ч. 2 ст. 67 ГПК РФ, ч. 5 ст. 71 АПК РФ, ч. 2 ст. 84 КАС РФ). Это уже ставшее традиционным в гражданском процессуальном и арбитражном процессуальном праве положение действующие ГПК РФ и АПК РФ развили и дополнили. В судебном решении суд должен привести мотивы, по которым одни доказательства приняты в качестве средств обоснования выводов суда, а другие отвергнуты судом, а также по которым одним доказательствам отдано предпочтение перед другими.

Общие принципы оценки доказательств в полной мере могут быть отнесены к свидетельским показаниям. Вместе с тем необходимо учитывать специфические критерии такой оценки. Закон не устанавливает четких критериев оценки отдельных средств доказывания, что вызывает сложности в практической деятельности. Как показывают результаты обобщенной судебной практики, суды только по 30% дел действительно оценивают свидетельские показания. В остальных случаях суд ограничивается ссылкой на них, как правило, учитывая только одно - заинтересован или не заинтересован свидетель. Этого явно недостаточно.

Оценка каждого средства доказывания имеет свой оптимальный вариант. Можно предложить последовательность оценки свидетельских показаний по следующим критериям:

- 1) соотношение свидетельских показаний с предметом доказывания по конкретному гражданскому делу;
- 2) допустимость свидетельских показаний для установления тех или иных обстоятельств;
- 3) заинтересованность свидетеля в разрешении разбираемого требования, его способность с учетом индивидуальных качеств правильно воспринять, запомнить и воспроизвести в зале судебного заседания известную информацию;
- 4) степень подробности его показаний и их достаточности для формирования определенных сведений;
- 5) соответствие показаний имеющимся в деле средствам доказывания.

Оценка любого доказательства должна начинаться с выяснения его относимости. При этом надо установить:

1) связь фактических данных, содержащихся в свидетельских показаниях, с обстоятельствами дела;

2) их способность подтвердить или опровергнуть обстоятельства, имеющие значение для дела;

3) содержат ли они информацию о фактах предмета доказывания, доказательственных фактах, а также фактах, имеющих процессуальное значение либо необходимых для установления причин правонарушения, оказания воспитательного воздействия на граждан в целях формирования уважительного отношения к закону и суду.

Оценить допустимость свидетельских показаний - значит установить возможность их использования в судопроизводстве по конкретному делу. Оценка допустимости свидетельских показаний направлена на проверку: а) соответствия формы гражданско-правовых сделок требованиям законодательства; б) возможности допроса лица в качестве свидетеля. Последнее необходимо оценивать с учетом права определенных категорий лиц на иммунитет от свидетельства.

Наибольшую сложность вызывает оценка свидетельских показаний с учетом заинтересованности свидетеля. Как показывает практика, большинство свидетелей находятся со сторонами в родственных, соседских, дружеских отношениях. Данный фактор способен оказать существенное влияние на достоверность сообщаемых сведений. О прямой зависимости между достоверностью показаний и фактической заинтересованностью говорить нельзя, но учитывать ее при оценке свидетельских показаний необходимо. Свидетель может состоять в указанных отношениях, быть заинтересованным в деле и давать на этой почве ложные показания.

Суд должен выяснить вопрос о возможной заинтересованности свидетеля, установив взаимоотношения между ним и лицами, участвующими в деле (ч. 2 ст. 177 ГПК РФ, ч. 3 ст. 161 КАС РФ). Оценка свидетельских показаний с учетом возможной заинтересованности свидетеля является важнейшим условием их правильной оценки.

Причины заинтересованности свидетеля в исходе дела разнообразны. К ним могут быть отнесены: желание помочь близкому человеку, неприязненные отношения, месть, стремление скрыть неблагоприятный поступок, давление со стороны заинтересованных лиц, служебная зависимость и т.п.

По мотивам заинтересованности, в сочетании с другими обстоятельствами, суд может отвергнуть свидетельские показания при вынесении решения. Так, по иску о взыскании суммы долга Судебная коллегия Московского городского суда отвергла показания свидетеля Х. Судебная коллегия мотивировала это тем, что свидетель находится с истцом в дружеских отношениях, имеет косвенную заинтересованность в деле, его показания противоречат другим имеющимся по делу доказательствам <1>.

<1> Апелляционное определение Московского городского суда от 24 апреля 2013 г. N 11-17151 // СПС "КонсультантПлюс".

Оценку свидетельских показаний следует осуществлять в совокупности с другими доказательствами.

На содержание свидетельских показаний могут оказывать известное влияние личностные качества свидетеля: образ жизни, профессия, пол, возраст, темперамент и другие психологические особенности личности.

При оценке свидетельских показаний необходимо выяснить уровень их конкретности. Конкретными следует признать те свидетельские показания, в которых содержатся сведения об определенных фактах, входящих в предмет судебного познания.

Судебная практика. Судебная коллегия по гражданским делам Забайкальского краевого суда по иску Э.Г.Н. к К. о признании К. утратившей право пользования жилым помещением, снятии с регистрационного учета оценила показания свидетелей со стороны ответчицы как не конкретные. Их пояснения о том, что К. пыталась вселиться в жилое помещение, но Э.Г.Н. этому всячески препятствовал,

не конкретны, поскольку суд не выяснил, когда и при каких обстоятельствах ответчица предпринимала попытки к вселению, каким образом истец препятствовал ей в этом, в то время как Э.Г.Н. утверждает об обратном <1>.

<1> Апелляционное определение Забайкальского краевого суда от 5 июня 2012 г. по делу N 33-1591-2012 // СПС "КонсультантПлюс".

В процессуальной литературе разработана методика оценки достаточности доказательств. Достаточность доказательств - это их объективное свойство, выражающееся во взаимоотношениях доказательственной информации (фактических данных) между собой, позволяющее в единстве воссоздать образ отдельных сторон (фактов) и спорного материального правоотношения <1>. Достаточность доказательств определяется с учетом предмета доказывания и спорного материального правоотношения.

<1> См.: Матюшин Б.Т. Общие вопросы оценки доказательств в судопроизводстве. С. 42.

Существуют два вида оценки достаточности доказательств: оценка достаточности всей совокупности доказательств и оценка достаточности отдельного доказательства. Б.Т. Матюшин определяет достаточность отдельного доказательства как возможность суда воспринять весь объем содержащихся в нем фактических данных. Судья, определяя круг свидетелей, подлежащих вызову в судебное заседание, должен выяснить, сведениями о каких фактах они располагают. В противном случае в ходе судебного заседания могут быть получены неполные сведения о фактах <1>. Автор смешивает полноту свидетельских показаний и их достаточность. Полнота свидетельских показаний связана с субъективным фактором и выражается в исчерпывающем изложении свидетелем информации об обстоятельствах дела. Достаточность показаний определяется сведениями свидетеля о юридически значимых фактах.

<1> См.: Матюшин Б.Т. Общие вопросы оценки доказательств в судопроизводстве. С. 45.

Важное значение при оценке доказательств имеет определение достоверности свидетельских показаний. Учитывая специфические качества данного средства доказывания, оценка по данному параметру представляет большую сложность. Оценить достоверность свидетельских показаний - значит установить их соответствие действительности.

Известны различные способы оценки достоверности свидетельских показаний. К их числу относятся: оценка источника доказательств с точки зрения его доброкачественности, сопоставление с другими доказательствами по делу, проверка внутренней согласованности показаний.

Оценка источников доказательств - необходимый элемент оценки доказательств, с помощью которого определяется, не может ли источник доказательств привести к необъективным, ложным или неправильным показаниям. При изучении свидетеля как источника доказательств необходимо учитывать возраст, профессиональную подготовку, наличие фактической заинтересованности.

Существенное влияние на достоверность свидетельских показаний оказывают условия восприятия, сохранения и воспроизведения фактов. Суд учитывает условия, при которых свидетелем воспринимались искомые факты, способности свидетеля узнавать те или иные сведения по объективным причинам (быстрота события, расстояние от воспринимаемого события и т.д.), состояние органов чувств. На качество воспроизведения фактических обстоятельств дела существенно влияют такие факторы, как состояние психики, свойство памяти, направленность внимания. При оценке показаний свидетелей следует учитывать время сохранения в памяти информации. Например, по делам о признании гражданина умершим, признании брака недействительным суд сталкивается с оценкой показаний свидетелей, которые воспринимали факты несколько лет назад. Поэтому в памяти свидетеля некоторые факты могут не сохраниться.

Значительную помощь в определении способности лица свидетельствовать может оказать психиатрическая, психологическая или психолого-психиатрическая экспертиза. Цель подобных исследований - диагностика психических свойств и состояний, определение отношения к ситуации и влияние последней на поведение лица, обобщенная интерпретация психологических данных о личности.

В ходе специального психиатрического исследования определяется, мог ли испытуемый по своему психическому состоянию правильно воспринимать обстоятельства, имеющие значение для дела, и может ли он давать о них правильные показания. С помощью психологической экспертизы, учитывая уровень психического развития и индивидуальные психологические особенности, а также условия конкретной ситуации, можно установить способность свидетеля правильно воспринимать факты, устанавливаемые судом, и давать о них правильные показания. В ходе экспертного исследования выявляются психические особенности личности, дается психологический анализ ситуации, делается вывод об особенностях восприятия фактов. Т.В. Сахнова предлагает признать обязательным проведение психологической экспертизы, если в качестве свидетелей выступают несовершеннолетние <1>. Ее рекомендации заслуживают внимания.

<1> См.: Сахнова Т.В. Зачем суду психолог? С. 53.

При оценке показаний несовершеннолетних свидетелей необходимо учитывать специфику восприятия события несовершеннолетними, их склонность к внушаемости, фантазиям, неумение логично излагать свои мысли. По уголовным делам практически все малолетние и несовершеннолетние свидетели проходят психолого-психиатрическую экспертизу. Ее проводят специалисты, обладающие познаниями в области судебной, детской и подростковой психиатрии и психологии. Обследование проходят малолетние и несовершеннолетние свидетели, как психически здоровые, так и с различными аномалиями психического развития. В то же время для детей характерны наблюдательность и непосредственность. Оценивая показания несовершеннолетних свидетелей, необходимо учитывать их положительные и отрицательные качества.

В ряде европейских стран (Германия, Швеция, Англия) проводится экспертиза достоверности свидетельских показаний. Российское законодательство подобное не предусматривает. Заключение эксперта подлежит оценке на общих основаниях, как и другие доказательства по делу. Оценка достоверности показаний свидетелей - компетенция суда.

Главным в оценке доказательств является анализ содержательной стороны. Для этого применяются два метода: сопоставление с другими доказательствами и определение внутренних противоречий свидетельских показаний.

Свидетельские показания исследуются и оцениваются судом в совокупности с другими доказательствами. Верховный Суд РФ направил дело о признании договора купли-продажи недействительным, применении последствий недействительности ничтожной сделки на новое рассмотрение в суд апелляционной инстанции, поскольку суд не отразил в Апелляционном определении результаты оценки каждого из представленных доказательств, в том числе полученные из объяснений сторон и показаний свидетелей, в отдельности, а также взаимную связь в их совокупности <1>.

<1> Определение Верховного Суда РФ от 19 сентября 2017 г. N 77-КГ17-22 // СПС "КонсультантПлюс".

Противоречия между показаниями свидетелей послужили основанием для отказа в удовлетворении требования об оспаривании договора дарения доли земельного участка и жилого дома, поскольку в материалах дела отсутствуют объективные и квалифицированные сведения о психосоматическом состоянии наследодателя в исследуемый период времени <1>.

<1> Апелляционное определение Липецкого областного суда от 13 января 2016 г. по делу N

33-5/2016 // СПС "КонсультантПлюс".

Противоречия в показаниях одного и того же свидетеля - характерный признак ложности показаний. Давая ложную информацию (полностью или частично), лжесвидетель может до конца не продумать логическую цепочку изложения, вследствие чего возникает несоответствие между сообщаемыми сведениями. Наличие противоречий в свидетельских показаниях является доказательством их недостоверности.

В случае несоответствия доказательств по меньшей мере одно из утверждений является ложным. Показания можно признать ложными при противоположном освещении или отрицании обстоятельств, установленных другими доказательствами, при явно неполном освещении события, при ссылках на плохую память относительно обстоятельств, которые свидетель воспринимал и не мог запомнить.

По завершении оценки свидетельских показаний отдельно и в совокупности с другими доказательствами у суда формируется внутреннее убеждение, выступающее как результат оценки доказательств. Оно закрепляется в мотивировочной части судебного решения, выражающей мнение суда относительно доказанности или недоказанности фактов, составляющих предмет и пределы судебного доказывания.

Глава 4. ПИСЬМЕННЫЕ ДОКАЗАТЕЛЬСТВА В ГРАЖДАНСКОМ И АРБИТРАЖНОМ ПРОЦЕССАХ, А ТАКЖЕ В АДМИНИСТРАТИВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ

§ 1. Общая характеристика письменных доказательств. Отграничение письменных доказательств от иных средств доказывания

В цивилистическом процессе под влиянием принципа письменности в течение долгого времени действовало правило, согласно которому судебное решение основывалось исключительно на письменно зафиксированном (**quod non est in actis, non est in mundo**), замещенное в середине XIX в. сочетанием письменных и устных начал <1>. Сегодня в целом письменные доказательства - это содержащие сведения об обстоятельствах, имеющих значение для рассмотрения и разрешения дела акты, договоры, справки, деловая корреспонденция, иные документы и материалы, выполненные в форме цифровой, графической записи, в том числе полученные посредством факсимильной, электронной или другой связи, с использованием информационно-телекоммуникационной сети Интернет, документы, подписанные электронной подписью, либо выполненные иным позволяющим установить достоверность документа способом (ч. 1 ст. 71 ГПК РФ, ч. 1 ст. 75 АПК РФ, ч. 1 ст. 70 КАС РФ).

<1> См.: Васьковский Е.В. Курс гражданского процесса: В 3 т. М., 1913. Т. 1. С. 430 - 432.

При этом АПК РФ и КАС РФ устанавливают дополнительное ограничение, согласно которому документы, полученные посредством факсимильной, электронной или иной связи, в том числе с использованием информационно-телекоммуникационной сети Интернет, а также документы, подписанные электронной подписью, допускаются в качестве письменных доказательств в случаях и порядке, которые предусмотрены АПК РФ и КАС РФ, другими федеральными законами, иными нормативными правовыми актами.

К письменным доказательствам также относятся приговоры и решения суда, иные судебные постановления, протоколы совершения процессуальных действий, протоколы судебных заседаний, приложения к протоколам совершения процессуальных действий (схемы, карты, планы, чертежи).

Далеко не все согласны с таким законодательным подходом. В частности, М.З. Шварц полагает, что судебные документы (приговоры и решения суда, судебные постановления, протоколы и др.) не могут быть отнесены к письменным доказательствам, поскольку они либо закрепляют процессуальные действия, либо создают на будущее преюдицию <1>. Это мнение не разделяет М.К. Треушников, который исходя из системного взгляда на действующее законодательство пишет: в ст. 8 ГК РФ говорится, что

гражданские права и обязанности возникают из судебного решения, их установившего. Можно ли разрешить конкретное дело, не обращаясь к судебному решению, установившему основания возникновения гражданских прав и обязанностей, как письменному документу? Естественно, что при оценке этого вида письменных доказательств следует учитывать их специфические свойства. УПК РФ признает протоколы следственных действий и протоколы судебных заседаний доказательствами (ст. 83). Протоколы являются доказательствами и по ст. 26.2 КоАП РФ <2>.

<1> См.: Шварц М.З. Некоторые вопросы правового регулирования письменных доказательств в ГПК и АПК // Новеллы гражданского процессуального права. М., 2004. С. 108 - 113.

<2> См.: Треушников М.К. Судебные доказательства. М., 2005. С. 223.

Между тем основной порок законодательной техники заключается не в этом, а в том, что российские нормотворцы вместо формулировки дефиниции письменного доказательства пошли по регрессному пути банального перечисления объектов материального мира, которые потенциально могут быть отнесены судом к подобным доказательствам. А.Т. Боннер констатирует следующее: "Вряд ли содержащиеся в ГПК РФ и АПК РФ определения письменных доказательств могут быть признаны сколь-нибудь удачными. Прежде всего они чрезмерно пространны. В них нет единого определяющего признака, способного отграничить письменные доказательства от иных средств доказывания. Они страдают и более существенными погрешностями. В этих определениях в одну кучу смешаны письменные доказательства, электронные документы, а также некоторые производные вещественные доказательства (схемы, карты, планы, чертежи)" <1>.

<1> Боннер А.Т. Традиционные и нетрадиционные средства доказывания в гражданском и арбитражном процессе. М., 2013. С. 111 - 112.

В теории и практике цивилистического процесса в понятие письменного доказательства традиционно выделяют два бесспорных отличительных признака:

1) наличие какой-либо вещественной основы (бумаги, картона, ткани, железа, электронного и иного носителя, той или иной модели онлайн-хранилища), т.е. письменное доказательство существует, пока существует сам предмет;

2) информационное содержание доказательства, т.е. то, о чем свидетельствует это доказательство. Не столь важно, как изложено содержание (знаками, буквами, цифрами, символами и т.д.), важно то, что оно содержит сведения об обстоятельствах рассматриваемого гражданского или административного дела. **Сочетание признаков в конечном счете отображает человеческую мысль <1>, которая должна адекватно восприниматься читающим (человекочитаемая форма) <2>**, в противном случае ничего не остается, кроме вещественной основы и графического изображения <3>.

<1> См.: Юдельсон К.С. Судебные доказательства и практика их использования в советском гражданском процессе. С. 192 - 193; Коломыцев В.И. Указ. соч. С. 10; Никитин С.В. Теоретические основы установления достоверности письменных доказательств в гражданском процессе: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. С. 9.

<2> См.: Осокина Г.Л. Гражданский процесс: Общая часть. М., 2008. С. 704.

<3> Проведем историческую параллель: существуют две разновидности критского письма - линейное письмо А и линейное письмо Б. Последнее из них встречается на глиняных табличках (вещественная основа) и изложено посредством 80 слоговых знаков и 200 идеограмм (графическое изображение), смысл которых (содержание) удалось дешифровать лишь в середине XX в. Примеры более раннего линейного письма А тоже обнаружены на табличках необожженной глины (вещественная основа), в его основе находятся 80 слоговых знаков и несколько сот идеограмм (графическое

изображение), значение отдельных из них определено, но смысл языка (содержание) до сих пор неясен. Понять линейное письмо А пока не представляется возможным, следовательно, с позиции цивилистического процесса таблички необожженной глины использовать в качестве письменного доказательства нельзя.

В современном судопроизводстве с помощью письменных доказательств можно устанавливать любое обстоятельство, имеющее значение для дела. В настоящее время письменные доказательства являются самыми распространенными и "весомыми" средствами доказывания - большинство доказательственной информации практически по любому делу суд получает через данное средство доказывания, по причине чего иногда говорят о принципе приоритета письменных доказательств <1>.

<1> См.: Медведев И.Г. Принцип приоритета письменных доказательств // Система гражданской юрисдикции в канун XXI века: состояние и перспективы развития. Екатеринбург, 2000. С. 401.

Действительно, если обратиться к анализу действующего гражданского законодательства, нетрудно заметить, что с целью обеспечения фиксации, хранения и воспроизведения юридически значимой информации стороны в основном обязываются заключать сделки в письменной форме (ст. 161 ГК РФ) под страхом того, что иначе они лишатся права при возникновении спора сослаться в подтверждение сделки и ее условий на свидетельские показания, но не потеряют возможности приводить письменные и другие доказательства (ст. 162 ГК РФ). Непредставление истцом допустимых доказательств влечет за собой отказ в удовлетворении заявленных требований, что повсеместно наблюдается в судебной практике (Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 18 февраля 2013 г. N А56-37952/2012).

Сказанное не означает, что представляемые в суд акты, договоры, справки, деловая корреспонденция, иные документы и материалы, выполненные в форме цифровой, графической записи, в том числе полученные посредством факсимильной, электронной или другой связи, с использованием информационно-телекоммуникационной сети Интернет, безупречны. Так, если восприятие пишущего что-либо человека по каким-то причинам было ущербно, то и составляемый акт будет неистинным или бессмысленным. Кроме того, в текст могут быть сознательно внесены неточности, умолчания, фальсификации обстоятельств взаимоотношений участников спора о праве. Выявить достоверность такого документа, составленного в прошлом, нередко очень сложно. И все же очевидное достоинство письменных доказательств состоит в том, что с момента записи того или иного текста перестает действовать фактор памяти - то, что записано, уже не забудется (**verba volant, scripta manent**).

Названные отличительные признаки данного средства доказывания далеко не полностью отражают сущность письменного доказательства, в связи с чем в судебной практике актуально его отграничение от письменных объяснений сторон и третьих лиц, показаний свидетелей (**testimonia per tabulas**), а также заключений экспертов. Дело в том, что объяснения сторон, третьих лиц, показания свидетелей могут даваться как в устной, так и в письменной форме. Решающее значение при отграничении имеют следующие обстоятельства: в какой момент лицо дало показания - до начала судопроизводства или позже, адресованы ли показания суду и, главное, каково их содержание. По последнему признаку заключение эксперта отличается от письменных доказательств.

Несколько иначе разграничиваются письменные и вещественные доказательства. Последние также могут представлять собой документы, записи, акты и т.п. Сложность связана с тем, что у них единый источник, совпадает процессуальная форма. Различие состоит в их заменимости или незаменимости для дела <1>. Первостепенная суть письменных доказательств заключена в выраженной в них мысли, следовательно, они могут быть тиражированы без ущерба для их доказательственной силы. Впрочем, не все солидарны с этим мнением. С.В. Курылев отмечал: "Нельзя признать правильным распространенный в литературе взгляд, что заменимость - это якобы свойство письменных доказательств, отличающее их от вещественных. Письменное доказательство заменимо не потому, что оно письменное, а потому, что оно, как правило, является производным доказательством. В тех же случаях, когда письменное доказательство служит первоначальным доказательством (например, завещание), оно незаменимо. Наоборот, вещественное доказательство незаменимо лишь потому, что оно в большинстве случаев используется как первоначальное доказательство. В тех же случаях, когда вещественное доказательство является

производным, например гипсовый слепок следа, оно заменимо" <2>.

<1> См.: Гурвич М.А. Лекции по советскому гражданскому процессу. М., 1955. С. 135.

<2> Курылев С.В. Избранные труды. Краснодар, 2010. С. 576.

Между тем представляется, что предметы объективной реальности строго индивидуальны, каждый имеет только ему присущие свойства и признаки и потому не может быть повторен. Отсюда документы, с которых снимаются копии для гражданского или административного дела, - письменные доказательства; документы, которые не подлежат тиражированию, - могут выступать вещественными доказательствами. Именно поэтому законодатель специально закрепил положение, в соответствии с которым письменные доказательства допустимо передавать органу правосудия в подлиннике либо в форме надлежащим образом заверенной копии (ч. 2 ст. 71 ГПК РФ, ч. 8 ст. 75 АПК РФ, ч. 2 ст. 70 КАС РФ).

В подлиннике документы представляются тогда, когда обстоятельства дела, согласно законам или иным нормативным правовым актам, подлежат подтверждению только такими документами; в случаях, когда дело невозможно разрешить без подлинных документов либо представленные копии документа различны по своему содержанию (ч. 2 ст. 71 ГПК РФ, ч. 3 ст. 70 КАС РФ), а также по требованию суда (ч. 9 ст. 75 АПК РФ, ч. 3 ст. 70 КАС РФ). Так, в силу п. 2 Постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 4 декабря 2000 г. N 33/14 "О некоторых вопросах практики рассмотрения споров, связанных с обращением векселей" <1> при рассмотрении дел об исполнении вексельных обязательств суду необходимо проверять, соответствует ли документ формальным требованиям, позволяющим рассматривать его в качестве ценной бумаги (векселя). По смыслу п. 6 данного Постановления суду должен быть представлен подлинник векселя, поскольку осуществление права, удостоверенного ценной бумагой, возможно только по ее предъявлению (п. 1 ст. 142 ГК РФ).

<1> Российская газета. 2001. 13 янв.

Данный признак не всегда учитывается в учебной литературе. К примеру, порядок и последствия закрепления сведений о подложности документа нередко освещаются как исследование письменного доказательства, между тем подложный документ представляет собой типичное вещественное доказательство.

§ 2. Классификация письменных доказательств. Процессуальный порядок их представления, исследования и оценки

Письменные доказательства многочисленны и разнообразны. **Их принято подразделять по:**

- субъекту (**официальные** документы, исходящие от органов государственной власти и местного самоуправления, их должностных лиц, и **неофициальные**, представляющие собой частную корреспонденцию или переписку);

- способу формирования (**подлинники**, т.е. бумаги в своем первоначальном виде или исполнении, и **копии**, т.е. бумаги, точно воспроизводящие текст какого-либо документа);

- содержанию (**распорядительные** акты, содержащие волеизъявление, которое направлено на возникновение, изменение или прекращение материального правоотношения сторон, и **справочно-информационные**, где изложены сведения о юридически значимых фактах);

- форме (**простые и нотариально удостоверенные акты**, а также **документы, форма которых установлена правовыми нормами и обязательна к применению** (например, приходный кассовый ордер имеет форму, утвержденную Указанием Банка России от 30.07.2014 N 3352-У)) <1>.

<1> См.: Калпин А.Г. Указ. соч. С. 10; Нахова Е.А. Доказательственное право в гражданском и арбитражном судопроизводстве: Общая часть. СПб., 2012. С. 413 - 416.

Представленная классификация письменных доказательств имеет важное теоретическое и прикладное значение. Так, одним из своих постановлений Высший Арбитражный Суд РФ отменил принятые решения и направил дело на новое рассмотрение, поскольку суды необоснованно признали направленную стороной по почте и заверенную заинтересованным лицом светокопию документа надлежащим письменным доказательством (Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 19 июля 2011 г. N А40-37092/10-133-290). Аналогичное можно сказать относительно деятельности Верховного Суда РФ, который не принимает в качестве письменных доказательств копии документов, достоверность которых установить не представляется возможным (Апелляционное определение Верховного Суда РФ от 17 сентября 2016 г. N 31-АПГ16-20).

В современной процессуальной литературе в связи с интеграционным юридическим вектором развития права отмечается наличие еще одной классификации письменных доказательств - на **аутентичные и прочие**. Так, И.Г. Медведев по этому поводу пишет, что в российском законодательстве и правовой доктрине пока отсутствует целостное понятие аутентичного акта, между тем этот вид документов давно признан и широко используется в мировой юридической практике, закреплен в законодательствах многих государств и международных конвенциях. В частности, во Франции под ним понимается документ, составленный или удостоверенный компетентным публичным должностным лицом с соблюдением необходимых формальностей <1>.

<1> См.: Медведев И.Г. Письменные доказательства в частном праве России и Франции. С. 125 - 129.

Действительно, в настоящее время трудно утверждать, что в отечественной правовой доктрине и законодательстве сколько-нибудь прочно утвердилась концепция аутентичных письменных доказательств. Скорее всего, наблюдаются лишь некоторые частичные и несистемные действия законодателя по внедрению так называемых аутентичных актов в ГПК РФ и АПК РФ (применительно к КАС РФ это не наблюдается). В частности, К.Б. Рыжов полагает, что об этом могут свидетельствовать изменения и дополнения ст. 61 ГПК РФ и ст. 69 АПК РФ, согласно которым обстоятельства, подтвержденные нотариусом при совершении нотариального действия, не требуют доказывания, если подлинность нотариально оформленного документа не опровергнута в установленном законом порядке или если нотариальный акт не был отменен посредством процедур, закрепленных нормами ГПК РФ, предназначенных для рассмотрения заявлений о совершенных нотариальных действиях или об отказе в их совершении <1>.

<1> См.: Рыжов К.Б. Новеллы законодательства об обеспечении доказательств нотариусом и доказательственной силе нотариальных документов // Вестник Арбитражного суда Московского округа. 2015. N 4. С. 85 - 91.

Такие письменные доказательства достаточно часто используются судами по спорам о защите чести, достоинства и деловой репутации. В этой связи Верховный Суд РФ дополнительно поясняет следующее: правоприменительная практика показывает, что лица, оспаривающие информацию диффамационного характера, размещенную в сети Интернет, до подачи иска в целях фиксации соответствующей интернет-страницы, как правило, обращаются к нотариусу за удостоверением ее содержания на основании ст. 102 Основ законодательства Российской Федерации о нотариате. В качестве предварительной обеспечительной меры это позволяет оперативно сохранить спорную информацию, которая в любой момент может быть удалена разместившим ее автором. При этом необходимо учитывать, что в силу ч. 5 ст. 61 ГПК РФ, а также ч. 5 ст. 69 АПК РФ обстоятельства, подтвержденные нотариусом при совершении нотариального действия, не требуют доказывания, если подлинность нотариально оформленного документа не опровергнута в установленном порядке (Обзор практики рассмотрения судами дел по спорам о защите чести, достоинства и деловой репутации, утвержден Президиумом Верховного Суда РФ 16 марта 2016 г.) <1>.

<1> СПС "КонсультантПлюс".

Кроме того, нужно принимать во внимание, что документ, полученный в иностранном государстве, признается в суде письменным доказательством, если не опровергается его подлинность и он легализован в установленном порядке (ч. 4 ст. 71 ГПК РФ, ч. 6 ст. 75 АПК РФ, ч. 6 ст. 70 КАС РФ).

Среди письменных доказательств особое место занимает протокол судебного заседания:

- он составляется беспристрастными судебными работниками;
- его содержание охватывает всю процессуальную деятельность суда;

- в нем документально закреплены личные доказательства (объяснения сторон, третьих лиц, показания свидетелей, устные консультации специалистов), а также акты-распоряжения участников спора субъективными правами и процессуальными средствами их защиты (признание иска, отказ от иска, заключение мирового соглашения, решение о проведении процедуры медиации).

Доказательственная сила протокола судебного заседания велика: при расхождении между судебным протоколом и постановлениями суда вышестоящий суд отдает предпочтение именно протоколу. Поэтому лица, участвующие в деле, а также их представители должны внимательно знакомиться с содержанием протокола и своевременно приносить на него замечания. Отсутствие протокола судебного заседания является безусловным основанием к отмене судебного решения (п. 6 ч. 4 ст. 330 ГПК РФ, п. 6 ч. 4 ст. 270 АПК РФ, п. 6 ч. 1 ст. 310 КАС РФ).

Письменные доказательства по общему правилу представляются заинтересованными лицами, это одновременно их право и обязанность. Суд полномочен в помощь сторонам и по их ходатайству истребовать отдельные письменные доказательства (ч. 1 ст. 57 ГПК РФ, ч. 4 ст. 66 АПК РФ, ч. 1 ст. 63 КАС РФ). Неисполнение судебного запроса может повлечь применение штрафных санкций к виновным должностным лицам и гражданам, не являющимся лицами, участвующими в деле (ч. 3 ст. 57 ГПК РФ, ч. 9 ст. 66 АПК РФ, ч. 6 ст. 63 КАС РФ).

В случае непредставления истребуемого судом письменного доказательства истцом или ответчиком действует правовая фикция, которая выражается в том, что, если сторона, обязанная доказывать свои требования либо возражения, удерживает находящееся у нее письменное доказательство и не представляет его суду, орган правосудия вправе обосновать свои выводы объяснениями другой стороны (ч. 1 ст. 68 ГПК РФ). В отношении административного судопроизводства такая фикция процессуальным законом не установлена.

Письменные доказательства вначале исследуются путем их прочтения и оглашения в открытом либо в закрытом судебном заседании в зависимости от того, дали ли субъекты согласие на обнародование личной переписки и телеграфных сообщений.

При оценке доказательств изучают прежде всего форму документа <1>, т.е. наличие уполномоченного субъекта, от которого исходит документ, реквизитов, подписей, официального перевода на русский язык, легализации, если иное не предусмотрено международным договором и пр. Так, Гагская конвенция от 5 октября 1961 г., отменяющая легализацию иностранных официальных документов, допускает представление в органы государств - участников Конвенции документы, удостоверенные в упрощенном порядке, посредством проставления апостиля. Поэтому, в частности, арбитражные суды правомерно ссылаются на Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 11 июня 1999 г. N 8 "О действии международных договоров Российской Федерации применительно к вопросам арбитражного процесса" <2>, в котором указано, что суд принимает официальные документы из Великобритании без их легализации в случаях, предусмотренных Гагской конвенцией, с проставленным апостилем.

<1> См.: Коваленко А.Г. Исследование средств доказывания в гражданском судопроизводстве.

Саратов, 1989. С. 21.

<2> Вестник ВАС РФ. 1999. N 8.

В аспекте оценки письменных доказательств важно отметить, что законодатель не отнесся индифферентно к проблеме получения образцов почерка для сравнительного анализа документа и подписи на документе. Впервые ГПК РФ разрешает оспаривать не сам документ или иное письменное доказательство, а подпись, присутствующую в нем (ст. 81 ГПК РФ), причем правом оспаривания обладает только то лицо, подлинность подписи которого необходимо подтвердить или опровергнуть посредством получения образцов почерка. В то же время речь не идет об обязательном назначении экспертизы, скорее, нужно говорить о том, что получение образцов следует расценивать как способ собирания материалов для потенциально возможного экспертного исследования, который не носит в гражданском судопроизводстве самостоятельного процессуального значения. Нарушение этих правил провоцирует признание доказательства, полученного с нарушением закона (Апелляционное определение Московского городского суда от 18 декабря 2012 г. N 11-23780).

Затем изучается содержание документа. При этом учитывается отношение наличествующей в документе информации к предмету доказывания, а также соответствие содержания документа иным сведениям, имеющимся в деле, сопоставление их с другими доказательствами. Особые правила оценки действуют в отношении копий письменных доказательств. Так, в ходе оценки копии документа или иного письменного доказательства суд обязан проверить, не произошло ли при копировании изменение содержания копии документа по сравнению с его оригиналом, а также с помощью какого технического приема выполнено копирование, гарантирует ли оно тождественность копии документа и его подлинника, каким образом сохранялась копия. Если же суд оценивает копии одного и того же документа, но представленные разными сторонами, и копии не тождественны, то судья должен истребовать оригинал. В случае его утраты или непредставления суд не вправе считать доказанными обстоятельства, подтверждаемые только копиями, не вызывающими доверия (ч. 7 ст. 67 ГПК РФ, ч. 6 ст. 71 АПК РФ, ч. 7 ст. 84 КАС РФ). В особенности это актуально при рассмотрении гражданских или административных дел с обязательным привлечением подлинных документов (Апелляционное определение Саратовского областного суда от 26 декабря 2012 г. N 33-7371, Апелляционное определение Новосибирского областного суда от 16 августа 2016 г. N 33А-9078/2016).

Письменные доказательства вследствие того, что они имеют некую ценность (деловую, личную) для лиц, их представивших, возвращаются им после вступления решения в законную силу, а в деле остаются засвидетельствованные судьей копии письменных материалов. Правда, осуществить возврат не запрещается и до вступления постановления суда в законную силу, но только если суд по собственному усмотрению сочтет это возможным (ст. 72 ГПК РФ, ч. ч. 10, 11 ст. 75 АПК РФ). При этом в силу ч. 8 ст. 70 КАС РФ не могут приобщаться к материалам административного дела подлинники документов, которые согласно федеральному закону должны находиться в местах их постоянного либо временного хранения.

Процессуальные особенности исследования и оценки электронного документа как письменного доказательства. Материальный закон предусмотрел такие средства доказывания, как электронные средства платежа, аналоги собственноручной подписи, кодов, паролей и иные средства, подтверждающие, что распоряжение денежными средствами дано уполномоченным на то лицом. Гражданский кодекс регламентирует, что определенные права могут удостоверяться бездокументарными ценными бумагами с помощью средств электронно-вычислительной техники (ст. ст. 149, 1025 ГК РФ). В целях дальнейшей реализации данных правовых установок законодателем принят Федеральный закон от 6 апреля 2011 г. N 63-ФЗ "Об электронной подписи" <1>, однако юридическая (доказательственная) природа указанных средств в доктрине и конкретном правоприменении пока еще окончательно не определена, притом что Правительство РФ дополнительно приняло множество поднормативных актов в соответствующей сфере: Постановления от 25 июня 2012 г. N 634 "О видах электронной подписи, использование которых допускается при обращении за получением государственных и муниципальных услуг" <2>, от 25 января 2013 г. N 33 "Об использовании простой электронной подписи при оказании государственных и муниципальных услуг" <3> и др.

<1> СЗ РФ. 2011. N 15. Ст. 2036.

<2> СЗ РФ. 2012. N 27. Ст. 3744.

<3> СЗ РФ. 2013. N 5. Ст. 377.

Вследствие сказанного с точки зрения судебной практики возникают многочисленные затруднения <1>, несмотря на то что процессуальный закон прямо гласит о том, что лица, участвующие в деле, вправе представлять органу правосудия документы в электронном виде (ч. 1.1 ст. 35 ГПК РФ, ч. 1 ст. 41 АПК РФ, ч. 2 ст. 45 КАС РФ), - причем не только прямого доказательственного назначения (например, исковое заявление в форме электронного документа), - а информация, размещенная в сети Интернет, потенциально "может использоваться в качестве неформализованного доказательства" <2>, что и происходит в юридической прикладной сфере (Определение Свердловского областного суда от 27 февраля 2013 г. N 33-1115/2013). К примеру, суды не всегда знают, каким образом квалифицировать документы, имеющие исключительно электронный вид: относить их к письменным доказательствам или же усматривать в таковых принципиально новое средство доказывания, не названное в ч. 1 ст. 55 ГПК РФ, ч. 2 ст. 64 АПК РФ, ч. 2 ст. 59 КАС РФ. Так, в интернет-спорах судам неоднократно представлялись распечатки материалов, размещенных на различных информационных ресурсах. При этом в действующей системе гипертекстовых ссылок не представляется возможным обеспечить достоверность распечатанного письменного доказательства. Поэтому суды прибегали к протоколам осмотра письменных доказательств, который производился нотариусом, выполняющим удостоверительную фактологическую функцию <3>, после чего следовали возражения одной из сторон о том, что нотариус осуществил два действия - получение и осмотр доказательств, хотя Основы законодательства Российской Федерации о нотариате допускают только осмотр письменной документации.

<1> См.: Горелов М.В. Электронные доказательства в гражданском судопроизводстве России: вопросы теории и практики: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2005. С. 18 - 20; Архипов С.П. Электронный документ как средство доказывания в гражданском и арбитражном судопроизводстве // Юрист. 2010. N 12. С. 41 - 47.

<2> См.: Фокина М.А. Механизм доказывания по гражданским делам: теоретико-прикладные проблемы. С. 332.

<3> См.: Грядов А.В. Доказательственная сила нотариального акта в праве России и Франции (сравнительно-правовое исследование): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2011. С. 7; Шварц М.З. Размышления о содержании и пределах доказательственного значения нотариального акта (на примере нотариально удостоверенных сделок) // Сборник материалов и статей к 10-летию Центра нотариальных исследований. М., 2012. С. 68.

Для того чтобы избежать подобных возражений, в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 15 июня 2010 г. N 16 "О практике применения судами Закона Российской Федерации "О средствах массовой информации" <1> дополнительно разъясняется, что законами не предусмотрено каких-либо ограничений в способах доказывания факта распространения сведений через телекоммуникационные сети (в том числе через сайты в сети Интернет). Поэтому при разрешении вопроса о том, имел ли место такой факт, суд в силу ст. ст. 55 и 60 ГПК РФ вправе принять любые средства доказывания, предусмотренные процессуальным законодательством.

<1> Российская газета. 2010. 18 июня.

Кроме того, следует учитывать разъяснения, которые даны Верховным Судом РФ в Постановлении Пленума от 26 декабря 2017 г. N 57, в соответствии с которыми в случае направления в суд электронных образов доказательств суд после возбуждения производства по делу может потребовать представления подлинников данных доказательств, в частности, если: в силу федерального закона или иного нормативного правового акта обстоятельства подлежат подтверждению только такими документами (например, векселем); невозможно разрешить дело без подлинников документов (например, расписки заемщика); представленные копии одного и того же документа различны по своему содержанию; у судьи

возникли основанные на материалах дела сомнения в достоверности представленных доказательств и (или) вопрос об их достоверности вынесен на обсуждение лиц, участвующих в деле (ст. ст. 67, 71 ГПК РФ, ст. ст. 71, 75 АПК РФ, ст. ст. 70, 84 КАС РФ).

ГПК РФ и ч. 2 ст. 102 Основ законодательства Российской Федерации о нотариате не допускают возможности обеспечения нотариусом доказательств по делам, находящимся в производстве суда. Однако в силу ч. 1 ст. 102 Основ до возбуждения дела в суде нотариусом могут быть обеспечены необходимые для дела доказательства (в том числе посредством удостоверения содержания сайта в сети Интернет по состоянию на определенный момент времени), если имеются основания полагать, что представление доказательств впоследствии станет невозможным или затруднительным. Кроме того, по делам, связанным с распространением сведений через телекоммуникационные сети, не исключается возможность обеспечения доказательств судьей, поскольку круг доказательств, которые могут быть обеспечены, законом не ограничен.

В связи с изложенным в целях совершенствования процессуального законодательства и судебной практики с учетом зарубежного опыта необходимо внести соответствующие изменения и дополнения в ГПК РФ, АПК РФ и КАС РФ, пояснив юридическую квалификацию доказательства, не обладающего материальной основой и выраженного в виртуальном виде, тем более что понятия "электронный документ", закрепленного в Федеральном законе от 27 июля 2006 г. N 149-ФЗ "Об информации, информационных технологиях и о защите информации" <1>, явно недостаточно, поскольку его расшифровка как документа, содержащего документированную информацию, представленную в электронной форме, т.е. в виде, пригодном для восприятия человеком с использованием электронных вычислительных машин, а также для передачи по информационно-телекоммуникационным сетям или обработки в информационных системах, для доказательственного права мало что дает.

<1> СЗ РФ. 2006. N 31 (ч. I). Ст. 3448.

Последнее обстоятельство порождает в теории цивилистического процесса многочисленные попытки определить понятие электронного документа <1>. В частности, С.П. Ворожбит пишет: "Электронный документ - это информация, зафиксированная на электронном носителе, имеющая необходимые реквизиты, позволяющие его идентифицировать, и подтверждающая обстоятельства, имеющие правовое значение. Электронный документ является письменным средством доказывания в той же степени, что и бумажный, если доказательственное значение имеют мысли, содержащиеся в нем и воспринимаемые путем прочтения письменных знаков. В том случае, когда электронный документ является письменным средством доказывания, информация, зафиксированная на электронном носителе, после ее преобразования при помощи технических средств должна быть представлена в форме письменных знаков, образующих слова и фразы, несущие в себе определенные сведения, необходимые для установления судом обстоятельств дела. Необходимость применения технических средств для восприятия документа не влияет на его сущность как письменного средства доказывания" <2>.

<1> См.: Вершинин А.П. Электронный документ: правовая форма и доказательство в суде. М., 2000. С. 40 - 41.

<2> Ворожбит С.П. Электронные средства доказывания в гражданском и арбитражном процессе: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2011. С. 8.

Если говорить о зарубежном опыте, то, по свидетельству И.Г. Медведева, во Франции при соблюдении определенных условий реализуется принцип равенства доказательственной силы электронных и бумажных документов, но в то же время французский законодатель воздерживается от полного приравнивания электронных документов и аутентичных актов, изложенных на бумажной основе <1>.

<1> См.: Медведев И.Г. Письменные доказательства в частном праве России и Франции. С. 174 -

175.

В Гражданском процессуальном уложении Германии от 30 января 1877 г. используется двойственный подход к "обычным" и аутентичным документам. К примеру, в § 130а подчеркивается, что сведения, получаемые от сторон, третьих лиц, свидетелей, могут быть представлены как в письменной (бумажной), так и в электронной форме, только если суд способен обработать подобный документ. При этом ответственное лицо должно удостоверить документ квалифицированной электронной подписью, в противном случае суд обязан сообщить заинтересованному лицу о том, что электронный документ недоступен для обработки, так как не отвечает действующим типовым техническим правилам. Интересно также и то, что § 371а ГПУ Германии, посвященный доказательственной силе частных электронных документов, расположен в разд. 6 "Вещественные доказательства". Для описания аутентичных документов в ГПУ Германии включен § 416а под названием "Доказательственная сила распечатки официального электронного документа", гласящий: "Имеющая отметку о свидетельствовании распечатка официального электронного документа... изготовленная в установленной форме органом публичной власти в пределах его компетенции или наделенным публичным доверием лицом в пределах его сферы деятельности, а также распечатка судебного электронного документа, содержащая запись компетентного суда... равнозначны засвидетельствованной копии официального документа".

В последнее время отечественный законодатель постепенно вводит в различные нормативные правовые акты принцип равенства доказательственной силы электронных и бумажных документов. Во всяком случае суды (Постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 9 февраля 2016 г. N Ф01-6087/2015 по делу N А79-3942/2015) в своей деятельности теперь могут ориентироваться на ст. 6 Федерального закона "Об электронной подписи", в которой приводятся условия признания электронных документов, подписанных электронной подписью, равнозначными документам на бумажном носителе, подписанным собственноручной подписью:

- информация в электронной форме, подписанная простой электронной подписью (или неквалифицированной электронной подписью), признается электронным документом, равнозначным документу на бумажном носителе, подписанному собственноручной подписью, в случаях, установленных федеральными законами, принимаемыми в соответствии с ними нормативными правовыми актами или соглашением между участниками электронного взаимодействия;

- информация в электронной форме, подписанная квалифицированной электронной подписью, признается электронным документом, равнозначным документу на бумажном носителе, подписанному собственноручной подписью, и может применяться в любых правоотношениях в соответствии с законодательством Российской Федерации, кроме случая, если федеральными законами или принимаемыми в соответствии с ними нормативными правовыми актами установлено требование о необходимости составления документа исключительно на бумажном носителе;

- если федеральными законами, принимаемыми в соответствии с ними нормативными правовыми актами предусмотрено, что документ должен подписываться несколькими лицами, электронный документ должен быть подписан лицами (уполномоченными должностными лицами органа, организации), изготовившими этот документ, тем видом подписи, который установлен законодательством Российской Федерации для подписания изготовленного электронного документа электронной подписью;

- одной электронной подписью могут быть подписаны несколько связанных между собой электронных документов (пакет электронных документов). При подписании электронной подписью пакета электронных документов каждый из электронных документов, входящих в этот пакет, считается подписанным электронной подписью того вида, которой подписан пакет электронных документов. Исключение составляют случаи, когда в состав пакета электронных документов лицом, подписавшим пакет, включены электронные документы, созданные иными лицами (органами, организациями) и подписанные ими тем видом электронной подписи, который установлен законодательством Российской Федерации для подписания таких документов.

Глава 5. ВЕЩЕСТВЕННЫЕ ДОКАЗАТЕЛЬСТВА В ГРАЖДАНСКОМ И АРБИТРАЖНОМ ПРОЦЕССАХ, АДМИНИСТРАТИВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ

§ 1. Место вещественных доказательств среди других

доказательств в гражданском и арбитражном процессах,
административном судопроизводстве

Вещественные доказательства являются одним из традиционных средств доказывания для российского гражданского процесса. С.В. Пахман находит следы их использования в делах о нарушении прав еще в Русской Правде <1>, хотя сам термин "вещественные доказательства" в то время не был известен.

<1> См.: Пахман С.В. Указ. соч. С. 37.

Такие средства доказывания нередко появляются в современном гражданском процессе. В некоторых категориях дел, рассматриваемых арбитражными судами, например, о защите прав на товарный знак, вещественное доказательство встречается достаточно часто, хотя в целом в арбитражном процессе вещественные доказательства используются редко.

Так, в деле N А40-23464/02-53-223, рассмотренном Арбитражным судом г. Москвы по иску ЗАО "Московский пиво-безалкогольный комбинат "Очаково", ООО "Бахус" к Министерству экономического развития и торговли РФ, Государственной инспекции по торговле, качеству товаров и защите прав потребителей Министерства экономического развития и торговли РФ о защите деловой репутации, в качестве вещественных доказательств истцом были представлены образцы колпачков коричневого цвета, а также этикетки пивной продукции <1>. В Постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 18 апреля 2000 г. N 295/00 по делу, рассматриваемому по иску ОАО "Уральские самоцветы" к ОАО "Косметическое объединение "Свобода" о защите исключительного права на товарный знак "Фтородент-**Ftorodent**", в качестве вещественных доказательств упоминается представленная в дело туба зубной пасты "Фтородент", изготовленная ОАО "Уральские самоцветы", а также картонные футляры для пасты <2>. В материалы дела N А55-10442/2010 по иску о нарушении исключительных прав на товарные знаки были представлены упаковки майонеза с надписями: "Махеев" - на одной стороне и "Майонез" - на другой <3>.

<1> www.msk.arbitr.ru

<2> Вестник ВАС РФ. 2000. N 7.

<3> Постановление ФАС Поволжского округа от 26 мая 2011 г. по делу N А55-10442/2010 // <http://www.arbitr.ru/>.

О.В. Баулин, И.В. Решетникова справедливо отмечают, что вещественные доказательства часто одновременно выступают объектом спора, но это никак не влияет на порядок их исследования <1>.

<1> См.: Баулин О.В. Доказывание и доказательства в гражданском судопроизводстве: Учебное пособие. Воронеж, 2006. С. 140; Арбитражный процесс / Под ред. В.В. Яркова. М., 2010 (автор главы - И.В. Решетникова).

Если объект спора является единственным носителем доказательственной информации, он должен быть представлен в дело как необходимое доказательство, без которого правовая позиция стороны останется недоказанной.

Однако, если сведения об объекте спора - материальном предмете - содержатся в другом источнике, в дело может быть представлено иное средство доказывания, как правило, письменное доказательство. Например, доказательством наличия дефектов в приобретенном истцом телевизоре может являться гарантийный талон с отметками о произведенном ремонте <1>.

<1> Кассационное определение Санкт-Петербургского городского суда от 13 сентября 2011 г. N 33-13941 // <http://www.sankt-peterburgsky.spb.sudrf.ru/>.

Следует согласиться с мнением о том, что привлечение таких письменных доказательств экономит время по сравнению с осмотром вещественного доказательства <1>.

<1> Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) / Под ред. В.В. Яркова. М., 2011 (автор комментария к ст. 76 - И.В. Решетникова).

В некоторых случаях сведения об определенном имуществе могут подтверждаться только установленными в нормативных актах документами. Так, в спорах о правах на жилое помещение сведения о жилом помещении, имеющие доказательственное значение, представляются в виде информации, зафиксированной в документах. Например, адрес места нахождения строения, его назначение (жилое помещение) будет подтверждаться выпиской из Единого государственного реестра прав на недвижимое имущество, его технические характеристики - паспортом БТИ. Осмотр спорного помещения непосредственно судом будет проводиться только в том случае, если имеющая значение для дела доказательственная информация не содержится в других средствах доказывания.

Если вещественное доказательство содержит сведения о правонарушении, оно также может быть необходимым доказательством. Такой предмет должен быть непосредственно исследован судом по правилам, установленным ГПК РФ или АПК РФ для вещественных доказательств. Согласно ч. 3 ст. 64 АПК РФ и ч. 2 ст. 55 ГПК РФ, ч. 3 ст. 59 КАС РФ предмет, вовлеченный в орбиту судебного разбирательства с нарушением процессуальных правил, не является допустимым доказательством и не может быть положен в основание решения. На основании п. 2 ч. 4 ст. 170 АПК РФ и ч. 4 ст. 198 ГПК РФ такие доказательства должны быть отклонены судом как недопустимые, о чем суд должен указать в своем решении. В КАС РФ, к сожалению, подобная норма отсутствует. Представляется уместным ее восполнение аналогией закона.

Так, в Постановлении от 31 мая 2012 г. N Ф01-2068/12 по делу по иску **"Smeshariki" GmbH** ("Смешарики" ГмбХ) к индивидуальному предпринимателю о взыскании компенсации за нарушение исключительного права на товарные знаки ФАС Волго-Вятского округа, отменяя решение суда первой инстанции об удовлетворении иска как необоснованное, среди других оснований указал на то, что вещественное доказательство - футболка, проданная ответчиком, - к делу не было приобщено, и ни в одном судебном акте не были отражены сведения о непосредственном исследовании этого вещественного доказательства <1>.

<1> Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 31 мая 2012 г. N Ф01-2068/12 // СПС "КонсультантПлюс".

§ 2. Понятие вещественного доказательства

Понятие вещественного доказательства содержится в действующем гражданском и арбитражном процессуальном законодательстве. Согласно ст. 73 ГПК РФ 2002 г., ст. 76 АПК РФ 2002 г. и ст. 72 КАС РФ вещественными доказательствами являются предметы, которые своим внешним видом, внутренними свойствами, местом нахождения или иными признаками могут служить средством установления обстоятельств, имеющих значение для дела.

В основе законодательно закрепленного понятия вещественного доказательства лежит определение, разработанное в науке арбитражного и гражданского процессуального права: вещественными доказательствами называются предметы, которые своим существованием либо внешним видом или своими свойствами удостоверяют факты, подлежащие установлению судом <1>.

<1> См.: Гурвич М.А. Лекции по советскому гражданскому процессу. С. 135; Советское гражданское процессуальное право / Под ред. К.С. Юдельсона. М., 1965. С. 136 (автор главы - Ю.К. Осипов); Коган Э.Э.

Доказательства в арбитражном производстве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1973. С. 9; Треушников М.К. Судебные доказательства. М., 2004. С. 234; Власов А.А. Вещественные доказательства в гражданском процессе. М., 1999. С. 10.

Итак, вещественные доказательства могут удостоверить факты, подлежащие установлению судом:

1) своим внешним видом (**в деле по иску Ф.Ю.В. к ООО "Адидас" об изъятии материальных носителей с ее изображением, компенсации морального вреда и взыскании убытков доказательственное значение получила расположенная в магазине ответчика стена-перегородка, содержащая рекламный фотоколлаж с фотографическими изображениями истицы, фотографическими снимками, текстами и фирменным знаком "Adidas" <1>**);

<1> Определение Судебной коллегии по гражданским делам Московского городского суда от 14 сентября 2011 г. N 33-29732 // СПС "КонсультантПлюс".

2) внутренними свойствами (**некачественные туфли в иске потребителя к продавцу о взыскании их стоимости**);

3) местом нахождения (**в деле по иску Т. к С.Г.П., С.А.А. об обязанности устранить препятствия в пользовании жилым помещением доказательственное значение имело нахождение стиральной машины на месте умывальника, установленное в ходе осмотра вещественного доказательства <1>**);

<1> Кассационное определение Санкт-Петербургского городского суда от 20 июня 2012 г. N 33-8428/2012 // <http://www.sankt-peterburgsky.spb.sudrf.ru/>.

4) фактом своего существования (**утверждение подрядчика об исполнении им своих обязательств по изготовлению определенного предмета может подтверждаться наличием у него этого предмета**).

М.К. Треушников выделяет такие свойства вещественных доказательств, способные нести доказательственную информацию, как изменения предмета. Изменение представляет собой утрату одних свойств и (или) приобретение других <1>.

<1> См.: Треушников М.К. Судебные доказательства. М., 2004. С. 231.

Доказательственную информацию свойства предмета несут в том состоянии, в котором они существуют в момент их восприятия судом. Таким образом, в суде вещественное доказательство имеет доказательственное значение постольку, поскольку свойства предмета в момент их восприятия судом могут нести информацию, доказывающую изменение прежних свойств предмета.

Изменения предмета, а именно отличие прежних свойств предмета от тех свойств, которые воспринимает суд, сами подлежат доказыванию. Следовательно, говорить о том, что вещественные доказательства способны подтвердить или опровергнуть существование обстоятельств своими изменениями, не совсем верно.

В литературе указывается еще на одно свойство предмета, благодаря которому он способен подтвердить или опровергнуть обстоятельства, имеющие значение для разрешения дела, - принадлежность предмета <1>. Если под принадлежностью предмета понимать его место нахождения в пространстве, то этот признак совпадает с признаком места нахождения.

<1> Треушников М.К. Судебные доказательства. М., 2004. С. 231.

Принадлежность предмета какому-либо лицу не является физическим свойством предмета, которое может быть воспринято судом непосредственно с помощью собственных органов чувств. Принадлежность предмета определенному лицу требует доказывания с помощью других доказательств, т.е. является обстоятельством, требующим доказывания, а не доказательством.

М.К. Треушников отмечает, что вещественным доказательством могут быть элементы живой природы, например часть человеческого тела, клеймо на животных <1>.

<1> См.: Там же. С. 232.

В англо-американском праве к вещественным доказательствам относят не только внешний вид людей и животных, но также манеру поведения свидетеля. При этом под внешним видом подразумеваются не только такие физические особенности, как рост, вес, цвет глаз, признаки, указывающие на то, что человек является левшой, но даже акцент или употребление специфических слов и выражений, а также неподобающее поведение перед судом. Манера поведения свидетеля, включая его интонации в момент дачи им показаний перед судом, рассматривается как вещественное доказательство в силу того, что это имеет значение при определении степени доверия показаниям свидетеля и придания им определенной доказательной силы <1>. В США показания свидетеля (**статусом свидетеля наделяются также стороны и эксперты**) могут быть зафиксированы судом на видеопленку <2>.

<1> Keane A. The Modern Law of Evidence. Abingdon, Oxon: Professional Books, 1985. P. 179; Choo A. Evidence. Text and Materials. London and New York, 1998; Emson R. Evidence. Hampshire and London, 1999. P. 14, 292; Решетникова И.В. Доказательственное право Англии и США. М., 1999. С. 157.

<2> См.: Решетникова И.В. Доказательственное право Англии и США. С. 161.

Манеру поведения и интонации свидетелей или других лиц, участвующих в деле, в момент дачи ими показаний перед судом ни АПК РФ, ни ГПК РФ не относят к вещественным доказательствам.

Российским законодателем созданы предпосылки для использования сведений, извлекаемых судом из внешнего вида свидетеля и манеры его поведения, при оценке даваемых им показаний. Внедрение технических средств и новых технологий в гражданское судопроизводство в последнее десятилетие приобрело стремительный характер. Согласно ч. 6 ст. 155 АПК РФ арбитражный суд в порядке протоколирования может вести видеозапись судебного заседания. Статья 230 ГПК РФ позволяет суду вести протокол с использованием аудиозаписи и иных технических средств, под которыми следует прежде всего понимать видеозапись. Из ч. 4 ст. 250 КАС РФ вытекает также возможность видеопроколирования судебного разбирательства. Таким образом, современное российское процессуальное законодательство позволяет осуществлять фиксацию поведения лиц, участвующих в деле, во время сообщения ими доказательственной информации суду. Следовательно, суд может использовать при вынесении решения информацию о внешнем виде и поведении свидетелей, сторон, полученную им во время судебного заседания, при оценке иных доказательств. Такая информация о внешнем виде и поведении свидетелей, сторон может исследоваться и оцениваться судом по правилам, предусмотренным для вещественных доказательств. Данная информация может храниться в материалах дела в виде видеозаписи, являющейся частью протокола, что позволяет при необходимости ее проверить в суде апелляционной инстанции.

Примечательно, что вопрос об отнесении к вещественным доказательствам внешнего вида человека уже ставится в судебной практике. Так, в делах о лишении родительских прав телесным повреждением, следам истощения ребенка придается значение вещественных доказательств <1>.

<1> Обзор судебной практики по рассмотрению в 2002 г. судами Липецкой области дел по судебной

защите прав ребенка // Судебные известия. 2003. N 4.

Следует ожидать, что в ближайшем будущем результаты аудио- и видеозаписи судебного заседания будут использоваться более активно при оценке доказательств судом или при проверке такой оценки в апелляционной инстанции.

§ 3. Отличие письменных доказательств от вещественных доказательств

В определенных случаях в качестве вещественных доказательств могут выступать письменные документы или материалы, поэтому в юридической науке ведется поиск критерия, который позволил бы установить, в каких случаях письменный документ или материал может быть представлен как письменное доказательство, а в каких случаях - как вещественное доказательство.

По мнению М.К. Треушникова, "в документе, являющемся вещественным доказательством, информация содержится в виде материальных, наглядно воспринимаемых признаков (например, документ со следами подчистки). В документе - письменном доказательстве - эта информация передается с помощью знаков" <1>. Представляется, что такое объяснение не всегда позволяет четко отграничить письменный документ как письменное доказательство от письменного документа как вещественного доказательства.

<1> Треушников М.К. Судебные доказательства. М., 2004. С. 231.

Подделка документа может выражаться в дописывании слов или цифр, т.е. письменных знаков, которые несут в себе определенную информацию. Однако доказательственное значение будет иметь сам факт дописывания каких-либо знаков, подтверждаемый внешним видом подделанного документа. Информация, содержащаяся в дописанных письменных знаках, в таком случае доказательственного значения не имеет.

Более точным представляется критерий отличия письменного документа как письменного доказательства от письменного документа как вещественного доказательства, на который указал П.П. Якимов: "В отличие от письменных вещественных доказательств подтверждаются относящиеся к делу обстоятельства своим положением, местом нахождения, видом, свойствами, особыми приметами, оставленными на них следами, то есть внешними признаками, но не выраженными на них мыслями, содержащими нужные сведения" <1>.

<1> Якимов П.П. Письменные доказательства в практике арбитража. М., 1959. С. 30.

П.П. Якимов выделял еще один признак, которым отличаются письменные документы и материалы как вещественные доказательства от письменных документов и материалов как письменных доказательств: в большинстве случаев материальные следы, оставленные в процессе образования вещественных доказательств, являются результатом стихийного воздействия на предмет, вещь, но не продуктом преднамеренной деятельности <1>. При этом он считал, что эскизы, рисунки, портреты, картины, музыкальные произведения и т.д. относятся к вещественным доказательствам, так как объектом исследования будут нанесенные на них изображения <2>.

<1> См.: Там же. С. 31.

<2> См.: Там же. С. 16.

Однако картины, эскизы, музыкальные произведения являются результатом именно преднамеренной деятельности. Фиксируемые на них изображения являются закреплением мысли и чувств автора этих произведений. Доказательственное значение будет иметь именно закрепленная на них с

помощью знаков информация, а не свойства самих предметов (например, качество холста или красок). По этой же причине представляется правильным отнести фотодокументы к письменным доказательствам, а не к вещественным или иным документам и материалам, как это определил законодатель в ч. 2 ст. 89 АПК РФ без какого бы то ни было теоретического обоснования. Так как ч. 1 ст. 75 АПК РФ прямо относит информацию в цифровой форме к письменным доказательствам, достаточные основания для отнесения аналоговых фотографий к иным средствам доказывания отсутствуют, все фотодокументы должны представляться в суд и исследоваться по единым правилам, предусмотренным для письменных доказательств.

Часть 1 ст. 75 АПК РФ устанавливает, что письменными доказательствами являются документы и материалы, выполненные в том числе в форме графической записи. Такой подход законодателя отражает квалификацию картин, эскизов, карт, диаграмм, т.е. графических объектов, как письменных доказательств.

Сущность письменного доказательства состоит в имеющей значение для дела информации в виде мысли или ощущений человека, изготовившего документ, закрепленных на материальном предмете с помощью специальных знаков. Вещественное доказательство представляет собой материальный предмет, само местоположение или физические свойства которого являются информацией, подтверждающей или опровергающей обстоятельства дела. Из вещественного доказательства суд воспринимает наглядную информацию о самом предмете - вещественном доказательстве, а не информацию о мысли или чувствах, закрепленную на этом предмете с помощью специальных знаков.

Таким образом, в качестве критерия, с помощью которого можно было бы отделить документ как письменное доказательство от документа как вещественного доказательства, можно рассматривать **вид извлекаемой из предмета информации, которая будет использоваться в целях доказывания обстоятельств дела**. Если при доказывании используется информация о мысли или чувствах автора, извлекаемая из специальных знаков, закрепленных на предмете, то документ представляет собой письменное доказательство. К письменным доказательствам следует также относить графические документы, изготовленные посредством автоматического закрепления информации, например, кардиограммы и т.п.

Когда доказательственное значение имеет информация, извлекаемая из физических или химических свойств предмета материального мира, его внешнего вида, места нахождения или иных его признаков, то документ представляет собой вещественное доказательство.

Графические объекты могут быть письменными доказательствами, если доказательственное значение имеет их содержание, или вещественными доказательствами, если доказательственное значение имеет их внешний вид, местоположение или физические свойства. Дизайн-проект интерьера помещения, например, следует рассматривать как письменное доказательство, если оценивается соответствие его исполнения изображению, зафиксированному в дизайн-проекте. Если доказательственное значение имеет размер бумаги, на котором выполнен дизайн-проект (например, в споре о качестве исполнения работ по созданию дизайн-проекта), дизайн-проект должен приобщаться к материалам дела как вещественное доказательство и исследоваться в судебном заседании по правилам, установленным в соответствующем процессуальном законе для исследования вещественных доказательств.

Таким же критерием следует руководствоваться при решении вопроса о том, к какому средству доказывания относится электронный документ. Если доказательственное значение имеют свойства материального носителя электронной информации (следы повреждений, или материал, из которого они изготовлены) или следы внесения изменений в электронную информацию, то электронный документ будет приобщаться к материалам дела и исследоваться по правилам, установленным для вещественных доказательств.

С.А. Жагорина верно отмечает, что товарный знак, расположенный на сайте в сети Интернет, будет исследоваться и оцениваться как вещественное доказательство, если доказательственное значение имеет его место нахождения. Если же доказательственное значение имеют его содержание или сопровождающие его надписи, должны применяться правила исследования и оценки письменных доказательств <1>. В мире реальных вещей подобным образом двойное значение может иметь жетон, выдаваемый при передаче вещей на хранение: его нахождение у поклажедателя свидетельствует, что

вещь была сдана на хранение, а надпись или знак на жетоне может обозначать хранителя и исследоваться она должна по правилам, установленным для письменных доказательств.

<1> См.: Жагорина С.А. Судебное доказывание в спорах о незаконном использовании товарного знака в арбитражном процессе Российской Федерации: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2012. С. 11.

§ 4. Свойства вещественных доказательств

Вещественные доказательства относятся к предметным средствам доказывания. Как правило, они являются первоначальными доказательствами. В связи с этим в юридической литературе указывалось на незаменимость вещественных доказательств, т.е. на невозможность использования в судебном процессе их копий <1>. Действительно, как правило, с вещественных доказательств невозможно снять точную копию, так как при этом не воспроизводятся их некоторые свойства.

<1> См.: Гурвич М.А. Лекции по советскому гражданскому процессу. С. 135.

Однако в уголовном процессе применяются в качестве доказательств слепки с оставленных следов, снимаются (копируются) отпечатки пальцев. Следовательно, некоторые вещественные доказательства могут быть скопированы. В то же время в уголовном процессе правила осмотра места происшествия, фиксации следов, оставленных на месте происшествия (снятия слепков, отпечатков пальцев), и их приобщения в качестве доказательств (составление протокола, участие понятых) установлены УПК РФ.

В гражданском и арбитражном процессах таких правил не существует, а значит, не установлены гарантии достоверности информации, зафиксированной в таких копиях вещественных доказательств. Кроме того, имеют место определенные трудности в фиксации таких следов. В правоохранительных органах существуют специальные структуры, специалисты, которые обеспечивают точную фиксацию (копирование) вещественных доказательств. Субъекты гражданского и арбитражного судебного разбирательства такими возможностями не обладают.

Представляется, что в гражданском и арбитражном процессах вещественные доказательства в большинстве случаев действительно обладают свойством незаменимости.

Однако если доказательственное значение имеет место нахождения такого предмета, как товарный знак, то утверждение о незаменимости вещественного доказательства может быть подвергнуто сомнению.

Такой подход применим ко всем случаям, когда доказательственное значение имеет место нахождения информации. Если такая информация поддается копированию, то в подобных случаях вещественное доказательство может заменяться своей копией и утрачивает характеристику незаменимости.

Например, если доказательственное значение имеет демонстрация спорного товарного знака на афише или в журнале, в суд может быть представлена любая афиша или любой экземпляр журнала. Исследование информации о месте положения спорного товарного знака, имеющей в данном случае доказательственное значение, должно проводиться по правилам, установленным для вещественных доказательств.

Вещественное доказательство может выступать в качестве прямого или косвенного доказательства в зависимости от характера логической связи содержащейся в нем доказательственной информации с доказываемым обстоятельством дела.

Так, представленный в деле по иску о взыскании компенсации за нарушение авторских прав контрафактный диск с музыкальной записью, приобретенный в магазине продавца, является только косвенным доказательством факта его незаконного распространения ответчиком. Из одного факта существования такого диска сделать однозначный вывод о том, что он распространялся ответчиком, невозможно. Истцу надлежит доказать, что именно этот диск был куплен у ответчика, представив

дополнительные доказательства.

Представленный в суд товар с явными признаками брака в деле по иску потребителя о взыскании стоимости такого товара будет являться прямым доказательством ненадлежащего качества товара. Если недостатки качества товара вскрылись только после начала его использования и характер таких недостатков не позволяет сделать однозначного вывода о том, что они являются производственным браком, представление в суд такого товара будет только косвенным доказательством. В таком случае для вывода о продаже товара ненадлежащего качества необходимо заключение товароведческой экспертизы.

§ 5. Порядок представления вещественных доказательств

В гражданском судопроизводстве в отличие от уголовного вещественные доказательства не собираются до возбуждения судебного производства. Исключение составляет осмотр вещественного доказательства нотариусом в рамках такого нотариального действия, как обеспечение доказательств, осуществляемого до возбуждения дела в суде в порядке, предусмотренном гл. XX Основ законодательства о нотариате, а после возбуждения производства по делу - ст. ст. 64 - 66 ГПК РФ. Так, в деле по иску о взыскании компенсации за нарушение исключительного права на произведение в подтверждение размещения статьи на сайте ответчика в сети Интернет был представлен протокол осмотра вещественных доказательств нотариусом <1>.

<1> Определение Московского городского суда от 27 октября 2011 г. N 4г/7-9465/11 // СПС "КонсультантПлюс".

Согласно ч. 4 ст. 72 АПК РФ в арбитражном процессе обеспечение доказательств до возбуждения дела может осуществляться арбитражным судом в предусмотренном ст. 99 АПК РФ порядке. Однако в судебной практике обращение к арбитражному суду с заявлением об обеспечении доказательств встречается нечасто ввиду того, что совершение таких действий арбитражным судом занимает больше времени, чем совершение нотариусом одноименного нотариального действия.

Законодатель не включил в КАС РФ положения о порядке обеспечения доказательств судом. Так как препятствий для применения Основ законодательства о нотариате к случаям, когда необходимо зафиксировать доказательства до возбуждения производства по делу, не усматривается, обеспечение доказательства до обращения в суд по правилам КАС РФ может осуществляться нотариусом и суд обязан принимать такие доказательства. Если необходимость в обеспечении доказательств возникла после обращения в суд и возбуждения производства по правилам КАС РФ, ч. 4 ст. 2 Кодекса позволяет применять аналогию закона в отсутствие норм, регулирующих отношения, которые возникнут в связи с заявлением стороны об обеспечении доказательств. Статьи 64 - 66 ГПК РФ позволяют восполнить рассматриваемый пробел КАС РФ.

Вещественные доказательства могут представляться сторонами и другими лицами, участвующими в деле. В судебной практике возникал вопрос о допустимости вещественных доказательств, полученных в ходе прокурорской проверки и представленных прокурором, предъявившим иск в суд. В решении Верховного Суда РФ от 10 декабря 2008 г. N ГКПИ08-1945 сделан верный в отношении обстоятельств рассматриваемого дела вывод о том, что ст. 22 Федерального закона от 17 января 1992 г. N 2202-1 "О прокуратуре Российской Федерации" <1> (далее - Закон о прокуратуре) предусмотрены полномочия прокурора требовать представления необходимых документов и материалов в рамках прокурорской проверки. Следует уточнить, что прокурор обладает такими полномочиями только в отношении круга субъектов, указанных в ч. 1 ст. 21 названного Закона: федеральных министерств и иных федеральных органов исполнительной власти, представительных (законодательных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации, органов местного самоуправления, органов военного управления, органов контроля, их должностных лиц, субъектов осуществления общественного контроля за обеспечением прав человека в местах принудительного содержания и содействия лицам, находящимся в местах принудительного содержания, а также органов управления и руководителей коммерческих и некоммерческих организаций.

<1> Ведомости СНД и ВС РФ. 1992. N 8. Ст. 366.

Так как указанная ст. 22 помещена в гл. 1 "Надзор за исполнением законов" Закона о прокуратуре, пределы действия полномочия прокурора истребовать документы и материалы у перечисленных субъектов ограничены. Прокурор может требовать их представления только при осуществлении надзора за исполнением закона. При осуществлении надзора за соблюдением прав и свобод человека в порядке гл. 2 Закона о прокуратуре прокурор не наделен таким правом. Вещественные доказательства, полученные прокурором в рамках прокурорской проверки, могут быть приняты судом как допустимые только при условии, что они получены прокурором в пределах его полномочий с соблюдением требований Закона о прокуратуре.

Представление вещественных доказательств стороной по делу возможно тремя различными способами. Во-первых, они могут быть поданы одновременно с состязательными бумагами (исковым заявлением, возражениями на исковое заявление в гражданском процессе или отзывом ответчика в арбитражном процессе либо вместе с дополняющими их документами).

Во-вторых, вещественные доказательства могут быть поданы в суд вместе с ходатайством об их приобщении к материалам дела. Такое ходатайство может быть подано в канцелярию суда до судебного заседания. Чтобы избежать отложения дела в связи с тем, что вещественное доказательство не поступило из канцелярии судье, рассматривающему дело, до судебного заседания, ходатайство о приобщении вещественного доказательства должно быть подано в канцелярию заблаговременно - за несколько дней до судебного заседания.

Суд может отложить судебное заседание, чтобы предоставить стороне возможность использовать вещественное доказательство. Однако, если стороне не удастся убедить суд в том, что вещественное доказательство имеет существенное значение для дела, суд может рассмотреть дело без такого доказательства, посчитав его неотносимым или избыточным.

Если вещественное доказательство подается с состязательными бумагами, в гражданском судопроизводстве оно автоматически приобщается к материалам дела, так как ни ГПК РФ, ни АПК РФ не предусматривают в таких случаях вынесения судом определения о приобщении их к материалам дела. Такое доказательство до его исследования в судебном заседании суд не сможет отклонить на основании его неотносимости или избыточности. Суд даст оценку такому доказательству только в судебном решении.

В административном судопроизводстве ч. 2 ст. 72 КАС РФ прямо требует вынесения определения суда о приобщении вещественного доказательства к материалам дела. Следовательно, при поступлении вещественного доказательства вместе с административным исковым заявлением оно приобщается к делу только на основании определения суда, а значит, суд вправе уже на этом этапе отклонить неотносимые вещественные доказательства.

Если вещественное доказательство подано с ходатайством о его приобщении к делу до или во время судебного заседания, суд обязан рассмотреть такое ходатайство и вынести определение об удовлетворении ходатайства и приобщении доказательства или об отказе в удовлетворении ходатайства.

Ни суд общей юрисдикции, ни арбитражный суд не вправе по собственной инициативе приобщать к делу вещественные доказательства, кроме случая, предусмотренного ч. 6 ст. 200 АПК РФ и ч. 1 ст. 63 КАС РФ, т.е. в делах из публичных правоотношений.

Примечательно, что в арбитражном процессе таким полномочием суд обладает только в делах об оспаривании ненормативных правовых актов, если доказательство не представлено органом или лицом, чей ненормативный правовой акт оспаривается, т.е. у частных лиц доказательства не могут быть истребованы. КАС РФ не ограничивает право суда общей юрисдикции истребовать доказательства какой-либо категорией дел.

Установленный ГПК РФ и АПК РФ порядок хранения вещественных доказательств не позволяет определить, в какой момент вещественные доказательства, которые не могут быть доставлены в суд или которые хранятся у лиц, участвующих в деле, приобщаются к материалам дела. Хотя согласно ч. 1 ст. 77 АПК РФ вещественные доказательства хранятся по месту их нахождения, небольшие по размерам

вещественные доказательства хранятся в материалах дела. И в гражданском, и в арбитражном процессах такие вещественные доказательства приобщаются к материалам дела определением суда только в ответ на ходатайства об их приобщении. До приобретения предметом материального мира значения вещественного доказательства никакие процессуальные действия с ним не могут быть проведены, так как они формально не вовлечены в производство по делу. В частности, с такими предметами невозможно ознакомиться, пока они не получили значение вещественных доказательств. В административном судопроизводстве такая проблема не возникает. В тех случаях, когда вещественное доказательство хранится вне здания суда, обязанность обеспечить ее сохранность возлагается ч. 2 ст. 73 КАС РФ на суд и хранителя. Для заключения договора хранения должно быть вынесено прежде всего определение о приобщении вещественного доказательства к административному делу. С этого момента лица, участвующие в деле, получают возможность ознакомиться с материалами дела.

Трудности, возникающие в подобных случаях в гражданском судопроизводстве, демонстрирует следующий пример. В деле по иску о взыскании стоимости работ по ремонту автомобильного двигателя сам двигатель находился на хранении у истца. Арбитражный суд исследовал только документы о ремонте двигателя и экспертные заключения о причинах неисправности двигателя. Ответчик в апелляционной жалобе указал, что арбитражный суд необоснованно не исследовал вещественное доказательство - двигатель автомобиля. Этот довод был отклонен судом апелляционной инстанции на том основании, что в материалах дела отсутствовали ходатайство о приобщении двигателя автомобиля в качестве вещественного доказательства и документы, из которых усматривалось бы, что судом указанный предмет приобщался к делу в установленном ч. 2 ст. 76 АПК РФ порядке <1>.

<1> Постановление Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 27 марта 2009 г. N 18АП-1120/2009 // СПС "КонсультантПлюс".

Представляется, что вещественные доказательства, которые не могут быть доставлены в суд или хранятся вне суда, в гражданском и арбитражном процессе также должны быть вовлечены в процессуальную орбиту определением суда, так как иначе они не могут получить значение судебного доказательства по делу. Только после определения суда о "приобщении" таких доказательств к делу или, точнее, о признании их вещественными доказательствами они могут быть переданы на хранение и осмотрены, что позволит лицам, участвующим в деле, реализовать свое право на ознакомление с вещественным доказательством.

§ 6. Хранение вещественных доказательств

Правила об обеспечении сохранности вещественных доказательств на протяжении всего судебного производства по делу, а также после его окончания составляют гарантию прав лиц, участвующих в деле, на представление доказательств, а также создают гарантии непосредственного восприятия судом информации, содержащейся в вещественном доказательстве.

В арбитражном суде и судах общей юрисдикции правила хранения вещественных доказательств различаются. В судах общей юрисдикции, рассматривающих дела не только в порядке гражданского и административного судопроизводства, но также уголовные дела, существуют устоявшиеся правила хранения вещественных доказательств, обеспечены условия для их хранения.

Как следует из ст. 74 ГПК РФ, вещественные доказательства хранятся в суде, за исключением случаев, установленных федеральным законом. Такое исключение установлено в ч. 2 ст. 74 ГПК РФ: вещественные доказательства, которые не могут быть доставлены в суд, хранятся по месту их нахождения или в ином определенном судом месте.

В арбитражном процессе, согласно ч. 2 ст. 77 АПК РФ, вещественные доказательства могут храниться в арбитражном суде, если суд признает это необходимым. Следовательно, по общему правилу вещественные доказательства должны храниться вне арбитражного суда.

В гражданском и арбитражном процессах, в административном судопроизводстве вещественные доказательства, хранящиеся вне суда, должны быть подробно описаны, а в случае необходимости -

сфотографированы и опечатаны. Часть 1 ст. 77 АПК РФ позволяет снять вещественное доказательство на видеопленку, хотя содержание ст. 77 АПК РФ не позволяет определить, кто должен описать, опечатать, заснять на фото- или видеопленку вещественное доказательство. Так как такая обязанность прямо не возложена на стороны, следует сделать вывод, что адресатом соответствующих норм АПК РФ является арбитражный суд.

В пользу такого вывода говорит ч. 2 ст. 74 ГПК РФ, которая обязывает суд осмотреть, описать, опечатать и сфотографировать доказательство, которое невозможно доставить в суд. Аналогичные положения содержат ч. 2 ст. 73 и ст. 74 КАС РФ. Физически фотографировать или делать видеозапись в гражданском процессе и административном судопроизводстве будет специалист, что следует из ч. 1 ст. 188 ГПК РФ и ч. 1 ст. 50, ч. 3 ст. 74 КАС РФ. В арбитражном процессе специалист не наделен полномочиями оказывать суду техническую помощь при исследовании доказательств, согласно ст. 55.1 и ч. 1 ст. 162 специалист только дает консультации арбитражному суду.

В случаях, когда вещественное доказательство не может быть доставлено в суд, оно должно быть передано на хранение лицу, у которого оно находится. Отсутствие обязанности такого лица сохранять вещественное доказательство в неизменном виде может привести к исчезновению тех признаков предмета - вещественного доказательства, которые несут в себе доказательственную информацию. В результате доказательство может быть отклонено судом как утратившее доказательственное значение. Так, в деле по иску о правах на садовый дом судом было установлено, что истец после вынесения определения о назначении экспертизы, в котором суд обязал ее предоставить спорный садовый дом для осмотра эксперта, ею были проведены работы с помощью третьих лиц по переоборудованию крыши, переустановлены окна второго этажа и отливы на данные окна. Данные действия привели к тому, что вещественные доказательства не могли быть предметом осмотра и являться средством доказывания, поскольку были представлены для исследования эксперту в измененном виде <1>. Фактически, вещественные доказательства в данном случае исчезли.

<1> Определение от 6 сентября 2011 г. по делу N 33-19947/2011 // Архив Мособлсуда.

В исполнении судом такой обязанности отпадает необходимость, если вещественное доказательство осмотрено нотариусом с составлением протокола осмотра в рамках обеспечения доказательств в порядке, установленном гл. XX Основ законодательства РФ о нотариате.

ГПК РФ, АПК РФ и КАС РФ не уточняют, каким образом вещественные доказательства передаются на хранение, в каких условиях они хранятся, кто в арбитражном суде несет ответственность за их сохранность, каким образом назначается хранитель и каковы его права и обязанности.

В судах общей юрисдикции детально правила хранения вещественных доказательств по гражданским делам определяются п. 11.5 Инструкции по судебному делопроизводству в районном суде, утвержденной Приказом Судебного департамента при Верховном Суде РФ от 29 апреля 2003 г. N 36 "Об утверждении Инструкции по судебному делопроизводству в районном суде" <1> (далее - Инструкция по делопроизводству в районном суде). Установленные ею правила применяются соответственно в случаях, когда процедура рассмотрения дела судом регулируется ГПК РФ или КАС РФ.

<1> Российская газета. 2004. 5 нояб.

При поступлении вещественных доказательств по гражданским или административным делам сведения о них вносятся в реестр (журнал) учета вещественных доказательств по гражданским, административным делам, делам об административных правонарушениях. Порядок учета, хранения и передачи вещественных доказательств по гражданским, административным делам, делам об административных правонарушениях определяются председателем соответствующего суда в целях обеспечения их сохранности в неизменном состоянии. Таким образом, в каждом районном суде должен быть принят локальный нормативный акт, определяющий порядок учета, хранения и передачи вещественных доказательств по гражданским и административным делам.

Порядок учета, хранения и передачи вещественных доказательств по гражданским делам, рассматриваемым мировыми судьями, определяется инструкциями, принимаемыми на региональном уровне. Например, Инструкция по судебному делопроизводству у мирового судьи города Москвы (утв. Приказом Управления по обеспечению деятельности мировых судей г. Москвы от 7 августа 2014 г. N 79) <1> определяет порядок принятия вещественных доказательств по гражданским делам, обязывает сотрудника суда при обнаружении нарушенной упаковки вещественного доказательства осмотреть вещественное доказательство в присутствии лица, передающего его в суд. Инструкция обязывает вести регистрацию вещественных доказательств в журнале учета, запрещает использование вещественных доказательств для каких-либо служебных или иных целей, запрещается ставить на документах, письмах, являющихся вещественными доказательствами, какие-либо отметки, надписи, перегибы. Ответственность за сохранность вещественных доказательств возложена инструкцией на мирового судью и заведующего канцелярией. Согласно п. 14.8 Инструкции выдача вещественного доказательства осуществляется с составлением расписки, содержание которой детально регламентировано.

<1> СПС "КонсультантПлюс".

В ГПК РФ, КАС РФ и АПК РФ установлено общее правило о том, что вещественные доказательства хранятся в суде до вступления в законную силу решения суда или иного судебного постановления, а после вступления решения суда в законную силу вещественные доказательства возвращаются лицам, от которых они были получены, или передаются лицам, за которыми суд признал право на эти предметы, либо реализуются в порядке, определенном судом.

До окончания производства по делу вещественные доказательства могут быть на основании ч. 3 ст. 76 ГПК РФ возвращены лицам, от которых они были получены, по ходатайству только после их осмотра и исследования судом в судебном заседании. Суд может удовлетворить такое ходатайство, только если возвращение вещественного доказательства не будет препятствовать правильному разрешению дела.

Остается неурегулированным вопрос о том, каким образом суд должен распорядиться вещественным доказательством в случае заключения мирового соглашения. Между тем в Обзоре апелляционной практики по гражданским делам и исковым материалам, рассмотренным Ленинским районным судом г. Чебоксары, описан случай, когда после завершения мировым соглашением дела по иску о расторжении договора купли-продажи сотового телефона и взыскании стоимости телефона истец, получив возмещение его стоимости от ответчика, обжаловала определение мирового судьи о выдаче ответчику ранее переданного суду сотового телефона. Вопрос о судьбе телефона в мировом соглашении не разрешался, однако суд апелляционной инстанции принял во внимание, что договор купли-продажи телефона расторгнут, так как истцу возвращена стоимость телефона, вследствие чего возврат телефона ответчику был признан правомерным <1>.

<1> Судебный вестник Чувашии. 2009 г. N 4.

Хранение доказательств в арбитражных судах определяется Инструкцией по делопроизводству в арбитражных судах Российской Федерации (первой, апелляционной и кассационной инстанций), утвержденной Постановлением Пленума ВАС РФ от 25 декабря 2013 г. N 100 (далее - Инструкция по делопроизводству в арбитражных судах) <1>.

<1> СПС "КонсультантПлюс".

Некрупные вещественные доказательства - бумаги, карточки, фотографии и т.п. - согласно п. 14.2 Инструкции по делопроизводству в арбитражных судах хранятся в судебном деле либо в отдельном конверте, либо в отдельном прозрачном файле формата А4, прикрепленном ко второй внутренней стороне обложки дела, и учитываются во внутренней описи документов дела. Вещественные доказательства, хранящиеся по месту их нахождения, подробно описываются и опечатываются. Однако

Инструкция не поясняет, кем должны быть произведены такие действия. В арбитражных судах вещественные доказательства хранятся в суде в металлических запирающихся и опечатываемых шкафах, исключающих доступ к ним посторонних лиц.

Пункт 14.4 той же Инструкции требует, чтобы вещественные доказательства представлялись в суд в упакованном виде с сопроводительным письмом, в котором перечислены все сдаваемые суду предметы. При принятии вещественных доказательств они сверяются с перечнем, содержащимся в сопроводительном письме. По делам об административных правонарушениях представленные вещественные доказательства проверяются по протоколу изъятия вещей и документов либо протоколу об административном правонарушении.

При отсутствии расхождений вещественные доказательства вновь упаковываются и опечатываются. Упаковка должна обеспечивать сохранность вещественных доказательств от повреждения и порчи. На упаковке указываются наименование вещественного доказательства, количество, номер судебного дела, к которому приобщено доказательство, номер по журналу учета. Печать ставится таким образом, чтобы вещественные доказательства не могли быть заменены или изъяты без ее повреждения. В журнале учета вещественных доказательств указываются дата поступления и наименование вещественных доказательств, их количество, номер судебного дела, фамилия и должность работника суда, ответственного за их сохранность.

Если вещественные доказательства в суд не представлялись и переданы на хранение организацией ответственного хранителя, в журнале указываются место нахождения вещественных доказательств, фамилия, инициалы хранителя, какой организацией передано на хранение.

Пункт 14.9 Инструкции по делопроизводству в арбитражных судах требует, чтобы передача вещественных доказательств судье или помощнику судьи для осмотра в судебном заседании осуществлялась под расписку в журнале учета. После осмотра в судебном заседании вещественные доказательства вновь упаковываются и опечатываются. Вещественные доказательства хранятся в суде до вступления в законную силу судебного акта, которым закончено производство по делу. Данные об определении судьбы вещественных доказательств вносятся секретарем судебного заседания (помощником судьи) в журнал учета вещественных доказательств судебного состава.

При обжаловании судебных актов вещественные доказательства, хранящиеся в суде, направляются в вышестоящие суды только по их письменному требованию, о чем делается отметка в журнале учета вещественных доказательств.

Вещественные доказательства, которые должны быть возвращены владельцу, выдаются ему под расписку, которая подшивается в дело, а в журнале учета делается отметка о выдаче вещественного доказательства.

В случае отказа владельца от получения вещественного доказательства или неявки его без уважительных причин по вызовам в суд в течение шести месяцев вещи, не утратившие потребительских свойств и годные к употреблению, по определению суда передаются соответствующему финансовому органу для реализации. На основании этого определения выдается исполнительный лист, который направляется в службу судебных приставов. Деньги от реализации зачисляются на депозитный счет суда, откуда на основании определения суда перечисляются по назначению.

Вещественные доказательства, не представляющие ценности или подвергшиеся порче, на основании определения суда уничтожаются комиссией с составлением акта об уничтожении вещественного доказательства.

Ответственность за сохранность вещественных доказательств, находящихся в судебном деле, несет судья, под председательством которого оно рассматривается. Ответственность за сохранность хранящихся отдельно от дела вещественных доказательств несет лицо, на которое возложена такая обязанность.

Согласно п. 24.6 Инструкции по делопроизводству в арбитражных судах при поступлении в арбитражный суд вещественных доказательств по делу, рассматриваемому в порядке упрощенного производства, в сети Интернет в режиме ограниченного доступа размещаются фотографии таких доказательств.

В некоторых случаях в жалобах в суд вышестоящей инстанции заявители ссылаются на появление повреждений на вещественных доказательствах во время хранения в суде или проведения экспертизы <1>. Предотвратить такие случаи, способные поставить под сомнение беспристрастность суда, позволило бы составление акта описи вещественного доказательства. Предусмотренная в журнале учета вещественных доказательств графа "описание вещественного доказательства" не предполагает подробной описи доказательства.

<1> Кассационное определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного суда Республики Алтай от 28 апреля 2010 г. // СПС "КонсультантПлюс".

Проект такого акта мог бы составляться лицом, представляющим вещественное доказательство в суд, и подписываться специалистом канцелярии суда при принятии ходатайства о приобщении вещественного доказательства к материалам дела через канцелярию. Однако до внесения изменений в Инструкцию по делопроизводству в арбитражных судах и в **Инструкцию** по делопроизводству в районном суде составление такой описи не является обязанностью суда.

§ 7. Исследование и оценка вещественных доказательств

Способом исследования вещественных доказательств является осмотр. Осмотр проводится в судебном заседании, если вещественные доказательства приобщены к материалам дела и хранятся в суде. Порядок осмотра вещественных доказательств в ГПК РФ и КАС РФ урегулирован более подробно, чем в АПК РФ.

Согласно ст. ст. 183 и 166 ГПК РФ вещественные доказательства осматриваются прежде всего судом. Затем их предъявляют каждому лицу, участвующему в деле, и их представителям, а в необходимых случаях - свидетелям, экспертам, специалистам. Лица, которым предъявлены вещественные доказательства, могут обращать внимание суда на те или иные обстоятельства, связанные с вещественным доказательством и осмотром.

Вещественное доказательство редко может являться прямым доказательством, так как оно самостоятельно не способно сообщить суду, какие именно его свойства имеют доказательственное значение в рассматриваемом деле. Как правило, для того, чтобы доказательственная информация была воспринята судом из вещественного доказательства, требуются пояснения лица, представившего его. Поэтому во время осмотра вещественного доказательства возможность пояснить суду, какими именно свойствами вещественное доказательство подтверждает или опровергает конкретный факт, включенный в предмет доказывания, имеет важное значение для реализации права стороны **et alters pars audiat** (представить суду свои аргументы и доказательства). Кроме того, без подобных пояснений информация, имеющая доказательственное значение, может ускользнуть от внимания суда, и в таком случае решение будет вынесено без учета такой информации. Следует согласиться с тем, что объяснения сторон и третьих лиц могут опровергнуть или, наоборот, подтвердить имеющиеся в материалах дела вещественные доказательства <1>.

<1> Агафонова Г.А., Беспалов Ю.Ф. Настольная книга судьи: рассмотрение и разрешение гражданских дел в апелляционном порядке: Учебно-практическое пособие / Отв. ред. Ю.Ф. Беспалов. М., 2015.

Лица, участвующие в деле, могут также обращать внимание на несоответствие исследуемого доказательства другим доказательствам, его неотносимость или недопустимость. Следует обратить внимание на то, что ст. ст. 59, 60 ГПК РФ об относимости и допустимости адресованы суду, т.е. суд может выявить неотносимость или недопустимость доказательства по своей инициативе. Аналогичные положения содержатся в ст. ст. 67 и 68 АПК РФ, ст. ст. 60 и 61 КАС РФ.

Все заявления лиц, участвующих в деле, связанные с осмотром вещественного доказательства, должны быть в соответствии с ч. 1 ст. 183 ГПК РФ занесены в протокол судебного заседания. Отражение

таких заявлений в протоколе принимается во внимание судом апелляционной инстанции при рассмотрении доводов апелляционной жалобы о том, что они не были учтены судом первой инстанции при оценке доказательств. Ведение видео- или аудиозаписи как формы протоколирования судебного заседания позволяет дословно зафиксировать заявления сторон во время исследования доказательств. Однако при ведении аудиопотолирования в протоколе судебного заседания в бумажной форме такие заявления не отражаются. Соответственно, для того чтобы в апелляционной жалобе сослаться на сделанное в первой инстанции заявление в связи с исследованием вещественного доказательства, лицо, участвующее в деле, должно изготовить расшифровку извлечения из аудиозаписи судебного заседания в соответствующей части и приложить ее к жалобе.

В гражданском процессе такие сведения об обстоятельствах дела, как внешний вид человека, могут быть восприняты судом также посредством осмотра, потому применение правил об исследовании вещественных доказательств в данном случае представляется оправданным. Однако осмотр человека судом не может проводиться способом, унижающим достоинство человека.

Представляется, что при решении вопроса о проведении осмотра человека в зале судебного заседания должны приниматься во внимание два фактора. Во-первых, человек не может быть принуждаем судом к тому, чтобы снять одежду, которую сам человек считает недопустимым снимать публично. Очевидно, что в такой многонациональной и многоконфессиональной стране, как Россия, критерии допустимости обнажения частей тела могут значительно различаться для представителей разных культур и разного пола. Иное противоречило бы закрепленному в ч. 1 ст. 21 Конституции РФ положению о недопустимости умаления достоинства личности.

Во-вторых, осмотр человека не должен приводить к умалению авторитета судебной власти в случаях, когда человек по собственной воле готов публично в судебном заседании снять с себя одежды больше, чем позволяют нравственные устои общества. Е.В. Васьковский обращал особое внимание на такую составную часть функции председательствующего по осуществлению дисциплинарной власти в судебном заседании, как его обязанность следить за соблюдением всеми присутствующими правил благопристойности, что прямо предусматривалось ст. 154 Учреждения судебных установлений 1864 г. <1>.

<1> См.: Васьковский Е.В. Учебник гражданского процесса. М., 2003. С. 80.

Представляется, что, хотя такая обязанность прямо в действующем гражданском процессуальном законодательстве не установлена, она вытекает из п. 4 ст. 10, п. 7 ст. 11 и Кодекса судейской этики (утв. VIII Всероссийским съездом судей 19 декабря 2012 г.), согласно которым судья должен проявлять корректность в общении с гражданами, с уважением относиться к нравственным обычаям и традициям народов, учитывать культурные и иные особенности различных этнических и социальных групп и конфессий, соблюдать высокую культуру поведения в процессе, поддерживать порядок в судебном заседании, вести себя достойно, вежливо в отношении участников процесса и других лиц, присутствующих в судебном заседании и требовать такого же поведения от участников процесса и всех лиц, присутствующих в судебном заседании <1>. Суд не должен допускать осмотр человека в судебном заседании, если такой осмотр может противоречить основам нравственности, а значит, будет проявлением неуважения к присутствующим в судебном заседании.

<1> Бюллетень актов по судебной системе. 2013. N 2.

Если осмотр человека может повлечь умаление его достоинства или нарушить обстановку благопристойности, его должен проводить врач. Представляется, что такой осмотр представляет собой разновидность судмедэкспертизы. После возбуждения производства по делу он должен проводиться на основании определения суда о назначении судмедэкспертизы. До возбуждения производства по делу по обращению гражданина за освидетельствованием врач может составить акт освидетельствования, который в судебном заседании будет оглашаться по правилам исследования письменного доказательства.

Лицо, акт освидетельствования которого должен быть оглашен в судебном заседании, на основании ч. 2 ст. 10 ГПК РФ или ч. 1 ст. 11 АПК РФ соответственно может ходатайствовать о рассмотрении дела в закрытом судебном заседании, если полагает, что таким актом может быть нарушена тайна его личной жизни. Представляется, что в ГПК РФ, АПК РФ и КАС РФ не достает нормы, которая обязывала бы суд до начала осмотра разъяснить гражданину его право заявить такое ходатайство.

Осмотр вещественных доказательств, которые хранятся вне суда, суд может провести по месту их нахождения в соответствии со ст. 184 ГПК РФ, ст. 78 АПК РФ, ст. 74 КАС РФ. Вещественные доказательства, подвергающиеся быстрой порче, немедленно осматриваются и исследуются арбитражным судом по месту их нахождения в соответствии с правилами, установленными ст. 75 ГПК РФ, ст. 74 КАС РФ и ст. 79 АПК РФ. Хотя ни один из рассматриваемых Кодексов не требует подачи ходатайства лица, участвующего в деле, для проведения осмотров вещественного доказательства в названных случаях, именно такое ходатайство может являться для суда единственным источником сведений о том, что такие доказательства существуют и что они должны быть осмотрены по месту их нахождения, а если существует угроза их быстрой порчи, то еще и в безотлагательном порядке.

Лица, участвующие в деле, извещаются о месте и времени такого осмотра и исследования вещественного доказательства, проводимого в форме отдельного процессуального действия. В таких случаях является обоснованным извещение лиц, участвующих в деле, посредством телефонограмм, сообщений по электронной почте или СМС, что в современных гражданском и арбитражном процессах позволяют делать положения ч. 1 ст. 113 ГПК РФ, ч. 1 ст. 96 КАС РФ и ч. 3 ст. 121 АПК РФ соответственно.

Во время осмотра могут составляться или проверяться имеющиеся в деле планы, схемы, чертежи, расчеты. Результаты осмотра фиксируются в протоколе отдельного процессуального действия, составленном по правилам гл. 21 ГПК РФ и ст. 155 АПК РФ соответственно. Сделанные во время осмотра видеозаписи, фотоснимки письменных и вещественных доказательств прилагаются к протоколу осмотра. Если во время осмотра было дано заключение эксперта или составлена консультация специалиста в письменной форме, они также прилагаются к протоколу осмотра вещественного доказательства. Такие правила направлены на обеспечение полноты исследования и оценки осматриваемого вещественного доказательства.

Часть 2 ст. 183 ГПК РФ и ч. 2 ст. 166 КАС РФ требуют, чтобы протокол осмотра вещественного доказательства на месте был оглашен в судебном заседании. Лицам, участвующим в деле, во время рассмотрения дела в судебном заседании должна быть предоставлена возможность дать объяснения по поводу осмотра вещественного доказательства на месте после оглашения его протокола.

В арбитражном процессе осуществляемое по общему правилу хранение вещественных доказательств лицом, у которого вещественные доказательства находятся, фактически не позволяет лицам, участвующим в деле, до судебного заседания ознакомиться с вещественными доказательствами в рамках раскрытия доказательств в нарушение ч. 1 ст. 9 АПК РФ, гарантирующей каждому лицу, участвующему в деле, право знать об аргументах и доказательствах других лиц до начала судебного заседания.

Процедурные правила, которые позволяли бы лицам, участвующим в деле, заблаговременно ознакомиться с вещественными доказательствами, которые хранятся вне арбитражного суда до судебного заседания, отсутствуют.

Закрепление таких правил в АПК РФ позволило бы остальным лицам, участвующим в деле, подготовиться к защите своих интересов в судебном разбирательстве с учетом сведений, которые содержит вещественное доказательство, либо способствовало бы заключению мирового соглашения или признанию иска.

У стороны, представляющей вещественное доказательство, должна быть обязанность обеспечить другим лицам, участвующим в деле, такую же возможность ознакомиться с ним, как и с письменными доказательствами, до представления этих доказательств в арбитражный суд. Во время такой процедуры раскрытия доказательств было бы целесообразно предоставить лицу, перед которым раскрывается доказательство, право осуществлять его фотографирование или видеозапись.

Если лицо, представляющее вещественное доказательство, отказалось в добровольном порядке

предоставить его для осмотра другим лицам, участвующим в деле, у арбитражного суда должно быть полномочие обязать такое лицо обеспечить остальным лицам, участвующим в деле, осмотр вещественного доказательства по месту его нахождения и применять санкции за неисполнение такого распоряжения суда. К сожалению, действующий АПК РФ не предусматривает таких полномочий суда.

Если вещественное доказательство, которое не может быть доставлено в суд, расположено в иной местности, суд может в порядке, предусмотренном ст. ст. 62 - 63 ГПК РФ, ст. ст. 66 - 67 КАС РФ и ст. ст. 73 - 74 АПК РФ, направить судебное поручение о проведении осмотра вещественного доказательства по месту его нахождения в тот суд, на территории которого вещественное доказательство расположено.

Пленум Верховного Суда РФ в своем Постановлении от 24 июня 2008 г. N 11 "О подготовке гражданских дел к судебному разбирательству" <1> разъясняет, что в порядке судебного поручения не должны собираться письменные или вещественные доказательства, которые могут быть представлены сторонами или по их просьбе истребованы судом, рассматривающим дело.

<1> Бюллетень Верховного Суда РФ. 2008. N 9.

Рассматриваемые Кодексы не предусматривают возможность взаимного исполнения судебных поручений арбитражными судами и судами общей юрисдикции. Арбитражный суд может направить судебное поручение только в другой арбитражный суд. Суд общей юрисдикции может направить поручение только в другой суд общей юрисдикции. Протокол, составленный при осмотре вещественного доказательства в порядке судебного поручения, должен быть также оглашен в судебном заседании.

В судебной практике применяется еще один способ исследования вещественного доказательства, не названный в ГПК РФ, - судебный эксперимент. Так, в деле по иску о праве собственности на пальто стороны могут его примерять; в спорах о праве на вещь, требующую специальных навыков в обращении, сторонам может быть предложено продемонстрировать такие навыки и т.п. Интересный пример исследования поведения домашнего животного в рамках судебного эксперимента приводит А.Т. Боннер <1>.

<1> Боннер А.Т. Традиционные и нетрадиционные средства доказывания в гражданском и арбитражном процессе. М., 2014. С. 267 - 268.

А.А. Власов верно отмечает, что в гражданских делах эксперимент может осуществляться в ходе осмотра вещественного доказательства <1>. В таком случае сведения о проведении такого судебного эксперимента должны быть занесены в протокол судебного заседания. Их отсутствие исключает возможность в апелляционной инстанции ссылаться на результаты такого эксперимента.

<1> Власов А.А. Вещественные доказательства в гражданском процессе. С. 87 - 88.

Так, в деле по иску Нижегородской региональной общественной организации по защите прав потребителей "ПРАКС" в интересах Д.В.М. к ООО "Жилбытсервис" о возмещении материального ущерба, компенсации морального вреда, взыскании убытков, неустойки, судебных расходов судом апелляционной инстанции довод апелляционной жалобы о том, что в качестве эксперимента в судебном заседании представитель истца безрезультатно пытался вытащить заглушку, не был принят во внимание, поскольку это не нашло своего отражения в протоколе судебного заседания <1>.

<1> Определение Нижегородского областного суда от 3 июля 2012 г. N 33-4829/2012 // СПС "КонсультантПлюс".

В арбитражном процессе подобные эксперименты иногда осуществляются в ходе проведения

судебной экспертизы и фиксируются в заключении эксперта. Так, в деле по заявлению ЗАО "Липецк-Мобайл" о признании незаконным и об отмене постановления о привлечении к административной ответственности за совершение административного правонарушения в рамках проведения дополнительной комиссионной комплексной психолингвистической экспертизы восприятия рекламной фразы "Теле2: Всегда дешевле" читающими ее лицами был проведен психолингвистический эксперимент <1>. На проведение таких экспериментов, являющихся методами экспертного исследования, распространяется действие правил о судебной экспертизе.

<1> Постановление Девятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 30 июня 2008 г. N 19АП-830/07 // СПС "КонсультантПлюс".

Кроме того, в арбитражной судебной практике встречаются случаи проведения досудебных экспериментов. Так, в деле по иску ОАО "Аэрофлот - российские авиалинии" к ОАО "Международный аэропорт Шереметьево" о взыскании убытков был представлен акт о расследовании повреждения на земле самолета истца. В акте были исследованы обстоятельства инцидента, зафиксированы результаты натурального эксперимента. Исходя из результатов натурального эксперимента и наличия повреждений принадлежащего ответчику трапа СПТ, не отмеченных в журнале учета повреждений, вероятной причиной повреждения обтекателя залива воздушного судна в аэропорту Шереметьево, по мнению комиссии, явилось столкновение верхней площадки трапа с воздушным судном при подгоне к нему трапа <1>.

<1> Постановление Десятого арбитражного апелляционного суда от 29 февраля 2008 г. N 10АП-454/2008 // СПС "КонсультантПлюс".

В другом деле по иску о взыскании неосновательного обогащения в подтверждение размера неосновательного обогащения был представлен комиссионный акт осмотра земельного участка, в котором были зафиксированы результаты эксперимента по определению объема неправомерно вывезенного ответчиком зерна с поля истца и урожайность зерна путем контрольного обмолота зерноуборочным комбайном и расчета фактической урожайности <1>.

<1> Постановление Третьего арбитражного апелляционного суда от 12 мая 2012 г. N 03АП-1492/12 // СПС "КонсультантПлюс".

Иногда стороны представляют в арбитражный суд результаты внесудебного эксперимента, проведенного в то время, когда производство по делу уже возбуждено. Так, в деле по заявлению ООО "МедиаКар" о признании незаконным решения о привлечении к ответственности за совершение налогового правонарушения заявитель в ходе производства по делу в первой инстанции в порядке эксперимента с целью определения веса одного листа в заказном письме отправил на адрес организации заказное письмо с вложением копии уведомления налоговых органов. В ходе эксперимента выявлен вес одного листа уведомления, направленного заказным письмом, с конвертом. Заявитель использовал данные эксперимента для доказывания того факта, что налоговые органы не отправляли ему спорное уведомление <1>.

<1> Постановление Девятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 10 июля 2012 г. N 19АП-2983/12 // СПС "КонсультантПлюс".

В арбитражный суд, как правило, представляется акт осмотра спорного объекта комиссией с участием представителей спорящих сторон. Такой акт исследуется арбитражным судом в качестве письменного доказательства.

При осмотре вещественного доказательства в судебном заседании могут принимать участие специалисты для оказания технической помощи или дачи консультации суду.

Иногда сохраняемая в предмете доказательственная информация может быть воспринята только человеком, обладающим специальными познаниями. В таком случае может быть назначена судебная экспертиза, по результатам проведения которой составляется заключение эксперта. Такое заключение может содержать сведения о вещественном доказательстве, которые имеют доказательственное значение и могут быть использованы судом при вынесении решения. Необходимость проведения судебной экспертизы может быть выявлена в ходе проведения осмотра.

Статьи 153.1 АПК РФ, 155.1 ГПК РФ и 142 КАС РФ предусматривают возможность участия в судебном заседании с использованием видеоконференц-связи. Исследование вещественного доказательства посредством видеоконференц-связи не допускается ни одним из Кодексов. Видеоконференц-связь не позволяет обеспечить эффективное участие в осмотре вещественного доказательства в судебном заседании, так как при таком осмотре должна быть обеспечена возможность восприятия доказательственной информации не только зрением, но и другими органами чувств. Видеоконференц-связь ограничивает даже возможность восприятия визуальной информации.

Определение суда о приобщении вещественного доказательства к материалам дела, исследование которого будет осуществляться в судебном заседании, является обстоятельством, исключающим удовлетворение арбитражным судом ходатайства об участии в таком судебном заседании посредством видеоконференц-связи. Пленум Высшего Арбитражного Суда РФ в п. 23 Постановления от 17 февраля 2011 г. N 12 "О некоторых вопросах применения Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации в редакции Федерального закона от 27 июля 2010 г. N 228-ФЗ "О внесении изменений в Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации" разъяснил, что вещественные доказательства не могут быть представлены для осмотра посредством использования систем видеоконференц-связи и представляются в суд, рассматривающий дело, для их исследования в судебном заседании согласно требованиям ст. 162 АПК РФ <1>.

<1> Вестник ВАС РФ. 2011. N 4.

Вещественные доказательства оцениваются судом в совокупности с другими доказательствами. В результате сопоставления информации, полученной из вещественного доказательства в ходе его осмотра в судебном заседании, с другими доказательствами суд должен сделать логически обоснованный вывод о том, подтверждает ли вещественное доказательство существование или несуществование доказываемого обстоятельства дела.

Логическим операциям суда над информацией, полученной из вещественного доказательства, должна предшествовать оценка его относимости и допустимости. Относимость вещественного доказательства, т.е. связь между получаемой из него доказательственной информацией и доказываемым фактом, должна подтверждаться сведениями, полученными из других средств доказывания.

Так, при доказывании факта размещения спорного товарного знака на сайте ответчика в сети Интернет протокол осмотра вещественного доказательства, составленный нотариусом в порядке обеспечения доказательства, подтверждает только факт размещения товарного знака на определенном сайте. Если истец не представит доказательств принадлежности этого сайта ответчику, такое вещественное доказательство может быть отклонено как не относимое, так как не будет доказано незаконное использование товарного знака именно ответчиком.

Допустимость вещественного доказательства устанавливается посредством проверки соблюдения правил представления и исследования вещественного доказательства, установленных гражданским процессуальным или арбитражным процессуальным законодательством соответственно. В протоколе судебного заседания или в протоколе осмотра вещественного доказательства должны быть отражены действия по предоставлению возможности лицам, участвующим в деле, ознакомиться с ним и дать пояснения по результатам осмотра, результаты осмотра.

Например, согласно ч. 2 ст. 183 ГПК РФ протокол судебного заседания должен содержать сведения об оглашении протокола осмотра вещественного доказательства на месте или вещественного доказательства, подвергающегося быстрой порче. Неоглашение такого протокола приведет к нарушению

правил исследования вещественного доказательства судом. В апелляционной инстанции такое доказательство на основании ч. 2 ст. 55 ГПК РФ может получить оценку недопустимого, поскольку оно получено судом с нарушением правил исследования, и привести к отмене судебного решения.

Глава 6. ЭКСПЕРТИЗА В ГРАЖДАНСКОМ И АРБИТРАЖНОМ ПРОЦЕССАХ, АДМИНИСТРАТИВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ

§ 1. Судебная экспертиза как форма использования специальных знаний в гражданском и арбитражном процессах, административном судопроизводстве

Одним из средств доказывания, предусмотренных ч. 1 ст. 55 ГПК РФ, ч. 2 ст. 64 АПК РФ и ч. 2 ст. 59 КАС РФ, является заключение эксперта, которое представляет собой результат исследования, проведенного лицом, обладающим специальными знаниями, с целью получения новых сведений об обстоятельствах, имеющих значение для правильного разрешения дела.

Процессуальное законодательство, допуская возможность применения специальных знаний с целью разрешения некоторых вопросов, возникающих в ходе рассмотрения конкретных дел, не раскрывает этого понятия.

В юридической литературе нет единой трактовки понятия "специальные знания".

Довольно длительное время в юридической доктрине господствовало мнение, в соответствии с которым специальные знания в первую очередь следует отграничивать от знаний, относящихся к области права, которыми обладают судьи и должны их применять в процессе разрешения конкретных дел. Из этого положения вытекает общепризнанный запрет назначения в гражданском, арбитражном процессах и административном судопроизводстве экспертизы для разрешения правовых вопросов, в том числе касающихся содержания и порядка применения норм иностранного права, поскольку эксперт привлекается судом для установления конкретных фактов, а не для разрешения вопросов права. Причем такая позиция относительно сущности специальных знаний, основываясь на нормах действующего процессуального законодательства, сохраняет свое главенствующее положение и в современной процессуальной литературе ^{<1>}, а также поддерживается судебной практикой.

^{<1>} См., например: Треушников М.К. Судебные доказательства. 3-е изд., испр. и доп. М., 2004. С. 192 - 193; Духно Н.А., Корухов Ю.Г., Михайлов В.А. Судебная экспертиза по новому законодательству России (в уголовном, гражданском, арбитражном, административных процессах). М., 2003. С. 3; Комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации / Под ред. М.С. Шакарян. М., 2003. С. 191; Комментарий к Федеральному закону "О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации" / Под общ. ред. В.И. Илюхина и Г.Н. Колбая. М., 2002. С. 40.

Так, Б. обратился в суд с заявлением о признании недействующим Постановления правительства Самарской области от 10 декабря 2008 г. N 473 "Об утверждении результатов государственной кадастровой оценки земельных участков в составе земель населенных пунктов Самарской области", а именно в части установления кадастровой стоимости земельного участка и в части установления среднего удельного показателя кадастровой стоимости земельного участка, полагая, что правовое регулирование в оспариваемой части снижает уровень его правовых гарантий как налогоплательщика, лишает права уплачивать законно установленные налоги, поскольку установленная кадастровая стоимость земельного участка значительно превышает ее рыночную стоимость. В ходе судебного разбирательства, ознакомившись с отчетом по определению кадастровой стоимости земельных участков в составе земель населенных пунктов в Самарской области, подготовленным ФГУП ФКЦ "Земля", Б. заявил ходатайство о назначении экспертизы отчета. Определением судьи Самарского областного суда от 17 ноября 2009 г. ходатайство было удовлетворено и по делу назначена судебная экспертиза отчета ФГУП ФКЦ "Земля" "Об определении кадастровой стоимости земельных участков в составе земель населенных пунктов Самарской области". Производство по делу было приостановлено до предоставления суду заключения экспертизы. В частной жалобе правительством Самарской области поставлен вопрос об отмене данного определения как постановленного с нарушением норм процессуального права.

Отменяя указанное Определение судьи Самарского областного суда от 17 ноября 2009 г. в части приостановления производства по делу до предоставления суду заключения экспертизы, Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда РФ, в частности, указала, что из материалов по частной жалобе усматривается, что перед экспертом поставлены восемь вопросов, требующих толкования норм права, а производство по делу приостановлено в связи с назначением судом правовой экспертизы. Процессуальная особенность данного спора заключается в том, что задача суда сводится к исследованию свойств нормативного правового акта, полномочий органа, издавшего акт, выяснению соответствия оспариваемого нормативного правового акта другому нормативному правовому акту, имеющему большую юридическую силу, что прямо вытекает из положений ст. ст. 249, 251, 252 ГПК РФ. Поскольку поставленные судом на разрешение экспертизы вопросы касаются права, толкования и применения норм, которые относятся к компетенции суда, Судебная коллегия посчитала, что оснований для приостановления производства по делу до представления экспертного заключения у суда не имелось <1>.

<1> Определение Верховного Суда РФ от 3 февраля 2010 г. N 46-Г09-27 // СПС "КонсультантПлюс".

Пленум Высшего Арбитражного Суда РФ в п. 8 Постановления от 20 декабря 2006 г. N 66 "О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами законодательства об экспертизе" <1>, утратившего силу в связи с принятием Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 4 апреля 2014 г. N 23, также обращает внимание на то обстоятельство, что вопросы права и правовых последствий оценки доказательств относятся к исключительной компетенции суда. Единственный случай, когда суд может привлечь эксперта для решения правового вопроса, - это необходимость установления норм иностранного права. Пункт 9 указанного Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 4 апреля 2014 г. N 23 содержит аналогичные разъяснения, при этом указано, что в целях установления содержания норм иностранного права суд может обратиться в установленном порядке за содействием и разъяснением в компетентные органы или организации, привлечь специалиста либо эксперта, при этом при привлечении лица, обладающего специальными знаниями в области иностранного права в качестве эксперта суд руководствуется законодательством Российской Федерации о судебно-экспертной деятельности, а также нормами АПК РФ, регуливающими вопросы назначения и проведения экспертизы.

<1> Вестник ВАС РФ. 2007. N 2.

Между тем все активнее высказывается противоположная точка зрения, суть которой состоит в том, что в настоящее время к числу специальных знаний следует относить и знания, носящие правовой характер, связанные с положениями той или иной отрасли права и выходящие за пределы профессиональной подготовки судей, что влечет за собой возможность использования этих специальных знаний в форме консультации специалиста по правовым вопросам, которыми не владеют судьи, либо даже в форме проведения правовой экспертизы <1>.

<1> Например: Филиппов П.М., Мохов А.А. Использование специальных знаний в судопроизводстве России. Волгоград, 2003. С. 27 - 35; Россинская Е.Р. Современные проблемы использования специальных познаний в судопроизводстве // Судебная экспертиза: теоретические, практические, дидактические вопросы: Сборн. науч. тр. М., 2002. С. 12 - 16; Лукьянова И.Н. Экспертиза в арбитражном процессе // Защита прав граждан и юридических лиц в российском и зарубежном праве (проблемы теории и практики): Сб. статей и тезисов аспирантов и молодых ученых. М., 2002. С. 131; Жижина М.В. Криминалистическая экспертиза документов в арбитражном судопроизводстве: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003. С. 42 - 43; Комментарий к законодательству о судебной экспертизе. Уголовное, гражданское, арбитражное судопроизводства / Отв. ред. В.Ф. Орлова. М., 2004. С. 91; Россинская Е.Р. Судебная экспертиза в гражданском, арбитражном, административном и уголовном процессе. М., 2005. С. 12 - 18; Россинская Е.Р., Галяшина Е.И. Настоящая книга судьи: судебная экспертиза. Теория и практика, типичные вопросы и нестандартные ситуации.

Изменение взглядов на содержание понятия "специальные знания" связано с активным

проникновением права в общественную жизнь, которое наблюдается в последние годы: изменение экономической жизни общества вызвало рост числа общественных отношений, требующих правового регулирования, что, в свою очередь, породило огромное количество нормативных актов, особенно подзаконных, ориентироваться в которых трудно даже профессиональным юристам.

Стимулом к пересмотру понятия "специальные знания" и отнесению к их числу правовых знаний послужило закрепление, во-первых, в Законе о Конституционном Суде РФ нормы о вызове эксперта для дачи заключения по вопросам, касающимся рассматриваемого дела (ст. 63 указанного Закона), т.е. по вопросам, носящим правовой характер, а во-вторых, в редакции АПК РФ 2002 г. положения, в соответствии с которым для установления содержания норм иностранного права возможно привлечение экспертов (ч. 2 ст. 14 АПК РФ).

Допуская в целом возможность использования в качестве специальных знаний правовых знаний, современные процессуалисты по-разному определяют пределы их использования, критерии, отграничивающие специальные знания такого рода от знаний права, которыми должны обладать судьи, и формы их использования в процессе рассмотрения конкретных дел.

Если, например, П.М. Филиппов и А.А. Мохов считают вопрос о назначении экспертизы по правовым вопросам дискуссионным, в отличие от дачи консультации специалиста по указанным вопросам, которая является вполне допустимым процессуальным действием <1>, то И.Н. Лукьянова считает возможным использование специальных знаний в обеих формах с целью разрешения правовых вопросов, одновременно формулируя критерий, позволяющий отграничить экспертизу по правовым вопросам от заключения специалиста по аналогичным вопросам: специалист не должен решать вопрос о применимости конкретной нормы права к рассматриваемому делу или о том, каким образом эта норма должна применяться в конкретном случае <2>.

<1> Филиппов П.М., Мохов А.А. Указ. соч. С. 29.

<2> Лукьянова И.Н. Экспертиза в арбитражном процессе // Защита прав граждан и юридических лиц в российском и зарубежном праве (проблемы теории и практики): Сб. статей и тезисов аспирантов и молодых ученых. С. 131.

Е.Р. Россинская обращает внимание на возникшую в практике рассмотрения уголовных, гражданских дел и дел об административных правонарушениях потребность в проведении правовых экспертиз, которая в настоящее время реализуется путем приобщения консультации специалиста по правовым вопросам к материалам дела в качестве письменных доказательств либо путем воспроизведения содержащихся в ней сведений в каких-либо процессуальных документах, и в связи с этим на необходимость законодательного закрепления проведения таких экспертиз <1>. При этом к категории специальных юридических знаний она предлагает относить те вопросы в рамках каждой отрасли права, которые не относятся к числу общеизвестных для практикующих юристов, наиболее часто используемых ими знаний <2>. Более того, Е.Р. Россинская предлагает в каждой из отраслей права условно очертить круг общеизвестных для практикующих юристов наиболее часто востребуемых ими знаний и специальных знаний <3>.

<1> Россинская Е.Р. Судебная экспертиза в гражданском, арбитражном, административном и уголовном процессе. С. 16.

<2> Там же. С. 14.

<3> Россинская Е.Р., Галяшина Е.И. Указ. соч.

М.В. Жижина предлагает расширить понятие "специальные знания" за счет включения в него вопросов права и вопросов, пограничных с правовыми, необходимых для решения, в частности, так называемых нормативистских задач. Исходя из этого автор определяет специальные знания - как знания в области любой научной, творческой и практической деятельности, выходящей, с одной стороны, за пределы правовой компетенции органов суда и следствия, а с другой - за пределы сведений об

общеизвестных фактах <1>.

<1> Жижина М.В. Криминалистическая экспертиза документов в арбитражном судопроизводстве: Дис. ... канд. юрид. наук. С. 42 - 43.

Анализируя указанную выше позицию современных процессуалистов, следует поставить под сомнение возможность предлагаемого ими свободного расширения понятия "специальные знания" за счет включения в него знаний, относящихся к различным отраслям права. Признание за правовыми знаниями характера специальных и, следовательно, возможность назначения экспертизы или привлечения специалиста для решения правовых вопросов требует четкого законодательного разграничения вопросов, решение которых должно относиться к компетенции судей как специалистов, знающих и умеющих применять нормы всех отраслей права, и вопросов правового характера, для разрешения которых знания судей недостаточны и потому необходимы более глубокие знания специалистов более узкого профиля в области той или иной отрасли права. К слову сказать, ни один из сторонников включения правовых знаний в число специальных не определяет критерии такого разграничения. Если же четко не обозначить эту границу и предоставить судьям возможность по собственному усмотрению решать вопрос о необходимости привлечения специалиста для решения правовых вопросов, дело может дойти до того, что будут назначаться экспертизы или получаться консультации специалистов по любым сколько-нибудь сложным вопросам применения норм права (прежде всего материального, не только иностранного, но и российского), кроме тех норм, которые зафиксированы в кодифицированных нормативных актах.

Кроме того, предоставление возможности назначения экспертизы по правовым вопросам и, как следствие, получение соответствующего самостоятельного доказательства - заключения эксперта, которое согласно действующему гражданскому процессуальному, арбитражному процессуальному законодательству и законодательству об административном судопроизводстве не имеет преимуществ перед другими доказательствами и оценивается судом исходя из принципа свободной оценки доказательств, требует разработки методики оценки такого заключения эксперта судом, которая, очевидно, будет отличаться от оценки "традиционного" заключения эксперта, полученного в результате проведения исследования на основе специальных знаний из различных областей науки, кроме юриспруденции. Такое отличие будет заключаться, вероятнее всего, в оценке достоверности заключения эксперта, которая вызовет большие сложности у судей, учитывая то обстоятельство, что экспертиза по правовым вопросам потому ими и была назначена, что сами они не могут решить вопрос, касающийся содержания и применения к конкретному случаю определенных норм права, и, следовательно, для них будет весьма затруднительно проанализировать правильность проведенного экспертом исследования по данному вопросу.

Возможность назначения судебной экспертизы с целью установления содержания норм иностранного права прямо предусмотрена абз. 1 ч. 2 ст. 14 АПК РФ, абз. 1 п. 2 ст. 1191 ГК РФ и абз. 2 п. 1 ст. 166 СК РФ.

Между тем ни действующий в настоящее время ГПК РФ, ни проект единого Гражданского процессуального кодекса не упоминают о возможности назначения судебной экспертизы с целью выявления содержания норм иностранного права, что не согласуется с указанными выше нормами материального права, а также не соответствует практике рассмотрения и разрешения гражданских дел, которая свидетельствует о необходимости установления содержания норм иностранного права не только при рассмотрении споров, связанных с осуществлением предпринимательской и иной экономической деятельности, но также и при разрешении иных гражданских дел с участием граждан. В то же время невозможно возлагать на судей обязанность знать нормы не только национального законодательства, но и многообразное законодательство зарубежных государств, что делает вполне допустимым и уместным использование судом знаний соответствующих специалистов в области того или иного зарубежного законодательства с целью установления действительного содержания норм права иностранного государства, подлежащего применению при разрешении конкретных дел в российских судах, учитывая, что представленные сторонами переводы одних и тех же норм иностранного права могут существенно различаться и правовые нормы в разных переводах могут иметь диаметрально противоположный смысл.

В связи с изложенным представляется необходимым в едином Гражданском процессуальном кодексе предусмотреть возможность использования специальных знаний с целью установления

содержания норм иностранного права, что влечет за собой необходимость четкого определения, в какой форме будут использоваться в такой ситуации специальные знания.

Ныне действующее процессуальное законодательство предусматривает возможность использования специальных знаний, в том числе в форме назначения и проведения судебной экспертизы и в форме получения консультации специалиста.

Отличие судебной экспертизы от консультации специалиста традиционно определяется тем, что эксперт на основе своих специальных знаний проводит исследование представленных ему объектов, в результате которого получает новые сведения об обстоятельствах дела, специалист же никакого исследования не проводит и предоставляет суду интересующую его информацию, руководствуясь исключительно своими знаниями и опытом работы в какой-либо области науки, техники, искусства или ремесла, в виде констатации определенных научных положений безотносительно к конкретным обстоятельствам дела.

Поскольку применение нормы права, в том числе иностранного, к конкретным фактическим обстоятельствам рассматриваемого судом дела является прерогативой суда, а результат такого применения находит отражение в решении суда, представляется невозможным назначение судебной экспертизы с целью проведения исследования, по итогам которого эксперт сделает вывод о том, каким образом норма права должна быть применена к конкретным фактическим обстоятельствам. В противном случае такое заключение эксперта по сути будет являться подменой решения суда, а эксперт, будучи специалистом в области права, в том числе иностранного, возьмет на себя функцию суда по разрешению спора. Представляется, что специалист в области права в принципе не может провести какое-либо исследование на основе своих специальных знаний, результатом которого будут новые сведения о фактических обстоятельствах дела, т.е. об обстоятельствах реальной действительности, ранее неизвестных суду. В такой ситуации роль специалиста в области права, и прежде всего иностранного, сводится к констатации содержания тех или иных положений зарубежного законодательства, подлежащих применению в конкретном деле, что по своей сути соответствует, скорее, даче консультации специалистом, нежели проведению судебной экспертизы экспертом.

Таким образом, представляется, что для установления содержания норм иностранного права, подлежащих применению в конкретном деле, специальные знания должны использоваться не в форме проведения судебной экспертизы, а в форме получения консультации специалиста, обладающего необходимыми специальными знаниями в области иностранного права, в том числе в письменной форме.

Примечательно, что именно такой подход закреплен в КАС РФ, предусматривающем возможность постановки перед специалистом вопросов, связанных с установлением содержания положений нормативного правового акта, включая технические нормы, норм иностранного права (ч. 2 ст. 50).

Одного указания на неправовой характер специальных знаний явно недостаточно для того, чтобы правильно определить содержание этого понятия. Специальные знания экспертов и специалистов должны обладать еще рядом важных признаков, позволяющих выделить их среди всей совокупности знаний, накопленных в обществе на определенном этапе его развития.

А.А. Эйсман указывает на то, что специальные познания не являются общеизвестными, общедоступными, ими должен располагать ограниченный круг специалистов. По его мнению, специальные познания - это познания, которыми не располагает адресат доказывания в широком смысле, т.е. не только суд, но и все участники процесса, все присутствующие на заседании суда, все общество, это знания не общеизвестные, не общедоступные, не имеющие массового распространения <1>.

<1> Эйсман А.А. Заключение эксперта. Структура и научное обоснование. М., 1967. С. 91.

Т.А. Лилуашвили критикует эту точку зрения и пишет: "для определения специальных познаний неправильно исходить из того, кто располагает или не располагает этими знаниями", причем сам он определяет специальные познания как познания, которые, во-первых, находятся за пределами правовых знаний, а во-вторых, - за пределами общеизвестных обобщений эмпирических наблюдений людей и сложившихся в жизни правил и моральных норм <1>.

<1> Лилуашвили Т.А. Применение специальных познаний в советском гражданском процессе: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1970. С. 6.

Иной подход к раскрытию сущности понятия "специальные познания" предлагает Т.В. Сахнова. Она считает, что нельзя давать определение "через отграничивающие (негативные) критерии". В определении должны отражаться специфические характеристики (свойства и отношения) определяемого явления (предмета). Т.В. Сахнова выделяет следующие критерии использования специальных знаний в гражданском процессе: 1) норма права (материального или процессуального), содержащая специальные элементы в определенной форме; 2) уровень развития научных знаний, позволяющий использовать их для практических целей; 3) наличие объективной связи между способом применения научных знаний и юридической целью их использования <1>. Эти критерии и были положены в основу соответствующего определения: "Специальные познания - это всегда научные знания неправового характера, сопровождаемые адекватными (признанными) прикладными методиками, используемые для достижения определенных юридических целей" <2>.

<1> Сахнова Т.В. Судебная экспертиза. М., 2000. С. 6 - 8.

<2> Там же. С. 8.

А.А. Власов, как и Т.В. Сахнова, дает определение специальных знаний, выделяя существенные признаки, присущие именно этому явлению, но при этом не акцентируя внимание на тех признаках, которые ему не свойственны: "Под специальными знаниями следует понимать такую совокупность профессиональных знаний, навыков и умений, которая приобретена в результате специального образования или (и) опыта работы, соответствует современному уровню развития определенной области науки, техники, искусства или ремесла и является достаточной для проведения экспертного исследования и дачи компетентного заключения по интересующим суд вопросам по конкретному делу" <1>.

<1> Власов А.А. Вещественные доказательства в гражданском процессе. С. 104.

Анализ и обобщение предлагаемых в процессуальной литературе определений понятия "специальные знания" позволяют сформулировать такое определение этого понятия, в котором, не претендуя на его бесспорную истинность и конечность, можно было бы максимально учесть все достоинства и недостатки предложенных ранее разработок в этом направлении: специальные знания - это совокупность теоретических знаний и практических навыков конкретных лиц в какой-либо области науки, техники, искусства, ремесла, выходящих за пределы правовых знаний, которыми должны оперировать судьи, приобретенных ими в результате получения специального образования и накопления опыта работы в соответствующей области науки, техники, искусства, ремесла, и в связи с этим позволяющих им разрешать некоторые вопросы, возникающие в ходе рассмотрения конкретного дела, которые не могут быть разрешены другими участниками процесса.

Возникающая в процессе рассмотрения и разрешения гражданских дел потребность в привлечении специальных знаний сведущих лиц может быть реализована несколькими способами:

1) использование технической помощи специалиста в ходе осмотра письменного или вещественного доказательства (ст. ст. 181, 183, 188 ГПК РФ, ст. 50 КАС РФ), а также в процессе отбора образцов для проведения экспертного исследования;

2) получение консультаций специалиста по вопросам, разрешение которых необходимо для полного и всестороннего исследования доказательств, требует применения специальных знаний сведущих лиц, однако не связано с необходимостью проведения специального исследования (ст. 188 ГПК РФ, ст. 87.1 АПК РФ, ст. ст. 50, 169 КАС РФ);

3) проведение судебной экспертизы с целью установления обстоятельств, имеющих значение для

правильного разрешения спора;

4) проведение и представление в суд результатов несудебных экспертиз, т.е. экспертиз, проведенных до начала судебного разбирательства либо в его процессе, но не на основании определения суда, а по ходатайству лиц, участвующих в деле, или их представителей;

5) составление рецензии на заключение эксперта, подготовленное в результате проведения судебной экспертизы;

6) дача показаний сведущим свидетелем.

Наиболее часто используемой формой применения специальных знаний является судебная экспертиза.

Раскрытие понятия "судебная экспертиза" предполагает необходимость выявления существенных признаков, отличающих судебную экспертизу, с одной стороны, от несудебных экспертиз, а с другой - от остальных форм использования специальных знаний в гражданском процессе.

Длительное время в процессуальной литературе не было единого мнения по вопросу о признаках судебной экспертизы: разные авторы выделяли различный набор таких признаков, перечисляя их в различной последовательности, что было связано с отсутствием в процессуальном законодательстве легального определения судебной экспертизы, несмотря на довольно подробное регулирование института судебной экспертизы <1>.

<1> Эйсман А.А. Заключение эксперта. Структура и научное обоснование. С. 88 - 89; Тихиня В.Г. Теоретические проблемы применения данных криминалистики в гражданском судопроизводстве: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Л., 1984. С. 27; Жуков Ю.М. Судебная экспертиза в советском гражданском процессе: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1965. С. 10 - 11; Федосеева В.Б. Криминалистическая экспертиза документов по гражданским делам: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1966. С. 5 - 6; Сахнова Т.В. Судебная экспертиза. С. 23.

Так, например, А.А. Эйсман и В.Г. Тихиня в качестве основных признаков судебной экспертизы называют следующие положения:

1) необходимым элементом любой судебной экспертизы является исследование. Если эксперт сообщает суду без исследования определенные сведения из какой-либо области знаний, то данное им заключение не является экспертным, а представляет собой только научную справку;

2) исследование, проводимое экспертом, всегда основывается на специальных познаниях. На разрешение эксперта могут быть поставлены только такие вопросы, разрешение которых требует применения специальных познаний;

3) экспертное исследование по вопросам, требующим специальных познаний, должно завершаться составлением заключения. Для заключения эксперта как средства доказывания характерно то, что оно дается с соблюдением установленного законом порядка и к его форме закон предъявляет определенные требования <1>.

<1> См.: Эйсман А.А. Заключение эксперта. Структура и научное обоснование. С. 88 - 89; Тихиня В.Г. Теоретические проблемы применения данных криминалистики в гражданском судопроизводстве: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Л., 1984. С. 27. См. также: Жуков Ю.М. Указ. соч. С. 10 - 11.

В.Б. Федосеева указывает на то, что суть экспертизы составляет исследование, которое характеризуется пятью моментами:

1) проводится лицом, обладающим специальными познаниями, по поручению суда;

2) его объектом являются вещественные доказательства и другие материалы дела, представленные судом;

3) вопросы, поставленные судом, разрешаются на основе данных науки, техники, искусства или ремесла;

4) заканчивается дачей заключения;

5) назначение экспертизы и дача заключения урегулированы процессуальным законом <1>.

<1> Федосеева В.Б. Указ. соч. С. 5 - 6.

Интересное мнение по рассматриваемому вопросу высказала Т.В. Сахнова. Она считает, что "системное представление о признаках судебной экспертизы может быть получено исходя из характеристики ее родовых и видовых черт" <1>. Родовые признаки присущи любой экспертизе (судебной и несудебной), видовые признаки характеризуют только судебную экспертизу.

<1> Сахнова Т.В. Судебная экспертиза. С. 23.

Любая экспертиза - это прежде всего эмпирическое исследование. Ее родовыми признаками являются наличие определенного предмета и объекта исследования, применение специальных методов исследования. Исследование, проводимое в форме экспертизы, имеет свой регламент и структуру и его итогом является экспертное заключение.

Все названные выше родовые признаки должны быть присущи и судебной экспертизе как разновидности специального исследования, используемого в особой социальной сфере, - при осуществлении правосудия.

Главными отличительными признаками судебной экспертизы являются: цель, особая процессуальная форма (назначения, проведения, получения результатов), субъекты.

Подводя итог своим рассуждениям, Т.В. Сахнова выделяет следующие признаки судебной экспертизы:

1) применение специальных знаний в форме исследования к определенному объекту и предмету;

2) осуществление особым субъектом - экспертом - и по поручению суда;

3) соблюдение процессуальной формы;

4) получение новой информации (фактических данных) и оформление результатов в форме заключения эксперта, являющегося самостоятельным видом судебного доказательства <1>.

<1> Сахнова Т.В. Судебная экспертиза. С. 46.

И.В. Решетникова указывает на такие основные признаки судебной экспертизы, как:

1) необходимость специальных познаний для разъяснения вопросов, возникающих при рассмотрении дела;

2) необходимость проведения исследования для выведения знания о факте и получения заключения эксперта;

- 3) целью экспертного исследования является извлечение сведений об относящихся к делу фактах;
- 4) соблюдение процессуального порядка назначения, проведения экспертизы и исследования заключения эксперта;
- 5) формирование по результатам проведенного экспертного исследования заключения эксперта, в котором аккумулируются полученные сведения;
- 6) наличие специального субъекта, уполномоченного законом и судом на проведение экспертизы, - эксперта;
- 7) судебная экспертиза всегда назначается и проводится в соответствии с требованиями, установленными в процессуальном законодательстве <1>.

<1> Решетникова И.В. Доказывание в гражданском процессе. С. 228 - 230.

В настоящее время на законодательном уровне сформулировано определение понятия "судебная экспертиза": в ст. 9 Федерального закона от 31 мая 2001 г. N 73-ФЗ "О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации" <1> судебная экспертиза определяется как "процессуальное действие, состоящее из проведения исследований и дачи заключения экспертом по вопросам, разрешение которых требует специальных знаний в области науки, техники, искусства или ремесла и которые поставлены перед экспертом судом, судьей, органом дознания, лицом, производящим дознание, следователем или прокурором, в целях установления обстоятельств, подлежащих доказыванию по конкретному делу".

<1> СЗ РФ. 2001. N 23. Ст. 2291.

Исходя из данного определения авторы комментария к указанному Закону выделяют существенные признаки, характеризующие судебную экспертизу:

- 1) судебная экспертиза является процессуальным действием и осуществляется в соответствующей процессуальной форме;
- 2) использование при ее проведении специальных знаний;
- 3) проведение исследования;
- 4) целью экспертизы является установление обстоятельств, подлежащих доказыванию по конкретному делу;
- 5) оформление хода исследований и результатов экспертизы особым процессуальным документом - заключением эксперта <1>.

<1> Комментарий к Федеральному закону "О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации" / Под общ. ред. В.И. Илюхина и Г.Н. Колбая. С. 39 - 40. См. также: Духно Н.А., Корухов Ю.Г., Михайлов В.А. Указ. соч. С. 4 - 5.

Таким образом, наличие легального определения судебной экспертизы снимает существовавшие до последнего времени в науке гражданского процессуального права разногласия относительно характера признаков, составляющих содержание понятия "судебная экспертиза".

В то же время необходимо обратить внимание на имеющуюся в рассматриваемом определении неточность: здесь в качестве цели проведения судебной экспертизы называется "установление

обстоятельств, подлежащих доказыванию по конкретному делу". Однако установление обстоятельств, подлежащих доказыванию, согласно нормам гражданского процессуального и арбитражного процессуального права является задачей суда. Заключение эксперта, составленное по результатам проведенного экспертного исследования, как и любое другое доказательство по делу, содержит только сведения (информацию) о фактах, на основе которых суд или арбитражный суд устанавливают наличие или отсутствие обстоятельств, имеющих значение для правильного разрешения дела, а не сами факты (ч. 1 ст. 55 ГПК РФ, ч. 1 ст. 59 КАС РФ, ч. 1 ст. 64 АПК РФ). Следовательно, задача судебной экспертизы состоит не в установлении фактов (их устанавливает суд), а в получении новых сведений об интересующих суд обстоятельствах.

Отличие судебной экспертизы от использования специальных знаний в форме консультации специалиста или в форме оказания им суду технической помощи состоит в том, что гражданское процессуальное и арбитражное процессуальное законодательство ставит перед специалистом и экспертом разные задачи, для реализации которых они выполняют неодинаковые функции, что, в свою очередь, влечет за собой неодинаковые результаты их деятельности.

Задача эксперта состоит в получении новых, ранее неизвестных суду либо известных, но требующих дополнительного подтверждения сведений об обстоятельствах, имеющих значение для правильного разрешения дела, в результате исследования уже имеющихся в распоряжении суда доказательств; специалист же призван оказывать суду помощь в осуществлении конкретного процессуального действия, а также предоставлять информацию справочного характера, для чего нет необходимости в проведении специального исследования.

Если эксперт реализует указанную выше задачу, осуществляя на основе своих специальных знаний исследование предоставленных в его распоряжение материалов путем применения специально разработанных методик, то специалист никакого исследования не проводит и предоставляет суду интересующую его информацию, руководствуясь исключительно своими знаниями и опытом работы в какой-либо области науки, техники, искусства или ремесла.

В гражданском процессе сам ход и результаты проведенного экспертом исследования отражаются в специальном документе - заключении эксперта, которое в соответствии со ст. 55 ГПК РФ является самостоятельным доказательством по гражданским делам. Результаты деятельности специалиста могут закрепляться по-разному в зависимости от характера этих результатов, но в любом случае они не оформляются в виде документа, являющегося самостоятельным доказательством, поскольку перечень средств доказывания сформулирован в ст. 55 ГПК РФ исчерпывающим образом и не предусматривает в качестве такового заключение или справку специалиста. Если специалист оказывал суду помощь в осуществлении какого-либо процессуального действия либо давал пояснения или консультацию в устной форме, результаты его деятельности фиксируются в протоколе судебного заседания, если же консультация была дана специалистом в письменной форме, она оглашается в судебном заседании и приобщается к материалам дела (ч. 3 ст. 188 ГПК РФ, ст. 169 КАС РФ), но не в качестве доказательства.

Для арбитражного процесса указанное выше отличие судебной экспертизы от консультации специалиста не столь актуально. И заключение эксперта, и консультация специалиста в соответствии с ч. 2 ст. 64 АПК РФ являются самостоятельными доказательствами по делу. При этом консультация специалиста дается в устной форме без проведения специальных исследований с целью получения разъяснений, консультаций и выяснения профессионального мнения лиц, обладающих теоретическими и практическими познаниями по существу разрешаемого арбитражным судом спора (ст. 87.1 АПК РФ), исходя из чего можно сделать вывод о том, что и в арбитражном процессе отличие заключения эксперта от консультации специалиста состоит главным образом в необходимости проведения исследования с целью получения первого.

Еще одной формой использования специальных знаний в гражданском процессе, которую не следует отождествлять как с судебной экспертизой, так и с формами участия специалиста в процессе рассмотрения гражданских дел, является проведение и получение результатов несудебной экспертизы.

Различие между несудебной экспертизой и формами участия специалиста заключается в том же, что и различие между судебной экспертизой, с одной стороны, и оказанием суду научно-технической помощи, дачей консультаций и пояснений специалистом, с другой стороны: несудебная экспертиза, так же

как и судебная, представляет собой исследование, проводимое лицом, обладающим специальными знаниями, с целью получения новых сведений о фактах.

Отличие несудебной экспертизы от судебной состоит в том, что она проводится до возникновения процесса или вне его не на основании определения суда, а по инициативе лиц, участвующих в деле, или их представителей, либо по инициативе лиц, имеющих в соответствии с законодательством право на назначение ведомственной экспертизы (в качестве примера такой ведомственной экспертизы можно назвать медико-социальную экспертизу).

Любому заключению эксперта, подготовленному в результате проведения несудебной экспертизы, будь то экспертиза, проведенная по инициативе участвующих в деле лиц и их представителей, или ведомственная экспертиза, не следует придавать статуса доказательства по гражданскому делу, поскольку его получение не урегулировано нормами гражданского процессуального и арбитражного процессуального права (закрепление в нормах процессуального права единых правил назначения и проведения ведомственных экспертиз представляется затруднительным в силу их многообразия), в то время как соблюдение установленного процессуальным законодательством порядка получения доказательства является необходимым элементом любого судебного доказательства <1>. Заявление лица, участвующего в деле, или его представителя о наличии у него такого заключения эксперта может служить лишь поводом для рассмотрения судом вопроса о необходимости назначения судебной экспертизы (первичной или повторной) для разрешения тех же вопросов, на которые были получены ответы при проведении несудебной экспертизы, если, конечно, есть необходимость в применении специальных знаний в форме проведения судебной экспертизы с целью получения сведений об обстоятельствах, имеющих значение для правильного рассмотрения и разрешения дела.

<1> Коваленко А.Г. Институт доказывания в гражданском и арбитражном судопроизводстве. М., 2002. С. 66; Никитин С.В. Процессуальная форма судебных доказательств // Актуальные проблемы теории юридических доказательств: Сб. науч. тр. Иркутск, 1984. С. 99.

На недопустимость подмены судебной экспертизы несудебной обращает внимание и Верховный Суд РФ, указав в Определении по конкретному делу на то, что в основу определения Судебной коллегии по гражданским делам Краснодарского краевого суда положено заключение эксперта, полученное с нарушением закона, а именно подготовленное не на основании определения суда, а по заявлению начальника НГО УФССП по Краснодарскому краю, без предупреждения эксперта об ответственности, предусмотренной УК РФ, без разъяснения ответчику его права на участие в проведении экспертизы, в связи с чем указанное заключение не могло быть использовано при разрешении спора в суде кассационной инстанции, в то время как в материалах дела имеется заключение экспертизы, полученной в установленном законом порядке и содержащее иные выводы относительно спорного домовладения <1>.

<1> Определение Верховного Суда РФ от 22 марта 2011 г. N 18-В10-103 // СПС "КонсультантПлюс".

Пленум ВАС РФ в Постановлении от 4 апреля 2014 г. N 23 разъяснил, что заключение эксперта, полученное по результатам проведения внесудебной экспертизы, может быть признано судом иным документом, допускаемым в качестве доказательства в соответствии со ст. 89 АПК РФ (ч. 13).

§ 2. Виды судебной экспертизы в гражданском и арбитражном процессах, административном судопроизводстве

Судебные экспертизы, проводимые по гражданским делам, классифицируют по материально-правовому и процессуальным основаниям.

По материально-правовому основанию судебные экспертизы подразделяются на виды в зависимости от предмета исследования. По этому основанию выделяют прежде всего криминалистические экспертизы, которые основаны на сравнительном исследовании объектов, например судебно-почерковедческая экспертиза, судебно-автороведческая экспертиза, судебно-техническая

экспертиза документов, судебно-трассологическая экспертиза, судебно-фоноскопическая экспертиза и др. Затем традиционно при рассмотрении гражданских дел назначают и проводят такие виды судебных экспертиз, как судебно-товароведческая, судебная автотехническая, судебная строительно-техническая, экологическая, судебная компьютерно-техническая, судебно-экономическая и др. Если объектом исследования выступает человек, то проводят так называемые экспертизы живых лиц, к которым относятся судебно-медицинская, медико-социальная, военно-врачебная, судебно-психиатрическая и судебно-психологическая экспертизы.

По процессуальным основаниям судебные экспертизы делятся на виды в зависимости от количества экспертов, участвующих в проведении экспертизы, и в зависимости от качества проведенного экспертного исследования.

В зависимости от количества экспертов, участвующих в проведении экспертизы, выделяют единоличные экспертизы, которые проводит один эксперт, обладающий специальными знаниями в одной научной области или в нескольких и применяющий их при проведении экспертизы, комиссионные и комплексные экспертизы.

Комиссионные и комплексные экспертизы всегда проводятся несколькими экспертами.

Комиссионные экспертизы проводятся экспертами одной специальности (ст. 83 ГПК РФ, ст. 84 АПК РФ, ст. 80 КАС РФ). Так, например, комиссионной всегда является судебно-психиатрическая экспертиза, нередко комиссионно проводятся повторные экспертизы. При проведении комиссионной экспертизы все эксперты участвуют в формулировании общего вывода и составляют одно заключение. Если кто-либо из экспертов, входящих в комиссию, не согласен с выводом, который сделали другие эксперты, он составляет свое отдельное заключение, которое также направляется суду. При проведении комиссионной экспертизы из состава комиссии экспертов выбирается ведущий эксперт, который координирует работу экспертов, однако при этом не обладает какими-либо преимуществами при формулировании вывода и составлении заключения.

Комплексная экспертиза всегда выполняется несколькими экспертами, которые являются представителями разных отраслей знания или разных научных направлений в пределах одной отрасли знания. В ходе комплексной экспертизы разные эксперты проводят исследование одних и тех же объектов с целью совместного разрешения одних и тех же вопросов, происходит разделение исследовательских функций экспертов в соответствии с их специальными знаниями. Каждый эксперт делает свои промежуточные выводы на основе тех специальных знаний, которыми обладает именно этот эксперт, а затем производится совместная оценка результатов отдельно проведенных исследований, формулирование и подписание общего вывода. Для этого каждый эксперт должен быть подготовлен так, чтобы правильно оценить результаты, полученные другим экспертом, и прийти к совместным выводам. Если эксперт не согласен с выводами других экспертов, а также если он не участвовал в формулировании общего вывода, он может подписать лишь свою исследовательскую часть заключения.

Комплексную экспертизу не следует путать с комплексным исследованием, которое может быть проведено одним экспертом, обладающим специальными знаниями в нескольких научных областях. В отличие от комплексного исследования, проводимого одним экспертом, которое всегда будет единоличной экспертизой, комплексная экспертиза проводится несколькими экспертами разных специальностей и по своей сути является разновидностью комиссионной экспертизы, на что прямо указывается в ст. 23 Федерального закона от 31 мая 2005 г. N 73-ФЗ "О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации".

Комплексную экспертизу также не следует отождествлять с несколькими последовательными экспертизами одних и тех же объектов, проводимыми несколькими экспертами разных специальностей, поскольку для комплексной экспертизы характерно не только исследование одних и тех же объектов экспертами разных специальностей, но и совместное разрешение при этом одних и тех же вопросов, а также формулирование одного общего вывода на основе совместной оценки результатов проведенных исследований.

К сожалению, в практике судов довольно распространенной является ошибка, когда суд назначает комплексную экспертизу, в то время когда следует назначить две самостоятельные, независимые друг от

друга экспертизы, проводимые экспертами разных специальностей, поскольку никакой комплексности в поставленных перед экспертами задачах нет, а постановленные на разрешение экспертов вопросы предполагают последовательное проведение в отношении одного и того же объекта ряда независимых друг от друга экспертных исследований с самостоятельными выводами, излагаемыми в самостоятельных заключениях экспертов. Такая ситуация встречается, например, тогда, когда суд ставит на разрешение экспертов вопросы, часть из которых относится к предмету судебно-почерковедческой экспертизы (установление исполнителя подписей, буквенных и цифровых записей), а часть - к предмету судебно-технической экспертизы документов (определение последовательности выполнения подписи и компьютерного текста, установление наличия дописок в буквенных и цифровых записях, установление времени выполнения текста и подписей) и при этом назначает не две самостоятельные экспертизы, как следовало бы сделать, исходя из характера вопросов и необходимости проведения самостоятельных исследований экспертами разных специальностей, заканчивающихся подготовкой двух самостоятельных заключений экспертов, а комплексную экспертизу при отсутствии необходимости проведения каких-либо комплексных исследований для ответа на поставленные вопросы.

Указанные ошибки встречаются не только в практике судов общей юрисдикции, но и в практике арбитражных судов.

Так, например, Арбитражный суд г. Москвы удовлетворил ходатайство ЗАО "Система Зерностандарт" о проведении судебной экспертизы в отношении письменного доказательства - заявления о зачете встречных однородных требований от 26 января 2009 г. и назначил комплексную судебную экспертизу в отношении указанного документа, поставив на разрешение эксперта два самостоятельных вопроса, которые подлежат разрешению независимо друг от друга и не требуют формулирование одного общего вывода, а именно: 1) кем, Ларицким А.Э. или другим лицом, выполнена подпись, расположенная в правом нижнем углу (на фоне оттиска печати ЗАО "Система Зерностандарт") третьей страницы Заявления о зачете встречных однородных требований от 26 января 2009 г.? и 2) нанесен ли оттиск на заявлении о зачете встречных однородных требований от 26 января 2009 г. печатью ЗАО "Система Зерностандарт" или другой печатью <1>?

<1> Определение Арбитражного суда г. Москвы от 11 марта 2011 г. по делу по иску ЗАО "Система Зерностандарт" к ОАО "Мельничный комбинат в Сокольниках" о взыскании основного долга и пени по договору поставки от 15 августа 2004 г. N 1508/2004.

Е.Р. Россинская и Е.И. Галяшина высказывают опасение, что комплексная экспертиза, не назначенная арбитражным судом как комиссионная, что предусмотрено ст. 84 АПК РФ, по формальным основаниям может быть признана недопустимым доказательством независимо от ее качества, поскольку комплексная экспертиза является обязательно комиссионной, комиссионный характер экспертизы определяется согласно ч. 1 ст. 84 АПК РФ арбитражным судом, однако необходимость производства именно комплексной экспертизы может возникнуть в ходе производства экспертизы. В связи с изложенным авторы полагают, что нормы, содержащиеся в ст. ст. 84 и 85 АПК РФ, нуждаются в пересмотре или по крайней мере в разъяснении <1>.

<1> Россинская Е.Р., Галяшина Е.И. Указ. соч. С. 80.

Однако представляется, что подобные опасения надуманны. Комиссионной и комплексной экспертизам посвящены разные статьи в АПК РФ: ст. ст. 84 и 85 соответственно. Статья 84 АПК РФ, которая определяет комиссионную экспертизу как проводимую не менее чем двумя экспертами одной специальности, действительно предусматривает, что комиссионный характер экспертизы определяется арбитражным судом. Статья 85 АПК РФ не определяет комплексную экспертизу как разновидность комиссионной, а указывает на то, что комплексная экспертиза проводится не менее чем двумя экспертами разных специальностей. Таким образом, АПК РФ рассматривает комиссионную и комплексную экспертизы как два самостоятельных вида судебной экспертизы и, соответственно, определяет разные правила их назначения и проведения. В частности, для комплексной экспертизы АПК РФ не содержит такого требования, как для комиссионной экспертизы, об определении ее комплексного характера только

арбитражным судом. К тому же ст. 17 Федерального закона "О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации", действие которой, согласно ч. 2 ст. 41 указанного Федерального закона, распространяется и на судебно-экспертную деятельность лиц, обладающих специальными знаниями, но не являющихся государственными судебными экспертами, предусматривает право эксперта ходатайствовать о привлечении к производству судебной экспертизы других экспертов, если это необходимо для проведения исследования и дачи заключения, т.е. если в ходе проведения экспертизы, назначенной арбитражным судом как единоличной, будет установлена необходимость привлечения к ее проведению экспертов других специальностей, т.е. необходимость проведения комплексной экспертизы. Представляется, что такое ходатайство эксперт может заявить не только руководителю государственного судебно-экспертного учреждения, как это предусмотрено ст. 17 названного Федерального закона, но и арбитражному суду, если проведение экспертизы поручено лицу, не являющемуся сотрудником государственного судебно-экспертного учреждения.

В зависимости от качества проведенного экспертного исследования судебные экспертизы делятся на первичные, которые назначаются судом для решения определенных задач в отношении определенных объектов впервые, дополнительные и повторные.

В соответствии с ч. 1 ст. 87 ГПК РФ, ч. 1 ст. 83 КАС РФ, ч. 1 ст. 87 АПК РФ, а также абз. 1 ст. 20 Федерального закона "О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации" основаниями назначения дополнительной экспертизы являются недостаточная ясность или неполнота заключения эксперта, причем такая экспертиза назначается тогда, когда для разъяснения и дополнения заключения требуется проведение новых экспертных исследований, тесно связанных с ранее проведенными.

Под недостаточной ясностью в литературе понимается "неконкретность, неточность положений заключения, допускающие неоднозначное его толкование", причем внесения ясности могут требовать не только выводы эксперта, но и другие части заключения <1>.

<1> Атаходжаев С.А. Процессуальные виды судебной экспертизы // Проблемы судебной экспертизы. Сборник методических рекомендаций. Ташкент, 2001. С. 7.

Неполнота экспертного заключения может выражаться в том, что эксперт ответил не на все вопросы, поставленные перед ним в определении суда, и не аргументировал отсутствие ответов на них, сузил объем предложенного ему задания, исследовал не все представленные ему объекты и т.п. Основания назначения дополнительной экспертизы не связаны с сомнением в обоснованности экспертного заключения, поэтому ее производство может быть поручено тому же эксперту, который проводил основную экспертизу.

В отличие от ч. 1 ст. 87 ГПК РФ, ч. 1 ст. 83 КАС РФ и ч. 1 ст. 20 Федерального закона "О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации" ч. 1 ст. 87 АПК РФ предусматривает еще одно основание назначения дополнительной экспертизы, а именно возникновение вопросов в отношении ранее исследованных обстоятельств дела. В юридической литературе справедливо обращается внимание на некорректность подобной формулировки, поскольку не всегда возникновение вопросов в отношении ранее исследованных обстоятельств дела связано с неполнотой ранее проведенного исследования, возможно возникновение новых вопросов в отношении одного и того же обстоятельства, которые ранее не ставились на разрешение эксперта, в связи с чем должна быть назначена не дополнительная экспертиза, а первичная экспертиза, вполне вероятно даже другого вида. Например, сначала арбитражный суд с целью проверки заявления о фальсификации доказательства назначает судебно-почерковедческую экспертизу для установления подлинности подписи на документе, а затем после получения заключения эксперта о подлинности подписи проверяет время выполнения этого же документа путем назначения судебно-технической экспертизы документов <1>.

<1> Жижина М.В. Криминалистическая экспертиза документов в арбитражном судопроизводстве: Дис. ... канд. юрид. наук. С. 51 - 52.

При возникновении новых вопросов, новых объектов и новых исходных данных необходима и новая самостоятельная экспертиза. Она не может считаться дополнительной, так как выводы последней должны дополнять выводы, сделанные экспертом при проведении основной экспертизы. При изменении (а не дополнении) одного из трех указанных компонентов надо проводить новое исследование. Назначение же дополнительной экспертизы возможно, если вопросы не новые, а дополнительные (т.е. вытекают из вопросов, ставившихся на разрешение основной экспертизы), представленные объекты тесно связаны с объектами основной экспертизы, а исходные данные лишь дополняют или уточняют исходные данные основной экспертизы.

Повторная экспертиза назначается для разрешения тех вопросов, на которые уже были получены ответы, в случае возникновения сомнения в правильности или обоснованности заключения эксперта, а также при наличии противоречий между заключениями нескольких экспертов (ч. 2 ст. 87 ГПК РФ).

В отличие от ГПК РФ в АПК РФ и КАС РФ речь идет только о сомнениях в обоснованности заключения эксперта, но не о сомнениях в его правильности, и о наличии противоречий в выводах эксперта или комиссии экспертов по тем же вопросам, но не о противоречиях между заключениями нескольких экспертов, например, проводивших первичную и повторную экспертизы, как об основаниях назначения повторной экспертизы в арбитражном процессе (ч. 2 ст. 87 АПК РФ) и административном судопроизводстве (ч. 2 ст. 83 КАС РФ).

Между тем сомнение в правильности и сомнение в обоснованности заключения эксперта - это совсем не одно и то же и эти явления могут существовать независимо друг от друга, а сомнение в правильности заключения эксперта может возникнуть даже тогда, когда оно вполне обоснованно, выводы эксперта согласуются друг с другом, однако при этом заключение эксперта противоречит иным доказательствам по делу.

В процессуальной литературе заключение традиционно считается необоснованным в тех случаях, когда вызывает сомнение примененная методика, недостаточен объем проведенных исследований, выводы эксперта не вытекают из результатов исследований или противоречат им, когда экспертом не установлены необходимые признаки исследуемых объектов, дана неверная оценка промежуточных фактов, не аргументированы выводы <1>.

<1> Например: Орлов Ю. Основания назначения дополнительной и повторной экспертиз // Социалистическая законность. 1977. N 4; Уразгильдеев Л. Назначение дополнительной и повторной экспертизы в суде // Российская юстиция. 1996. N 1. С. 28; Бухаров А.Г. Повторная экспертиза в советском уголовном процессе: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ташкент, 1984. С. 14.

Заключение эксперта следует признать правильным в том случае, если содержащиеся в нем сведения о фактах верно отражают обстоятельства дела, соответствуют событиям, которые имели место в действительности. Следовательно, "сомнение в правильности заключения эксперта" означает неуверенность суда в его истинности, верности в том, что содержащиеся в нем сведения о фактах адекватно отражают обстоятельства дела.

Такие сомнения могут появиться у суда в результате сопоставления сведений о фактах, содержащихся в заключении эксперта, со сведениями о фактах, полученными из других доказательств, и установления их противоречия. В такой ситуации у суда имеется равная возможность поставить под сомнение как заключение эксперта, так и другие доказательства, с которыми оно не согласуется. Это, если можно так выразиться, самый простой способ усомниться в правильности выводов, сделанных экспертом и отраженных им в соответствующем заключении.

Однако суд может прийти к выводу о том, что заключение эксперта неправильно, в результате анализа самого заключения, а именно методики проведения исследования или порядка составления самого заключения как документа, который должен отвечать определенным, предъявляемым к нему законодательством требованиям, не сопоставляя его с другими доказательствами по делу. Например, сомнение в правильности заключения, составленного экспертом, проводившим почерковедческую экспертизу, может возникнуть в том случае, если эксперт, например, сделал и надлежащим образом обосновал категорический положительный вывод о выполнении рукописи определенным лицом, указав

только совокупность совпадающих признаков, но при этом не отметил и не оценил различающиеся признаки, которые тем не менее "бросаются в глаза". Однако для того, чтобы суд мог усомниться в правильности заключения эксперта на основе анализа методики проведения соответствующего экспертного исследования и составления заключения, он должен быть знаком с научными основами соответствующего вида судебной экспертизы, что является довольно редким явлением, но тем не менее вполне возможно.

В связи с изложенным возникает вопрос: не является ли нарушение методики проведения экспертного исследования основанием для возникновения у суда сомнений в обоснованности заключения эксперта, а не сомнений в его правильности? Для ответа на этот вопрос следует учитывать, что необоснованное заключение может быть правильным по своей сути, т.е. содержащиеся в нем сведения о фактах могут верно отражать обстоятельства дела, однако в результате каких-либо нарушений методики проведения соответствующего вида экспертного исследования выводы эксперта оказались недостаточно доказанными, например эксперт делает вывод о выполнении подписи не самим лицом, от имени которого она значится, а другим лицом с подражанием подлинной подписи лица, от имени которого она значится, но при этом не приводит никаких аргументов в подтверждение своего вывода о выполнении подписи с подражанием (не указывает диагностические признаки, имеющиеся внешнее сходство, совпадения некоторых общих и частных признаков), причем правильность вывода эксперта сомнений не вызывает.

Однако следует признать, что описанная выше ситуация, когда необоснованное заключение эксперта не вызывает сомнений в его правильности, довольно редкое явление, чаще бывает как раз наоборот: отсутствие в заключении эксперта надлежащего обоснования выводов, к которым он пришел в результате проведения исследования, порождает у суда сомнения в том, правильны ли эти выводы вообще, не допустил ли эксперт ошибку при проведении исследования и, самое главное, при оценке полученных результатов, которая привела его к неверным выводам. Таким образом, в большинстве случаев необоснованность заключения эксперта порождает сомнение в его правильности, но первично все же сомнение в обоснованности и именно оно должно быть указано в определении суда о назначении повторной экспертизы в качестве мотива ее назначения.

Изложенные соображения приводят к выводу о том, что в законодательном порядке в едином Гражданском процессуальном кодексе в качестве оснований назначения повторной экспертизы необходимо указать и сомнения в обоснованности заключения эксперта, и сомнения в его правильности, а также противоречие между несколькими заключениями экспертов, как это предусмотрено действующим гражданским процессуальным законодательством.

Порядок назначения судебной экспертизы

В соответствии с ч. 1 ст. 79 ГПК РФ, ч. 1 ст. 82 АПК РФ, ч. 1 ст. 77 КАС РФ экспертиза в гражданском, арбитражном процессах и административном судопроизводстве назначается в тех случаях, когда для разъяснения возникающих при рассмотрении дела вопросов требуются специальные знания.

Решая вопрос о целесообразности назначения по делу судебной экспертизы, суд должен учесть следующие моменты:

- 1) имеет ли значение для дела обстоятельство, которое суд может установить на основе заключения эксперта;
- 2) не доказано ли данное обстоятельство собранными по делу доказательствами;
- 3) нельзя ли данное обстоятельство достоверно установить с меньшей затратой времени и средств с помощью других доказательств;
- 4) требуются ли специальные знания для получения информации о данном обстоятельстве;
- 5) каковы возможности определенного вида судебной экспертизы, что делает недопустимым назначение любой экспертизы тогда, когда заведомо известно, что эксперт не сможет решить предложенный ему вопрос ввиду отсутствия необходимых методик исследования.

Так, Московский областной суд отменил решение Истринского городского суда Московской области

в части взыскания с Т. в пользу К. материального ущерба, причиненного в результате ДТП, указав, что представителем истца было заявлено ходатайство о проведении автотехнической экспертизы в связи с несогласием ответчика с размером ущерба, суд в нарушение ст. 166 ГПК РФ данное ходатайство не рассмотрел, не устранил противоречия сторон по вопросу о размере причиненного в результате ДТП ущерба, безосновательно рассмотрел дело, по которому возникли вопросы, требующие специальных познаний, в нарушение требований ст. ст. 60 и 79 ГПК РФ по имеющимся в деле доказательствам, приняв за основу, как доказательство расчет восстановительного ремонта, представленный истцом и полученный им вне рамок судебного процесса, допустимость которого вызывает сомнения <1>.

<1> Определение Московского областного суда от 24 марта 2011 г. по делу N 33-6093 // СПС "КонсультантПлюс".

Судебная экспертиза в гражданском процессе назначается судьей (в том числе мировым судьей) или судом как по ходатайству лиц, участвующих в деле, так и по своей инициативе (ч. 1 ст. 79 ГПК РФ). Это положение было перенесено без каких-либо изменений из ранее действовавшего гражданского процессуального законодательства.

В отличие от гражданского процесса в арбитражном процессе арбитражный суд по общему правилу не может назначить экспертизу по своей инициативе, он может это сделать только по ходатайству лиц, участвующих в деле, или с их согласия (ч. 1 ст. 82 АПК РФ). Правда, указанная норма содержит исключения из общего правила, в соответствии с которыми арбитражный суд может назначить экспертизу по своей инициативе, независимо от наличия ходатайства лиц, участвующих в деле, и не прибегая к необходимости получения их согласия для совершения данного процессуального действия, а именно в случаях, если назначение экспертизы предписано законом или предусмотрено договором либо необходимо для проверки заявления о фальсификации представленного доказательства либо если необходимо проведение дополнительной или повторной экспертизы. Первоначально Высший Арбитражный Суд РФ занимал более жесткую позицию и исходил из того, что если лицами, участвующими в деле, не заявлено ходатайство о назначении экспертизы и судебная экспертиза не может быть назначена по инициативе суда, необходимо получить согласие от всех лиц, участвующих в деле, к числу которых в соответствии со ст. 40 АПК РФ помимо сторон относятся также третьи лица, прокурор, органы, выступающие в защиту государственных и общественных интересов (п. 7 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 20 декабря 2006 г. N 66).

Позднее Высший Арбитражный Суд РФ смягчил свою позицию и уже в Постановлении Пленума ВАС РФ от 4 апреля 2014 г. N 23, пришедшем на смену упомянутому выше Постановлению Пленума ВАС РФ от 20 декабря 2006 г. N 66, указал на возможность назначения судебной экспертизы не только при наличии согласия на то всех лиц, участвующих в деле, но и при наличии согласия хотя бы одного лица, участвующего в деле, которое вносит на депозитный счет суда денежные суммы, подлежащие выплате экспертам (п. 6 Постановления).

Практика рассмотрения дел арбитражными судами свидетельствует о том, что в случаях, когда для установления обстоятельств, имеющих значение для правильного рассмотрения дела по существу, требуются специальные знания, инициатива в назначении судебной экспертизы должна исходить от арбитражного суда, если ни одна из сторон не заявляет соответствующего ходатайства о назначении экспертизы, при этом арбитражный суд должен ставить вопрос о назначении судебной экспертизы на обсуждение лиц, участвующих в деле, предложив им дать свое согласие на ее назначение и проведение, что во многом сближает процедуру назначения судебной экспертизы арбитражными судами и судами общей юрисдикции, которые в соответствии с действующим гражданским процессуальным законодательством имеют право назначить экспертизу по своей инициативе в той ситуации, когда для установления обстоятельств дела требуется проведение исследования лицом, обладающим необходимыми специальными знаниями, поставив в судебном заседании вопрос о назначении экспертизы на обсуждение лиц, участвующих в деле, и предложив им представить кандидатуры экспертов либо экспертных учреждений, которым следует поручить проведение экспертизы, а также вопросы, которые следует поставить перед экспертом.

Так, например, ФАС Московского округа, отменяя решение Арбитражного суда г. Москвы и

Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда, которыми отказано в удовлетворении исковых требований ТСЖ "ЖУРГАЗ" к Департаменту земельных ресурсов г. Москвы, ЖСК "Кино-7" о признании договора аренды земельного участка недействительным, в частности, указал, что судами не были предприняты меры для разрешения вопроса о том, имеет ли место наложение земельных участков и в пределах какой площади. Поскольку разрешение указанного вопроса имеет существенное значение для принятия правильного решения по делу и для этого требуются специальные познания, судам первой и апелляционной инстанций согласно норме процессуального права, предусмотренной ч. 1 ст. 82 АПК РФ, следовало предложить сторонам ходатайствовать о проведении землеустроительной судебной экспертизы для составления ситуационного плана и определения границ спорных земельных участков либо согласовать проведение такой судебной экспертизы. Однако, как усматривается из материалов дела, в нарушение положений ч. 1 ст. 82 АПК РФ нижестоящие суды при рассмотрении спора по существу не исполнили требования процессуального законодательства, предусматривающие обязанность арбитражного суда осуществлять руководство процессом, создавать условия для установления фактических обстоятельств (ч. 3 ст. 9 АПК РФ), и не согласовали вопрос о назначении и проведении землеустроительной судебной экспертизы для составления ситуационного плана с выходом на местность, определения координат и предполагаемых границ спорных земельных участков <1>.

<1> Постановление ФАС Московского округа от 4 мая 2012 г. по делу N А40-51937/11-41-463 // СПС "КонсультантПлюс".

Аналогичным образом ФАС Московского округа отменил решение Арбитражного суда г. Москвы и Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда и направил дело по иску ООО "СУ-14 Фратон" к ООО МФС-ПИК о взыскании задолженности по договору и процентов за пользование чужими денежными средствами на новое рассмотрение, указав при этом, что между сторонами возник спор по качеству, объему выполненных работ и их соответствию проектно-сметной документации, в связи с чем арбитражный суд, не обладая специальными познаниями в этой области, должен был обсудить вопрос о назначении по делу судебной экспертизы, выяснить наличие согласия лиц, участвующих в деле, о ее назначении <1>.

<1> Постановление ФАС Московского округа от 18 апреля 2012 г. по делу N А40-74888/11-25-480 // СПС "КонсультантПлюс".

Пункт 3 Постановления Пленума ВАС РФ от 4 апреля 2014 г. N 23 вслед за ч. 5 Постановления Пленума ВАС РФ от 20 декабря 2006 г. N 66 обращает внимание на то, что, в случае если судебная экспертиза может быть назначена только по ходатайству или с согласия лиц, участвующих в деле, однако такое ходатайство или согласие от них не поступает, арбитражному суду следует руководствоваться положением ст. 65 АПК РФ, согласно которому каждое лицо, участвующее в деле, должно доказать обстоятельства, на которые оно ссылается как на основание своих требований и возражений, а риск наступления последствий несовершения соответствующих процессуальных действий несут лица, участвующие в деле, которые должны были их совершить (ч. 2 ст. 9 АПК РФ).

Возникает вопрос: как положение, закрепленное в п. 1 ст. 79 ГПК РФ, касающееся назначения экспертизы, согласуется с принципом состязательности? Попытка дать ответ на этот вопрос вызвала серьезную дискуссию в процессуальной литературе, которая продолжается до сих пор. В частности, М. Адамайтис считает, что наделение суда правом назначать экспертизу по своей инициативе "не просто противоречит, но и вообще находится за рамками состязательности", так как это придает заключению эксперта статус особого доказательства <1>.

<1> Адамайтис М. Суд не должен быть инициатором назначения экспертизы // Российская юстиция. 2002. N 12. С. 1.

Необходимо помнить, что задачей суда при осуществлении правосудия по гражданским делам

является правильное и своевременное рассмотрение и разрешение гражданских дел по существу в целях защиты нарушенных или оспариваемых прав, свобод и законных интересов (ст. 2 ГПК РФ). Реализация же этой задачи возможна в том случае, если суд установит истинные, т.е. действительно существующие, обстоятельства, что является необходимой предпосылкой для вынесения законного и обоснованного судебного решения.

Как правильно пишет Т.В. Сахнова, усиление принципа состязательности в гражданском процессе вовсе не исключает инициативы суда в решении определенных вопросов. Сохранение инициативы суда и судебного усмотрения при назначении экспертизы объясняется необходимостью установления действительных обстоятельств дела независимо от ходатайства заинтересованных лиц <1>.

<1> Сахнова Т.В. Указ. соч. С. 125.

По мнению Т.В. Сахновой, при решении данного вопроса следует принимать во внимание природу судебных доказательств, источники их формирования. Если правовым источником формирования всех иных, кроме судебной экспертизы, судебных доказательств является волеизъявление стороны, которое может быть выражено непосредственно в представлении информации в суд либо в ходатайстве об истребовании доказательства, то в отношении судебной экспертизы возникает несколько иная ситуация. В силу своей правовой природы она назначается при возникновении осознанной судом потребности в применении специальных знаний при разрешении вопросов, возникающих в ходе рассмотрения дела по существу. Квалифицировать природу искомого факта как содержащего специальные элементы, а потому требующего проведения специального исследования для их установления - задача суда, вытекающая из характера его правоприменительной деятельности <1>.

<1> Сахнова Т.В. Указ. соч. С. 126.

М.К. Треушников, сравнивая положения гражданского процессуального и арбитражного процессуального законодательства о назначении экспертизы, указывает на трудности, которые возникают в практике арбитражного судопроизводства при разрешении сложных дел, когда стороны не заявляют ходатайств о проведении экспертизы из экономических соображений, а суд не может по своей инициативе ее назначить ввиду отсутствия правовой нормы. В то же время без заключения эксперта дело разрешить правильно не представляется возможным <1>.

<1> Треушников М.К. Судебные доказательства. М., 1999. С. 258.

Обосновывая необходимость сохранения права суда на назначение экспертизы по своей инициативе, В.М. Жуйков указывает на существенные особенности, которые отличают заключение эксперта от других доказательств и которые определяют особый порядок его получения:

- оно не может быть заменено никакими другими средствами доказывания, если для выяснения обстоятельств, имеющих значение для дела, требуются специальные познания;

- оно не может быть, как другие доказательства, представлено сторонами, поскольку в силу прямого указания закона единственным основанием для проведения экспертизы является соответствующее определение суда, вынесенное в установленном порядке <1>.

<1> Жуйков В.М. Проблемы гражданского процессуального права. М., 2001. С. 34.

Далее В.М. Жуйков предлагает, с учетом изменений, внесенных в гражданское процессуальное законодательство в 1995 г., схему, по которой должно реализовываться право суда на назначение экспертизы по своей инициативе:

1) суд должен поставить на обсуждение сторон вопрос о назначении экспертизы, если для выяснения обстоятельств, имеющих значение для дела, требуются специальные познания, а лица, участвующие в деле, не заявляют ходатайства о назначении экспертизы;

2) суд сам назначает экспертизу, когда это действительно необходимо, формулирует вопросы, по которым требуется заключение эксперта и оглашает вынесенное определение, если лица, участвующие в деле, возражают против назначения экспертизы;

3) после вынесения определения вопреки мнению лиц, участвующих в деле, возражающих против проведения экспертизы, суд должен выяснить, не желают ли эти лица дополнить или уточнить вопросы, поставленные на разрешение экспертов, и при наличии такого желания - выяснить эти вопросы, обсудить их и при необходимости внести коррективы в свое первоначальное определение, изложив его в новой редакции;

4) суд должен разъяснить сторонам положения ч. 3 ст. 74 ГПК 1964 г. и предупредить о последствиях, которые в ней предусмотрены <1>.

<1> Жуйков В.М. Проблемы гражданского процессуального права. М., 2001. С. 35.

На наш взгляд, следует согласиться с мнением ученых-процессуалистов о целесообразности сохранения в гражданском процессуальном законодательстве правила о назначении судебной экспертизы судом как по своей инициативе, так и по ходатайству лиц, участвующих в деле, поскольку назначение экспертизы по инициативе суда в случае необходимости применения специальных знаний для разрешения возникающих в ходе рассмотрения дела вопросов является одним из предусмотренных гражданским процессуальным законодательством средств установления судом действительных обстоятельств дела в процессе рассмотрения гражданских дел, так как некоторые обстоятельства в силу своих особенностей не могут быть установлены иначе как с помощью специальных знаний, используемых экспертом для получения сведений об этих обстоятельствах. Стороны же в силу недостаточной юридической грамотности не всегда понимают необходимость применения таких специальных знаний, в связи с чем не заявляют ходатайство о назначении экспертизы, а пытаются доказать соответствующее обстоятельство с помощью каких-либо других доказательств, либо они могут не заявлять такое ходатайство сознательно, с целью воспрепятствования установлению истины, отличаясь от понимания, что без заключения эксперта установить необходимое обстоятельство по делу невозможно. Таким образом, лишение суда права назначать экспертизу по своему усмотрению создаст вполне ощутимые препятствия для реализации им своей основной задачи - установления истины в процессе рассмотрения и разрешения гражданских дел.

На необходимость назначения судебной экспертизы не только по ходатайству лиц, участвующих в деле, но и судом по собственной инициативе ориентирована и судебная практика.

Так, например, отменяя решение Свердловского областного суда от 23 марта 2015 г. по административному делу по заявлению Б.Г.П. об установлении кадастровой стоимости земельного участка, равной его рыночной стоимости, которым был отказано в удовлетворении заявленных требований по причине того, что представленный заявителем отчет оценщика от 25 ноября 2014 г. не отвечает принципам обоснованности, однозначности, существенности и достоверности, т.е. противоречит требованиям федеральных стандартов оценки, в результате чего не может быть признан надлежащим доказательством по делу, Судебная коллегия по административным делам Верховного Суда РФ указала, что суд первой инстанции, признавая требования Б.Г.П. необоснованными ввиду их недоказанности, не применил требования ГПК РФ, согласно которым в случае возникновения сомнений в обоснованности доводов заявителя и представленного им отчета об оценке, достоверности определения рыночной стоимости эти обстоятельства должны быть вынесены судом на обсуждение, даже если стороны на них не ссылались.

Более того, при наличии сомнений в обоснованности отчета об оценке и достоверности определения рыночной стоимости земельного участка в нарушение и Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, действующих на момент рассмотрения дела, суд первой инстанции

вопрос о назначении судебно-оценочной экспертизы на обсуждение не поставил, по своей инициативе экспертизу для определения достоверности представленного отчета, соответствия его требованиям законодательства и определения рыночной стоимости земельного участка не назначил.

Указанные нарушения судом первой инстанции норм процессуального права и неприменение положений Федерального закона от 29 июля 1998 г. N 135-ФЗ "Об оценочной деятельности в Российской Федерации" привели к принятию незаконного и необоснованного решения <1>.

<1> Определение Судебной коллегии по административным делам Верховного Суда РФ от 28 октября 2015 г. N 45-АПГ15-12 // СПС "КонсультантПлюс".

Признавая, что вполне возможны ситуации, когда разрешение дела по имеющимся в материалах дела доказательствам без проведения судебной экспертизы и получения заключения эксперта невозможно в силу характера подлежащих установлению судом юридически значимых обстоятельств, Высший Арбитражный Суд РФ в Постановлении Пленума ВАС РФ от 4 апреля 2014 г. N 23 (п. 22) допускает возможность назначения судом экспертизы, по сути, по своей инициативе, поскольку отсутствие предварительной оплаты проведения экспертизы может свидетельствовать о том, что лицо, участвующее в деле, не поддерживает свое ходатайство о назначении экспертизы, что еще раз свидетельствует об отсутствии каких-либо правовых оснований для назначения арбитражными судами экспертизы исключительно по ходатайству или с согласия лиц, участвующих в деле, кроме прямо предусмотренных законом случаев, и необходимости выработки в данном вопросе единых подходов. Правда, при этом в указанном Постановлении Пленума ВАС РФ возможность назначения экспертизы судом при отсутствии предварительной оплаты проведения экспертизы связана с наличием согласия эксперта (экспертного учреждения) провести экспертизу без предварительной оплаты, при том что расходы по проведению экспертизы будут распределены между сторонами в решении суда в зависимости от результатов рассмотрения спора.

Изложенное позволяет сделать вывод о целесообразности сохранения в проекте единого Гражданского процессуального кодекса существующих в ныне действующем гражданском процессуальном законодательстве положений о возможности назначения судом экспертизы не только по ходатайству или с согласия лиц, участвующих в деле, но и по своей инициативе с соблюдением прав лиц, участвующих в деле, на участие в выборе эксперта или экспертного учреждения и на участие в формулировании вопросов, которые суд поставит перед экспертами.

Следует также обратить внимание на непоследовательность КАС РФ, с одной стороны, перечисляющего конкретные случаи, когда суд может назначить экспертизу по своей инициативе, - если экспертиза предусмотрена законом или ее проведение необходимо для проверки заявления о фальсификации представленного доказательства, либо если требуется проведение дополнительной или повторной экспертизы, а с другой стороны, содержащего весьма расплывчатую формулировку, под которую подпадают вообще любые ситуации назначения экспертизы судом по своей инициативе без каких-либо ограничений, - если проведение экспертизы необходимо в связи с выявленными обстоятельствами административного дела и представленными доказательствами (ч. 2 ст. 77). Возникает закономерный вопрос: не проще ли было предусмотреть тот же порядок назначения экспертизы судом, который действует в настоящее время в соответствии со ст. 79 ГПК РФ, а именно суд назначает экспертизу по ходатайству лиц, участвующих в деле, или по своей инициативе при возникновении в процессе рассмотрения дела вопросов, требующих специальных знаний в различных областях науки, техники, искусства, ремесла? Тем более что на практике возможность и необходимость назначения судебной экспертизы не только по ходатайству лиц, участвующих в деле, но и судом по своей инициативе, признаются высшей судебной инстанцией не только при рассмотрении гражданских дел, но и при рассмотрении административных исков, как видно из приведенного выше примера.

Верховный Суд РФ также настаивает на необходимости назначения именно по инициативе суда дополнительной и повторной экспертизы при наличии оснований, предусмотренных действующим процессуальным законодательством, о чем свидетельствуют следующие примеры из судебной практики.

Отменяя решение суда и определение Судебной коллегии по гражданским делам Московского

городского суда и направляя дело на новое рассмотрение в суд первой инстанции по делу по иску Щ. к К. о признании сделки недействительной, применении последствий недействительности сделки и по встречному иску К. к Щ. о признании завещания недействительным, Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда РФ среди прочих нарушений, в частности, обратила внимание на то обстоятельство, что при наличии предположительного характера выводов экспертов, изложенных в заключении комиссии судебно-психиатрических экспертов от 26 мая 2009 г. о неспособности А. при подписании завещания 20 марта 2007 г. понимать значение своих действий и руководить ими, суд, в нарушение требований ст. 87 ГПК РФ, не обсудил вопрос о назначении дополнительной или повторной экспертизы для выяснения данного обстоятельства, имеющего существенное значение для правильного разрешения спора. Тем более что согласно имеющемуся в материалах дела заключению специалиста АНО "Центр Судебных Экспертиз" от 17 августа 2009 г. возможно формулирование категорического ответа, а не вероятностного вывода в отношении психического состояния А. на момент оформления завещания 20 марта 2007 г. при назначении повторной комплексной психолого-психиатрической экспертизы (Определение от 25 мая 2010 г. N 5-В10-23) <1>.

<1> СПС "КонсультантПлюс".

Отменяя Определение суда апелляционной инстанции и направляя дело на новое рассмотрение в суд апелляционной инстанции по делу по иску К.Р.В. к ООО "Росгосстрах", ООО "СК "Согласие" о возмещении ущерба, причиненного дорожно-транспортным происшествием, Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда РФ, в частности, указала на то, что суд, в нарушение ГПК РФ, не обсудил вопрос о назначении дополнительной или повторной экспертизы для выяснения обстоятельств, связанных с причинением повреждений автомобилю К.Р.В. и их объемом в результате каждого из дорожно-транспортных происшествий, имеющих существенное значение для правильного разрешения спора, при том, что заключение назначенной судом экспертизы не содержит ответов на все поставленные перед экспертом вопросы, а из показаний эксперта Б.А.А., зафиксированных в протоколе судебного заседания 12 ноября 2015 г., усматривается, что он не исключал возможность разграничения повреждений, образовавшихся при первом и втором дорожно-транспортных происшествиях, в случае предоставления фотоматериала по первому событию (Определение от 8 ноября 2016 г. N 46-КГ16-24) <1>.

<1> СПС "КонсультантПлюс".

На возможность использования в качестве доказательства по делу заключения эксперта, полученного исключительно на основании определения суда, рассматривающего данное дело, обращает внимание Верховный Суд РФ. Так, отменяя решение Ворошиловского районного суда г. Ростов-на-Дону от 19 мая 2008 г. и определение Судебной коллегии по гражданским делам Ростовского областного суда от 7 июля 2008 г., Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда РФ указала, что выводы суда о недействительности договора займа сделаны на основании заключения эксперта Б., составленного на основании постановления старшего следователя прокуратуры Ворошиловского района г. Ростов-на-Дону от 1 апреля 2007 г., назначившего в рамках уголовного дела судебную экспертизу, а не на основании определения суда в рамках настоящего гражданского дела, в связи с чем оно не могло быть положено в основу решения суда <1>.

<1> Определение Верховного Суда РФ от 23 июня 2009 г. N 41-В09-12 // СПС "КонсультантПлюс".

Судебная экспертиза в гражданском процессе может быть назначена не только при разбирательстве дела в суде первой инстанции, но и при подготовке дела к судебному разбирательству, а также в порядке обеспечения доказательств. При рассмотрении административного иска судебная экспертиза может быть назначена как при разбирательстве дела в суде первой инстанции, так и при подготовке дела к судебному разбирательству.

В порядке обеспечения доказательств судебная экспертиза может быть назначена как судом, если обеспечение доказательств производится после возбуждения дела, так и нотариальными органами, если соответствующие меры по обеспечению доказательств предпринимаются до возникновения дела в суде.

Статья 150 ГПК РФ и ст. 135 КАС РФ прямо предусматривают в качестве одного из действий, совершаемых судьей в порядке подготовки дела к судебному разбирательству, назначение экспертизы и эксперта для ее проведения. Кроме того, ГПК РФ и КАС РФ предусматривают возможность назначения и проведения предварительного судебного заседания в ходе подготовки дела к судебному разбирательству, в том числе с целью определения и уточнения обстоятельств, имеющих значение для правильного рассмотрения и разрешения дела, определения достаточности доказательств по делу (ч. 1 ст. 152 ГПК РФ, ч. 1 ст. 138 КАС РФ). В ходе проведения такого предварительного судебного заседания также может быть назначена экспертиза как по инициативе суда, так и по ходатайству лиц, участвующих в деле, что следует из положений ч. 2 ст. 152 ГПК РФ и ч. 3 ст. 138 КАС РФ, согласно которому стороны в предварительном судебном заседании имеют право представлять доказательства, приводить доводы, заявлять ходатайства, в том числе и о назначении экспертизы.

Судебная экспертиза по гражданским делам может быть назначена не только в ходе рассмотрения дела судом первой инстанции, но и при рассмотрении дела судом вышестоящей инстанции, каковым, согласно изменениям, внесенным в ГПК РФ Федеральным законом от 9 декабря 2010 г. N 353-ФЗ "О внесении изменений в Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации", с 1 января 2012 г. является суд апелляционной инстанции для всех судов, рассматривающих гражданские дела по первой инстанции.

Согласно абз. 2 ч. 1 ст. 327.1 ГПК РФ дополнительные доказательства принимаются судом апелляционной инстанции, если лицо, участвующее в деле, обосновало невозможность их представления в суд первой инстанции по причинам, не зависящим от него, и суд признает эти причины уважительными. При этом согласно ст. 328 ГПК РФ суд апелляционной инстанции не обладает таким полномочием, которое было у суда кассационной инстанции, как отмена решения и направление дела на новое рассмотрение.

Следовательно, суд апелляционной инстанции вправе назначить судебную экспертизу при наличии условий, предусмотренных абз. 2 ч. 1 ст. 327.1 ГПК РФ.

Кроме того, суд апелляционной инстанции в гражданском процессе может назначить судебную экспертизу в том случае, если переходит к рассмотрению дела по правилам производства в суде первой инстанции в порядке ч. 5 ст. 330 ГПК РФ.

В административном судопроизводстве судебная экспертиза также может быть назначена не только в ходе рассмотрения дела судом первой инстанции, но и при рассмотрении дела судом вышестоящей инстанции, каковым является суд апелляционной инстанции.

Согласно ч. 2 ст. 308 КАС РФ дополнительные доказательства принимаются судом апелляционной инстанции, если лицо, участвующее в деле, обосновало невозможность их представления в суд первой инстанции по причинам, не зависящим от него, и суд признает эти причины уважительными.

При этом суд апелляционной инстанции вправе отказать лицу, участвующему в деле, в удовлетворении ходатайства о назначении судебной экспертизы в случае необходимости применения специальных знаний с целью установления обстоятельств, имеющих значение для правильного разрешения дела, только если суд апелляционной инстанции установит, что незаявление такого ходатайства в суде первой инстанции было связано с желанием лица, участвующего в деле, затянуть рассмотрение дела или представляет собой иное злоупотребление процессуальными правами (п. 78 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27 сентября 2016 г. N 36).

В ходе рассмотрения дела арбитражным судом ходатайство о проведении экспертизы также может быть заявлено в суде первой или апелляционной инстанции до объявления председательствующим в судебном заседании исследования доказательств законченным, а при возобновлении их исследования - до объявления законченным дополнительного исследования доказательств. Ходатайство о проведении экспертизы в суде апелляционной инстанции рассматривается судом с учетом положений ч. 2 ст. 268 АПК РФ, согласно которым дополнительные доказательства принимаются судом, если лицо, участвующее в

деле, обосновало невозможность их представления в суд первой инстанции по причинам, не зависящим от него, в том числе в случае, если судом первой инстанции было отклонено ходатайство об истребовании доказательств, и суд признает эти причины уважительными (п. 5 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 4 апреля 2014 г. N 23). Кроме того, вопросы о назначении судебной экспертизы по правилам, предусмотренным ст. 82 АПК РФ, могут быть разрешены судьей арбитражного суда при подготовке дела к судебному разбирательству (п. 18 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 20 декабря 2006 г. N 65 "О подготовке дела к судебному разбирательству") <1>.

<1> Вестник ВАС РФ. 2007. N 4.

Назначая судебную экспертизу, суды должны строго соблюдать права лиц, участвующих в деле, предоставляемые им гражданским процессуальным законодательством (ст. ст. 79, 84 ГПК РФ), арбитражным процессуальным законодательством (ст. ст. 82, 83 АПК РФ) и законодательством об административном судопроизводстве (ст. ст. 77, 79 КАС РФ). Несоблюдение указанных прав при назначении экспертизы влечет за собой признание полученного в результате проведения такой экспертизы заключения эксперта ненадлежащим доказательством, невозможность использования его в качестве доказательства при вынесении решения и, как следствие, отмену решения суда, в основу которого было положено заключение эксперта, полученное в результате проведения судебной экспертизы, назначенной с нарушением соответствующих прав лиц, участвующих в деле.

Так, например, Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда РФ отменила решение Лазаревского районного суда г. Сочи от 14 февраля 2005 г. и последующие судебные акты, указав, что в основу решения суда было положено заключение эксперта, которым предложен лишь один вариант определения порядка пользования земельным участком. Проведение экспертизы назначено судом с нарушением требований закона и прав ответчицы. Из дела видно, что строительно-техническая экспертиза назначена судом на стадии принятия искового заявления, без ведома С. Ответчице не разъяснились ее права на участие в проведении экспертизы, представлении вопросов, отвода эксперту и иные права, предусмотренные ч. 2 ст. 79 ГПК РФ. Таким образом, в основу решения положено доказательство - заключение эксперта, добытое с грубым нарушением закона, - ст. ст. 79, 150 ГПК РФ, и следовательно, не могло быть использовано при разрешении данного спора <1>.

<1> Определение Верховного Суда РФ от 30 января 2007 г. N 18-В06-95 // СПС "КонсультантПлюс".

Прежде всего лица, участвующие в деле, имеют право ходатайствовать о проведении судебной экспертизы, в том числе о назначении повторной, дополнительной, комплексной или комиссионной экспертизы. Такое ходатайство не обязательно для суда и он может его отклонить, но с обязательным указанием причин, по которым он считает, что основания к назначению экспертизы отсутствуют.

Т.В. Сахнова предлагает также обязать суд мотивировать отклонение возражений участвующего в деле лица по вопросу о назначении экспертизы, т.е. если лицо, участвующее в деле, возражает против назначения экспертизы как по ходатайству другого лица, так и по инициативе самого суда, а суд тем не менее назначает экспертизу, он должен мотивированно ответить на эти возражения <1>. Введение подобного правила, вероятно, способствовало бы более полной реализации принципа состязательности при назначении экспертизы, однако его практическая значимость невелика. Если мотивировка отклонения судом ходатайства о назначении экспертизы необходима для того, чтобы проверить обоснованность такого действия суда первой инстанции при рассмотрении дела судом вышестоящей инстанции, то мотивировка отклонения судом возражений против назначения экспертизы никакого значения при рассмотрении дела судом апелляционной инстанции не будет иметь: экспертиза была назначена и проведена при рассмотрении дела судом первой инстанции вопреки возражениям кого-либо из лиц, участвующих в деле, и суд апелляционной инстанции не может отменить или изменить решение суда первой инстанции только на том основании, что заключение эксперта в данном случае является лишним доказательством.

<1> Сахнова Т.В. Судебная экспертиза. С. 134.

В соответствии с ч. 2 ст. 79 ГПК РФ, ч. 2 ст. 82 АПК РФ и ч. 3 ст. 77 КАС РФ лица, участвующие в деле, вправе представить суду или арбитражному суду вопросы, которые должны быть разрешены экспертом при проведении экспертизы. Этим правом они обладают независимо от того, назначается ли экспертиза по инициативе суда или по ходатайству этих лиц. Окончательно круг вопросов, по которым требуется заключение эксперта, определяется судом. Следовательно, суд может отклонить вопросы, предложенные участвующими в деле лицами, причем это отклонение должно быть обязательно мотивировано.

Пункт 2 ст. 79 ГПК РФ предусматривает право участвующих в деле лиц высказывать свое мнение по поводу целесообразности или нецелесообразности назначения того или иного лица в качестве эксперта. Они также вправе указать конкретное судебно-экспертное учреждение или конкретное лицо, которым, по их мнению, должно быть поручено проведение экспертизы. Аналогичное право предусмотрено ч. 3 ст. 82 АПК РФ для лиц, участвующих в арбитражном процессе, а также в административном судопроизводстве (п. 1 ч. 4 ст. 77 КАС РФ).

Лица, участвующие в деле, имеют право заявить отвод эксперту по основаниям, указанным в ч. 2 ст. 79 ГПК РФ, ч. 3 ст. 82 АПК РФ, ст. 34 КАС РФ. Такой отвод должен быть мотивированным и заявленным по общему правилу до начала рассмотрения дела по существу.

Довольно сложно решить вопрос об отводе эксперта в том случае, если проведение экспертизы поручается судебно-экспертному учреждению. Конкретного эксперта, который будет проводить экспертизу, назначает руководитель этого учреждения, и лица, участвующие в деле, до получения заключения ничего не знают о нем, поэтому они не могут своевременно заявить отвод эксперту. Если же его заинтересованность обнаружится после проведения им экспертизы, должна быть назначена повторная экспертиза. Для того чтобы избежать ненужных затрат времени и денежных средств, некоторые ученые-процессуалисты предлагают обязать руководителя экспертного учреждения сообщать суду данные выбранного им эксперта в течение определенного срока, что даст возможность своевременно решить вопрос об отводе эксперта <1>.

<1> Например: Давтян А.Г. Экспертиза в гражданском процессе. М., 1995. С. 42; Федосеева В.Б. Указ. соч.

Правда, это потребует проведения специального судебного заседания, в ходе которого будут объявлены данные об эксперте, выбранном руководителем судебно-экспертного учреждения, и заслушаны заявления о наличии или отсутствии отводов соответствующему эксперту, поскольку в соответствии с ч. 2 ст. 19 ГПК РФ, ч. 2 ст. 34 КАС РФ, ч. 2 ст. 24 АПК РФ отвод должен быть заявлен до начала рассмотрения дела по существу, т.е. в подготовительной части судебного разбирательства.

И все же такой вариант представляется более предпочтительным не только в целях процессуальной экономии, но и как гарантия соблюдения права лиц, участвующих в деле, заявить отвод эксперту, предусмотренный ст. 19 ГПК РФ, ст. 34 КАС РФ и ст. 24 АПК РФ. Поэтому в Федеральном законе "О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации" в ст. 14, посвященной обязанностям руководителя государственного судебно-экспертного учреждения, необходимо закрепить обязанность руководителя сообщать суду сведения о выбранном им эксперте, а также срок, в течение которого должна быть выполнена эта обязанность, и срок, в течение которого руководителю должна поступить информация о результатах рассмотрения кандидатуры выбранного им эксперта в ходе судебного заседания. Если по истечении этого срока в экспертное учреждение не поступит соответствующая информация, эксперт может приступить к проведению исследования.

В арбитражном процессе вариант решения данной проблемы предложен в п. 7 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 4 апреля 2014 г. N 23, в котором закреплено, что с целью выяснения сведений об эксперте, которому будет поручено проведение экспертизы в экспертном учреждении, суд вправе отложить судебное разбирательство (рассмотрение дела в предварительном судебном заседании) или объявить перерыв в судебном заседании (предварительном судебном

заседании) и направить указанному лицу (экспертному учреждению, организации) соответствующее определение об отложении судебного разбирательства (предварительного судебного заседания) или о перерыве в судебном заседании (предварительном судебном заседании) либо выписку из протокола судебного заседания (предварительного судебного заседания).

Лица, участвующие в деле, имеют право ходатайствовать о допросе эксперта и задавать эксперту вопросы в ходе его допроса в судебном заседании (ст. 187 ГПК РФ, ст. 86 АПК РФ, ст. 168 КАС РФ).

И ГПК РФ, и АПК РФ, и КАС РФ прямо закрепляют право лиц, участвующих в деле, знакомиться с заключением эксперта и сообщением о невозможности дачи заключения (ч. 2 ст. 79 ГПК РФ, ч. 3 ст. 82 АПК РФ, п. 6 ч. 4 ст. 77 КАС РФ).

Лица, участвующие в деле, имеют право знакомиться с определением суда о назначении экспертизы и со сформулированными в нем вопросами (ч. 2 ст. 80 ГПК РФ, п. 3 ч. 4 ст. 77 КАС РФ), а также ходатайствовать о внесении в определение о назначении экспертизы дополнительных вопросов, которые необходимо поставить перед экспертом (ч. 3 ст. 82 АПК РФ, п. 4 ч. 4 ст. 77 КАС РФ).

В то же время и ГПК РФ, и АПК РФ, и КАС РФ не предусматривают возможности обжаловать определение о назначении экспертизы, а поскольку оно не преграждает путь для дальнейшего движения дела, то не может быть обжаловано отдельно от судебного решения.

Согласно ст. 216 ГПК РФ, ч. 6 ст. 77, п. 5 ч. 1 ст. 191 КАС РФ суд может по ходатайству лиц, участвующих в деле, или по своей инициативе приостановить производство по делу в случае назначения экспертизы. В ст. 218 ГПК РФ и ст. 193 КАС РФ предусмотрена возможность подачи частной жалобы на определение суда о приостановлении производства по делу. В данном случае предметом обжалования будет именно определение о приостановлении, но не определение о назначении экспертизы.

Также в определении о назначении судебной экспертизы в соответствии с ч. 1 ст. 80 ГПК РФ и ч. 4 ст. 78 КАС РФ указывается лицо, участвующее в деле, на которое возлагаются расходы по оплате проведения экспертизы.

Статья 104 ГПК РФ и ст. 115 КАС РФ предусматривают возможность обжалования определений по вопросам, связанным с судебными расходами.

Таким образом, определение о назначении судебной экспертизы подлежит обжалованию только в части приостановления производства по делу и в части распределения судебных расходов.

Аналогичным образом ст. 144 АПК РФ предусматривает право арбитражного суда приостановить производство по делу в случае назначения экспертизы, а ст. 147 АПК РФ предусматривает возможность обжалования определения о приостановлении производства по делу. В п. 17 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 4 апреля 2014 г. N 23 разъясняется, что в случае приостановления производства по делу в связи с назначением экспертизы назначение экспертизы как основание приостановления подлежит оценке судами апелляционной, кассационной инстанций при проверке законности определения о приостановлении производства по делу (ч. 2 ст. 147 АПК РФ). При этом суд вправе рассмотреть вопрос, имелась ли для рассмотрения дела необходимость в назначении экспертизы, соблюден ли порядок ее назначения. Суд также вправе оценить необходимость приостановления производства по делу исходя из сложности экспертного исследования, сроков его проведения.

Пунктом 7 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 4 апреля 2014 г. N 23 предусмотрено, что согласно положениям ч. 4 ст. 82, ч. 2 ст. 107 АПК РФ в определении о назначении экспертизы должны быть решены в том числе вопросы о размере вознаграждения эксперту (экспертному учреждению, организации), определяемом судом по согласованию с участвующими в деле лицами и экспертом (экспертным учреждением, организацией). В соответствии со ст. 112 АПК РФ определение по вопросам о судебных расходах подлежит обжалованию. Следовательно, в арбитражном процессе определение о назначении судебной экспертизы также подлежит обжалованию в части разрешения вопросов о размере вознаграждения эксперту и возложения обязанности на то или иное лицо, участвующее в деле, по перечислению соответствующей суммы на депозитный счет арбитражного суда.

Кроме того, ГПК РФ в ч. 3 ст. 84, КАС РФ в ч. 3 ст. 79, в ч. 2 ст. 83 АПК РФ закрепляют такое право

лиц, участвующих в деле, как право присутствовать при проведении экспертизы.

Однако не все процессуалисты согласны с целесообразностью предоставления лицам, участвующим в деле, права присутствовать при проведении экспертизы и считают необходимым поставить его осуществление в еще более жесткие рамки, нежели те, которые предусмотрены процессуальным законодательством <1>.

<1> Жижина М.В. Криминалистическая экспертиза документов в арбитражном судопроизводстве: Дис. ... канд. юрид. наук. С. 56.

Рассматриваемое право не является безусловным, его реализация ограничена определенными условиями: присутствие лиц, участвующих в деле, при проведении экспертизы не допускается, если оно может помешать исследованию, совещанию экспертов и составлению заключения (ч. 3 ст. 84 ГПК РФ, ч. 3 ст. 79 КАС РФ) либо помешать нормальной работе экспертов (ч. 2 ст. 83 АПК РФ). Более развернуто эти ограничения сформулированы в ст. 24 Федерального закона "О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации", действие которой распространяется также и на лиц, не являющихся сотрудниками государственных судебно-экспертных учреждений, но привлеченных судом к участию в деле в качестве экспертов (ст. 41 указанного Федерального закона). Указанная статья предусматривает запрет для участников процесса, присутствующих при проведении экспертизы, вмешиваться в ход исследований, а также запрещает им присутствовать на стадии составления заключения, совещания экспертов и формулирования выводов, если экспертиза проводится комиссией экспертов. Аналогичный запрет содержится в ч. 3 ст. 83 АПК РФ.

Хотя в гражданском процессуальном и арбитражном процессуальном законодательстве, а также законодательстве об административном судопроизводстве не содержится прямых указаний на этот счет, однако представляется, что присутствие лиц, участвующих в деле, при проведении экспертизы, возможно при наличии соответствующего разрешения суда, зафиксированного в определении о назначении экспертизы, что также подтверждается п. 11 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 4 апреля 2014 г. N 23.

Наряду с правами лица, участвующие в деле, имеют и обязанности, связанные с назначением и проведением судебной экспертизы.

Основной обязанностью сторон является обязанность нести судебные расходы, связанные с проведением экспертизы. В соответствии с ч. 3 ст. 95 ГПК РФ, ч. 2 ст. 107 АПК РФ и ч. 14 ст. 49 КАС РФ эксперты получают вознаграждение за работу, выполненную ими по поручению суда, "если эта работа не входит в круг их служебных обязанностей в качестве работников государственного учреждения", при этом вознаграждение в пользу экспертов взыскивается со сторон, если экспертиза была назначена по их ходатайству или с их согласия (в арбитражном процессе), на что обращается внимание в п. 22 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 4 апреля 2014 г. N 23. Если же экспертиза назначается по инициативе суда или арбитражного суда, вознаграждение за ее проведение взыскивается за счет средств федерального бюджета или бюджета субъекта РФ (при назначении экспертизы мировым судьей) - ч. 3 ст. 96 ГПК РФ, ч. 3 ст. 109 АПК РФ, ч. 2 ст. 108 КАС РФ.

Ответственностью за неисполнение обязанности по внесению до назначения экспертизы на депозитный счет арбитражного суда денежных сумм в установленном размере для выплаты вознаграждения экспертам является право арбитражного суда вынести определение об отклонении ходатайства о назначении экспертизы (п. 22 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 4 апреля 2014 г. N 23).

Так, например, ФАС Московского округа, рассмотрев жалобу ответчика на решение Арбитражного суда г. Москвы и Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда по делу по иску ООО "Строительная компания "Волганефтегазспецстрой" к ООО "Экспериментальный завод импульсной техники" о взыскании долга и убытков, оставил принятые по делу судебные акты без изменения, а кассационную жалобу без удовлетворения, указав при этом, что суд первой инстанции правомерно отклонил ходатайство ответчика о назначении судебной экспертизы с целью установления причин

некачественности оборудования, поскольку ответчиком не были внесены денежные средства, составляющие стоимость экспертизы, на депозит суда. Согласно протоколу Арбитражного суда города Москвы от 4 августа 2011 г. судебное заседание было отложено на 19 сентября 2011 г. для рассмотрения вопроса о назначении экспертизы, ответчику было предложено подтвердить внесение на депозит суда денежных средств, составляющих стоимость экспертизы. Однако в судебное заседание 19 сентября 2011 г. ответчик не явился и не представил доказательств исполнения определения суда от 4 августа 2011 г. о внесении денежных средств на депозит суда, в связи с чем разбирательство состоялось по имеющимся в деле доказательствам. Платежное поручение от 15 сентября 2011 г. N 626 на сумму 48 000 руб. по оплате расходов на проведение экспертизы представлено ответчиком лишь в приложении к апелляционной жалобе. Доказательств того, что ответчик представил данное платежное поручение в суд первой инстанции до судебного заседания 19 сентября 2011 г., материалы дела не содержат <1>.

<1> Постановление ФАС Московского округа от 12 апреля 2012 г. по делу N А40-39459/11-45-357 // СПС "КонсультантПлюс".

Гражданское процессуальное законодательство, равно как и законодательство об административном судопроизводстве, такое право суда не предусматривает, а, напротив, указывает, что отказ стороны от оплаты экспертизы до ее проведения не может служить основанием для отказа эксперта или судебно-экспертного учреждения от ее проведения в установленный срок. При отсутствии предварительной оплаты проведения экспертизы эксперт или судебно-экспертное учреждение обязаны провести экспертизу и вместе с заключением эксперта направить в суд заявление о возмещении расходов, понесенных в связи с проведением экспертизы (ч. 2 ст. 85 ГПК РФ, ч. 11 ст. 49 КАС РФ).

Кроме того, экспертам возмещаются понесенные ими в связи с явкой в суд расходы по проезду и по найму помещения и выплачиваются суточные (ч. 1 ст. 95 ГПК РФ, ч. 1 ст. 107 АПК РФ, ч. 14 ст. 49 КАС РФ).

Исходя из содержания нормы, закрепленной в ч. 3 ст. 79 ГПК РФ и в ч. 5 ст. 77 КАС РФ, можно сделать вывод о наличии у лиц, участвующих в деле, еще одной обязанности - предоставить имеющиеся у них материалы для проведения экспертизы, а также явиться самим на экспертизу, если это необходимо, поскольку данная норма предусматривает применение мер процессуальной ответственности в виде неблагоприятных последствий - признания судом установленным или опровергнутым того обстоятельства, для выявления которого экспертиза назначалась.

Судебная практика показывает, что суды не всегда обдуманно применяют санкцию, закрепленную в ч. 3 ст. 79 ГПК РФ. Так, Хамовнический районный суд г. Москвы отказал в удовлетворении исковых требований В. к ОАО "Торговая компания "Артекс" о замене товара, взыскании неустойки, убытков, компенсации морального вреда, судебных расходов, при этом суд исходил исключительно из положений ч. 3 ст. 79 ГПК РФ, применив к истцу последствия уклонения от проведения экспертизы, назначенной судом, в виде неустановления обстоятельства, для выяснения которого она была назначена, а именно неустановления факта повреждения и перекраски автомобиля, проданного истцу, поскольку истец не представил автомобиль на осмотр эксперту и экспертизу провести не удалось.

Отменяя указанное решение суда, Судебная коллегия по гражданским делам Московского городского суда указала, что из материалов дела усматривается, что истцу направлялись две телеграммы в один день - 20 ноября 2010 г. с разницей в несколько часов с предложением представить автомобиль на осмотр эксперту в помещение ОАО "ТК "Артекс", причем телеграммы направлял ответчик. Обе телеграммы не были вручены адресату, так как квартира была закрыта, адресат по извещению за телеграммой не явился. Ни суд, ни эксперт не предпринимали меры по извещению истца о необходимости его явки на осмотр и предоставления им автомобиля. Поскольку телеграммы не были вручены истцу, ни суд, ни эксперт не извещали истца о проведении осмотра иным способом, кроме направления телеграмм, ни истец, ни его представитель не извещались о проведении осмотра, действия истца нельзя расценивать как уклонение от проведения экспертизы, в связи с чем отказ в удовлетворении исковых требований только на основании ч. 3 ст. 79 ГПК РФ в связи с уклонением истца от проведения экспертизы является неправомерным <1>.

<1> Определение Судебной коллегии по гражданским делам Московского городского суда от 22 июня 2011 г. N 33-18905 // Архив Московского городского суда за 2011 г.

О назначении экспертизы суд выносит определение, которое можно условно разделить на три части: вводную, описательную и резолютивную (ст. 80 ГПК РФ, ч. 4 ст. 82 АПК РФ, ст. 78 КАС РФ). Во вводной части содержатся сведения о времени и месте вынесения определения, наименовании суда, его составе, наименовании лиц, участвующих в деле, указывается номер дела и предмет спора.

В описательной части кратко излагается суть спора, указываются обстоятельства, имеющие значение для дела, для подтверждения или опровержения которых назначается экспертиза. Здесь же следует указать мнение лиц, участвующих в деле, по поводу назначения экспертизы, вопросы и кандидатуры экспертных учреждений или конкретных экспертов, которые они предложили, и мотивы, по которым суд отклоняет те или иные вопросы или кандидатуры. Завершается описательная часть определения изложением мотивов суда, по которым он пришел к выводу о необходимости проведения экспертизы, и ссылками на законы, которыми суд руководствовался при ее назначении.

В резолютивной части прежде всего определяется вид экспертизы как в зависимости от характера применяемых специальных знаний (например, судебно-почерковедческая, судебно-техническая экспертиза документов, судебная автотехническая, судебно-психиатрическая и т.д.), так и по последовательности ее проведения, количеству экспертов, которым поручается ее проведение, и объему подлежащих использованию специальных знаний (т.е. дополнительная, повторная, комплексная, комиссионная). Далее формулируются вопросы эксперту, указывается, кому поручается производство экспертизы (наименование экспертного учреждения или фамилия, имя, отчество эксперта), материалы, предоставляемые в распоряжение эксперта, особые условия обращения с ними при исследовании, если это необходимо. В резолютивной части также должны содержаться сведения о стороне, которая производит оплату экспертизы, о предупреждении эксперта судом или руководителем судебно-экспертного учреждения об уголовной ответственности за дачу заведомо ложного заключения и о том, как следует поступить с делом: отложить разбирательство дела или приостановить производство по делу до получения заключения эксперта, а также должен быть указан срок, в течение которого или к которому должно быть направлено заключение в суд (ст. 85 ГПК РФ, ч. 4 ст. 82 АПК РФ, ст. 78 КАС РФ). Срок проведения экспертизы может быть определен указанием точной календарной даты, к которой должно быть представлено заключение эксперта, либо периодом времени, в течение которого экспертиза должна быть проведена.

Определение о назначении судебной экспертизы выносится в совещательной комнате и оглашается немедленно после его вынесения (ч. 1 ст. 224 ГПК РФ, ст. 198 КАС РФ). В то же время изготовление судом мотивированного определения о назначении судебной экспертизы, учитывая его объем и сложность, может быть отложено на срок не более чем пять дней со дня объявления его резолютивной части, при том что в судебном заседании, в котором было принято решение о проведении судебной экспертизы, будет оглашена резолютивная часть определения о ее назначении (п. 63 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27 сентября 2016 г. N 36).

Часть 2 ст. 79 ГПК РФ и п. 3 ч. 4 ст. 77 КАС РФ предусматривают право участвующих в деле лиц ознакомиться с этим определением и со сформулированными в нем вопросами. А вот определение об отказе в назначении экспертизы, согласно позиции Верховного Суда РФ, при рассмотрении гражданских дел судами общей юрисдикции может быть вынесено не в виде отдельного судебного акта, а в виде протокольного определения <1>. В отличие от гражданского процесса в арбитражном процессе определение об отклонении ходатайства о назначении экспертизы арбитражный суд тоже должен вынести в виде отдельного определения (ч. 4 ст. 82 АПК РФ).

<1> Определение Верховного Суда РФ от 3 марта 2010 г. N 34-Г10-1 // СПС "КонсультантПлюс".

Судебную экспертизу проводит эксперт, который является самостоятельным субъектом процесса, обладающий собственным объемом процессуальных прав и обязанностей, которые отличают его от иных

субъектов, в том числе свидетелей. Процессуальное законодательство не допускает смешения процессуальных функций различных участников процесса.

Эксперт относится к субъектам гражданского процесса, содействующим осуществлению правосудия. Отличительным признаком таких субъектов является их незаинтересованность в исходе дела <1>.

<1> Сахнова Т.В. Судебная экспертиза. С. 173.

Эксперт выступает источником судебного доказательства - заключения эксперта. При этом специфика заключается в том, что эксперт заранее не обладает доказательственной информацией - он добывает ее в ходе специального исследования при помощи своих профессиональных знаний. Носителем доказательственной информации эксперт становится лишь после проведения исследования. Этим он отличается от свидетеля, который также является источником судебного доказательства - свидетельских показаний, но никаких исследований не проводит, а становится носителем сведений о фактах в результате стечения обстоятельств, в результате того, что попадает в какое-либо отношение с воспринимаемыми фактами <1>.

<1> Треушников М.К. Судебные доказательства. М., 1999. С. 189 - 190.

Поскольку эксперт является участником процесса, содействующим осуществлению правосудия по гражданским делам, и его участие в деле связано с необходимостью получения судом одного из видов доказательств, законодатель делает акцент прежде всего на его обязанностях, права же эксперта призваны создавать наиболее благоприятные условия для выполнения им своих обязанностей. Эксперт несет следующие обязанности:

1) принять к производству порученную судом экспертизу и провести полное исследование представленных материалов и документов (ч. 1 ст. 85 ГПК РФ, ч. 2 ст. 55 АПК РФ, ч. ч. 2, 4 ст. 49 КАС РФ);

2) дать обоснованное и объективное заключение по поставленным перед ним вопросам и направить его в суд, назначивший экспертизу, к установленному судом сроку (ч. 1 ст. 85 ГПК РФ, ч. 2 ст. 55 АПК РФ, ч. ч. 2, 4 ст. 49 КАС РФ);

3) явиться по вызову суда для личного участия в судебном заседании и ответить на вопросы, связанные с проведенным исследованием и данным заключением (ч. 1 ст. 85, ч. 2 ст. 55 АПК РФ, ч. ч. 2, 4 ст. 49 КАС РФ);

4) обеспечить сохранность представленных ему для исследования материалов и документов и возвратить их в суд по окончании проведения экспертизы (ч. 1 ст. 85 ГПК РФ, ч. 5 ст. 49 КАС РФ);

5) заявить самоотвод при наличии обстоятельств, указанных в ст. ст. 16, 18 ГПК РФ, ст. ст. 21, 23 АПК РФ, ст. ст. 31 - 33 КАС РФ (ч. 1 ст. 19 ГПК РФ, ст. 24 АПК РФ, ч. 1 ст. 34 КАС РФ).

Наряду с обязанностями судебного эксперта гражданское процессуальное законодательство (ч. 2 ст. 85 ГПК РФ) и законодательство об административном судопроизводстве (ч. 6 ст. 49 КАС РФ) прямо закрепляют перечень тех действий, которые он не вправе совершать при производстве экспертизы, а именно:

1) самостоятельно собирать материалы, необходимые для производства экспертизы;

2) вступать в личные контакты с участниками процесса, если это ставит под сомнение его незаинтересованность в исходе дела;

3) разглашать сведения, которые стали ему известны в связи с проведением экспертизы;

4) сообщать кому-либо, кроме суда, назначившего экспертизу, о ее результатах;

5) отказаться от проведения экспертизы в установленный судом срок по причине отсутствия предварительной оплаты экспертизы стороной.

Кроме того, Федеральный закон "О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации" предусматривает дополнительные запреты, налагаемые на эксперта (ст. 16), два из которых касаются только эксперта - сотрудника государственного экспертного учреждения и не могут быть распространены на лицо, не являющееся таковым, но привлеченное к участию в деле судом в качестве эксперта. Эксперт не вправе уничтожать объекты исследований либо существенно изменять их свойства без разрешения органа или лица, назначивших судебную экспертизу. Этот запрет, по сути, является конкретизацией обязанности эксперта по обеспечению сохранности представленных ему для исследования материалов и документов и предполагает необходимость получения экспертом предварительного разрешения со стороны суда, назначившего экспертизу, если без уничтожения или повреждения соответствующего объекта нельзя провести полноценное исследование. Если же суд не дает подобного разрешения, эксперту следует составить мотивированное сообщение о невозможности дачи заключения со ссылкой на непригодность материалов для исследования.

Эксперту - сотруднику государственного экспертного учреждения помимо указанного выше запрещено осуществлять судебно-экспертную деятельность в качестве негосударственного эксперта, а также принимать поручение о производстве экспертизы непосредственно от каких-либо органов или лиц, за исключением руководителя государственного судебно-экспертного учреждения. Последний запрет сформулирован не совсем четко <1>, в связи с чем возникает вопрос: как согласуется с этим положением вполне допустимая ситуация, когда суд вызывает эксперта - сотрудника государственного экспертного учреждения для участия в судебном заседании, в ходе которого выносит определение о назначении судебной экспертизы и поручает ее проведение именно этому эксперту, обязан ли эксперт в подобной ситуации выполнить порученную судом экспертизу без согласования этого вопроса с руководителем экспертного учреждения? Вероятно, на этот вопрос следует ответить утвердительно: ч. 1 ст. 79 ГПК РФ, ч. 1 ст. 77 КАС РФ прямо закрепляют право суда поручить проведение экспертизы судебно-экспертному учреждению либо конкретному эксперту, каковым может быть и сотрудник такого учреждения. Что касается рассматриваемого положения, то его следует толковать как запрет на принятие к производству экспертизы непосредственно от каких-либо органов или лиц, кроме суда, минуя руководителя экспертного учреждения.

<1> На это обстоятельство обращает внимание, в частности, Е.Р. Россинская (Комментарий к Федеральному закону "О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации". М., 2002. С. 228 - 231).

Несоблюдение экспертом обязанностей влечет применение к нему мер ответственности, среди которых следует различать уголовно-правовые и процессуальные.

В соответствии со ст. 307 Уголовного кодекса РФ (далее - УК РФ) уголовная ответственность эксперта наступает за дачу заведомо ложного заключения.

ГПК РФ (ст. 168), АПК РФ (ст. 157) и КАС РФ (ст. 151) устанавливают последствия неявки эксперта в судебное заседание и процессуальные меры ответственности эксперта. В случае неявки вызванного в судебное заседание эксперта суд заслушивает мнение участвующих в деле лиц о возможности рассмотрения дела в его отсутствие и выносит определение о продолжении судебного разбирательства либо о его отложении. Если эксперт не явился в судебное заседание по причинам, признанным судом неуважительными, он подвергается штрафу. Также эксперт или экспертное учреждение могут быть подвергнуты штрафу в случае ненаправления в суд заключения в установленный срок при отсутствии мотивированного сообщения о невозможности своевременного проведения экспертизы (ч. 1 ст. 85 ГПК РФ, ч. 6 ст. 55 АПК РФ, ч. 12 ст. 49 КАС РФ).

Помимо обязанностей эксперт, как и другие участники процесса, обладает определенными правами.

Эксперт имеет право знакомиться с материалами дела, относящимися к предмету экспертизы (ч. 3 ст. 85 ГПК РФ, ч. 3 ст. 55 АПК РФ, ч. 13 ст. 49 КАС РФ).

Эксперт имеет право на экспертную инициативу. В соответствии с ч. 2 ст. 86 ГПК РФ, ч. 1 ст. 86 АПК РФ и ч. 4 ст. 82 КАС РФ, если эксперт при производстве экспертизы установит обстоятельства, имеющие значение для дела, по поводу которых ему не были поставлены вопросы, он вправе включить выводы об этих обстоятельствах в свое заключение. Эксперт может реализовать это право при наличии следующих условий:

- а) если установленные им обстоятельства имеют значение для дела;
- б) если их установление требует применения специальных знаний;
- в) если эксперт обладает необходимыми специальными знаниями. При отсутствии хотя бы одного из этих условий эксперт не может использовать свое право на экспертную инициативу.

Отношение к этому праву эксперта не было одинаковым в разные периоды действия прежнего ГПК РСФСР. В советский период это право рассматривалось в качестве одного из средств установления объективной истины по делу, и на этой основе учеными очерчивалась довольно значительная по объему область, в рамках которой эксперт имел право на установление имеющих значение для дела обстоятельств по своей инициативе. Так, например, Б.Д. Свердлов выделял пять ситуаций, требующих реализации экспертом права на экспертную инициативу, которые могут возникнуть при проведении судебно-почерковедческой экспертизы:

- 1) если перед экспертом поставлены вопросы, требующие почерковедческого исследования, а он обнаруживает техническую подделку;
- 2) если на разрешение эксперта поставлен вопрос об установлении исполнителя подписи, а эксперт находит целесообразным исследовать и рукописный текст (или наборот);
- 3) если в определении о назначении экспертизы перечислены конкретные лица и поставлен вопрос, не являются ли они исполнителями рукописных текстов или подписей, а эксперт устанавливает, что они исполнены другими лицами, образцы почерков которых имеются в поступивших к нему материалах;
- 4) если перед экспертом поставлен вопрос, требующий проведения не почерковедческого криминалистического исследования, а он считает целесообразным провести дополнительно экспертизу почерка;
- 5) эксперт проявляет инициативу, выходящую за рамки экспертной деятельности <1>.

<1> Свердлов Б.Д. Границы и возможности экспертной инициативы при почерковедческом исследовании // Экспертная техника. М., 1967. Вып. 13. С. 4.

После 1995 г. в условиях реформирования действовавшего на тот период гражданского процессуального законодательства и усиления принципа состязательности была поставлена под сомнение возможность сохранения за экспертом этого права. По мнению Т.В. Сахновой, "в идеале право на экспертную инициативу не должно существовать, а определение суда о назначении экспертизы должно содержать совершенно точное определение экспертной задачи, быть профессионально состоятельным" <1>.

<1> Сахнова Т.В. Судебная экспертиза. С. 186.

Отрицает возможность существования права на экспертную инициативу и А.А. Мохов, поскольку оно противоречит конституционным нормам, гарантирующим неприкосновенность частной жизни, личной и семейной тайны, и позволяет эксперту в определенных случаях брать на себя выполнение функций суда, в частности, путем дачи оценки фактам, подлежащим установлению по делу, а также путем несанкционированного вмешательства в частную жизнь граждан <1>.

<1> Мохов А.А. Организационно-правовые проблемы использования специальных знаний в гражданском судопроизводстве // Пути развития российской юридической науки и образования в XXI веке: Сб. ст. науч.-практ. конфер. 25 - 26 октября 2001 г. Волгоград, 2002. С. 483.

Представляется, что правильное решение этого вопроса лежит посередине. От права на экспертную инициативу не следует безоговорочно отказываться. При рассмотрении данного вопроса необходимо учитывать специфику отдельных видов судебной экспертизы. Например, среди объектов судебно-почерковедческой экспертизы встречаются довольно сложные, такие как краткие и простые подписи, краткие записи. Если вопрос поставлен только в отношении такого объекта, эксперт в лучшем случае даст вероятный вывод или даже вывод о невозможности ответить на поставленный вопрос. Используя право на экспертную инициативу, эксперт может установить, кем выполнена сопутствующая подписи запись, и, таким образом, решить вопрос об исполнителе краткой и простой подписи. Поясним на примере.

Ступинский городской суд Московской области назначил экспертизу по гражданскому делу по иску У. к З-вым о признании сделки недействительной. Вопрос был поставлен в отношении подписи от имени У. под текстом доверенности от 4 августа 1997 г. на имя З. на продажу земельного участка. Эта подпись содержит малый объем графической информации из-за краткости и простоты строения: она состоит из буквы "У", "и"-образных безбуквенных штрихов и дугового росчерка. Образцы подписей самого У. отличаются большой вариационностью, поэтому эксперт не мог дать вывод в категорической форме. По своей инициативе он установил, что удостоверительная запись "Украинский Юрий Иванович", расположенная рядом с подписью, выполнена самим У. Сопоставив запись и подпись, он пришел к выводу о том, что они выполнены одним лицом, а это, в свою очередь, позволило ему сделать категорический вывод о выполнении подписи также У. <1>.

<1> Наблюдательное производство от 10 ноября 2000 г. N 2546/010 // Архив ЛСПЭ РФЦСЭ при Минюсте России, 2000.

С правом на экспертную инициативу тесно связано право эксперта ходатайствовать о привлечении к проведению экспертизы других экспертов, которое появилось в ГПК РФ 2002 г. после закрепления в ст. 17 Федерального закона "О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации" права эксперта ходатайствовать перед руководителем государственного судебно-экспертного учреждения о привлечении к производству судебной экспертизы других экспертов, если это необходимо для проведения исследований и дачи заключения.

Кроме того, эксперт имеет право:

- участвовать в судебных заседаниях и задавать вопросы лицам, участвующим в деле, и свидетелям по вопросам, относящимся к объекту исследования (ч. 3 ст. 85 ГПК РФ, ч. 3 ст. 55 АПК РФ, п. 2 ч. 13 ст. 49 КАС РФ);

- просить суд о предоставлении дополнительных материалов и документов для исследования (ч. 3 ст. 85 ГПК РФ, ч. 3 ст. 55 АПК РФ, п. 4 ч. 13 ст. 49 КАС РФ);

- пользоваться родным языком и услугами переводчика, если эксперт не владеет языком, на котором ведется судопроизводство;

- получить вознаграждение за проведенное по поручению суда исследование, если эта работа не входит в круг его служебных обязанностей в качестве работника государственного учреждения (ч. 3 ст. 95 ГПК РФ, ч. 2 ст. 107 АПК РФ, ч. 14 ст. 49 КАС РФ);

- при проведении комиссионной экспертизы совещаться с другими экспертами до дачи заключения, а также составить отдельное заключение в случае несогласия с другими экспертами (ч. 2 ст. 83 ГПК РФ, ч. 2 ст. 84 АПК РФ, ч. 2 ст. 80 КАС РФ);

- делать подлежащие занесению в протокол судебного заседания заявления по поводу неправильного истолкования участниками судебного процесса его заключения или показания (п. 6 ч. 13 ст. 49 КАС РФ).

Помимо указанных выше прав, предусмотренных гражданским процессуальным, арбитражным процессуальным законодательством и законодательством об административном судопроизводстве, ст. 17 Федерального закона "О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации" формулирует дополнительные права эксперта, которые в соответствии со ст. 41 данного Закона распространяются на экспертов, не являющихся сотрудниками государственного судебно-экспертного учреждения, в частности: право делать подлежащие занесению в протокол следственного действия или судебного заседания заявления по поводу неправильного истолкования участниками процесса заключения эксперта или его показаний, а также право обжаловать в установленном законом порядке действия органа или лица, назначивших судебную экспертизу, если они нарушают права эксперта. Однако последнее право не может быть реализовано в рамках судопроизводства по гражданским делам, поскольку здесь органом, назначающим экспертизу, является, как правило, суд первой инстанции, определения которого могут быть обжалованы в апелляционном порядке вместе с решением по делу или отдельно от него в предусмотренных законом случаях, но только теми участниками процесса, которые прямо предусмотрены гражданским процессуальным и арбитражным процессуальным законодательством в качестве субъектов обжалования, к которым не относится эксперт.

Не вполне ясна ситуация с отказом эксперта от дачи заключения, является ли он правом эксперта или его обязанностью. Положение осложняется тем, что процессуальное законодательство не содержит однозначного ответа на этот вопрос. Ранее действовавший ГПК РСФСР 1964 г. рассматривал отказ от дачи заключения в качестве права эксперта, которое он мог реализовать при наличии одного из двух условий, прямо предусмотренных в ст. 76 ГПК РСФСР. Часть 1 ст. 85 ГПК РФ и ч. 7 ст. 49 КАС РФ сформулированы таким образом, что позволяют говорить о наличии у эксперта обязанности отказаться от дачи заключения при наличии одного из предусмотренных законом обстоятельств: "...эксперт обязан направить в суд, назначивший экспертизу, мотивированное сообщение в письменной форме о невозможности дать заключение". В то же время в комментарии к ГПК РФ обращается внимание на то обстоятельство, что обязанность направить в суд мотивированное сообщение о невозможности дать заключение носит технический характер и "представляет собой форму реализации права эксперта по отказу от дачи заключения" <1>.

<1> Комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации / Под ред. М.С. Шакарян. М., 2003. С. 200.

Аналогичная обязанность эксперта закрепляется в ст. 16 Федерального закона "О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации", специально посвященной обязанностям эксперта. Причем авторы комментария к этому Закону, в отличие от авторов комментария к ГПК РФ, рассматривают такое действие эксперта, как отказ от дачи заключения, не только как право, но и как обязанность эксперта <1>.

<1> Комментарий к Федеральному закону "О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации" / Под общ. ред. В.И. Илюхина и Г.Н. Колбая. С. 83.

Примечательно, что ч. 4 ст. 55 АПК РФ предусматривает опять-таки право эксперта отказаться от дачи заключения по вопросам, выходящим за пределы его специальных знаний, либо в случае, если представленные ему материалы недостаточны для дачи заключения.

В общей теории права субъективное право определяется как предусмотренная нормой права мера возможного поведения участника правоотношения, причем его главной отличительной чертой является возможность использования его управомоченным лицом по собственному усмотрению <1>. В отличие от субъективного права юридическая обязанность, будучи предусмотренной нормой права мерой должного поведения участника правоотношения, не предполагает возможности для обязанного субъекта отказа от

ее исполнения, в противном случае возникает основание для применения к нему юридической ответственности <2>.

<1> Общая теория права и государства / Под ред. В.В. Лазарева. М., 1994. С. 144.

<2> Там же. С. 146. См. по этому вопросу также: Матузов Н.И., Малько А.В. Теория государства и права. М., 2001. С. 396 - 397; Марченко М.Н. Теория государства и права: Учебник. М., 1996. С. 355, 358.

Что касается отказа эксперта от дачи заключения, то необходимо отметить, что при наличии предусмотренных гражданским процессуальным законодательством или законодательством об административном судопроизводстве оснований эксперт должен совершить это действие. Он не имеет права отказаться от его совершения, руководствуясь исключительно собственным желанием. Если эксперт, несмотря на явный недостаток имеющихся в его распоряжении материалов или их непригодность к исследованию, несмотря на отсутствие у него соответствующих специальных знаний, необходимых для ответа на поставленные вопросы, все же дает заключение, у суда имеются все основания для признания его неправильным или необоснованным, что влечет за собой исключение его из числа доказательств по делу. Эту меру в принципе можно рассматривать в качестве своеобразной меры юридической ответственности, применяемой к нарушившему свою обязанность эксперту, хотя прямо она и не закрепляется в нормах гражданского процессуального, арбитражного процессуального законодательства и законодательства об административном судопроизводстве. Таким образом, отказ эксперта от дачи заключения следует все же рассматривать как его обязанность, которая возникает у него при наличии предусмотренных законом условий.

Эксперт должен отказаться от дачи заключения при наличии одного из двух оснований, предусмотренных ч. 1 ст. 85 ГПК РФ и ч. 4 ст. 55 АПК РФ: недостаточность или непригодность для проведения исследований и дачи заключения представленных ему материалов и постановка перед экспертом вопросов, выходящих за пределы его специальных знаний. Кроме того, ст. 16 Федерального закона "О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации" и ч. 7 ст. 49 КАС РФ предусматривают еще одно основание для отказа эксперта от дачи заключения: недостаточный современный уровень развития науки для разрешения поставленных перед экспертом вопросов.

Эксперт может отказаться от дачи заключения по причине недостаточности или непригодности представленных ему материалов только в том случае, если он ходатайствовал перед судом о предоставлении дополнительных материалов, но это ходатайство не было удовлетворено, на что прямо обращается внимание в указанной выше статье Федерального закона. При этом под материалами в данном случае следует понимать не только исследуемые объекты и сравнительные материалы, но и все фактические данные, сообщаемые эксперту судом и необходимые ему для дачи заключения.

§ 3. Исследование и оценка заключения эксперта

Исходя из общего определения исследования доказательств исследование заключения эксперта можно определить как восприятие и изучение судом, а также лицами, участвующими в деле и их представителями информации о фактах, составляющей содержание данного вида доказательств.

Исследование заключения эксперта не только судом, но и всеми лицами, участвующими в деле, и их представителями происходит в процессе разбирательства дела в судебном заседании, поскольку согласно ч. 2 ст. 195 ГПК РФ, ч. 2 ст. 176 КАС РФ и ч. 2 ст. 10 АПК РФ суд и арбитражный суд основывают решения лишь на тех доказательствах, которые были исследованы в судебном заседании.

В соответствии с принципом непосредственности судебного разбирательства, закрепленным в ч. 1 ст. 157 ГПК РФ, ст. 13 КАС РФ, а также в ст. ст. 10 и 162 АПК РФ, суд и арбитражный суд обязаны лично воспринять представленное письменное заключение эксперта, с тем чтобы дать ему правильную оценку при вынесении решения.

Способом личного и непосредственного восприятия заключения эксперта судом и лицами, участвующими в деле, является его оглашение в судебном заседании, что прямо предписано ст. 187 ГПК

РФ, ст. 168 КАС РФ, а также ст. 86 АПК РФ и полностью согласуется с принципом устности судебного разбирательства (ч. 2 ст. 157 ГПК РФ, ст. 140 КАС РФ). Этим процессуальным действием письменная форма заключения переводится в устную, более доступную форму восприятия доказательств.

После оглашения заключения эксперту с разрешения суда могут быть заданы вопросы в целях разъяснения и дополнения его заключения. Это происходит в рамках допроса эксперта. В соответствии с ч. 1 ст. 187 ГПК РФ и ст. 168 КАС РФ первым задает вопрос лицо, по заявлению которого назначен эксперт, и его представитель, а затем - другие лица, участвующие в деле, и их представители. Эксперту, назначенному по инициативе суда, первым предлагает вопросы истец. Судьи вправе задавать вопросы эксперту в любой момент его допроса.

Согласно ч. 3 ст. 86 АПК РФ по ходатайству лица, участвующего в деле, или по инициативе арбитражного суда эксперт может быть вызван в судебное заседание. Эксперт после оглашения его заключения вправе дать по нему необходимые пояснения, а также обязан ответить на дополнительные вопросы лиц, участвующих в деле, и суда. При этом, согласно ч. 4 ст. 162 АПК РФ, первым задает вопросы лицо, по ходатайству которого был вызван эксперт. Ответы эксперта на дополнительные вопросы заносятся в протокол судебного заседания.

Результаты допроса эксперта не являются самостоятельным доказательством искомого юридического факта, поскольку в ходе допроса эксперт не сообщает новые сведения о фактах, а лишь уточняет те, которые были указаны им в заключении. В процессе допроса эксперту не могут быть заданы новые вопросы, которые не были предметом экспертизы, он не вправе формулировать новые выводы. Допрос эксперта предназначен лишь для уточнения и разъяснения хода экспертного исследования и тех выводов, к которым пришел эксперт.

Допрос эксперта производится тогда, когда для разъяснения и дополнения его заключения не требуются дополнительные исследования. В противном случае должна быть назначена дополнительная экспертиза.

Под разъяснением заключения эксперта обычно понимают доведение экспертом до участников судебного разбирательства смысла как отдельных положений, так и всего заключения в целом. При этом следует отметить, что неясность заключения эксперта, требующая его разъяснения, может быть связана не только с упущениями самого эксперта при его составлении, но и возникнуть по причине недостаточной осведомленности участников процесса об отдельных видах судебной экспертизы.

Под дополнением заключения эксперта понимается формулирование дополнительных обоснований ранее сделанных выводов.

Нет необходимости вызывать эксперта в суд только для того, чтобы он устно подтвердил свое заключение, данное в письменном виде, как это время от времени имеет место на практике.

В ходе допроса эксперту могут быть заданы вопросы, касающиеся: компетентности эксперта и его объективности, избранной им методики исследования, ее правомерности, использованных научно-технических средств, достаточности представленного в распоряжение эксперта материала, причин расхождения выводов экспертов по одним и тем же вопросам, противоречий между исследовательской частью и выводами, расхождений между объемом поставленных вопросов и выводами, характера выявленных признаков, критериев, которыми руководствовался эксперт при определении совокупности признаков, отдельных терминов и формулировок заключения и т.д. При этом недопустима постановка вопросов, не относящихся к компетенции эксперта.

Если проводилась комиссионная экспертиза и эксперты пришли к общему выводу, то суду достаточно допросить одного эксперта из комиссии.

Допрос эксперта может иметь место и в том случае, если экспертом было составлено сообщение о невозможности дачи заключения, с целью получения более детальных объяснений относительно ее причин.

В ходе исследования заключение эксперта сопоставляется с другими доказательствами по делу, выявляется степень его полноты и обоснованности, проверяется соблюдение процессуальных прав

субъектов процесса, связанных с назначением и проведением экспертизы. В то же время допрос эксперта не является необходимым и обязательным элементом исследования экспертного заключения. Если суд не находит оснований для допроса эксперта, заключение исследуется выше приведенными способами (оглашается в судебном заседании, воспринимается, сопоставляется с другими доказательствами по делу).

Весь ход исследования заключения эксперта должен быть отражен в протоколе судебного заседания. В нем должны содержаться вопросы, которые были заданы эксперту, и его ответы на них. В связи с этим представляется неправильной довольно распространенная практика составления протоколов, когда фиксируются только ответы эксперта и при этом не записываются соответствующие вопросы суда, лиц, участвующих в деле, и их представителей. В результате становится довольно трудно понять смысл ответов эксперта, которые имеют сжатую разговорную форму, и поэтому в них не повторяются заданные эксперту вопросы.

В соответствии со ст. 230 ГПК РФ лица, участвующие в деле, и их представители вправе ходатайствовать об оглашении в судебном заседании какой-либо части протокола, а в соответствии со ст. 231 ГПК РФ они имеют право знакомиться с протоколом судебного заседания и в течение определенного срока (пяти дней после его подписания) подавать письменные замечания на него с указанием на допущенные в нем неточности и (или) на его неполноту. Аналогичные права предоставлены лицам, участвующим в деле, в соответствии с ч. 7 ст. 155 АПК РФ и ст. 207 КАС РФ.

Эксперту, который не относится к числу лиц, участвующих в деле, а является лицом, содействующим осуществлению правосудия, ГПК РФ, равно как и АПК РФ, и КАС РФ, таких прав не предоставляет. Между тем вопросы, заданные эксперту, и, самое главное, его ответы на них обладают определенной спецификой, отличающей показания эксперта от показаний свидетеля, связанной с использованием первым при разъяснении своего заключения научных положений и специальной терминологии, не знакомой судьям и секретарям судебного заседания, в связи с чем показания эксперта не всегда полно и точно фиксируются в протоколе судебного заседания, что в дальнейшем может негативно отразиться на оценке заключения эксперта судом первой инстанции, а также не позволит суду вышестоящей инстанции проверить правильность этой оценки.

Руководствуясь этими соображениями, Л. Уразильдеев предложил законодательно закрепить право эксперта на ознакомление с той частью протокола судебного заседания, которая содержит записи вопросов, предложенных ему, и его ответы <1>. Однако предоставление эксперту только права на ознакомление с протоколом судебного заседания явно недостаточно для того, чтобы гарантировать правильность фиксации его показаний в протоколе судебного заседания. Для этого ему можно было бы предоставить право ходатайствовать об оглашении в судебном заседании той части протокола, в которой зафиксированы его показания, а также о внесении необходимых уточнений и дополнений с целью правильной передачи смысла сообщенных экспертом сведений, предусмотренное ч. 2 ст. 230 ГПК РФ для лиц, участвующих в деле, и их представителей. Примечательно, что примерно такой подход реализован в п. 6 ч. 13 ст. 49 КАС РФ, согласно которому эксперт имеет право делать подлежащие занесению в протокол судебного заседания заявления по поводу неправильного истолкования участниками судебного процесса его заключения или показаний.

<1> Уразильдеев Л. Допрос эксперта в суде // Российская юстиция. 1997. N 6. С. 28.

Оценка заключения эксперта как одного из видов доказательств должна, безусловно, базироваться на общих положениях, касающихся оценки всех доказательств по гражданскому делу. В то же время она обладает определенной спецификой, которая связана с тем, что заключение эксперта появляется в результате исследования, проведенного лицом, обладающим специальными знаниями в той или иной области науки (экспертом), на основе этих своих знаний с целью получения новых сведений о фактах, подлежащих установлению по делу. Такая особенность заключения эксперта накладывает определенный отпечаток прежде всего на свойства доказательств, установление которых составляет содержание их оценки и наличие которых у заключения эксперта позволяет суду признать его доказательством.

Несмотря на то что исследование, проводимое экспертом, базируется на определенных научных

положениях, его заключение не может расцениваться как особое, исключительное доказательство.

Для того чтобы избежать подобного заблуждения относительно значения заключения эксперта, ГПК РФ и КАС РФ даже дважды обращают внимание судей на то, что заключение эксперта необязательно для суда, оценивается судом наряду с другими доказательствами по правилам, предусмотренным ГПК РФ и КАС РФ, и не имеет для него заранее установленной силы. Несогласие суда с заключением эксперта должно быть мотивировано в решении по делу или в определении о назначении дополнительной или повторной экспертизы (ч. 3 ст. 86, ч. 2 ст. 187 ГПК РФ; ч. 8 ст. 82, ч. 2 ст. 168 КАС РФ). Согласно ч. 5 ст. 71 АПК РФ никакие доказательства не имеют для арбитражного суда заранее установленной силы, в том числе и заключение эксперта.

Вопросы оценки заключения эксперта судом затронуты и в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ "О судебном решении", в п. 7 которого обращается внимание судов на то, что заключение эксперта не является исключительным средством доказывания, а должно оцениваться в совокупности со всеми другими доказательствами. Оценка судом заключения должна быть полно отражена в решении. При этом суду следует указывать, на чем основаны выводы эксперта, приняты ли им во внимание все материалы, представленные на экспертизу, и сделан ли им соответствующий анализ.

В то же время в соответствии с ГПК РФ, ч. 1 ст. 84 КАС РФ, ч. 1 ст. 71 АПК РФ суд оценивает доказательства по своему внутреннему убеждению, основанному на всестороннем, полном, объективном и непосредственном исследовании имеющихся в деле доказательств.

Таким образом, закон не допускает как произвольной оценки судом доказательств в целом и заключения экспертов в частности, так и произвольных, не основанных на доказательствах выводов суда, в связи с чем недопустимо не только безусловное принятие судом любого заключения эксперта без какого-либо его критического анализа, но и произвольное исключение заключения эксперта из числа доказательств без каких-либо объективных причин для этого и без мотивирования соответствующего вывода суда в решении.

Так, отменяя Апелляционное определение Брянского областного суда от 23 июня 2015 г. и направляя дело на новое апелляционное рассмотрение, Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда РФ указала, что суд апелляционной инстанции без указания мотивов и без оценки доказательств отверг выводы экспертов о том, что восстановление надлежащей заводской грунтовки и окраски автомобиля путем его окраски в ремонтной мастерской невозможно, привести автомобиль в надлежащее состояние возможно только путем замены кузова.

Как следует из Апелляционного определения и материалов дела, доказательств, опровергающих выводы эксперта и подтверждающих устранимость дефекта окраски без несоразмерных расходов и несоразмерных затрат времени продавцом, не представлено <1>.

<1> Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 19 апреля 2016 г. N 83-КГ16-3 // СПС "КонсультантПлюс".

В другом Определении Верховный Суд РФ указал, что хотя заключение эксперта не обязательно для суда, но должно оцениваться не произвольно, а в совокупности и во взаимосвязи с другими доказательствами.

Отказывая в удовлетворении заявленных требований, суд первой инстанции, сославшись на свидетельские показания, исходил из того, что доказательств в подтверждение своих доводов Г.А.В. не представлено. Заключение почерковедческих экспертиз, безусловно, не подтверждают довод истца о том, что в договоре купли-продажи квартиры проставлена не его подпись. По мнению суда, Г.А.В. имел намерение продать квартиру и распорядился ею по своему усмотрению.

При этом, отвергая в качестве доказательств по делу заключения экспертов, суд не учел и не дал оценки тому обстоятельству, что заключение эксперта от 1 августа 2013 г., выполненное в рамках расследования уголовного дела, а также заключение судебной почерковедческой экспертизы от 15 октября 2013 г. по настоящему делу не содержат ответ на вопрос, кем, Г.А.В. или другим лицом,

выполнена подпись в договоре купли-продажи от 2 апреля 2013 г., только из-за недостаточности представленных для исследования документов.

После представления необходимых материалов по делу была проведена дополнительная судебная почерковедческая экспертиза, согласно заключению которой от 26 декабря 2013 г., а также согласно заключению комиссионной судебной почерковедческой экспертизы от 29 апреля 2014 г. подпись в указанном договоре купли-продажи квартиры выполнена не Г.А.В.

Между тем суд не принял заключения дополнительной и комиссионной экспертиз в качестве допустимых доказательств, не указав при этом причин, по которым он пришел к такому выводу, что не соответствует требованиям ст. 67 ГПК РФ, а других доказательств, в нарушение ч. 4 ст. 198 ГПК РФ, опровергающих заключения экспертов, не привел, сославшись исключительно на показания свидетелей, которые не давали пояснения об обстоятельствах подписания оспариваемого договора <1>.

<1> Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 21 июля 2015 г. N 18-КГ15-82 // СПС "КонсультантПлюс".

Содержание оценки заключения эксперта, как и любого другого доказательства, составляет выявление у него свойств относимости, допустимости, достоверности, достаточности и взаимной связи с другими доказательствами, что делает необходимым анализ этих свойств не в общем, а применительно именно к заключению эксперта.

Установление относимости заключения эксперта не имеет каких-либо существенных особенностей по сравнению с установлением свойства относимости применительно к другим доказательствам по делу и предполагает выявление наличия или отсутствия связи сведений о фактах, составляющих содержание заключения эксперта, с соответствующим обстоятельством, имеющим значение для правильного разрешения дела и в связи с этим подлежащим доказыванию. Оценка относимости заключения эксперта предполагает анализ преимущественно его вывода, поскольку именно в этой части заключения содержится информация об интересующем суд факте.

Необходимо отметить, что такая оценка производится судом уже в процессе принятия решения о вынесении определения о назначении экспертизы, поскольку прежде чем назначить экспертизу, суд должен решить, позволят ли ее результаты установить наличие или отсутствие обстоятельства, имеющего значение для правильного разрешения спора. Однако эта предварительная оценка не исключает необходимости окончательной оценки относимости заключения эксперта после его исследования судом, поскольку в процессе рассмотрения дела истец имеет право изменить предмет или основание иска (ч. 1 ст. 39 ГПК РФ), и соответственно факт, доказыванию которого должно было служить заключение эксперта, больше не будет иметь значение для правильного разрешения дела.

Если относимость судебных доказательств определяется качеством их содержания, то допустимость доказательств связана с их процессуальной формой, т.е. с характером процессуальных средств доказывания независимо от того, какая информация содержится в них.

Заключение эксперта будет признано допустимым доказательством только в том случае, если судом будет установлено соблюдение предусмотренного законом порядка получения данного доказательства, а именно соблюдение процессуальных норм при назначении, проведении экспертизы, оформлении и представлении суду ее результатов в виде заключения. Суд обязательно проверяет, был ли соблюден порядок назначения экспертизы, направления материалов и объектов на экспертизу, соблюдены ли права заинтересованных лиц при назначении и проведении экспертизы, в соответствии ли с законом эксперт реализовал обязанность по даче заключения и полномочия в ходе исследования, соответствует ли заключение по форме и содержанию требованиям закона.

Существенные нарушения процессуального порядка производства судебной экспертизы неизбежно ставят под сомнение правильность, по существу, самих выводов эксперта.

Что же касается узкого значения правила допустимости доказательств, в соответствии с которым накладывается определенное ограничение на использование средств доказывания в процессе

установления обстоятельств, имеющих значения для правильного разрешения дела, то в отношении заключения эксперта может действовать только правило допустимости с "позитивным содержанием", причем его действие обусловлено видом судебной экспертизы, в результате проведения которой было получено соответствующее заключение. Речь идет прежде всего о судебно-психиатрической экспертизе, проведение которой необходимо для признания гражданина недееспособным или, наоборот, признания недееспособного дееспособным, поскольку эти факты не могут быть установлены без использования соответствующего заключения (гл. 31 ГПК РФ).

Наиболее сложным этапом в оценке заключения эксперта представляется оценка его достоверности. Под достоверностью все авторы единодушно понимают соответствие сведений о фактах, содержащихся в доказательстве, фактам реальной действительности.

Правильная оценка достоверности заключения эксперта предполагает четкое представление суда о том, из каких компонентов складывается это свойство, поскольку их совокупность в значительной степени отличается от тех моментов, которые он должен выявить, оценивая достоверность других доказательств. Кроме того, значительные трудности у неспециалистов в определенной области науки, каковыми в большинстве своем являются судьи, вызывает сам анализ этих компонентов применительно к конкретному заключению эксперта.

Ю.К. Орлов понимает достоверность заключения эксперта, с одной стороны, как его правильность, соответствие объективной действительности (истинность), с другой - как его обоснованность, убедительность <1>.

<1> Орлов Ю.К. Производство экспертизы в уголовном процессе. М., 1982. С. 72.

Ю.Г. Корухов, не давая определения понятия "достоверность", выделяет несколько аспектов, которые должны быть подвергнуты анализу в процессе оценки достоверности заключения эксперта: компетентность эксперта, доброкачественность материалов экспертизы, научная обоснованность выводов эксперта <1>.

<1> Корухов Ю.Г. Достоверность экспертного заключения и пути совершенствования ее оценки // Вопросы теории судебной экспертизы и совершенствования деятельности судебно-экспертных учреждений: Сб. науч. тр. М., 1988. С. 14 - 15.

В отличие от указанных выше ученых, которые рассматривают обоснованность заключения эксперта как составную часть его достоверности, Л.Е. Ароцкер четко разграничивает эти понятия, определяя достоверность заключения эксперта как истинность его выводов, полное соответствие их объективной действительности, а обоснованность заключения - как наличие у него достаточных объективных оснований или доказательств правильности выводов эксперта, в результате чего обоснованность заключения эксперта служит необходимой предпосылкой его достоверности <1>.

<1> Ароцкер Л.Е. Оценка Верховным Судом СССР и Верховным Судом УССР научной обоснованности заключения эксперта-криминалиста // Криминалистика и судебная экспертиза. Республиканский межведомственный сборник научных и научно-методических работ. Киев, 1967. Вып. 4. С. 179 - 180.

Схожую позицию относительно соотношения понятий достоверности и обоснованности заключения эксперта занимает А.А. Эйсман, признавая достоверным такой вывод из исследования, истинность которого обеспечена заранее, гарантирована соответствующим выбором метода исследования <1>.

<1> Эйсман А.А. Заключение эксперта. Структура и научное обоснование. С. 111.

Для того чтобы определить те компоненты, которые составляют содержание понятия достоверности заключения эксперта и которые суд в обязательном порядке должен проанализировать, прежде чем сделать вывод о достоверности или недостоверности конкретного заключения эксперта, необходимо отталкиваться от наиболее полного определения достоверности доказательств, сформулированного Б.Т. Матюшиным, основанного на выделении двух групп признаков, от которых зависит достоверность доказательства. В первую группу он включает признаки, касающиеся содержания доказательства, а именно: 1) внутренняя согласованность между собой сведений о фактах; 2) внешняя согласованность сведений о фактах, содержащихся в одном доказательстве, со сведениями о фактах, содержащимися в других доказательствах, а также с общей схемой рассматриваемого правоотношения и с практикой общественной жизни; 3) надлежащий процесс формирования фактических данных. Вторую группу составляют признаки, связанные с процессуальной формой судебных доказательств: 1) индивидуальные особенности лица, от которого получены сведения о фактах; 2) наличие или отсутствие заинтересованности в исходе дела лиц, дающих объяснения, показания, заключения; 3) форма восприятия сведений о фактах <1>.

<1> Матюшин Б.Т. Общие вопросы оценки доказательств в судопроизводстве. С. 33.

Оценка достоверности заключения эксперта прежде всего предполагает анализ лица, от которого исходит это доказательство - эксперта - с точки зрения его незаинтересованности в исходе дела (объективности) и компетентности в разрешении вопросов, которые поставлены перед ним.

Компетентность эксперта проверяется прежде всего путем выяснения его квалификации: образования, специализации, стажа экспертной работы, прохождения им периодической аттестации, подтверждающей его право на проведение судебных экспертиз соответствующего вида. Вывод о компетентности эксперта суд может сделать также в результате анализа хода и результатов экспертного исследования, ознакомления с содержанием самого заключения.

Следующим моментом, гарантирующим достоверность заключения эксперта, является доброкачественность исходного материала, который был предоставлен в распоряжение эксперта для проведения исследования, как с точки зрения достаточности его объема, так и с точки зрения его качества, достоверности источника его происхождения, правильности исходных данных.

Самым трудным и в связи с этим чаще всего упускаемым судьями из виду этапом оценки достоверности заключения эксперта является оценка его научной обоснованности, которая складывается из двух моментов: оценки исходного научного положения, использованного экспертом для обоснования своего вывода, а также примененных им методов и методик с точки зрения их современности, теоретической обоснованности, проверенности на практике, стабильности и надежности результатов, получаемых в результате их применения <1>; и оценки правильности применения экспертом избранных им методов исследования, что неизбежно предполагает проверку правильности выявленных экспертом признаков (промежуточных фактов) и правильности их оценки экспертом. Однако, как верно указывает Т.А. Лилуашвили, "проверка правильности использованных экспертом научных положений и методов исследования необходимо предполагает глубокое знание основ той отрасли знания, которой разработаны указанные методы и положения" <2>.

<1> Для того чтобы суд мог произвести такую оценку, эксперт в своем заключении должен перечислить методики, которые он использовал для проведения исследования, а также источники, из которых может быть почерпнута информация о них.

<2> Лилуашвили Т.А. Экспертиза в советском гражданском процессе. Тбилиси, 1967. С. 150.

Поскольку на практике судьи такими знаниями не обладают, они довольно часто игнорируют этот важнейший элемент оценки заключения эксперта, обусловленный спецификой данного вида доказательства, полученного в результате проведения специальных исследований лицом, обладающим необходимыми специальными знаниями. В связи с этим Т.В. Сахнова предложила такой подход к этой

проблеме, с которым, на наш взгляд, следует согласиться. По ее мнению, не следует обязывать суд выступать в роли специалиста, исследующего экспертное заключение с точки зрения специальных знаний, суд обязан проверить наличие в заключении обоснования выбора методик исследования и ссылки на их апробированность. Если такое обоснование или научное описание процедуры их применения отсутствует, суд вправе сделать вывод о недостоверности заключения <1>.

<1> Сахнова Т.В. Судебная экспертиза. С. 254 - 256.

Достоверность заключения эксперта кроме всего прочего определяется также полнотой заключения эксперта, в связи с чем судом должны быть проанализированы следующие моменты: применение экспертом при проведении исследования всех необходимых методик, исследование им всех представленных на экспертизу объектов, полнота ответов эксперта, т.е. ответил ли он на все поставленные перед ним вопросы, а при отказе эксперта дать ответ на один из вопросов - обоснован ли такой отказ, полнота описания хода и результатов исследования.

Наконец, для того чтобы в полной мере признать заключение эксперта достоверным, суд должен проверить логическую обоснованность хода и результатов экспертного исследования посредством анализа последовательности стадий экспертного исследования, логической обусловленности этой последовательности, логической обоснованности экспертных выводов проведенным исследованием и установленными промежуточными результатами.

Оценка заключения эксперта с точки зрения достаточности доказательств и их взаимной связи предполагает его сопоставление с другими имеющимися по делу доказательствами. Выявленное в результате такой оценки расхождение выводов эксперта с другими доказательствами по делу может быть вызвано двумя причинами: с одной стороны, эксперт мог допустить ошибку при проведении экспертизы; с другой - остальные доказательства могут быть ложными при истинности выводов эксперта. Задача суда состоит в том, чтобы устранить это противоречие, либо проверив заключение эксперта с помощью повторной экспертизы, либо предложив лицам, участвующим в деле, представить другие доказательства.

В связи с рассмотрением вопросов оценки судом заключения эксперта особого внимания заслуживают вероятные заключения. Спорными являются два вопроса: о допустимости вероятных заключений и о возможности их использования в качестве доказательств.

В отношении первого вопроса существуют две противоположные точки зрения: одни ученые считают, что если установленных экспертом данных недостаточно для категорического вывода, то эксперт должен дать заключение о невозможности ответить на поставленный вопрос (например, В.Д. Арсеньев) <1>. Другие же ученые придерживаются мнения о том, что при недостаточности данных для категорического вывода эксперт может составить вероятное заключение (С.А. Кондранин) <2>.

<1> Арсеньев В.Д. К вопросу о внутреннем убеждении судебного эксперта // Труды ВНИИСЭ. Вып. 5. С. 165 - 166.

<2> Кондранин С.А. О доказательственном значении вероятного заключения судебного эксперта // Вопросы теории судебной экспертизы и совершенствования деятельности судебно-экспертных учреждений: Сб. науч. трудов. М., 1988. С. 175 - 176.

Продолжает оставаться дискуссионным и вопрос о доказательственном значении вероятных заключений. В целом сложились три основные позиции:

1) доказательственное значение могут иметь лишь категорические выводы, но не вероятные (например, А.Я. Палиашвили, Т.В. Устьянцева) <1>;

<1> Устьянцева Т.В. Формы выводов экспертов в заключениях по судебно-техническому исследованию документов // Труды ВНИИСЭ. М., 1973. Вып. 5. С. 229; Палиашвили А.Я. Условные и

вероятные заключения при производстве экспертиз // Советская юстиция. 1973. N 17. С. 13.

2) вероятный вывод может быть использован для построения версий, имеет ориентирующее значение (например, А.И. Винберг, А.Р. Шляхов, Е.Р. Россинская) <1>;

<1> Винберг А.И. Криминалистическая экспертиза в советском уголовном процессе. М., 1956. С. 127; Шляхов А.Р. Судебная экспертиза: организация и проведение. М., 1979. С. 77 - 78; Россинская Е.Р. Судебная экспертиза в уголовном, гражданском, арбитражном процессе. М., 1996. С. 45.

3) вероятное заключение или промежуточные факты, содержащиеся в нем, являются косвенными доказательствами (например, Ю.М. Жуков, Ю.К. Орлов, М.К. Треушников, Т.А. Лилуашвили, А.Г. Давтян, М.В. Жижина) <1>.

<1> Жуков Ю.М. Указ. соч. С. 12; Орлов Ю.К. Заключение эксперта как источник выводного знания в судебном доказывании (уголовно-процессуальные, криминалистические и логико-гносеологические проблемы): Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1985. С. 42 - 43; Треушников М.К. Судебные доказательства. М., 1999. С. 264; Лилуашвили Т.А. Экспертиза в советском гражданском процессе. С. 166 - 167; Давтян А.Г. Экспертиза в гражданском процессе. М., 1995. С. 75; Жижина М.В. Криминалистическая экспертиза документов в арбитражном процессе: Дис. ... канд. юрид. наук. С. 186.

В последнее время все большее признание находит последняя из вышеприведенных позиций. Этой же точки зрения придерживается и Т.В. Сахнова. Однако она считает, что в качестве косвенного доказательства может быть использован именно вероятный вывод эксперта, но не промежуточные факты в отрыве от вывода, так как их интерпретация требует применения специальных знаний <1>.

<1> Сахнова Т.В. Судебная экспертиза. С. 218, 235. Эта мысль высказывалась и ранее. См., например: Эйсман А.А. Заключение эксперта. Структура и научное обоснование. С. 97; Устьянцева Т.В. Указ. соч. С. 229 - 230.

Кроме того, Т.В. Сахнова считает, что двучленная классификация выводов эксперта по степени категоричности на категорические и вероятные является упрощенной. В связи с этим она предлагает подразделять выводы на категорические, предположительные и вероятные. Предположительный вывод определяет лишь предпосылку (потенциальную допустимость) факта. Такого рода заключение эксперта прямого доказательственного значения иметь не может. Вероятный вывод предполагает установление степени вероятности наличия (отсутствия) устанавливаемого факта. Определение доказательственной значимости такого вывода зависит от того, насколько вероятность близка к действительности. При этом в заключении должна быть определена не только сама вероятность, но ее степень (математическим путем). Оценить эту степень вероятности должен суд: если, по мнению суда, степень вероятности позволяет установить причинно-следственную связь, то такое заключение эксперта может быть признано прямым доказательством и положено в обоснование судебного решения <1>.

<1> Сахнова Т.В. Судебная экспертиза. С. 236 - 237.

Критикуя Т.В. Сахнову, М.В. Жижина справедливо отмечает, что отнесение заключения эксперта к прямому или косвенному доказательству не может быть поставлено в зависимость от степени вероятности вывода эксперта, поскольку деление доказательств на косвенные и прямые предопределено видом причинной связи с предметом доказывания (непосредственная, опосредованная), следовательно, значимостью доказательства и его достаточностью <1>.

<1> Жижина М.В. Криминалистическая экспертиза документов в арбитражном процессе: Дис. ... канд. юрид. наук. С. 184 - 185.

Косвенное доказательство отличается от прямого многозначностью его связей с доказываемым фактом (прямое характеризуется однозначностью такой связи). Соответственно, из косвенного доказательства всегда следует несколько версий и поэтому одного косвенного доказательства недостаточно для обоснования верного вывода о факте, необходима совокупность косвенных доказательств либо сочетание косвенных и прямых доказательств <1>.

<1> Треушников М.К. Судебные доказательства. М., 2004. С. 100 - 101.

Исходя из этого, какова бы высока ни была степень вероятности вывода эксперта, вероятное заключение может быть только косвенным доказательством, поскольку в любом случае остается, пусть даже очень незначительная, возможность противоположного вывода (например, если эксперт сделал вывод о том, что исследуемая подпись выполнена, вероятно, А., это не означает, что исследуемая подпись выполнена только А. и никем другим: возможно, она выполнена не А., а другим лицом, правда, такая возможность почти равна нулю). Следовательно, из вероятного вывода эксперта не может следовать одной версии, их всегда несколько, что собственно и характерно для косвенного доказательства. Суд должен всегда помнить об этом, оценивая вероятное заключение эксперта, и не придавать ему в решении значения категорического.

Практика проведения судебных экспертиз стоит на той позиции, что дача вероятных выводов не только возможна, но и желательна в тех случаях, когда эксперт не располагает достаточными данными для формулирования категорического вывода, но в то же время эти данные позволяют ответить на поставленный вопрос хотя бы в вероятной форме. Вероятное заключение, как и категорическое, должно быть обоснованным, т.е. эксперт должен указать, почему установленные им данные позволяют сделать лишь вероятный вывод.

Что касается заключения эксперта с выводом о невозможности ответить на поставленный вопрос, то оно вообще не может рассматриваться судом в качестве доказательства, поскольку вместо сведений об искомом факте содержит отказ эксперта от их предоставления с указанием причин такого отказа. Заключение эксперта с выводом о невозможности ответить на поставленный вопрос необходимо отличать от сообщения о невозможности дачи заключения. В первом случае эксперт дает заключение по результатам исследования, которое им проводилось, но в результате которого получить данные, необходимые для решения вопроса, не удалось (например, были выявлены и совпадающие, и различающиеся признаки, которые не могли быть положены в основу какого-либо определенного - положительного или отрицательного - вывода). Сообщение о невозможности дачи заключения эксперт составляет, не приступая к исследованию, когда такая невозможность очевидна без всякого исследования (например, по причине исключительной краткости или простоты строения исследуемой рукописи, или отсутствия необходимого сравнительного материала, или неразработанности необходимой методики исследования). Кроме того, заключение о невозможности ответить на поставленный вопрос составляется по полной форме экспертного заключения, т.е. излагается исследование, в синтезирующей части обосновывается невозможность решения вопросов, поставленных перед экспертом, а в выводах формулируется соответствующий ответ со ссылкой на причины, изложенные в исследовательской части заключения. Что касается сообщения о невозможности дачи заключения, то ни ГПК РФ, ни АПК РФ, ни КАС РФ, ни Федеральный закон "О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации" не дают каких-либо указаний о его содержании. Обычно в нем дается краткое описание объекта исследования и указываются причины невозможности решения вопроса.

Глава 7. АУДИОЗАПИСИ И ВИДЕОЗАПИСИ КАК ДОКАЗАТЕЛЬСТВА В ГРАЖДАНСКОМ И АРБИТРАЖНОМ ПРОЦЕССАХ, АДМИНИСТРАТИВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ

§ 1. Понятие аудиозаписи или видеозаписи как судебного доказательства

В последние десятилетия в деловой практике неуклонно растет значение документов, на которых информация нанесена и сохраняется особым образом: аудио-, видеозаписей, фото-, кинодокументов и документов, полученных с помощью электронных средств связи (телетайпной, факсимильной, электронной и др.) или выполненных в цифровой форме. Это явление не могло не отразиться на судебной практике.

Еще до закрепления аудио- и видеозаписей в качестве доказательств в АПК РФ и ГПК РФ суды принимали такие доказательства. Так, Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ в своем Постановлении от 24 августа 1999 г. N 83/99 указывал, что для установления состава правонарушения суд должен был истребовать видеоролики со спорной рекламой и непосредственно исследовать содержание рекламной информации средства для мытья **"Fairy"** <1>. В Обзоре судебной практики Верховного Суда РФ за III квартал 2000 г. по гражданским делам (утвержден Постановлением Президиума Верховного Суда РФ от 17 января 2001 г.) разъяснялось, что видеозапись телевизионной передачи является допустимым доказательством распространения порочащих честь и достоинство сведений и оценивается в совокупности со всеми доказательствами по делу <2>.

<1> Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 24 августа 1999 г. N 83/99 по делу N А40-10273/98-33-99 // СПС "КонсультантПлюс".

<2> Бюллетень Верховного Суда РФ. 2001. N 4.

Ни Высший Арбитражный Суд РФ, ни Верховный Суд РФ не указывали, в качестве какого средства доказывания аудио- и видеозаписи могли быть представлены, и воздерживались от рекомендаций о правилах исследования таких доказательств в судебном заседании.

Впервые аудио- и видеозаписи оказались закреплены в законе в качестве судебных доказательств с принятием действующих АПК РФ и ГПК РФ. В ч. 1 ст. 55 ГПК РФ аудио- и видеозаписи названы среди других средств доказывания. Статья 77 "Аудио- и видеозаписи" ГПК РФ посвящена их представлению, ст. 78 ГПК РФ - хранению и возврату. Таким образом, в гражданском процессе они последовательно рассматриваются как самостоятельные средства доказывания.

В АПК РФ реализован менее последовательный подход к аудио- и видеозаписям как к самостоятельным средствам доказывания. В ст. 64 АПК РФ они перечисляются наряду с письменными и вещественными доказательствами, объяснениями лиц, участвующих в деле, свидетельскими показаниями, заключениями экспертов, консультациями специалистов и иными документами и материалами. В ч. 2 ст. 89 "Иные документы и материалы" АПК РФ аудио- и видеозаписи отнесены к иным документам и материалам.

Статьи 59 и 76 КАС РФ определили самостоятельное место аудио-, видеозаписей среди других средств доказывания.

История дискуссии о месте аудио- и видеозаписи в системе судебных доказательств насчитывает уже несколько десятилетий. В литературе на этот счет существуют три основные точки зрения:

- 1) аудио- и видеозаписи являются вещественными доказательствами;
- 2) аудио- и видеозаписи относятся к письменным доказательствам;
- 3) аудио- и видеозаписи - самостоятельный вид средств доказывания.

Д.М. Чечот исходил из того, что современные источники информации, к которым ученый относил и аудио- и видеозаписи (в современном понимании), охватываются уже известными процессуальному законодательству средствами доказывания и их необходимо относить или к вещественным, или к письменным доказательствам <1>. Такой же точки зрения придерживался В.К. Пучинский <2>.

<1> См.: Чечот Д.М. Советский гражданский процесс / Под ред. Н.А. Чечиной, Д.М. Чечота. Л., 1984.

С. 156.

КонсультантПлюс: примечание.

Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации (под ред. В.Ф. Яковлева, М.К. Юкова) включен в информационный банк согласно публикации - Городец, 2003.

<2> См.: Пучинский В.К. Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) / Под ред. В.Ф. Яковлева, М.К. Юкова. М., 1995. С. 111.

В.Г. Тихиня в качестве разновидности вещественных доказательств рассматривал магнитофонные ленты с записью разговоров <1>. В современном гражданском процессуальном праве ряд авторов также относят аудио- и видеозаписи к вещественным доказательствам <2>. Аудио- и видеозаписи действительно могут выступать в качестве вещественных доказательств, если материальные носители, на которых они зафиксированы, обладают признаками вещественного доказательства. Если доказательственное значение имеет материал, из которого изготовлен компакт-диск, или внешний вид такого носителя, или место его нахождения, конечно, это вещественное доказательство.

<1> См.: Тихиня В.Г. Применение криминалистической тактики в гражданском процессе. Минск, 1976. С. 10 - 11.

<2> См.: Вандышев В.В. Гражданский процесс: Курс лекций / В.В. Вандышев, Д.В. Дернова. СПб., 2003. С. 190; Галяшина Е.И., Галяшин В.Н. Фонограммы как доказательства по гражданским делам // Законы России: опыт, анализ, практика. 2007. N 1. С. 46.

Другие авторы относят аудио- и видеозаписи к письменным доказательствам <1>.

КонсультантПлюс: примечание.

Статья П. Зайцева "Электронный документ как источник доказательств" включена в информационный банк согласно публикации - "Законность", 2002, N 4.

<1> См.: Зайцев П. Электронный документ как источник доказательств // Российская юстиция. 2001. N 3. С. 43.

М.К. Треушников предложил рассматривать аудио- и видеозаписи в качестве самостоятельного средства доказывания <1>. Такая точка зрения получила закрепление в действующих ГПК РФ, АПК РФ и КАС РФ и преобладает в современной литературе <2>. В качестве аргумента в пользу такого утверждения указывается на специфические особенности записей: необходимость использования при их воспроизведении специальных технических средств, а при хранении - специального носителя информации <3>. Еще одной особенностью фиксируемой в аудио- и видеозаписях информации предлагается считать непрерывность отображения обстоятельств, имевших место в определенный период времени (динамичность звуковой информации в аудиозаписях и (или) наглядно-образной информации в видеозаписях) <4>.

<1> См.: Треушников М.К. Доказательства и доказывание в советском гражданском процессе. М., 1982. С. 11 - 12.

<2> См.: Треушников М.К. Судебные доказательства. М., 2004. С. 260; Белых Ю.П. Судебное исследование аудиодокументов (процессуально-криминалистический аспект) // Эксперт-криминалист. 2006. N 4. С. 21 - 24; Боннер А.Т. Аудио- и видеозаписи как доказательство в гражданском и арбитражном процессе // Законодательство. 2008. N 3. С. 80; Олегов М.Д. Комментарий к Гражданскому

процессуальному кодексу Российской Федерации / Под ред. М.С. Шакарян. М., 2003. С. 185; Стрелов И.М. Обязанности по доказыванию при рассмотрении и разрешении гражданских дел: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2005. С. 6, 13; Короткий С.А. Аудио- и видеозаписи как средства доказывания в гражданском процессе: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2010. С. 41.

<3> См.: Треушников М.К. Судебные доказательства. М., 2004. С. 247; Арбитражный процесс / Под ред. В.В. Яркова (автор главы - И.В. Решетникова).

<4> См.: Короткий С.А. Указ. соч. С. 7.

Однако электронные документы тоже требуют использования специального оборудования при их исследовании и хранятся на специальных материальных носителях. Любой автоматический регистратор, непрерывно фиксирующий в течение определенного промежутка времени какие-либо явления, создает графическое изображение, передающее информацию, непрерывно отображающую зафиксированные обстоятельства в течение определенного промежутка времени (например, кардиограмма). Несмотря на это, законодатель и в гражданском, и в арбитражном процессах относит и электронные документы, и графики, в том числе результаты работы автоматических регистраторов, к письменным доказательствам.

Закрепление аудио- и видеозаписей в процессуальных кодексах как самостоятельных средств доказывания имеет положительное значение для судебной практики, так как вопрос о допустимости таких доказательств не предполагает теперь разночтений.

Проявившийся при этом подход законодателя к новым видам фиксации доказательственной информации состоит в том, чтобы прямо закреплять новые виды средств доказывания в процессуальном законе. Однако такой подход в долгосрочной перспективе будет приводить к затруднениям в использовании в качестве судебного доказательства любого нового способа фиксации информации. Появление каждого нового способа фиксации информации, не вписывающегося в признаваемые процессуальным законом средства доказывания, опять потребует прямого его закрепления, иначе формально суд правомочен отклонить такую информацию как недопустимую.

Кроме того, уже существующие формы фиксации информации могут развиваться. Так, еще несколько лет назад цифровые технологии были известны только специалистам. Сегодня они прочно вошли в обиход на бытовом уровне. В связи с бурным развитием мобильных телефонных аппаратов у большинства их владельцев теперь есть возможность осуществлять аудио- и видеозапись, передавать ее различными средствами телекоммуникации. При этом информация, как правило, передается и фиксируется в цифровой форме.

Глобальный переход к использованию цифровой формы аудио- и видеозаписей окончательно запутывает поиск ответа на вопрос о том, к какому виду доказательств следует относить аудио- и видеозаписи и по каким правилам их исследовать. Их воспроизведение в цифровой форме может проводиться теперь судом с помощью обычных компьютеров, что порождает сходство с исследованием электронных доказательств.

Предпринятая в ст. 89 АПК РФ попытка сделать неограниченным круг новых видов доказательств развивает предложение А.Т. Боннера закрепить еще в ГПК РСФСР 1964 г. наряду с традиционными средствами доказывания возможность устанавливать фактические данные, имеющие значение для дела, машинными документами, фотографиями, кинолентами, магнитными и видеозаписями, а также иными источниками, полученными с помощью научно-технических средств <1>.

<1> См.: Боннер А.Т. Правило допустимости доказательств в гражданском процессе: необходимость или анахронизм?

Однако реализацию такого подхода в ст. 89 АПК РФ нельзя назвать удачной. Законодатель ввел в качестве нового вида доказательств "иные документы и материалы", но не определил, чем они отличаются от письменных и вещественных доказательств, и, самое главное, не установил для них процессуальные правила представления, хранения, исследования и оценки. Как полагает И.В. Решетникова, новый вид доказательств сопряжен с новыми техническими носителями информации, но к

иным материалам могут относиться и другие материалы, зафиксированные в письменной или иной форме. По ее мнению, данная норма принята на будущее, когда, возможно, будут развиваться абсолютно новые виды доказательств, например компьютерная и видеорекострукция событий и т.д. <1>. М.А. Фокина предлагает такие доказательства относить к "неформализованным" в противовес традиционным - "формализованным" <2>.

<1> Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) / Под ред. В.В. Яркова. М., 2011 (автор комментария к ст. 64 АПК РФ - И.В. Решетникова).

<2> См.: Фокина М.А. Доказательства - всему голова // ЭЖ-Юрист. 2003. N 20.

Без процессуальных правил представления, исследования и хранения такие доказательства делают круг судебных доказательств неограниченным, что влечет нивелирование правила допустимости доказательств <1>. В отношении аудио- и видеозаписей в арбитражном процессе это проявляется в недостаточном регулировании правил их получения, исследования и оценки, несмотря на то, что они прямо указаны в ст. 89 АПК РФ. В арбитражной судебной практике такие сведения вовлекаются в качестве аудио- и видеозаписей, а не иных материалов и документов, т.е. суд предпочитает использовать их прямо указанное в АПК РФ наименование. Для суда и для лиц, участвующих в деле, такой подход предпочтителен с точки зрения предсказуемости процесса.

КонсультантПлюс: примечание.

Учебник "Арбитражный процесс" (под ред. М.К. Треушникова) включен в информационный банк согласно публикации - Городец, 2007 (3-е издание, исправленное и дополненное).

<1> См.: Молчанов В.В. Доказательства в АПК РФ, или Тень графа Блудова // ЭЖ-Юрист. 2003. N 47; Арбитражный процесс: Учебник / Под ред. М.К. Треушникова. М., 2005. С. 269 (автор главы - В.В. Молчанов); Лукьянова И.Н. Доказательства в арбитражном процессе: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003. С. 53.

Определение понятия аудио- или видеозаписи как отдельного вида доказательств отсутствует в гражданском процессуальном и арбитражном процессуальном законодательстве. В науке процессуального права также не сформировано устоявшееся определение такого средства доказывания.

По мнению одних авторов, аудио- и видеозаписи являются документами, в которых информация представляется в виде образов (зрительных, звуковых) <1>.

<1> См.: Мохов А.А. Рыженков А.Я. Доказательства и доказывание в гражданском судопроизводстве России: Учебно-практическое пособие / Под ред. М.Г. Короткова. Волгоград, 2005. С. 59.

И.В. Решетникова считает, что аудиозапись представляет собой средство доказывания обстоятельств, имеющих отношение к делу, с помощью фиксации на специальные технические средства голоса или других звуковых сигналов, а видеозапись - средство доказывания обстоятельств, имеющих отношение к делу, с помощью фиксации на специальные технические средства изображения и звуковых сигналов <1>.

<1> См.: Решетникова И.В. Доказывание в гражданском процессе. С. 216.

С.А. Короткий определяет аудиозапись (звукозапись) как зафиксированную на материально-техническом носителе информацию в виде непрерывного во времени сочетания звуков (динамической звуковой информации), отражающую имеющие значение для дела обстоятельства и

полученную в порядке, предусмотренном гражданским процессуальным законодательством. Под видеозаписью, по его мнению, следует понимать зафиксированную на материально-техническом носителе непрерывную во времени наглядно-образную (визуальную) и, как правило, звуковую информацию, отражающую имеющие значение для дела обстоятельства и полученную в порядке, предусмотренном гражданским процессуальным законодательством <1>.

<1> См.: Короткий С.А. Указ. соч. С. 54.

Ни одно из этих определений аудио- и видеозаписи не указывает на специфические черты аудио- и видеозаписей, требующие установления особых процессуальных правил, существенно отличающихся от уже существующих процессуальных правил представления, хранения, восприятия судом доказательственной информации, что обусловило бы их самостоятельность среди других средств доказывания. У современных аудио- и видеозаписей слишком мало различий с электронными документами и документами в цифровой форме, отнесенными к письменным доказательствам. Такие различия носят технический характер и не вызывают необходимость установления совокупности особых процессуальных правил их исследования, образующих самостоятельную процессуальную форму доказательственной информации.

Представляется, что для вовлечения в орбиту гражданского процесса новых форм фиксации информации важно не столько определить, в качестве самостоятельного или уже существующего средства доказывания следует приобщать такую информацию, сколько поставить вопрос о том, какие процессуальные правила должны выполняться во время представления, хранения, исследования такой информации и ее оценки судом.

В связи с бурным развитием способов хранения информации и их стремительного вовлечения в деловую, а затем и в бытовую сферу было бы крайне обременительно для развития гражданского оборота и особенно для предпринимательских отношений закреплять каждый новый вид фиксации информации в качестве самостоятельного средства доказывания. Так как процесс внесения изменений в процессуальный закон всегда занимает значительное время, использование новых средств фиксации информации в гражданском обороте до внесения изменений в законодательство о доказательствах в гражданском судопроизводстве связано с риском непринятия судом таких доказательств как недопустимых.

Технический прогресс "способен" бесконечно создавать новые носители информации. Процессуальный закон должен позволять представлять информацию на новых типах носителей вне зависимости от того, предусмотрен ли им такой тип носителя информации и способ воспроизведения информации или нет. Особое значение это имеет для арбитражного процесса, поскольку именно субъекты предпринимательской деятельности, как правило, первыми используют новейшие технические средства передачи и закрепления информации.

Своевременному введению в процессуальное поле вновь появляющихся форм фиксации информации, их материальных носителей способствовало бы установление в ГПК РФ, АПК РФ и КАС РФ правил представления, хранения, исследования и оценки, универсальных для таких новых средств доказывания.

Решить эту задачу можно с помощью функционально-эквивалентного подхода, который положен в основу Типового закона ООН "Об электронной торговле" 1996 г. (далее - Типовой закон), как следует из предисловия к Закону <1>. В п. "Е" ч. 1 Руководства по принятию Типового закона разъясняется суть такого подхода: он основывается на анализе целей и функций традиционного требования к составлению документов на бумаге, с тем чтобы установить, как эти цели или функции могут быть достигнуты или выполнены с помощью методов электронной торговли <2>.

<1> http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/electcom/05-89452_Ebook.pdf. В статье Н.И. Соловяненко "Правовые вопросы электронного обмена данными при заключении договора" этот метод обоснованно предлагается использовать при разработке специального закона, раскрывающего понятия "электронный

обмен данными", "письменная форма", "подпись", "подлинник" (Юридический консультант. 1997. N 2. С. 17).

<2> http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/electcom/05-89452_Ebook.pdf

Таким образом, чтобы выработать правила представления, исследования, хранения и оценки доказательств, получаемых с помощью новейших технических средств фиксации и передачи информации, надо определить цели и функции установления соответствующих правил для письменных доказательств, наиболее близких к сведениям, содержащимся в аудио- и видеозаписях, и другой информации, получаемой с помощью новейших технических средств фиксации и передачи информации.

Статья 2 Типового закона раскрывает термин "сообщение данных", под которым понимается информация, подготовленная, отправленная, полученная или хранящаяся с помощью электронных, оптических или аналогичных средств, включая электронный обмен данными (ЭДИ), электронную почту, телеграмму, телекс или телефакс, но не ограничиваясь ими. Как следует из п. 30 ч. 2 Руководства по принятию Типового закона, понятие "сообщение данных" не ограничивается передачей данных, но также призвано охватить подготовленные с помощью компьютера записи, не предназначенные для передачи <1>.

<1> Там же.

Как видно, положения Типового закона сформулированы весьма широко с целью позволить беспрепятственно использовать в международном торговом обороте новые виды "сообщений данных". Признаками "сообщения данных" обладают аудио- и видеозаписи в цифровой форме, так как они представляют собой запись, подготовленную с помощью компьютера и не предназначенную для передачи.

Уже сегодня в России некоторые банки, брокерские фирмы заключают договоры с клиентами посредством телефонных переговоров, фиксируемых посредством аудиозаписи. В случае спора такие аудиозаписи могут быть представлены в суд в качестве доказательств.

Думается, что при решении вопроса о доказательственной силе цифровой аудиозаписи или видеозаписи, ее подлиннике могут быть применены положения Типового закона о доказательственной силе и подлиннике электронных сообщений данных. Хотя Типовой закон носит рекомендательный характер, учитывая тот факт, что он был разработан такой авторитетной международной организацией, как Комиссия ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ), и рекомендован резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН, его положения могут оцениваться как общепризнанные принципы международного права.

Статья 5 Типового закона об электронной торговле гласит: "Информация не может быть лишена юридической силы, действительности или исковой силы на том лишь основании, что она составлена в форме сообщения данных". Аналогичное положение содержится в ст. 8 Конвенции ООН об использовании электронных сообщений в международных договорах (принята Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН 23 ноября 2005 г.) <1>, вступившей в силу для Российской Федерации с 1 августа 2014 г.

<1> http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/electcom/06-57454_Ebook.pdf. Принята Постановлением Правительства РФ от 24 октября 2013 г. N 940 "О принятии Конвенции Организации Объединенных Наций об использовании электронных сообщений в международных договорах" // СЗ РФ. 2013. N 43. Ст. 5564.

Сфера действия последнего из названных документов ограничена его применением в коммерческих отношениях. Применение положений Типового закона, как следует из п. п. 26 и 27 ч. 1 Комментария к статьям Типового закона <1>, не исключается не только в отношениях с участием потребителей, но также в публично-правовой сфере.

<1> http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/electcom/05-89452_Ebook.pdf

Таким образом, при решении вопросов, возникающих в связи с представлением в суд аудио- и видеозаписей в цифровой форме, в гражданском и административном судопроизводстве может применяться положение о том, что, как и иные электронные документы, цифровые аудио- и видеозаписи не имеют для суда заранее установленной силы, но и не могут быть лишены доказательственной силы на том лишь основании, что они созданы и существуют в цифровой форме.

Согласно абз. 2 ч. 3 ст. 75 АПК РФ, если копии документов представлены в арбитражный суд в электронном виде, суд может потребовать представления оригиналов этих документов.

Возникает вопрос: если в арбитражный суд представлена цифровая аудио- или видеозапись и суд требует представить ее оригинал, что следует считать оригиналом такой записи?

Статья 8 Типового закона, основываясь на функционально-эквивалентном методе, предлагает считать сообщение данных подлинником, если: 1) имеются надежные доказательства целостности информации с момента, когда она была впервые подготовлена в ее окончательной форме в виде сообщения данных или в каком-либо ином виде; 2) при необходимости предъявления информации эта информация может быть продемонстрирована лицу, которому она должна быть предъявлена.

Применение изложенных требований к аудио- и видеозаписям приводит к следующему выводу: под подлинником аудио- или видеозаписи в цифровой форме следует понимать такую запись, о целостности которой имеются сведения и которая может быть воспроизведена судом или экспертом.

В судебной практике пока не часто, но уже встречаются случаи, когда в качестве доказательства сторона ссылается на аудиозапись судебного заседания. Как правило, такие ссылки имеют место в апелляционной или кассационной жалобе. Вопрос о том, к какому средству доказывания следует относить аудио- или видеозапись судебного заседания, не имеет однозначного ответа.

Часть 2 ст. 75 АПК РФ, ч. 1 ст. 71 ГПК РФ и ч. 1 ст. 70 КАС РФ относят к письменным доказательствам протоколы судебных заседаний, протоколы совершения отдельных процессуальных действий и приложения к ним.

В арбитражном процессе, согласно ч. 1 ст. 155 АПК РФ, протоколирование с использованием средств аудиозаписи ведется в ходе каждого судебного заседания арбитражного суда первой инстанции, а также при совершении отдельных процессуальных действий вне судебного заседания. Материальный носитель аудиозаписи приобщается к протоколу, составляемому в традиционной письменной форме. Аналогичные правила закреплены в ст. 204 КАС РФ.

Часть 4 ст. 153.1 АПК РФ предусматривает обязательное ведение видеозаписи судебного заседания при использовании систем видеоконференц-связи для проведения судебного заседания. Причем видеозапись ведется как в арбитражном суде, рассматривающем дело, так и в арбитражном суде, осуществляющем организацию видеоконференц-связи. Материальный носитель видеозаписи судебного заседания, изготовленной в арбитражном суде, осуществляющем организацию видеоконференц-связи, направляется в пятидневный срок в суд, рассматривающий дело, и приобщается к протоколу судебного заседания. Таким образом, к протоколу судебного заседания, проведенного с использованием видеоконференц-связи, приобщаются два носителя с видеозаписью.

Аудио- или видеозапись судебного заседания содержит такие сведения об обстоятельствах дела, как объяснения сторон и других лиц, участвующих в деле, свидетельские показания, объяснения эксперта, если свидетель и эксперт допрашивались в судебном заседании. Иные сведения, которые содержит протокол (время и место судебного заседания, состав суда и др.), не могут расцениваться как судебные доказательства, так как не отвечают признакам, указанным в ч. 1 ст. 55 ГПК РФ, ч. 1 ст. 59 КАС РФ и ч. 1 ст. 64 АПК РФ. В указанных нормах судебные доказательства определяются как сведения о фактах, на основании которых суд устанавливает обстоятельства дела.

Процессуальным законодательством не предусматривается изготовление расшифровки аудио- или видеозаписи судебного заседания, осуществляемой судом в порядке протоколирования. Если по делу проводится несколько судебных заседаний, может возникнуть необходимость сослаться на аудио- или

видеозапись судебного заседания в следующем судебном заседании (например, чтобы сослаться на объяснения другой стороны, данные в предыдущем судебном заседании).

Возникает вопрос: каким образом должна исследоваться аудио- или видеозапись судебного заседания в таком случае? Было бы неразумно требовать от суда воспроизводить запись всего предыдущего судебного заседания. Представляется, что в ходатайстве о воспроизведении части аудио- или видеозаписи должен быть указан фрагмент записи, подлежащий воспроизведению, путем указания на минуты и секунды начала и окончания фрагмента, а к ходатайству должна быть приложена его расшифровка.

Еще до принятия действующих АПК РФ и ГПК РФ Е.В. Кудрявцева отмечала, что первичной задачей аудиозаписи судебного разбирательства является создание точной записи процессуальных действий, позволяющей как участникам процесса, так и судам при необходимости воспроизвести разбирательство дела в суде первой инстанции, повысить культуру судопроизводства, и указывала на необходимость решения проблем внесения замечаний в протокол с аудиозаписью их процессуальных последствий <1>. Часть 7 ст. 155 АПК РФ позволяет представлять вместе с замечаниями на протокол аудио- или видеозапись судебного заседания, сделанную стороной.

<1> См.: Кудрявцева Е.В. Аудиозапись судебного заседания // Российская юстиция. 2002. N 1.

В судебной практике в связи с ведением аудиозаписи на основании ст. 10 ГПК РФ и ст. 11 АПК РФ любым лицом, присутствующим в зале судебного заседания, возникает множество вопросов. Ни АПК РФ, ни ГПК РФ не определяют место такой записи среди других вовлеченных в процесс материалов и документов. В судебной практике встречаются случаи, когда на такие записи ссылаются в следующем судебном заседании в суде той же инстанции или в жалобе в суд вышестоящей инстанции. В одних случаях такие записи принимаются судом, в других нет.

Так, Высший Арбитражный Суд РФ в своем Определении от 12 мая 2011 г. N ВАС-1669/11 об отказе в передаче дела в Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ отклонил основанный на сделанной стороной аудиозаписи судебного заседания довод надзорной жалобы о несоответствии резолютивной части постановления апелляционной инстанции, объявленной в судебном заседании, тексту постановления в полной форме. Подтвердив правовую оценку суда кассационной инстанции о том, что такой довод не принимается во внимание, поскольку такие нарушения не привели к вынесению неправильного решения и не являются безусловным основанием к отмене судебного решения, Высший Арбитражный Суд РФ дополнительно отметил, что имеющийся в материалах дела протокол судебного заседания суда апелляционной инстанции не содержит отметки о том, что в заседании велась аудиозапись, а доказательства в подтверждение относимости, допустимости и достоверности CD-диска с аудиозаписью протокола судебного заседания суда апелляционной инстанции, произведенной обществом, не представлены <1>.

<1> СПС "КонсультантПлюс". См. также Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 31 января 2011 г. по делу N А75-6221/2010 // СПС "КонсультантПлюс".

В другом деле арбитражным судом кассационной инстанции было указано на то, что прослушивание звукозаписи судебного заседания не является обязательным для арбитражного суда, поскольку в ходе рассмотрения дела велся протокол судебного заседания, в котором отражены все необходимые для рассмотрения дела сведения <1>.

<1> Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 26 ноября 2003 г. N А33-2388/02-С2-Ф02-4046/03-С2 // СПС "КонсультантПлюс".

Сходный вывод содержится в Кассационном определении Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 22 апреля 2010 г. N 66-О10-27сп, которым признано ошибочным мнение адвоката

о том, что при рассмотрении замечаний на протокол судебного заседания судья обязан был использовать аудиозапись, которая велась самим адвокатом, и подтвержден довод суда первой инстанции о том, что источник аудиозаписи, представленной адвокатом, не известен, так как в ходе судебного заседания адвокат не сообщал суду о применении им аудиозаписи в судебном заседании. Доводы жалоб о фальсификации судом протокола судебного заседания признаны голословными <1>.

<1> СПС "КонсультантПлюс".

Думается, что аудиозапись судебного заседания, изготовленная лицом, присутствовавшим в судебном заседании, не может быть отклонена судом только на том основании, что она не была осуществлена самим судом. Однако она должна быть вовлечена в производство по делу, т.е. в сферу процессуальных правоотношений, по правилам, предъявляемым ко всем иным аудиозаписям: она должна быть представлена в суд правомочным субъектом - лицом, участвующим в деле, - с ходатайством о ее приобщении к материалам дела и указанием сведений о том, кем, когда она была изготовлена и при каких обстоятельствах.

А.Т. Боннер верно заметил, что запрет лицам, участвующим в деле, в какой-либо форме ссылаться на результаты произведенной ими аудиозаписи противоречил бы конституционному принципу гласности судебного разбирательства. Заслуживает поддержки его предложение о предоставлении лицам, участвующим в деле, права приобщать к замечаниям к протоколу судебного заседания аудиозапись, которая была проведена ими либо иными лицами, находившимися в судебном заседании, вместе с ее расшифровкой, а в случае согласия председательствующего с замечаниями к протоколу судебного заседания и удостоверения председательствующим правильности расшифровки аудиозаписи считать последнюю стенограммой судебного заседания (ч. 1 ст. 230 ГПК РФ) и вместе с материальными носителями аудиозаписи приобщать к материалам дела <1>.

<1> См.: Боннер А.Т. Аудиозапись хода судебного разбирательства // Законодательство. 2007. N 6.

§ 2. Представление аудио- и видеозаписей

Аудио- и видеозаписи могут быть представлены в суд лицами, участвующими в деле. Только аудио- или видеозапись судебного заседания или отдельного процессуального действия может быть получена в рамках протоколирования самим судом.

Статья 77 ГПК РФ обязывает лицо, представляющее аудио- и (или) видеозаписи на электронном или ином носителе либо ходатайствующее об их истребовании, указать, когда, кем и в каких условиях осуществлялись записи. Такие сведения указываются в ходатайстве о приобщении записей или в ходатайстве об их истребовании. Непредставление суду сведений о том, кто, когда и при каких обстоятельствах сделал аудио- или видеозапись в судебной практике, может приводить к отклонению доказательства как полученного с нарушением норм ГПК РФ, т.е. недопустимого <1>.

<1> Определение Судебной коллегии по гражданским делам Московского городского суда от 20 декабря 2011 г. N 33-39294 // СПС "КонсультантПлюс".

М.К. Треушников полагает, что невыполнение стороной установленного ст. 77 ГПК РФ требования указать, когда, кем и в каких условиях осуществлялись записи, должно влечь обязанность судьи отказать в приобщении к делу аудио- или видеозаписи или в ее истребовании <1>. В литературе существует и другое мнение, согласно которому названные сведения суд может выяснить у стороны после принятия ходатайства о приобщении аудио- или видеозаписи <2>.

<1> См.: Треушников М.К. Судебные доказательства. М., 2004. С. 251.

<2> См.: Короткий С.А. Указ. соч. С. 76.

АПК РФ не требует указывать перечисленные данные при представлении записей в арбитражный суд. Такие сведения должны устанавливаться судом при исследовании аудио- или видеозаписи как имеющие значение для оценки их относимости, допустимости и достоверности.

Подход АПК РФ соответствует концепции доступа к правосудию, так как сохраняет возможность суда выяснить обстоятельства, имеющие значения для проверки достоверности аудио- или видеозаписи, не ограничивая право стороны на представление доказательств. Так как любое требование к порядку получения доказательства, его исследования или оценки сужает возможность представления стороной своих доказательств суду, каждое такое требование должно быть установлено только в тех случаях, в которых публичный интерес в получении решения, основанного на достоверных доказательствах, не может быть реализован иначе, т.е. без такого ограничения.

В ходатайстве о приобщении или об истребовании аудио- или видеозаписи, как и любого другого доказательства, должны быть указаны обстоятельства дела, в подтверждение которых она представляется. Такой вывод основан на следующих положениях рассматриваемых Кодексов. Во-первых, в силу ст. 59 ГПК РФ, ст. 60 КАС РФ и ст. 67 АПК РФ суд принимает только те доказательства, которые имеют значение для рассмотрения и разрешения дела и обязан отказать в приобщении к материалам дела не относимых доказательств. Следовательно, в ходатайстве о приобщении доказательства должно быть указано конкретное обстоятельство, подлежащее установлению при рассмотрении дела и включенное в пределы доказывания.

Во-вторых, в ходатайстве об истребовании доказательства, согласно ч. 2 ст. 57 ГПК РФ и ч. 4 ст. 66 АПК РФ, также должны быть названы обстоятельства дела, в подтверждение которых оно представляется.

Суд может также отказать в приобщении или истребовании аудио- или видеозаписи, если посчитает ее избыточным доказательством. Если в материалах дела достаточно других доказательств, на основании которых может быть установлено то же самое обстоятельство, в подтверждение которого представлена аудио- или видеозапись, избыточное доказательство в целях процессуальной экономии может быть отклонено. Для обеспечения суду возможности определить значение аудио- или видеозаписи сторонам можно рекомендовать представлять вместе с записью расшифровку фрагмента, имеющего доказательственное значение, или всей записи, а также указывать даже в арбитражном процессе сведения о том, кем, когда и при каких обстоятельствах сделана запись.

Ни АПК РФ, ни КАС РФ, ни ГПК РФ не требуют представления подлинника записи. В суд может быть представлена ее копия. В ходатайстве об истребовании следует указывать, подлинник или копия записи должны быть истребованы.

В случае если есть угроза исчезновения аудио- или видеозаписи до судебного заседания (например, когда аудио- или видеозапись расположена в сети Интернет), можно ходатайствовать об обеспечении доказательств в порядке, установленном ст. ст. 64 - 66 ГПК РФ или ст. 72 АПК РФ соответственно.

До возбуждения производства по делу обеспечить аудио- или видеозапись в качестве судебного доказательства может нотариус в рамках процедуры, предусмотренной гл. XX Основ законодательства Российской Федерации о нотариате. В таком случае аудио- или видеозапись воспроизводится в ходе совершения нотариусом такого нотариального действия, как обеспечение доказательств. Нотариус осуществляет воспроизведение записи по правилам, предусмотренным ГПК РФ и АПК РФ для воспроизведения в судебном заседании, и составляет протокол воспроизведения. К протоколу прикладывается носитель с копией записи. В судебном заседании такой протокол оглашается. Составление расшифровки аудио- или видеозаписи в таком случае законом не требуется, но препятствий к ее изготовлению как части протокола исследования записи также нет.

Нотариус обеспечивает доказательства, как следует из ст. 102 Основ законодательства Российской Федерации о нотариате, если имеются основания полагать, что представление доказательств впоследствии станет невозможным или затруднительным. Следует согласиться с мнением о том, что основанием для такого предположения может являться сам факт расположения информации в сети

Интернет на сайте, подконтрольном правонарушителю - будущему ответчику <1>. Так как ст. 102 Основ законодательства о нотариате предусматривает возможность обеспечения доказательств "по просьбе заинтересованных лиц... в случае возникновения дела в суде или административном органе", никаких препятствий к использованию доказательств, обеспеченных нотариусом, в административном судопроизводстве не существует.

<1> См.: Жагорина С.А. Указ. соч. С. 10 - 11.

В целях обеспечения его сохранности носитель аудио- или видеозаписи, представляемый в суд, должен быть идентифицирован. На самом носителе и упаковке, обеспечивающей его сохранность, должно быть указано, к какому делу относится запись, дата ее изготовления, наименование файла с записью, если она зафиксирована в цифровой форме. Возможность суду и другим лицам, участвующим в деле, ознакомиться с записью, имеющей доказательственное значение по делу, обеспечивается в порядке, предусмотренном п. 6.9 Инструкции по делопроизводству в арбитражных судах.

По мнению М.К. Треушникова, уязвимым качеством аудио- или видеозаписей как судебных доказательств является то, что с помощью технических средств, приемов легко можно изменить их содержание или подменить запись <1>. Однако письменные доказательства тоже могут быть подделаны, и весьма искусно, но, несмотря на это, они считаются самыми надежными доказательствами.

<1> См.: Треушников М.К. Судебные доказательства. М., 2004. С. 254.

В момент представления аудио- или видеозаписи в суд в качестве доказательства не требуется доказывать суду ее подлинность. Ни один из рассматриваемых Кодексов не содержит такого требования, как условия допустимости записи. Подлинность аудио- или видеозаписи должна проверяться судом в случае, если она оспаривается в порядке, предусмотренном ст. 161 АПК РФ или ст. 186 ГПК РФ.

§ 3. Исследование аудио- и видеозаписей

Процедура исследования доказательств в судебном заседании, закрепляемая в процессуальном законодательстве, должна обеспечивать возможность получения судом достоверных доказательств, которые затем будут положены в основание судебного решения. Кроме того, такая процедура должна внушать сторонам уверенность в том, что судебное разбирательство является справедливым.

Гарантиями справедливости судебного разбирательства являются правила, направленные на создание условий для беспристрастного исследования судом доказательств, в том числе аудио- и видеозаписей, а также на предоставление сторонам равных возможностей участвовать в исследовании судебных доказательств и сообщать суду свои соображения о результатах такого исследования. В гражданском процессе порядок воспроизведения аудио- и видеозаписей в судебном заседании определен в ст. 185 ГПК РФ, а в арбитражном - в ч. 2 ст. 162 АПК РФ. В административном судопроизводстве порядок исследования такого средства доказывания определен в ст. 167 КАС РФ.

Важным условием эффективной реализации сторонами своих прав на участие в исследовании аудио- или видеозаписи в судебном разбирательстве является возможность заблаговременно ознакомиться с ней. Следует отметить, что ни АПК РФ, ни ГПК РФ не устанавливают, в каком порядке лица, участвующие в деле, могут ознакомиться с аудио- или видеозаписью, приобщенной к материалам дела в качестве судебного доказательства. Согласно комментарию 16.1 к Принципам трансграничного гражданского процесса по общему правилу суд и любая из сторон имеют доступ к относимым доказательствам <1>.

<1> Принципы трансграничного гражданского процесса ALI/UNIDROIT / Пер. с англ. Е.А. Виноградова, М.А. Филатова. М., 2011. С. 38. В настоящее время на основе Принципов трансграничного гражданского процесса разрабатываются Европейские правила гражданского процесса.

Часть 1 ст. 66 АПК РФ, согласно которой копии документов должны быть направлены представившим их лицом, участвующим в деле, другим лицам, участвующим в деле, ничего не говорит об аудио- или видеозаписях. Хотя некоторые авторы отмечают, что для исследования аудиозаписи к делу может приобщаться ее расшифровка <1>, ни АПК РФ, ни ГПК РФ не содержат требования о представлении в суд либо о направлении другой стороне расшифровки аудио- или видеозаписи.

<1> См.: Семилетов С.И. Использование электронных документов в качестве доказательств в судебном производстве // Гражданин и право. 2007. N 1.

В арбитражном процессе может быть по аналогии применена ч. 9 ст. 155 АПК РФ, предоставляющая лицу, участвующему в деле, право письменно ходатайствовать об изготовлении копии аудиозаписи судебного заседания. Однако отсутствие срока, в течение которого такое ходатайство должно быть рассмотрено, а копия аудиозаписи изготовлена, не обеспечивает лицу, участвующему в деле, безусловную возможность ознакомления с аудиозаписью до судебного заседания.

Часть 4 ст. 76 КАС РФ обязывает суд выдать копию аудио- или видеозаписи по ходатайству лица, участвующего в деле, но не содержит таких важных гарантий права на ознакомление с этим доказательством, как срок изготовления копии и порядок изготовления копии.

В гражданском процессе и административном процессе порядок ознакомления лиц, участвующих в деле, с аудиозаписью судебного заседания определен в п. 12.2.1 Инструкции по судебному делопроизводству в районном суде (утв. Приказом Судебного департамента при Верховном Суде РФ от 29 апреля 2003 г. N 36) <1>. Однако срок изготовления копии такой аудиозаписи Инструкцией также не определен.

<1> В ред. Приказа Судебного департамента при Верховном Суде РФ от 18 февраля 2016 г. N 33 "О внесении изменений и дополнений в Инструкцию по судебному делопроизводству в районном суде" // СПС "КонсультантПлюс".

Представляется, что суд, руководствуясь ч. 2 ст. 12 ГПК РФ, ч. 2 ст. 14 КАС РФ и ч. 3 ст. 9 АПК РФ, во исполнение правомочия содействовать сторонам в реализации их процессуальных прав, может потребовать от лица, от которого получена аудио- или видеозапись, указать, какой именно фрагмент записи имеет доказательственное значение, и представить ее расшифровку. Такая расшифровка позволила бы другой стороне заблаговременно ознакомиться с содержанием доказательства.

Между тем в судебной практике такие расшифровки используются. Например, при доказывании содержания заказанной услуги автосервис представил в дело аудиозапись телефонного разговора с клиентом, а также ее расшифровку <1>. В подтверждение безденежности договора займа суд принял аудиозапись разговора между истцом и ответчиком, а также ее расшифровку <2>.

<1> Определение Судебной коллегии по гражданским делам Московского городского суда от 20 марта 2012 г. N 33-7096 // СПС "КонсультантПлюс".

<2> Определение Судебной коллегии по гражданским делам Московского городского суда от 20 марта 2012 г. N 33-8363/2012 // СПС "КонсультантПлюс".

Не следует преувеличивать значение расшифровки. Она не заменяет собой аудио- или видеозапись. Предварительная проверка достоверности доказательства, а тем более оценка аудио- и видеозаписи судом могут быть осуществлены только в результате ознакомления с самой аудио- или видеозаписью. Однако расшифровка позволяет повысить эффективность подготовки к судебному заседанию, раскрытия доказательств, его исследования и оценки судом.

В арбитражной судебной практике есть пример, когда заявитель в деле о признании

недействительным решения антимонопольного органа представил видеокассеты с записью рекламных роликов, но отказался предоставить описание видеозаписи. Арбитражный суд исследовал видеоролики и вынужден был в решении отразить их содержание в виде частичной расшифровки <1>.

<1> Решение Арбитражного суда г. Москвы от 5 июля 2002 г. по делу N А40-13860/02-125-90 // <http://www.lawmix.ru/jude/9317>.

Думается, что изложение содержания видеозаписи вполне уместно в протоколе судебного заседания, а в решении суда должен быть отражен тщательный анализ ее содержания как доказательства устанавливаемого обстоятельства дела со ссылками на конкретные фрагменты записи.

Установление в АПК РФ и ГПК РФ правил и срока изготовления копий таких средств доказывания, как аудио- и видеозаписи, сделает порядок получения таких копий для ознакомления с ним ясным для сторон и других лиц, участвующих в деле. Неясность такого порядка препятствует эффективной реализации лицами, участвующими в деле, своего права ознакомиться с аудио- или видеозаписью, установленного в ч. 1 ст. 35 ГПК РФ и ч. 1 ст. 41 АПК РФ.

Теоретически можно рассматривать возможность ознакомления сторон с аудио- или видеозаписью в предварительном судебном заседании. Однако исследование аудио- или видеозаписи на этом этапе судебного производства представляется неоправданной тратой времени суда на такое процессуальное действие. Действительно, в судебном заседании, в котором дело будет рассматриваться по существу, такие доказательства будут исследоваться вновь, а оценка судом доказательств может осуществляться только во время судебного разбирательства. Исключение может составлять случай, когда сделано заявление о подложности доказательства. Тогда для проверки такого заявления суд может исследовать аудио- или видеозапись в предварительном заседании.

Согласно ст. 185 ГПК РФ исследование аудио- и видеозаписей в судебном заседании осуществляется путем их воспроизведения. Лица, участвующие в деле, заслушиваются судом после прослушивания аудиозаписи или после просмотра видеозаписи. Они вправе ходатайствовать о повторном воспроизведении записи полностью или в части. Повторное воспроизведение может проводиться также по инициативе суда.

Совершение такого процессуального действия должно отображаться в протоколе судебного заседания. В соответствии с п. 10 ч. 2 ст. 229 ГПК РФ протокол включает данные прослушивания аудиозаписи или просмотра видеозаписи. Думается, что такие данные включают в себя три группы сведений. Во-первых, это сведения о проведении такого процессуального действия, как воспроизведение аудио- или видеозаписи, включая данные о техническом средстве и времени воспроизведения (ч. 2 ст. 185 ГПК РФ), качестве записи. Во-вторых, если запись воспроизводилась полностью или в части, то в протокол должны быть внесены сведения о том, по ходатайству какого участника судебного заседания осуществлялся повтор и в какой части записи. Кроме того, в протоколе фиксируется, какие сведения были восприняты из видеозаписи.

В частности, в протокол должны быть внесены сведения о том, была ли предоставлена лицам, участвующим в деле, возможность сообщить суду свои пояснения по поводу исследуемого доказательства после его воспроизведения. Такой вывод следует из содержания п. п. 6 и 7 ч. 2 ст. 229 ГПК РФ, согласно которым в протокол вносятся сведения о разъяснении лицам, участвующим в деле, их процессуальных прав, а также распоряжения суда. Пункт 8 ч. 2 ст. 229 ГПК РФ требует, чтобы в протоколе были указаны заявления и объяснения лиц, участвующих в деле, и их представителей. Следовательно, в протокол должны быть включены пояснения лиц, участвующих в деле, по поводу исследуемой записи.

Если в исследовании аудио- или видеозаписи участвовал специалист, в протоколе судебного заседания также должен быть отражен характер его участия. Если он, согласно ч. 3 ст. 185 ГПК РФ, давал консультацию суду по поводу содержания аудио- или видеозаписи, содержание консультации также должно быть отражено в протоколе согласно п. 9 ч. 2 ст. 229 ГПК РФ. КАС РФ содержит аналогичные правила исследования аудио-, видеозаписей.

Внесение в протокол судебного заседания таких сведений об исследовании аудио- или видеозаписи

судом первой инстанции в случае проверки судебного решения в апелляционной инстанции позволит вышестоящему суду решить вопрос о том, имеется ли необходимость в повторном исследовании такой записи в апелляции.

Воспроизведение аудио- или видеозаписи, как ясно указано в ч. 2 ст. 185 ГПК РФ, может осуществляться не только в зале судебного заседания, но и в ином специально оборудованном для этой цели помещении. Необходимость просмотра видеозаписи или прослушивания аудиозаписи вне зала судебного заседания может возникнуть в том случае, когда для воспроизведения записи необходима специальная аппаратура.

С.А. Короткий верно оценивает воспроизведение вне зала судебного заседания как отдельное процессуальное действие и отмечает необходимость ведения в таком случае протокола судебного заседания. Все лица, участвующие в деле, должны быть извещены о времени и месте проведения такого отдельного процессуального действия <1>.

<1> См.: Короткий С.А. Указ. соч. С. 8.

Применяя по аналогии требование ст. 181 и ч. 2 ст. 183 ГПК РФ об оглашении протоколов осмотра письменных или вещественных доказательств, составленных в порядке судебного поручения, обеспечения доказательств или в ходе осмотра письменного или вещественного доказательства на месте, можно сделать вывод о том, что протокол воспроизведения аудио- или видеозаписи вне судебного заседания также должен быть оглашен во время судебного разбирательства.

Оглашение расшифровки записи, составленной стороной по делу, не заменяет прослушивание аудиозаписи или просмотр видеозаписи судом, так как аудио- или видеозапись может содержать информацию, выраженную не только лингвистическими средствами. Расшифровка записи позволяет воспринять только информацию о человеческой речи. Аудио- и видеозапись может содержать также иную информацию, которая может иметь доказательственное значение или повлиять на оценку достоверности или относимости зафиксированной записи человеческой речи.

Так, в деле по иску группы граждан к ОАО "ТНТ-Телесеть" телекомпания в качестве доказательств представила 283 диска с видеозаписями программы "Дом-2". Суд первой инстанции, сославшись на большой объем представленных в суд видеоматериалов, а также на то, что они уже были предметом исследования при производстве назначенной судом экспертизы, отказал ответчику ОАО "ТНТ-телесеть" в удовлетворении ходатайства о просмотре видеоматериалов. Ограничившись обзором дисков (т.е. носителей информации) с записью телепрограммы "Дом-2", суд сослался на то, что записи телепрограммы "Дом-2" на видеодисках в качестве материала для экспертного исследования были представлены самим ответчиком, а эксперты, проводившие экспертное исследование, ходатайств о предоставлении дополнительных материалов не заявляли и в судебном заседании подтвердили, что все видеодиски просмотрены ими в полном объеме.

Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда РФ, отменяя решение по делу, отметила, что суд заменил личное восприятие исследуемых первоначальных доказательств (видеозаписи телепрограммы "Дом-2") и свою собственную оценку оценкой производных доказательств, т.е. экспертных заключений, а основой решения послужило лишь производное доказательство (экспертное заключение). Суд надзорной инстанции справедливо расценил такие действия суда как нарушение принципа непосредственного исследования видеозаписей телепрограммы "Дом-2" как доказательств по делу <1>.

<1> Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 5 октября 2010 г. N 5-В10-67 // СПС "КонсультантПлюс".

Правила исследования аудио- и видеозаписей в арбитражном процессе урегулированы в меньшем объеме. Статья 162 АПК РФ закрепляет только основные правила исследования таких доказательств. В арбитражном процессе также аудио- и видеозаписи могут быть исследованы судом не только в зале судебного заседания, но и в другом специально оборудованном помещении. Такое процессуальное

действие подлежит отражению в протоколе судебного заседания. Согласно ч. 4 ст. 162 АПК РФ лица, участвующие в деле, вправе дать пояснения по представленным ими доказательствам во время их исследования.

В ч. 4 ст. 162 АПК РФ отсутствует прямое указание на то, что остальные лица, участвующие в деле, могут дать пояснения по поводу исследуемой аудио- или видеозаписи. Часть 2 ст. 8 АПК РФ прямо указывает на равные права сторон на участие в исследовании доказательств. Следовательно, дать пояснения по исследуемой аудио- или видеозаписи может также сторона, которая не представляла ее.

Исследование аудио- и видеозаписи, содержащей сведения личного характера, включая ее воспроизведение в гражданском процессе, должно осуществляться в порядке, предусмотренном ст. 182 ГПК РФ, т.е. в закрытом судебном заседании, если только лица, чьи голоса или изображения зафиксированы посредством такой записи, не дали согласие на ее воспроизведение и исследование в открытом судебном заседании. Такое правило установлено в ч. 1 ст. 185 ГПК РФ.

АПК РФ не содержит особых правил исследования доказательств, которые содержат сведения личного характера. Лица, участвующие в деле, согласно ч. 2 ст. 11 АПК РФ могут ходатайствовать о разбирательстве дела в закрытом судебном заседании в целях сохранения тайны личной жизни. Однако, если воспроизведение аудио- или видеозаписи в открытом судебном заседании арбитражного суда может привести к нарушению тайны личной жизни лица, не участвующего в деле, голос или изображение которого зафиксированы в записи, такое лицо не может заявить подобного ходатайства. В отличие от ст. 1 ГПК РФ ст. 3 "Законодательство о судопроизводстве в арбитражных судах" АПК РФ не предусматривает применение арбитражным судом гражданского процессуального законодательства по аналогии. Таким образом, в арбитражном процессуальном законодательстве отсутствуют нормы, защищающие тайну личной жизни человека, не участвующего в арбитражном разбирательстве.

Хотя в арбитражном процессе случай, когда при разбирательстве дела может быть затронута тайна личной жизни, в силу характера разбираемых споров является редким, в таком случае подлежит применению ч. 1 ст. 6 Европейской конвенции по правам человека (далее - ЕКПЧ) <1>. В соответствии с ч. 3 ст. 3 АПК РФ ЕКПЧ подлежит применению в отсутствие соответствующих норм в АПК РФ. Согласно предл. 2 ч. 1 ст. 6 ЕКПЧ пресса и публика могут не допускаться на часть судебного заседания по соображениям морали, общественного порядка или национальной безопасности в демократическом обществе, а также когда того требуют интересы несовершеннолетних или для защиты частной жизни сторон. Таким образом, арбитражный суд, руководствуясь этим положением ЕКПЧ, может исследовать аудио- или видеозаписи в закрытом судебном заседании, если они содержат сведения, составляющие тайну личной жизни лица, не давшего согласия на их воспроизведение в открытом судебном заседании.

<1> Конвенция о защите прав человека и основных свобод ETS N 005 (заключена в г. Риме 4 ноября 1950 г.; ратифицирована Российской Федерацией Федеральным законом от 30 марта 1998 г. N 54-ФЗ) // СЗ РФ. 2001. N 2. Ст. 163.

Исследование аудио- или видеозаписи в гражданском процессе может осуществляться с участием специалиста, если суду требуется техническая помощь для ее воспроизведения в судебном заседании. Кроме того, согласно ч. 1 ст. 188 ГПК РФ специалист может быть вызван судом для дачи пояснений или консультаций во время исследования такой записи.

Статья 55.1 АПК РФ допускает участие специалиста в арбитражном процессе только для дачи пояснений и консультаций. Участие специалиста для оказания арбитражному суду технической помощи, в том числе при воспроизведении аудио- или видеозаписи, АПК РФ не предусматривает. Техническое оснащение арбитражных судов позволяет воспроизводить в судебном заседании аудио- или видеозаписи на стандартных носителях. Однако в случае необходимости исследовать запись плохого качества или если ее воспроизведение требует оборудования, пользоваться которым ни судья, ни секретарь судебного заседания не умеют, техническую помощь арбитражный суд вынужден будет получить из непроцессуального источника. Однако никаких процессуальных обязанностей, прав для них не существует, как и ответственности за свои действия.

Заслуживает поддержки высказанное А.В. Ванярхо мнение о необходимости наделения специалиста

в арбитражном процессе полномочиями по оказанию технической помощи арбитражному суду <1>. Хотя, в соответствии с Федеральным законом от 8 декабря 2011 г. N 422-ФЗ "О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с созданием в системе арбитражных судов Суда по интеллектуальным правам" <2>, если в арбитражном процессе появился специалист, он может давать только консультации.

<1> См.: Ванярхо А.В. Лица, содействующие осуществлению правосудия, - участники арбитражного процесса: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011. С. 211.

<2> СЗ РФ. 2011. N 50. Ст. 7364.

Назначение экспертизы для исследования аудио- или видеозаписи, представленной в качестве доказательства в суд, может потребоваться в случаях проверки заявления о фальсификации доказательства, чтобы установить, является ли запись аутентичной, не вносились ли в нее изменения и (или) принадлежит ли зафиксированный записью голос и (или) изображение человеку, называемому лицом, представившим такое доказательство в суд.

Перед экспертом могут быть поставлены иные вопросы, направленные на выявление признаков, свидетельствующих о контрафактности аудио- или видеозаписи, на определение качества записи, времени ее изготовления. Суд не связан никаким перечнем ситуаций, когда именно может быть назначена экспертиза аудио- или видеозаписи.

В литературе отмечается необходимость проверки судом вопроса о том, представлен ли в суд оригинал записи или ее копия, так как в случае передачи эксперту имеющейся в материалах дела копии записи положительный ответ об отсутствии признаков фальсификации будет затруднителен или невозможен <1>, что приведет к отклонению записи как недостоверного доказательства.

<1> См.: Галяшина Е.И., Галяшин В.Н. Указ. соч.

Специалисты в области фонографической экспертизы рекомендуют предоставлять в распоряжение эксперта сведения о дате, времени, месте, способе изготовления записи, технических средствах, с помощью которых она была проведена, и иных обстоятельствах ее изготовления. Кроме оригинала аудиозаписи эксперту для проведения экспертизы необходима ее расшифровка <1>.

<1> Там же.

§ 4. Оценка аудио- или видеозаписи

Оценка относимости аудио- и видеозаписи. Относимость аудио- или видеозаписи может быть оценена судом во время ее воспроизведения в судебном заседании. Однако с точки зрения процессуальной экономии более эффективной такая оценка являлась бы, если бы суд имел возможность еще до судебного заседания установить, подтверждает ли содержание аудио- или видеозаписи обстоятельство, включенное в предмет доказывания. Отсутствие в процессуальном законодательстве требования об указании в ходатайстве о приобщении записи обстоятельств, в подтверждение которого представляется доказательство, а также требования об обязательном представлении расшифровки аудио- или видеозаписи затрудняет возможность такой оценки до судебного заседания. Однако суд может потребовать представить такие сведения во время подготовки дела к судебному заседанию.

При проверке относимости аудио- или видеозаписи имеют значение дата и время, когда она была сделана. Так, в одном из дел налоговым органом в качестве доказательств извещения истца о времени рассмотрения результатов проведения дополнительных мероприятий налогового контроля были представлены уведомление от 5 августа 2008 г. N 31392, реестр отчета факсового аппарата, а также телефонограммы, запись на диске. На представленных телефонограммах налоговым органом сделана

отметка о том, что их приняла секретарь истца Т.А. Черепанова. Суд отклонил аудиозапись, указав на то, что из нее невозможно установить лицо, которое приняло телефонограммы, и когда они были переданы <1>.

<1> Постановление ФАС Уральского округа от 19 мая 2009 г. N Ф09-3055/09-СЗ // СПС "КонсультантПлюс".

В данном деле отсутствие сведений о времени производства аудиозаписей повлекло их отклонение судом как неотносимых. Требование ст. 77 ГПК РФ указать при представлении аудио- или видеозаписи, когда она производилась, направлено в первую очередь на создание условий для определения ее относимости, т.е. способности подтвердить или опровергнуть обстоятельства, включенные в пределы доказывания. Суд оценивает относимость записи предварительно, рассматривая ходатайство о ее приобщении к материалам дела.

После воспроизведения записи лица, участвующие в деле, вправе сообщить суду свои соображения по поводу полученных из нее сведений. Лицо, представившее запись, прежде всего должно пояснить, какое именно обстоятельство, включенное в пределы доказывания, она подтверждает. Однако таких пояснений может оказаться недостаточно, как в приведенном ранее примере. Суд вправе потребовать представления сведений, подтверждающих, когда, кем и при каких обстоятельствах была произведена аудио- или видеозапись, например запись в журнале телефонограмм. Такие сведения могут содержаться в самой аудио- или видеозаписи.

Оценка допустимости аудио- и видеозаписи. Оценка допустимости аудио- и видеозаписей осуществляется судом прежде всего во время исследования доказательств.

Запись является допустимым судебным доказательством и может быть положена в основание судебного решения, если она получена в соответствии с требованиями закона.

Такие требования в гражданском процессе установлены в отношении формы представляемых сведений об обстоятельствах дела, а также порядка их представления и исследования в рамках производства по делу (см. § 2 и 3 настоящей главы).

АПК РФ устанавливает требования к форме и порядку исследования аудио- и видеозаписей (см. § 2 и 3 настоящей главы). Никаких специальных требований к порядку их представления АПК РФ не содержит.

Одним из условий допустимости доказательств, как следует из закрепленного в ч. 1 ст. 157 ГПК РФ принципа непосредственности, является их непосредственное восприятие судом в ходе исследования в судебном заседании. Отсутствие в протоколе судебного заседания сведений о воспроизведении аудио- или видеозаписи, положенной в основание судебного решения, влечет вывод о том, что содержание записи суду неизвестно, а потому такая запись должна быть отклонена судом как недопустимая и не может быть положена в основание решения суда.

Недопустимой должна быть признана также аудио- или видеозапись, если она была воспроизведена в судебном заседании, но затем состав суда изменился и в судебном заседании, в котором было вынесено решение по существу дела, она не исследовалась новым составом суда. Действие ч. 4 ст. 169 ГПК РФ, позволяющей после отложения дела сторонам в новом судебном заседании не повторяться, прямо ограничено случаем изменения состава суда. Часть 10 ст. 158 АПК РФ в императивной форме устанавливает, что судебное разбирательство в новом судебном заседании возобновляется с того момента, с которого оно было отложено, а повторное рассмотрение доказательств, исследованных до отложения судебного разбирательства, не производится. Никаких ограничений этого правила АПК РФ не содержит.

Однако ст. 10 АПК РФ закрепляется принцип непосредственности судебного разбирательства. В.В. Ярков верно отмечает, что этот принцип направлен на личное восприятие судьями арбитражного суда всего доказательственного материала <1>. Принцип непосредственности является одной из гарантий беспристрастности суда и не может быть ограничен в части требования о непосредственном исследовании аудио- или видеозаписи составом суда, который принимает решение по существу дела,

исключительно в целях процессуальной экономии.

<1> Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) / Под ред. В.В. Яркова. М., 2011 (автор комментария к ст. 10 - В.В. Ярков).

Таким образом, в арбитражном процессе, как и в гражданском процессе, в случае изменения состава суда все доказательства, включая аудио- и видеозаписи, а также все объяснения сторон должны быть непосредственно восприняты новым составом суда в судебном заседании.

В научной литературе развернулась дискуссия о том, является ли допустимой аудио- или видеозапись, на которой зафиксированы сведения о лицах, которые не давали своего согласия на такую фиксацию. Вопрос о допустимости аудио- и видеозаписей, полученных без согласия лиц, чьи голоса или изображения соответственно зафиксированы на них, поднимался еще в советском гражданском процессуальном праве и активно обсуждается в современной процессуальной литературе.

Еще в советском гражданском процессе Н.А. Чечина высказывала сомнения в допустимости использования в суде таких средств, как магнитофонные записи, в связи с возможностью их осуществления скрыто, что может приводить к несоответствию их содержания принципам морали <1>.

<1> См.: Чечина Н.А. Нормы советского гражданского процессуального права и нормы морали // Правоведение. 1970. N 5. С. 73 - 74.

Согласно позиции Конституционного Суда РФ, сформулированной в Определении от 9 июня 2005 г. N 248-О, право на неприкосновенность частной жизни означает предоставленную человеку и гарантированную государством возможность контролировать информацию о самом себе, препятствовать разглашению сведений личного, интимного характера. В понятие "частная жизнь" включается та область жизнедеятельности человека, которая относится к отдельному лицу, касается только его и не подлежит контролю со стороны общества и государства, если она носит непротивоправный характер <1>.

<1> СПС "КонсультантПлюс".

После закрепления аудио- и видеозаписей в качестве средств доказывания в действующих АПК РФ и ГПК РФ дискуссия получила дальнейшее развитие. М.К. Треушников полагает, что под условиями осуществления записи, указываемыми согласно ст. 77 ГПК РФ при представлении записи в суд, должно пониматься в том числе наличие соглашения (согласия) заинтересованных в фиксации фактов лиц. Без согласия сторон аудио- или видеозапись может осуществляться только в случаях, установленных Федеральным законом от 12 августа 1995 г. N 144-ФЗ "Об оперативно-розыскной деятельности" <1>, а невыполнение стороной требований ст. 77 ГПК РФ, в том числе согласия сторон на представление такой аудио- или видеозаписи, должно влечь обязанность судьи отказать в приобщении к делу аудио- или видеозаписи или в ее истребовании <2>.

<1> Российская газета. 1995. 18 авг.

<2> См.: Треушников М.К. Судебные доказательства. М., 2004. С. 251.

Сомнения в допустимости аудио- или видеозаписи, полученной без ведома лиц, сведения о которых зафиксированы в ней, высказывает А.В. Гордейчик <1>.

<1> См.: Гордейчик А.В. Допустимость аудио- и видеозаписей в гражданском и арбитражном

процессах // <http://subscribe.ru/archive/law.russia.advice.process/200403/29141456.html>

С.А. Короткий считает, что согласие лиц, сведения о которых зафиксированы на аудио- или видеозаписи, не всегда является необходимым условием их допустимости. При решении вопроса о нарушении права на неприкосновенность частной жизни осуществлением скрытой аудио- или видеозаписи и об исключении таковой из числа допустимых доказательств суду предлагается учитывать цель осуществления записи, кем конкретно она осуществлялась, в каком месте и в отношении какого субъекта, а также то, какие сведения об обстоятельствах дела были зафиксированы с помощью записи <1>.

<1> См.: Короткий С.А. Указ. соч. С. 111.

Следует согласиться с тем, что вопрос о допустимости аудио- или видеозаписи в гражданском и арбитражном процессах должен решаться различным образом в зависимости от субъекта, осуществлявшего запись. Если законодательством установлены специальные правила ведения аудио- и видеозаписей, такие доказательства не могут приниматься в качестве допустимых, если они осуществлялись с нарушением требований закона.

Такие специальные условия ведения аудиозаписи установлены законодательством прежде всего в целях защиты права частных лиц на неприкосновенность частной жизни от посягательств публичных образований. Тайную запись без уведомления лица, сведения о котором фиксируются, могут выполнять только специальные субъекты, указанные в Федеральном законе "Об оперативно-розыскной деятельности", с соблюдением условий, установленных этим Законом. Особые правила ведения таких записей установлены также для адвокатов и частных детективов, профессиональная деятельность которых может быть сопряжена с необходимостью фиксировать сведения о частных лицах посредством аудио- и видеозаписи.

Закон РФ от 11 марта 1992 г. N 2487-1 "О частной детективной и охранной деятельности в Российской Федерации" <1> позволяет собрать информацию с соблюдением требований законодательства, в том числе с использованием специальных технических средств. Условием законности такой деятельности является лицензия на частную сыскную деятельность, а также ее соответствие целям, определенным в ч. 2 ст. 3 данного Закона. Пункт 3 ст. 7 указанного Закона прямо запрещает частным детективам собирать сведения, связанные с личной жизнью отдельных граждан, осуществлять видео- и аудиозапись, фото- и киносъемку в служебных или иных помещениях без письменного согласия на то соответствующих должностных или частных лиц. Такие жесткие ограничения установлены законодателем, очевидно, с целью предотвратить вторжение в частную жизнь гражданина со стороны субъектов, обладающих профессиональными навыками и имеющих возможность использовать специальные средства для сбора информации.

<1> Российская газета. 1992. 30 апр.

Федеральный закон от 31 мая 2002 г. N 63-ФЗ "Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации" <1> наделяет адвокатов правом собирать сведения, имеющие значение для дела, по которому они осуществляют защиту или представительство, но в пределах, установленных законом.

<1> Российская газета. 2002. 5 июня.

Таким образом, и частный детектив, и адвокат вправе делать аудио- или видеозаписи для фиксации сведений личного характера только с согласия лиц, сведения о которых фиксируются.

Нарушение специально установленных законом правил получения аудио- или видеозаписи, содержащей сведения личного характера, публичным образованием или его представителем, либо

адвокатом, либо частным детективом должно влечь признание такой записи недопустимым доказательством.

Осуществление права на поиск, получение, передачу, производство и распространение информации не только адвокатами, но и иными лицами регулируется Федеральным законом "Об информации, информационных технологиях и о защите информации", как это следует из п. 1 ч. 1 ст. 1 данного Закона. Наряду со свободой поиска, получения, передачи, производства и распространения информации любым законным способом одним из принципов правового регулирования отношений в сфере информации, информационных технологий и защиты информации согласно ст. 3 указанного Закона является неприкосновенность частной жизни, недопустимость сбора, хранения, использования и распространения информации о частной жизни лица без его согласия.

В соответствии со ст. 9 Федерального закона "Об информации, информационных технологиях и о защите информации" запрещается получать информацию о частной жизни физического лица, в том числе информацию, составляющую личную или семейную тайну, помимо воли гражданина (физического лица), если иное не предусмотрено федеральными законами.

Статья 10 Федерального закона от 27 июля 2006 г. N 152-ФЗ "О персональных данных" <1> устанавливает особую охрану специальных категорий персональных данных, под которыми понимается любая информация о расовой, национальной принадлежности, политических взглядах, религиозных или философских убеждениях, состоянии здоровья, интимной жизни прямо или косвенно определенного или определяемого физического лица. Обработка таких персональных данных указанными в ч. 1 ст. 1 названного Закона способами, т.е. позволяющими осуществлять в соответствии с заданным алгоритмом поиск персональных данных, зафиксированных на материальном носителе и содержащихся в картотеках или иных систематизированных собраниях персональных данных, и (или) доступ к таким персональным данным, запрещена.

<1> Российская газета. 2006. 29 июля.

Однако такой запрет не распространяется, как следует из того же Закона, на некоторые случаи, в том числе если обработка персональных данных необходима для установления или осуществления прав субъекта персональных данных или третьих лиц, а равно и в связи с осуществлением правосудия. Под обработкой персональных данных п. 3 ст. 3 Федерального закона "О персональных данных" подразумевает среди прочего их передачу. Таким образом, указанный Закон не ограничивает возможность представлять в суд персональные данные, включая информацию личного характера, субъектом, осуществляющим обработку персональных данных, способом, позволяющим осуществлять в соответствии с заданным алгоритмом их поиск в систематизированном собрании данных.

Федеральный закон "О персональных данных" не регулирует отношения, в которых не участвует такой субъект, т.е. отношения в связи с представлением в суд сведений личного характера, содержащихся, например, в аудио- или видеозаписи, сделанной частным лицом, не занимающимся обработкой персональных данных (например, запись признания долга заемщиком, сделанная без его согласия). Так как названный Закон регулирует правоотношения, к которым законодатель демонстрирует более строгое отношение, положение п. 6 ч. 2 ст. 10 на основании аналогии закона тем более может быть применено к отношениям между частными лицами по поводу представления зафиксированных в аудио- или видеозаписи персональных данных в суд, когда такие правоотношения не подпадают под действие Федерального закона "О персональных данных".

Следует особо остановиться на вопросе о допустимости аудио- и видеозаписей, фиксирующих сведения о должностных лицах, государственных и муниципальных служащих, деятельности государственных органов и органов местного самоуправления. В судебной практике есть случай предъявления иска сотрудником ГИБДД к водителю, разместившему в сети Интернет видеозапись разговора с истцом во время его дежурства, о взыскании компенсации морального вреда <1>.

<1> Викторов С. Инспектор ДПС через суд требовал возместить 10 рублей морального ущерба //

<http://v1.ru/text/newsline/602503.html>.

Пункт 3 ст. 3 Федерального закона "Об информации, информационных технологиях и о защите информации" в качестве одного из принципов правового регулирования отношений в сфере информации, информационных технологий и защиты информации называет открытость информации о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления и свободный доступ к такой информации, кроме случаев, установленных федеральными законами. В п. 3 ч. 4 ст. 8 указанного Закона содержится прямой запрет на ограничение доступа к информации о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления, а также об использовании бюджетных средств (за исключением сведений, составляющих государственную или служебную тайну).

Конституционный Суд Российской Федерации в Определении от 28 июня 2012 г. N 1253-О обозначил содержание права на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну как предоставленную человеку и гарантированную государством возможность контролировать информацию о самом себе, препятствовать разглашению сведений личного, интимного характера, включив в понятие "частная жизнь" только ту область жизнедеятельности человека, которая относится к отдельному лицу, касается только его и не подлежит контролю со стороны общества и государства, если носит непротивоправный характер <1>.

<1> СПС "КонсультантПлюс".

Таким образом, аудио- и видеозаписи действий государственных и муниципальных служащих, представителей государственных органов и органов муниципальных образований при исполнении ими своих обязанностей могут представляться в суд в качестве допустимых доказательств без ограничений и без согласия таких лиц и органов.

Возможность представления аудио- и видеозаписей, содержащих сведения личного характера, следует также из установления в ГПК РФ специальных правил исследования таких записей.

Статья 185 ГПК РФ определяет порядок исследования аудио- и видеозаписей, на которых запечатлены сведения личного характера, отсылая к ст. 182 ГПК РФ, запрещающей оглашать и исследовать в открытом судебном заседании переписку и телеграфные сообщения граждан без согласия лиц, между которыми эти переписка и телеграфные сообщения происходили. Запрет, установленный ст. 182 ГПК РФ, применительно к аудио- и видеозаписям, содержащим сведения личного характера, означает, что они могут воспроизводиться и исследоваться в открытом судебном заседании только с согласия лиц, сведения личного характера о которых зафиксированы в аудио- или видеозаписи.

Следовательно, законодатель предусмотрел только необходимость получения согласия лица, сведения личного характера о котором содержит такая запись, на ее воспроизведение и исследование в открытом судебном заседании. Если такое согласие не получено или его невозможно получить, запись должна воспроизводиться и исследоваться в закрытом судебном заседании.

Изложенное свидетельствует о верности суждения Н.Г. Елисеева о том, что допустимость ориентирована на форму судебного доказательства и не зависит от его содержания <1>.

<1> См.: Елисеев Н.Г. Основные понятия доказательственного права // Законы России: опыт, анализ, практика. 2007. N 1.

Судебная практика свидетельствует о том, что аудио- и видеозаписи принимаются судом как допустимые доказательства, даже если сторона, против которой представляется такое доказательство, не давала согласия на ее осуществление и возражает в судебном заседании против ее использования при вынесении решения на этом основании <1>.

<1> Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 26 марта 2009 г. N 15АП-1119/2009; решение Арбитражного суда Свердловской области от 2 октября 2008 г. N А60-12628/2008-С7 // СПС "КонсультантПлюс"; Кондратьева И. Больше ни звука: будет ли доказательством аудиозапись, сделанная без уведомления, решал ВС // <https://pravo.ru/story/view/137405/>.

Законодатель не ограничивает в гражданском и арбитражном процессах допустимость письменных доказательств или свидетельских показаний, содержащих сведения личного характера. Даже в уголовном процессе аудио- и видеозаписи, сделанные частным лицом, допустимы, даже если они фиксируют сведения личного характера без согласия другого лица. Такие записи должны быть вовлечены в уголовное производство в соответствии с нормами УПК РФ об изъятии с оформлением протокола изъятия.

Установление в гражданском и арбитражном процессах более строгих правил для аудио- и видеозаписей по сравнению с другими средствами доказывания необоснованно ограничивало бы использование таких записей в качестве доказательств.

Возможность использования аудио- и видеозаписей, изготовленных одним частным лицом без согласия другого частного лица, сведения о котором зафиксированы на записи, в качестве допустимого доказательства в гражданском и арбитражном процессах не освобождает изготовителя записи от ответственности, предусмотренной действующим законодательством за сбор персональных данных и вторжение в частную жизнь.

Допуск судом аудио- или видеозаписи, на которой зафиксированы персональные сведения или сведения о частной жизни, не лишает лицо, о котором такие сведения незаконно зафиксированы, возможности защищать свое право на неприкосновенность частной жизни предъявлением иска о взыскании компенсации морального вреда или иным предусмотренным законом способом, если такие сведения были получены неправомерно. Статьей 17 Федерального закона "Об информации, информационных технологиях и о защите информации" определены возможные способы защиты прав и законных интересов, нарушенных в связи с разглашением информации ограниченного доступа или иным неправомерным использованием такой информации.

Лицо, право которого на неприкосновенность частной жизни нарушено, может обратиться с исками о возмещении убытков, компенсации морального вреда, защите чести, достоинства и деловой репутации.

Аудио- и видеозаписи, на которых зафиксированы сведения, для которых процессуальным законом предусмотрена специальная форма, не должны использоваться в качестве допустимых доказательств. Например, имеющие значение для дела сведения, сообщаемые в аудио- или видеозаписи очевидцем обстоятельств, не могут заменить собой свидетельские показания, получаемые в ходе устного допроса свидетеля судом. Правила обязательного устного допроса свидетеля, установленные в ГПК РФ и АПК РФ, направлены на предоставление суду и лицам, участвующим в деле, возможности проверить достоверность свидетельских показаний, оценив в ходе непосредственного допроса его способность воспринимать, запоминать и воспроизводить излагаемую им информацию. Воспроизведение аудио- или видеозаписи показаний "свидетеля" такую возможность не может обеспечить.

В одном из своих Определений Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда РФ отклонила "видеоматериал с записью о функционировании сайта" как не соответствующий требованиям ст. 77 ГПК РФ <1>. Представляется, что, даже если бы такой видеоматериал был представлен в соответствии с требованиями ст. 77 ГПК РФ, он был бы недопустим. Сведения, расположенные на странице в сети Интернет, должны быть исследованы по правилам, предусмотренным для письменных доказательств, так как информация в электронном и цифровом виде прямо отнесена ГПК РФ к таким средствам доказывания. Вне судебного заседания, как известно, исследовать доказательство может только нотариус в порядке обеспечения доказательств, при условии, что производство по делу в суде еще не возбуждено.

<1> Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 29 ноября 2003 г. N 49-Г03-139 // СПС "КонсультантПлюс".

Если нотариус при составлении протокола осмотра письменного или вещественного доказательств в порядке обеспечения доказательств осуществляет также аудио- или видеозапись, то такая запись является частью протокола процессуального действия. В судебном заседании протокол, составленный нотариусом, должен быть оглашен. Представляется, что прилагаемая к протоколу аудио- или видеозапись может быть воспроизведена судом в объеме, необходимом для восприятия содержания видеозаписи.

Поднимая проблему использования в качестве судебных доказательств аудиозаписей, полученных без согласия лиц, сведения о которых на них зафиксированы, Н.А. Чечина ставила под сомнение их использование судом в случае, когда содержание таких записей противоречит нормам морали. Вопрос о допустимости доказательства, содержание которого противоречит нормам морали, является самостоятельным и не должен находиться в зависимости от того, дает ли согласие на воспроизведение такого доказательства в суде лицо, сведения о котором зафиксированы на записи. Более того, вопрос о том, должно ли приниматься в качестве допустимого доказательство с таким содержанием, актуален при получении и исследовании любого средства доказывания (показания свидетеля, письменный документ могут содержать, например, нецензурные выражения).

Следует согласиться с А.Г. Прохоровым в том, что "из соображений этического порядка едва ли можно отвергать в целом целесообразность расширения круга процессуальных средств доказывания за счет новых источников информации" <1>. Однако предложение автора не доводить до слушателей ту часть содержания аудиозаписей, которую суд находит аморальной, заслуживает критической оценки.

<1> Прохоров А.Г. Указ. соч. С. 16 - 17.

Несоответствие сведений, имеющих доказательственное значение, нормам морали не является основанием для признания недопустимыми традиционных средств доказывания. Причины для установления для аудио- и видеозаписей более строгих правил по сравнению с действующими для традиционных средств доказывания отсутствуют. Однако зал судебных заседаний не должен становиться местом для развлечения публики доказательствами непристойного содержания. Чтобы не допустить умаления авторитета суда, у председательствующего должно быть полномочие выносить определение об исследовании доказательств, в том числе о воспроизведении аудио- или видеозаписи, содержание которой является непристойным, не соответствует нормам морали, в закрытом судебном заседании.

Оценка достоверности аудио- и видеозаписи. Достоверность аудио- или видеозаписи подлежит проверке и оценке судом путем сопоставления с другими доказательствами, исследованными в судебном заседании.

Процесс формирования и исследования аудио-, видео-, фото-, кинодокументов несколько отличается от процесса формирования и исследования традиционных письменных документов. Эти документы не проходят такую стадию формирования, как сохранение полученных сведений в памяти автора документа. Восприятие обстоятельств лицом, которое изготовило видео- или аудиозапись, кино- или фотодокумент (далее - "автор"), отличается от восприятия обстоятельств видео-, аудио-, фото- или кинотехникой. Видео-, аудио-, кино-, фототехника объективно фиксирует все происходящее в ее "поле зрения": как сведения об обстоятельствах, осознанно воспринятые "автором", так и сведения, не воспринятые "автором". Следовательно, такие документы могут содержать сведения об обстоятельствах дела, которые "автор" в традиционном письменном документе не смог бы зафиксировать, так как по субъективным причинам (плохое зрение или невнимательность, например) не смог бы воспринять факты действительности. Однако от воли "автора" зависит, что именно попадет в кадр или в поле действия микрофона.

Личностные характеристики "автора" фото- и кинодокумента, аудио- и видеозаписи оказывают незначительное влияние на этапе восприятия и фиксации обстоятельств дела в кино-, фотодокументе, аудио- или видеозаписи. Стадия сохранения в памяти человека сведений о воспринятых обстоятельствах отсутствует в процессе формирования таких документов. Кроме того, фиксируя в обычном письменном документе свои мысли с помощью специальных знаков, автор описывает обстоятельства дела, пропуская сведения об обстоятельствах дела через свое сознание. Субъективные факторы оказывают влияние на достоверность содержания фото-, кинодокумента, аудио- и видеозаписи в меньшей степени, чем на

достоверность содержания традиционных письменных документов, так как фиксируемые в них события не пропускаются через сознание человека. Это обуславливает особенности процесса исследования арбитражным судом кино-, фото-, аудио- и видеодокументов, представленных в виде доказательств, которые должны со временем стать предметом правовой регламентации.

А.Т. Боннер верно отмечает такое свойство аудио- и видеозаписей, которое при воспроизведении качественно осуществленной видеозаписи позволяет наиболее полно воссоздать обстоятельства, имевшие место в действительности, что облегчает суду и лицам, участвующим в деле, восприятие обстоятельств дела <1>. Такое свойство способно производить эффект присутствия. С.А. Короткий, развивая эту точку зрения, высказал мысль о том, что воспроизведение аудио- и видеозаписи позволяет восстановить обстоятельства дела в той последовательности, в какой они имели место в действительности, что в свою очередь обеспечивает восприятие событий в человеческом сознании в той последовательности, в которой они имели место в действительности, без особых интеллектуальных усилий <2>.

<1> См.: Боннер А.Т. Аудио- и видеозаписи как доказательство в гражданском и арбитражном процессе. С. 80 - 81.

<2> См.: Короткий С.А. Указ. соч. С. 25.

Такая способность аудио- или видеоизображения не должна вводить в заблуждение воспринимающий ее суд относительно достоверности ее содержания. Аудио- и видеозаписи, как и другие доказательства, в силу ч. 5 ст. 71 АПК РФ и ч. 2 ст. 67 ГПК РФ не имеют заранее установленной силы. Они подлежат оценке судом.

Прежде всего запись должна быть достаточно качественной, для того чтобы во время ее воспроизведения в судебном заседании участники процесса могли воспринять ее содержание. Если качество записи не позволяет однозначно воспринять ее содержание, такое доказательство должно быть отклонено на том основании, что отсутствует возможность оценить достоверность содержания аудио- или видеозаписи.

Суд проверяет во время исследования аудио- или видеозаписи, имеются ли названные в ст. 77 ГПК РФ сведения о том, кем, когда и при каких обстоятельствах сделана аудио- или видеозапись. Если во время исследования видеозаписи такие сведения получить не удастся, суд отклоняет видеозапись <1>.

<1> Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 6 марта 2008 г. N 45-Г08-7 // <http://www.supsourt.ru>; Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 7 декабря 2007 г. N 36-Г07-10 // СПС "КонсультантПлюс"; Кассационное определение Санкт-Петербургского городского суда от 18 апреля 2012 г. N 33-5512 // <http://www.sankt-peterburgsky.spb.sudrf.ru>.

Если в ходе исследования записи, ее сопоставления с другими доказательствами (например, свидетельскими показаниями) удастся установить сведения, указанные в ст. 77 ГПК РФ, она используется судом при обосновании выводов по существу дела <1>.

<1> Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 24 декабря 2004 г. N 80-Г04-11; Определение Верховного Суда РФ от 4 декабря 2004 г. N 83-Г04-24 // СПС "КонсультантПлюс"; Избирательные права и право на участие в референдуме граждан Российской Федерации в решениях Верховного Суда Российской Федерации. М., 2004. Т. 2.

В случае когда при сопоставлении с другими доказательствами выявляется несоответствие содержания записи действительности, она должна быть отклонена как недостоверное доказательство. Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда РФ в Определении от 7 декабря 2007 г. N

36-Г07-10 отметила, что при исследовании записи в судебном заседании было установлено, что она произведена технически некачественно как в части изображения, так и в части звуковоспроизведения. Свидетели высказали сомнения в достоверности видеозаписи встречи с избирателями доверенного лица кандидата ввиду того, что ни он сам, ни помещение, где проходила встреча, неузнаваемы <1>.

<1> СПС "КонсультантПлюс".

Статья 185 ГПК РФ позволяет суду в целях выяснения содержащихся в аудио- или видеозаписи сведений привлечь специалиста. Специалист может быть привлечен как для оказания технической помощи при воспроизведении записи, так и для дачи консультации. Для установления достоверности такого средства доказывания суд может в гражданском процессе по собственной инициативе назначить экспертизу. В арбитражном процессе для установления достоверности аудио- или видеозаписи у суда такое полномочие появляется только в случае заявления о фальсификации записи в порядке ч. 1 ст. 161 АПК РФ.

В данном случае принцип состязательности отступает перед положением, без которого невозможно получить справедливое решение: в основание решения суда должны быть положены только достоверные доказательства. Даже при соблюдении всех процессуальных гарантий решение не будет восприниматься как справедливое ни сторонами, ни обществом в целом, если оно основано на подложном доказательстве.

Если подлинность аудио- или видеозаписи, как и другого доказательства, не оспаривается никем из лиц, участвующих в деле, и нет очевидных признаков ее подложности, то она принимается и исследуется судом без заключения экспертизы. Осуществление правосудия неоправданно дорого обходилось бы государству и сторонам, если бы подлинность каждого предметного доказательства проверялась посредством экспертизы.

Согласно ч. 5 ст. 67 ГПК РФ при оценке документов или иных письменных доказательств суд обязан с учетом других доказательств убедиться в том, что такие документ или иное письменное доказательство исходят от органа, уполномоченного представлять данный вид доказательств, подписаны лицом, имеющим право скреплять документ подписью, содержат все другие неотъемлемые реквизиты данного вида доказательств. Часть 4 ст. 71 АПК РФ содержит более широкое положение, согласно которому документы, представляемые в арбитражный суд и подтверждающие совершение юридически значимых действий, должны соответствовать требованиям, установленным для данного вида документов. Требования этих норм по аналогии закона должны предъявляться к телефонограммам даже при одновременном представлении в суд аудиозаписи телефонного разговора, когда телефонограмма отправлена федеральными органами исполнительной власти.

На такие телефонограммы распространяются требования о реквизитах документов, установленные Приложением N 11 "Правила оформления реквизитов документов" к п. 3.3.2 Методических рекомендаций по разработке инструкций по делопроизводству в федеральных органах исполнительной власти (утв. Приказом Росархива от 23 декабря 2009 г. N 76) <1>, а также инструкцией о делопроизводстве в соответствующем ведомстве.

<1> СПС "КонсультантПлюс".

Согласно п. 8.2 Методических рекомендаций по внедрению ГОСТ Р 6.30-2003 [Организационно-распорядительная документация. Требования к оформлению документов], разработанных Всероссийским научно-исследовательским институтом документоведения и архивного дела Федерального архивного агентства юридическую силу поступившей телефонограммы рекомендуется определять следующими реквизитами:

- исходящим регистрационным номером отправляемой телефонограммы;
- должностью, фамилией, именем, отчеством и подписью лица, отправившего телефонограмму;
- должностью, фамилией, именем, отчеством и подписью лица, принявшего телефонограмму, в

журнале регистрации;

- входящим регистрационным номером полученной телефонограммы.

Отправляемая телефонограмма составляется в одном экземпляре и подписывается руководителем или иным должностным лицом. Датой телефонограммы является дата ее передачи. Поступающая в организацию телефонограмма записывается принимающим на стандартном бланке или на чистом листе с соблюдением стандартных правил оформления.

Отсутствие таких реквизитов может привести к отклонению телефонограммы как недостоверного доказательства.

Раздел 3. ДОКАЗЫВАНИЕ ПРИ ПРОВЕРКЕ И ПЕРЕСМОТРЕ СУДЕБНЫХ АКТОВ В ГРАЖДАНСКОМ И АРБИТРАЖНОМ ПРОЦЕССАХ, АДМИНИСТРАТИВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ <1>

<1> Здесь и далее в этой главе в качестве родового понятия для обозначения судебных решений, определений, приказов и постановлений будет использоваться термин "судебные акты".

§ 1. Общая характеристика доказывания при проверке и пересмотре судебных актов в гражданском и арбитражном процессах, административном судопроизводстве

Судебное доказывание, являясь универсальной формой установления обстоятельств, имеющих значение для рассмотрения и разрешения дела, имеет свою специфику на стадиях проверки и пересмотра судебных актов <1>.

<1> О соотношении и отличиях проверки и пересмотра судебных актов см. подробнее: Борисова Е.А. Проверка судебных актов по гражданским делам. М., 2005. С. 58, 65 - 66.

И.В. Решетникова, давая общую характеристику доказывания на этих стадиях, пишет, что оно "проявляется в нескольких сферах:

1) доказывание как процедура при пересмотре судебного постановления. Здесь имеется и предмет доказывания, и обязанность по доказыванию, и оценка доказательств, и пр.;

2) доказывание в форме обоснования наличия установленного законом основания для отмены судебных постановлений" <1>.

<1> См.: Решетникова И.В. Доказывание в гражданском процессе: Учебно-практическое пособие для магистров. М., 2013. С. 349.

Указанная характеристика, как представляется, не в полной мере отражает специфику доказывания при проверке и пересмотре судебных актов. В первом случае автором сделан акцент на практической стороне доказательственной деятельности; во втором - на логической.

На специфику доказывания на стадиях проверки и пересмотра судебных актов оказывает влияние ряд факторов, среди которых в первую очередь необходимо выделить его **цель**.

В качестве таковой при проверке судебных актов в апелляционном, кассационном, надзорном порядках выступает, по мнению Л.А. Тереховой, выявление судебной ошибки <1>. Представляется, однако, что это слишком широкий подход к цели доказывания при проверке судебных актов. Судебная ошибка может быть связана в том числе с неправильным применением судом норм материального права,

а указанная деятельность понятием доказывания не охватывается и представляет собой юридическую квалификацию установленных отношений. Более правильно считать целью доказывания в судах проверочных инстанций **установление обстоятельств, свидетельствующих о допущенной судебной ошибке.**

<1> См.: Терехова Л.А. Система пересмотра судебных актов в механизме судебной защиты. М., 2007. С. 152 - 153.

Доказывание при пересмотре судебных актов по вновь открывшимся или новым обстоятельствам нацелено не на установление указанных выше фактов, а на выявление таких обстоятельств, которые оказывают существенное влияние на вынесенный судом по делу акт <1>.

<1> В процессуальной литературе высказано мнение, что необходимость существования данного вида пересмотра обусловлена особым характером судебной ошибки, допущенной при рассмотрении дела. Эта ошибка носит объективный характер и связана с появлением вновь открывшихся обстоятельств. См., в частности: Осокина Г.Л. Гражданский процесс. Особенная часть. М., 2007. С. 731 - 732.

В зависимости от стадии проверки и пересмотра судебных актов различается и состав **субъектов доказывания**. Применительно к проверочной деятельности вышестоящих инстанций в литературе обращается внимание на большую активность суда в процессе доказывания <1>.

<1> См., например: Терехова Л.А. Система пересмотра судебных актов в механизме судебной защиты. С. 155 - 156.

Свою специфику имеет круг юридически значимых **обстоятельств, подлежащих установлению** при проверке и пересмотре судебных актов. По своему характеру и последствиям эти обстоятельства могут быть разделены на две группы:

1) **процессуальные факты, не связанные с основаниями для отмены (изменения) судебного акта.** К ним относятся обстоятельства, влияющие на производство в соответствующей стадии, вызывающие необходимость совершения определенных процессуальных действий, не затрагивающих юридическую судьбу принятого судебного акта;

2) **факты, свидетельствующие о наличии оснований для отмены (изменения) судебного акта.** По своей природе эти обстоятельства могут носить как процессуальный, так и материально-правовой характер.

Специфика отдельных элементов судебного доказывания (указания заинтересованных лиц на доказательства, представления и раскрытия доказательств, их собирания и истребования, фиксации и исследования доказательств, их оценки) на соответствующей стадии определяется особенностями производства, установленными процессуальным законодательством. В зависимости от вида проверки или пересмотра судебных актов некоторые элементы доказывания могут отсутствовать, другие - обладать спецификой по сравнению с их проявлением в ходе осуществления доказательственной деятельности в суде первой инстанции.

§ 2. Доказывание в судах апелляционной инстанции

1. Цель и субъекты доказывания в судах апелляционной инстанции

Порядок производства на данной стадии регламентирован гл. 39 ГПК РФ, гл. 34 АПК РФ и гл. 34 КАС РФ.

В определенный исторический период вопрос о возможности осуществления доказывания при проверке не вступивших в законную силу судебных постановлений являлся предметом дискуссий в процессуальной литературе <1>.

<1> В числе современных работ, в которых затрагиваются проблемы апелляционного производства и особенности доказывания на данной стадии, можно назвать: Боннер А.Т. Установление обстоятельств гражданских дел. М., 2000; Борисова Е.А. Апелляция в гражданском (арбитражном) процессе. М., 2008; Она же. Проверка судебных актов по гражданским делам; Терехова Л.А. Система пересмотра судебных актов в механизме судебной защиты; Тимофеев Ю.А. Полномочия суда второй инстанции в гражданском процессе: современные проблемы. М., 2008; Пацация М.Ш. Процессуальная деятельность проверочных инстанций арбитражного суда. Проблемы эффективности. М., 2008; Апелляция, кассация, надзор: новеллы ГПК РФ, УПК РФ. Первый опыт критического осмысления / Под общ. ред. Н.А. Колоколова. М., 2011.

Так, П.П. Гуреев, И.М. Зайцев полагали, что суд второй инстанции проверяет только результаты доказательственной деятельности нижестоящего суда, однако сам доказывание не осуществляет <1>.

<1> См.: Курс советского гражданского процессуального права: В 2 т. М., 1981. Т. 1. С. 343, 357 - 358; Зайцев И.М. Процессуальные функции гражданского судопроизводства. Саратов, 1990. С. 95, 99.

В.М. Жуйков допускал возможность судебного доказывания в ходе проверки не вступивших в законную силу постановлений в двух случаях: на основании имеющихся в деле доказательств - путем дачи им другой оценки с целью установления иных обстоятельств; на основании новых дополнительно представленных доказательств - в исключительных случаях, когда они не могли быть представлены в суд первой инстанции <1>.

<1> Жуйков В.М. О новеллах в гражданском процессуальном праве (комментарий российского законодательства). М., 1996. С. 6.

Н.А. Рассахатская считала, что институт доказывания в суде кассационной инстанции применяется не всегда, так как "необходимость в доказательственной деятельности возникает прежде всего в случае непосредственного участия сторон и других лиц, поскольку объяснения явившихся в судебное заседание лиц представляют не что иное, как одно из средств доказывания" <1>.

<1> Рассахатская Н.А. Гражданская процессуальная форма. Саратов, 1998. С. 61.

Другие авторы отмечали, что доказывание в гражданском процессе осуществляется не только при рассмотрении дела по существу, но и при пересмотре судебных постановлений <1>.

<1> Царев М.И. Доказывание в суде второй инстанции в советском гражданском процессе: Дис. ... канд. юрид. наук. Л., 1955. С. 99; Фокина М.А. Принципы доказывания в гражданском судопроизводстве // Теоретические и прикладные проблемы реформы гражданской юрисдикции: Межвуз. сб. науч. тр. Екатеринбург, 1998. С. 114; Звягинцева Л.М., Плюхина М.А., Решетникова И.В. Доказывание в судебной практике по гражданским делам. М., 1999. С. 55.

Произошедшее реформирование производства в суде второй инстанции, наделение его чертами полной апелляции <1>, а также существующая судебная практика позволяют однозначно утверждать о том, что доказывание при проверке судебного акта апелляционной инстанцией осуществляется. Его специфика в первую очередь определяется особой **целью**, заключающейся в установлении

обстоятельств, свидетельствующих о допущенной судом первой инстанции ошибке, выразившейся в принятии необоснованного и незаконного решения или определения.

<1> О сущности полной и неполной апелляции, преимуществах и недостатках каждого из видов апелляционного производства см. подробнее: Борисова Е.А. Апелляция в гражданском (арбитражном) процессе. С. 59 - 82.

Проверка осуществляется судами апелляционной инстанции, компетенция которых устанавливается ст. 320.1 ГПК РФ, ст. 258 АПК РФ, ст. 296 КАС РФ. Как правильно отмечает Л.А. Терехова, "в достижении поставленной цели - выявлении возможных судебных ошибок - контролирующий суд должен играть активную роль, в чем и проявляется специфика доказывания судебной ошибки" <1>. Применительно к апелляционному производству необходимо отметить, что среди всех способов проверки судебных актов активная роль суда второй инстанции наиболее ярко выражена. Это проявляется прежде всего в полномочиях по определению подлежащих установлению по делу обстоятельств, в возможности исследования имеющихся в деле, а также дополнительно представленных доказательств и установления на этой основе новых фактов и др.

<1> См.: Терехова Л.А. Система пересмотра судебных актов в механизме судебной защиты. С. 156.

К числу **субъектов доказывания** в суде апелляционной инстанции относится прежде всего лицо, наделенное правом подачи апелляционной жалобы (представления) <1>. В таком качестве могут выступать субъекты, перечисленные в ч. ч. 2, 3 ст. 320 ГПК РФ, ч. 1 ст. 257 АПК РФ, ч. 2 ст. 295 КАС РФ. На указанных лиц возлагается обязанность доказывания тех фактов, на которые они ссылаются. Причем это могут быть не только обстоятельства, свидетельствующие о наличии оснований для отмены (изменения) судебного акта, но и различного рода процессуальные факты (в том числе вспомогательного характера), влияющие на решение определенных вопросов, касающихся движения дела в суде апелляционной инстанции или вызывающие необходимость совершения определенных процессуальных действий. Например, обязанность доказать наличие обстоятельств, препятствовавших лицу, ссылающемуся на дополнительные доказательства, представить их в суд первой инстанции, возлагается на это лицо.

<1> Здесь и далее в данной главе, если представление является формой обращения в суд в соответствующем процессе и не имеет существенных отличий по сравнению с жалобой или заявлением о пересмотре по вновь открывшимся или новым обстоятельствам, во всех случаях, когда речь будет идти о жалобе, заявлении, подразумевается и представление.

Право опровержения фактов, указанных субъектом, обратившимся с апелляционной жалобой, предоставляется иным лицам, участвующим в деле. Кроме того, они не лишаются права ссылаться на обстоятельства и представлять доказательства в подтверждение своих возражений.

В связи с этим следует отметить, что согласно ч. 4 ст. 268 АПК РФ обстоятельства дела, которые признаны, удостоверены лицами, участвующими в деле, в порядке, установленном ст. 70, и приняты арбитражным судом первой инстанции, не проверяются апелляционным судом. Соответственно в отношении данных фактов доказывание не осуществляется <1>.

<1> См. подробнее об этом: Морозова А.С. Пределы рассмотрения дела арбитражным апелляционным судом и его полномочия: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2015. С. 24.

Поскольку право признать факт общеизвестным принадлежит также вышестоящему суду <1>, лица, участвующие в деле, освобождаются от обязанности доказывания таких фактов.

<1> См.: Треушников М.К. Судебные доказательства. М., 2004. С. 27.

2. Обстоятельства, подлежащие установлению в судах апелляционной инстанции

Процессуальные факты, не связанные с основаниями для отмены (изменения) судебного решения. Проверка наличия необходимых условий для возникновения апелляционного производства осуществляется судьей при решении вопроса о принятии апелляционной жалобы. Отсутствие таких условий в зависимости от допущенного лицом, подающим жалобу, нарушения влечет либо оставление жалобы без движения (ст. 323 ГПК РФ, ст. 263 АПК РФ, ст. 300 КАС РФ), либо ее возвращение (ст. 324 ГПК РФ, ст. 264 АПК РФ, ст. 301 КАС РФ). Указанные вопросы решаются судьей единолично при принятии жалобы, в этом процессе заинтересованные лица не задействованы, соответственно на данном этапе доказывание в полной мере (в форме исследования доказательств) не осуществляется.

Вместе с тем отсутствие необходимых условий для возникновения апелляционного производства может быть установлено после принятия жалобы. В частности, лица, участвующие в деле, наделены правом подачи возражений (ч. 2 ст. 325 ГПК РФ, ч. 3 ст. 302 КАС РФ), отзывают (ст. 262 АПК РФ) на апелляционную жалобу. Возражения, изложенные в соответствующем документе, могут касаться опровержения фактов, свидетельствующих о правомерности принятия апелляционной жалобы. Установление обстоятельств, свидетельствующих об отсутствии необходимых условий для принятия жалобы, осуществляется с учетом поступивших возражений на основе материалов дела и в зависимости от вида процесса может повлечь различные последствия.

Так, ч. 4 ст. 328 ГПК РФ предусматривает оставление апелляционной жалобы без рассмотрения по существу, если был пропущен срок на апелляционное обжалование и не решен вопрос о восстановлении этого срока. Однако Пленум Верховного Суда РФ в п. 40 Постановления от 19 июня 2012 г. N 13 "О применении судами норм гражданского процессуального законодательства, регламентирующего производство в суде апелляционной инстанции" допустил возможность применения ч. 4 ст. 328 ГПК РФ и к другим случаям выявления обстоятельств, свидетельствующих об отсутствии условий для возникновения апелляционного производства, например, когда при рассмотрении дела в суде апелляционной инстанции будет установлено, что апелляционная жалоба не отвечает требованиям ч. 3 ст. 322 ГПК РФ, и в суде второй инстанции отсутствует возможность устранения имеющихся недостатков.

АПК РФ в случае установления в ходе производства по апелляционной жалобе фактов, свидетельствующих об отсутствии соответствующих условий, не предусматривает какого-либо специального полномочия апелляционного суда. Однако позиция Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ, выраженная в Постановлении от 28 мая 2009 г. N 36 "О применении Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при рассмотрении дел в арбитражном суде апелляционной инстанции" <1>, сводится к тому, что в указанных ситуациях применительно к п. 1 ч. 1 ст. 150 АПК РФ производство по жалобе подлежит прекращению (п. п. 2, 4, 17). Если будет установлено, что жалоба не подписана, или возникнут сомнения в наличии у лица, подписавшего жалобу, права на ее подписание, суд апелляционной инстанции предлагает заявителю представить доказательства наличия у такого лица полномочий или последующего одобрения заявителем действий лица, подписавшего жалобу и при непредставлении таких доказательств оставляет жалобу без рассмотрения на основании ч. 7 ст. 148 АПК РФ (п. 21).

<1> Вестник ВАС РФ. 2009. N 8.

Что касается КАС РФ, то при выявлении судом второй инстанции обстоятельств, свидетельствующих об отсутствии условий для апелляционного производства (ч. 1 ст. 301), жалоба подлежит оставлению без рассмотрения по существу по ч. 5 ст. 309.

Во всех указанных выше случаях установление фактов процессуального характера, выступающих условиями для возникновения апелляционного производства, осуществляется в процессе судебного доказывания в суде второй инстанции.

Важное влияние на ход рассмотрения апелляционной жалобы в арбитражных судах, а также по

гражданским делам в судах общей юрисдикции оказывают те обстоятельства процессуального характера, которые являются так называемыми безусловными основаниями для отмены судебного решения (ч. 4 ст. 330 ГПК РФ, ч. 4 ст. 270 АПК РФ).

Во-первых, наличие указанных обстоятельств проверяется судом по собственной инициативе независимо от доводов, содержащихся в жалобе (ч. 3 ст. 327.1 ГПК РФ, ч. 6 ст. 268 АПК РФ), что является проявлением активной роли апелляционной инстанции.

Во-вторых, установление данных обстоятельств апелляционным судом влечет отмену судебного решения и переход к рассмотрению дела по правилам производства в первой инстанции без учета установленных для апелляционной проверки особенностей (ч. 5 ст. 330 ГПК РФ, ч. 6.1 ст. 268 АПК РФ) <1>.

<1> Разъяснения относительно применения указанных положений содержатся в п. п. 32 - 33 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 19 июня 2012 г. N 13, п. п. 27 - 30 Постановления Пленума ВАС РФ от 28 мая 2009 г. N 36 // СПС "КонсультантПлюс".

Среди процессуальных обстоятельств, установление которых судом второй инстанции не влияет на юридическую судьбу оспариваемого решения, можно выделить особую группу фактов. Будучи выявлены апелляционным судом, они влекут различные правовые последствия: отложение судебного разбирательства, приостановление производства по делу, прекращение производства по апелляционной жалобе, применение мер предварительной защиты и (или) приостановление исполнения судебного решения судом второй инстанции в административном судопроизводстве (ч. 1 ст. 306 КАС РФ) и др.

Например, согласно п. 80 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27 сентября 2016 г. N 36 вопросы о применении мер предварительной защиты и (или) о приостановлении исполнения судебного решения могут быть решены судьей, осуществляющим подготовку административного дела к рассмотрению в суде апелляционной инстанции, как по ходатайству лиц, участвующих в деле, доказавших основания совершения соответствующих процессуальных действий, так и по собственной инициативе. В соответствии с ч. 2 ст. 265 АПК РФ установление в апелляционной жалобе факта наличия новых требований, которые не были предметом рассмотрения в арбитражном суде первой инстанции, принявшем обжалуемое решение, влечет прекращение судом производства по апелляционной жалобе в части этих требований.

Обстоятельства, свидетельствующие о наличии оснований для отмены (изменения) судебного решения. Это могут быть факты как материально-правового, так и процессуального характера. Как было указано в § 1 настоящего раздела, не любые основания для отмены (изменения) решения, предусмотренные ч. ч. 1 - 4 ст. 330 ГПК РФ, ч. ч. 1 - 4 ст. 270 АПК РФ, ч. ч. 1 - 4 ст. 310 КАС РФ, подлежат установлению в процессе судебного доказывания. Стоит отметить, что в ряде случаев выявление наличия соответствующего основания (например, несоответствия выводов суда обстоятельствам дела) требует проверки в процессе доказывания в апелляционном суде правильности установления определенных обстоятельств судом первой инстанции.

Не вдаваясь в различия в подходах, отраженных в процессуальных законах применительно к отдельным основаниям, отметим, что для целей судебного доказывания в данном случае большее значение имеет правовая природа факта, подлежащего установлению.

В числе оснований, связанных с необоснованностью судебного решения, выделяются:

- 1) неправильное определение обстоятельств, имеющих значение для дела;
- 2) недоказанность определенных судом обстоятельств, имеющих значение для дела;
- 3) несоответствие выводов суда первой инстанции, изложенных в решении, обстоятельствам дела.

Среди перечисленных оснований доказывание фактов материально-правового характера в апелляционном суде может быть связано с двумя первыми нарушениями. Это подтверждается, например,

позицией Пленума Верховного Суда РФ, изложенной в п. 29 Постановления от 19 июня 2012 г. N 13, согласно которому если судом первой инстанции неправильно определены обстоятельства, имеющие значение для дела, то апелляционному суду следует поставить на обсуждение вопрос о представлении лицами, участвующими в деле, дополнительных (новых) доказательств и при необходимости по их ходатайству оказать им содействие в собирании и истребовании таких доказательств. Суду апелляционной инстанции также следует предложить лицам, участвующим в деле, представить дополнительные (новые) доказательства, если в нижестоящем суде не доказаны обстоятельства, имеющие значение для дела, в том числе по причине неправильного распределения обязанности доказывания.

В чистом виде проверка соответствия выводов, изложенных в решении, обстоятельствам дела предполагает исключительно логический анализ заключений, сделанных об определенных судом фактах. Однако такая проверка в ряде случаев сопряжена с установлением доказанности обстоятельств дела в суде первой инстанции.

Судебная практика. Районный суд отказал истцу в удовлетворении требований, вытекавших из договора займа, по мотивам пропуска срока исковой давности без уважительных причин. Суд апелляционной инстанции отменил это решение по мотивам несоответствия выводов суда установленным обстоятельствам, поскольку в материалах дела имелись выписные эпикризы, подтверждавшие уважительность причин пропуска срока исковой давности. Кроме того, районным судом не была изучена надлежащим образом расписка, в которой срок возврата суммы займа не был предусмотрен, что означало исчисление срока давности с момента предъявления требования о возврате <1>.

<1> Апелляционное определение Курганского областного суда от 7 мая 2014 г. по делу N 33-1119/2014 // СПС "КонсультантПлюс".

Для установления недоказанности определенных судом обстоятельств, имеющих значение для дела, может потребоваться исследование фактов процессуального характера, свидетельствующих, например, об использовании при рассмотрении дела недопустимых, недостоверных или недостаточных доказательств.

Судебная практика. Апелляционный суд отменил решение нижестоящего суда в спорной части и отказал истцу в удовлетворении требований о взыскании с причинителя вреда упущенной выгоды по мотивам ее недоказанности. Суд первой инстанции посчитал, что истцом представлены доказательства, подтверждающие причинно-следственную связь между ДТП и вынужденным простоем автомобиля истца, в результате которого он был лишен возможности сдавать автомобиль в аренду и получать доход. Апелляционная инстанция не согласилась с этим выводом, указав, что сам по себе договор аренды и расписки в получении арендатором от истца денежных средств бесспорно не подтверждают факт несения истцом по вине ответчика убытков в виде упущенной выгоды на заявленную сумму. Истцом не представлено письменных доказательств, подтверждающих факт реального исполнения договора аренды и передачи им арендатору права пользования автомобилем (доверенности на управление автомобилем, полиса обязательного страхования гражданской ответственности), тогда как данное обстоятельство является юридически значимым. В итоге вышестоящим судом был сделан вывод, что истцом не представлены в суд доказательства того обстоятельства, что до ДТП договор аренды между его сторонами действительно исполнялся, истец получал от его исполнения доход и возможность получения истцом прибыли существовала реально <1>.

<1> Апелляционное определение Рязанского областного суда от 2 апреля 2014 г. N 33-651 // СПС "КонсультантПлюс".

Следующая группа оснований для отмены (изменения) решения связана с различными формами неправильного применения норм материального права. Взятые сами по себе, они не требуют, как отмечалось в § 1 настоящего раздела, выявления в процессе судебного доказывания. Однако если

неправильное применение нормы материального права явилось следствием неверного установления обстоятельств дела, тогда судебное доказывание необходимо для определения ошибок в установлении фактических обстоятельств дела.

Что касается установления фактов, свидетельствующих о допущенном так называемом условном нарушении или неправильном применении норм процессуального права, то их доказывание неразрывно связано с оценкой того, как они привели или могли привести к неправильному разрешению дела. Так, согласно разъяснениям, содержащимся в п. 39 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 19 июня 2012 г. N 13, нарушение или неправильное применение судом первой инстанции норм процессуального права, которое привело или могло привести к принятию неправильного решения (ч. 3 ст. 330 ГПК РФ), устанавливается судом апелляционной инстанции в каждом конкретном случае исходя из фактических обстоятельств дела и содержания доводов апелляционной жалобы.

Доказывание фактов процессуального характера, связанных с безусловными основаниями для отмены решения, не требует оценки их существенности, поскольку они всегда являются таковыми.

3. Специфика отдельных элементов доказывания в судах апелляционной инстанции

Л.А. Терехова, выделяя отличия процесса доказывания судебной ошибки в суде второй инстанции от обычного процесса доказывания, обращает внимание на то, что проверка судебного акта в таком случае предполагает:

"1) первичную доказательственную деятельность в отношении вновь представленных доказательств, включая установление факта невозможности представления доказательств в суд первой инстанции;

2) контрольное доказывание в отношении имеющихся в деле доказательств с качественной и количественной сторон, а также соблюдение правил доказывания;

3) первичную доказательственную деятельность в отношении некоторых письменных доказательств (акты, протоколы), доводов жалоб (представлений) и отзывов на них;

4) совмещение результатов проведенного и первичного доказывания и уяснение судебной ошибки (ее отсутствия)" <1>.

<1> См.: Терехова Л.А. Система пересмотра судебных актов в механизме судебной защиты. С. 176.

Указанный автор, безусловно, права в том, что установление имеющих значение для дела обстоятельств в суде второй инстанции построено на сочетании процессов первичного и контрольного доказывания. Однако представляется, что совмещение результатов этих процессов и уяснение судебной ошибки (ее отсутствия) представляют собой исключительно мыслительный процесс и находятся за пределами доказывания как логико-практической деятельности.

Переходя к характеристике отдельных элементов доказывания, необходимо отметить, что на этапе **указания заинтересованных лиц на доказательства** лицо, подающее апелляционную жалобу, должно сослаться в ней на основания, по которым решение обжалуется (ст. 322 ГПК РФ, ст. 260 АПК РФ, ст. 299 КАС РФ).

Вместе с тем в жалобе допустимы ссылки на новые (дополнительные) доказательства <1>. Они могут содержать в себе сведения как об обстоятельствах материально-правового, так и процессуального характера. И хотя только в ч. 2 ст. 322 ГПК РФ указано, что ссылка лица, подающего апелляционную жалобу, на новые доказательства, которые не были представлены в суд первой инстанции, допускается только в случае обоснования в жалобе, что эти доказательства невозможно было представить в данный суд, такая ссылка допускается и в арбитражном суде апелляционной инстанции (ч. 2 ст. 268 АПК РФ, п. 26 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 28 мая 2009 г. N 36), и при подаче апелляционной жалобы на решение по административному делу (ч. 2 ст. 308 КАС РФ). Пленум Верховного Суда РФ в п. 12 Постановления от 19 июня 2012 г. N 13 сделал исключение в этом отношении

для не привлеченных к участию в деле лиц, вопрос о правах и обязанностях которых разрешен судом. Они вправе в апелляционной жалобе ссылаться на любые дополнительные (новые) доказательства, которые не были предметом исследования и оценки в суде первой инстанции, поскольку такие лица были лишены возможности реализовать свои процессуальные права и обязанности при рассмотрении дела в суде первой инстанции.

<1> О новых (дополнительных) доказательствах в суде второй инстанции и принципе концентрации см. подробнее: Борисова Е.А. Апелляция в гражданском (арбитражном) процессе. С. 93 - 118; Она же. Проверка судебных актов по гражданским делам. С. 114 - 129; Терехова Л.А. Система пересмотра судебных актов в механизме судебной защиты. С. 186 - 196.

Представление доказательств как этап доказывания в апелляционном суде касается только дополнительных (новых) доказательств, поскольку исследованные судом первой инстанции доказательства содержатся в материалах дела. Представляемые доказательства должны быть относимыми и допустимыми. Необходимо отметить, что рассмотренные выше ограничения на представление дополнительных (новых) доказательств в апелляционный суд в гражданском и арбитражном процессе снимаются в случае перехода к рассмотрению дела по правилам производства в суде первой инстанции.

При этом с учетом особенностей упрощенного производства ГПК РФ (ч. 2 ст. 335.1) и АПК РФ (ч. 2 ст. 272.1) содержат в качестве общего правила запрет на представление дополнительных доказательств при проверке решений, вынесенных по таким делам. Из данного правила существуют исключения. Так, в гражданском процессе допускается представление дополнительных доказательств по делам, рассмотренным в порядке упрощенного производства, если они необоснованно не были приняты судом первой инстанции, а в арбитражном - если суд перешел к рассмотрению дела по правилам производства в первой инстанции <1>. Следует отметить, что рассмотренный выше запрет касается представления дополнительных доказательств в подтверждение фактов материально-правового характера. Это обусловлено особенностями упрощенного производства в гражданском и арбитражном процессе. Дополнительные доказательства, обосновывающие наличие процессуальных фактов, установление которых влечет отмену (изменение) судебного решения, могут быть представлены при соблюдении общих условий.

<1> Представляется, что указанный случай служит основанием снятия ограничений на представление дополнительных доказательств и в гражданском процессе.

Если в апелляционной жалобе заявлено ходатайство о восстановлении пропущенного срока на ее подачу, либо соответствующее заявление приложено к жалобе, заявителю необходимо представить доказательства, подтверждающие уважительность причин пропуска срока. Состав этих доказательств определяется с учетом конкретной причины <1>.

<1> При оценке уважительности причин пропуска срока на апелляционное обжалование и соответственно определении доказательств, представляемых в подтверждение указанных причин, можно руководствоваться разъяснениями, содержащимися в абз. 3 - 6 п. 8 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 19 июня 2012 г. N 13; абз. 2 - 4 п. 14 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 28 мая 2009 г. N 36 // СПС "КонсультантПлюс".

Согласно п. 4 ч. 4 ст. 260 АПК РФ допускается представление документов, прилагаемых к апелляционной жалобе, в электронном виде. Жалоба может быть подана посредством заполнения формы, размещенной на официальном сайте суда в сети Интернет (ч. 1 ст. 260 АПК РФ, ч. 7 ст. 299 КАС РФ). Положения гл. 39 ГПК РФ не содержат специальных указаний на этот счет.

Раскрытие доказательств в большей степени проявляется при обращении с жалобой в

арбитражный суд апелляционной инстанции. Так, согласно ч. 3 ст. 260 АПК РФ лицо, подающее апелляционную жалобу, обязано направить другим лицам, участвующим в деле, копии жалобы и прилагаемых к ней документов, которые у них отсутствуют, заказным письмом с уведомлением о вручении либо вручить их другим лицам, участвующим в деле, или их представителям лично под расписку. Последствием несоблюдения указанной обязанности будет оставление жалобы без движения (ст. 263 АПК РФ). Участвующие в деле лица в соответствии со ст. 262 АПК РФ направляют отзыв на апелляционную жалобу с приложением документов, подтверждающих возражения относительно жалобы, в срок, обеспечивающий возможность ознакомления с ним до начала судебного заседания, другим лицам, участвующим в деле, и в арбитражный суд. Допускается направление отзыва в суд посредством заполнения формы в сети Интернет и представление прилагаемых к нему документов в электронном виде. Однако приведенные положения свидетельствуют о том, что направление отзыва на жалобу - право, а не обязанность участвующих в деле лиц, поскольку АПК РФ не устанавливает ни последствий непредставления отзыва, ни последствий нарушения срока его представления.

В меньшей степени правила раскрытия доказательств при обращении с апелляционной жалобой выражены в административном судопроизводстве (ч. ч. 5 - 6 ст. 299 КАС РФ). Для лиц, не обладающих государственными или иными публичными полномочиями, направление другим лицам, участвующим в деле, копии апелляционной жалобы и приложенных к ней документов, которые у них отсутствуют, является правом. В случае если лицо, подающее жалобу, этим правом не воспользовалось, жалоба и приложенные к ней документы представляются в суд с копиями по числу лиц, участвующих в деле. Согласно ч. 1 ст. 302 КАС РФ в этом случае направление жалобы и приложенных к ней копий осуществляется судом первой инстанции.

На лиц, обладающих государственными или иными публичными полномочиями, возложена обязанность направления жалобы и приложенных к ней документов другим лицам, участвующим в деле. Последствием неисполнения указанной обязанности будет оставление жалобы без движения (ст. 300 КАС РФ).

Что касается лиц, которым была направлена жалоба и приложенные к ней документы, то они вправе представить в суд первой инстанции возражения в письменной форме относительно жалобы с приложением документов, подтверждающих эти возражения, и их копий, количество которых соответствует числу лиц, участвующих в деле (ч. 3 ст. 302 КАС РФ).

В ГПК РФ правила раскрытия доказательств при обращении в суд апелляционной инстанции практически отсутствуют, поскольку законом на лицо, подающее жалобу, возлагается обязанность представить ее и приложенные документы в суд с копиями по числу лиц, участвующих в деле (ч. 5 ст. 322). Суд первой инстанции обязан направить указанные документы другим участвующим в деле лицам (ч. 1 ст. 325 ГПК РФ) <1>, которые вправе представить свои возражения, с приложением документов, их подтверждающих (ч. 2 ст. 325 ГПК РФ).

<1> В этом случае разумный срок для представления возражений назначается судьей в соответствующем сопроводительном письме (абз. 3 п. 15 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 19 июня 2012 г. N 13).

Собирание и истребование доказательств. Ряд подготовительных действий, не являющихся собиранием доказательств, а направленных на своеобразное аккумулирование доказательственного материала по делу, по которому было вынесено обжалуемое решение, в гражданском процессе и административном судопроизводстве совершается судом первой инстанции (ст. 325 ГПК РФ, ст. 302 КАС РФ). Этот суд не вправе в ходе осуществления вышеуказанной деятельности давать оценку характеру причин невозможности представления дополнительных (новых) доказательств.

Собственно, подготовка дела как этап производства в суде второй инстанции выделяется только КАС РФ (ст. 306). На этом этапе апелляционный суд вправе по своей инициативе или по просьбе лиц, подавших жалобу, истребовать необходимые доказательства в порядке, установленном ст. 63 КАС РФ. Как указано в п. 78 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27 сентября 2016 г. N 36, суд апелляционной инстанции вправе отказать лицу, участвующему в деле, в удовлетворении ходатайства о

приобщении или об истребовании дополнительных доказательств, только если судом установлено, что непредставление этих доказательств в первой инстанции было направлено на затягивание рассмотрения дела или являлось иным злоупотреблением процессуальными правами. В случае если доказательства были необходимы для принятия законного и обоснованного решения и в связи с этим подлежали истребованию судом первой инстанции по своей инициативе независимо от волеизъявления участников спора, при решении на стадии производства по делу в суде апелляционной инстанции вопроса об их приобщении или истребовании не имеет значения, могли ли данные доказательства быть представлены лицами, участвующими в деле, в суд первой инстанции.

На проведение подготовки при производстве в апелляционной инстанции судов общей юрисдикции указывается в п. 17 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 19 июня 2012 г. N 13. В случае необходимости об этом может быть вынесено определение, содержащее указание на те процессуальные действия, которые намерен совершить суд апелляционной инстанции, а также на действия, которые надлежит совершить лицам, участвующим в деле, и сроки их совершения. Однако дальнейшие разъяснения касаются иных процессуальных вопросов, не связанных с собиранием и истребованием доказательств. Такие действия допускаются Пленумом, если подготовка дела к судебному разбирательству была назначена в связи с переходом к рассмотрению дела по правилам производства в суде первой инстанции (п. 32). В подобной ситуации допускается вызов свидетелей, оказание содействия лицам, участвующим в деле, в собирании и истребовании доказательств, назначение экспертизы, направление судебного поручения и т.п.

Положения гл. 34 АПК РФ также не содержат прямого указания на необходимость проведения подготовки дела к судебному разбирательству и не определяют ее содержание. Косвенно об этом свидетельствует ч. 1 ст. 267 АПК РФ. Пленум Высшего Арбитражного Суда РФ в Постановлении от 28 мая 2009 г. N 36 допускает проведение подготовки в случае перехода к рассмотрению дела по правилам производства в суде первой инстанции (п. 30). В рамках этого этапа возможны собирание и истребование дополнительных доказательств.

Фиксация и исследование доказательств в суде апелляционной инстанции происходят в судебном заседании, обязательным условием проведения которого является извещение участвующих в деле лиц (ч. 1 ст. 327 ГПК РФ, ч. ч. 2 - 3 ст. 261 АПК РФ, ч. 2 ст. 306 КАС РФ), объяснения которых в случае их явки заслушиваются судом. Отступления от этого правила допускаются в гражданском и арбитражном процессе при рассмотрении апелляционных жалоб на решения суда, вынесенные в порядке упрощенного производства. Как было отмечено выше, в этом случае дополнительные доказательства в подтверждение материально-правовых фактов по общему правилу не представляются и изучению судьей подлежат только материалы дела. Однако с учетом характера и сложности дела, доводов жалобы и возражений участвующие в деле лица могут быть вызваны в судебное заседание.

Особенности исследования доказательств в суде апелляционной инстанции определяются пределами его проверочной деятельности (ст. 327.1 ГПК РФ, ст. 268 АПК РФ, ст. 308 КАС РФ), характером самих доказательств (имеющиеся в деле либо дополнительные), порядком рассмотрения дела (с установленными для апелляционного суда ограничениями, либо без таковых - по правилам производства в суде первой инстанции).

Согласно ч. 1 ст. 327 ГПК РФ лица, участвующие в деле, их представители, а также свидетели, эксперты, специалисты, переводчики допускаются к участию в судебном заседании апелляционного суда путем использования систем видеоконференц-связи <1>. Главами 34 АПК РФ и 34 КАС РФ такая возможность прямо не предусмотрена, однако с учетом того, что жалоба рассматривается по правилам производства в суде первой инстанции и ограничений на использование видеоконференц-связи ч. 3 ст. 266 АПК РФ и ч. 9 ст. 307 КАС РФ не установлено, представляется допустимым применение такого способа получения необходимой информации.

<1> О проблемах использования видеоконференц-связи см.: Апелляция, кассация, надзор: новеллы ГПК РФ, УПК РФ. Первый опыт критического осмысления / Под общ. ред. Н.А. Колоколова. С. 144 - 150.

Построение самого процесса исследования доказательств в апелляционном суде зависит прежде

всего от их разновидности, а именно: относятся ли они к имеющимся в деле либо являются дополнительными (новыми).

Так, согласно ч. 3 ст. 327 ГПК РФ оглашение имеющихся в деле доказательств производится при наличии соответствующих ходатайств, а новые доказательства должны быть исследованы в любом случае. В соответствии с ч. 6 ст. 307 КАС РФ суд апелляционной инстанции по ходатайству лиц, участвующих в деле, или по собственной инициативе исследует имеющиеся в материалах дела и принятые им новые доказательства. В абз. 2 п. 79 Постановления от 27 сентября 2016 г. N 36 Пленум Верховного Суда РФ разъяснил, что оглашение апелляционным судом имеющихся в материалах дела письменных доказательств, заключений экспертов, воспроизведение аудио- и видеозаписей осуществляется при наличии необходимости в совершении соответствующих процессуальных действий.

Часть 1 ст. 288 АПК РФ предусматривает, что суд апелляционной инстанции повторно рассматривает дело по имеющимся в его материалах и дополнительно представленным доказательствам. Каких-либо разъяснений по поводу особенностей исследования имеющихся в деле доказательств Пленум Высшего Арбитражного Суда РФ в Постановлении от 28 мая 2009 г. N 36 не дает. Поэтому они подлежат оглашению при рассмотрении апелляционной жалобы.

Порядок исследования новых доказательств подчиняется общим правилам, установленным соответствующими положениями процессуальных законов.

Необходимо отметить, что апелляционным судом исследуются не только доказательства, содержащие сведения об обстоятельствах, связанных с основаниями для отмены (изменения) решения, но и такие, которые представлены (истребованы) в обоснование различных фактов процессуального характера, например, подтверждающие уважительность причины непредставления дополнительного доказательства в суд первой инстанции и др.

Ход исследования доказательств фиксируется в протоколе судебного заседания или в протоколе совершения отдельного процессуального действия (ч. 5 ст. 327 ГПК РФ, ч. 2 ст. 266 АПК РФ, ч. 8 ст. 307 КАС РФ).

Оценка исследованных судом апелляционной инстанции доказательств носит двуединый (проверочно-самостоятельный) характер <1>. Это означает, что, оценивая имеющиеся в деле доказательства, апелляционный суд будет проверять правильность их оценки судом первой инстанции. В отношении же дополнительно представленных доказательств оценка вышестоящего суда носит самостоятельный характер. Такой же будет и оценка доказательств, представленных в подтверждение процессуальных фактов, не связанных с основаниями для отмены (изменения) решения.

<1> Подробнее об оценке доказательств судом второй инстанции см.: Михайлов С.М. Оценка доказательств судом второй инстанции в гражданском судопроизводстве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2001. С. 20; Терехова Л.А. Система пересмотра судебных актов в механизме судебной защиты. С. 170 - 173.

Следует отметить, что в своем развитии оценка доказательств в суде апелляционной инстанции проходит предварительный и окончательный этапы <1>.

<1> О видах оценки доказательств в зависимости от этапа рассмотрения дела см.: Треушников М.К. Указ. соч. С. 144.

Фиксация результатов оценки доказательств, содержащих сведения об обстоятельствах, связанных с основаниями для отмены (изменения) решения, происходит в мотивировочной части постановления (определения), принимаемого по результатам рассмотрения апелляционной жалобы (ст. 329 ГПК РФ, ст. 271 АПК РФ, ст. 311 КАС РФ).

Результаты оценки доказательств в подтверждение процессуальных фактов, не связанных с основаниями для отмены (изменения) решения, фиксируются в определениях, например об отложении

судебного разбирательства. Сказанное не относится к случаям, когда установление фактов процессуального характера, являющихся в гражданском процессе и административном судопроизводстве условиями для возникновения апелляционного производства, влечет оставление апелляционной жалобы без рассмотрения по существу. Результаты оценки доказательств, содержащих сведения о данных фактах, фиксируются в итоговом судебном акте апелляционного суда.

4. Особенности доказывания при обжаловании определений суда первой инстанции

Указанные особенности состоят в следующем:

1) доказыванию подлежат только факты процессуального характера, поскольку объектом обжалования выступают определения суда первой инстанции, на которые могут быть поданы апелляционные (частные) жалобы (ч. 1 ст. 188 АПК РФ, ч. 1 ст. 331 ГПК РФ, ч. 1 ст. 313 КАС РФ);

2) по общему правилу исследование доказательств, представленных в подтверждение указанных фактов, в гражданском процессе осуществляется без извещения лиц, участвующих в деле; в административном судебном процессе - в порядке упрощенного (письменного) производства. Это правило не действует в случае обжалования указанных в законе определений (ч. 3 ст. 333 ГПК РФ, ч. 2 ст. 315 КАС РФ), а также тогда, когда с учетом характера и сложности разрешаемого процессуального вопроса, а также доводов частной жалобы суд апелляционной инстанции признал необходимым ее рассмотрение с участием заинтересованных лиц;

3) учитывая возможность рассмотрения частной жалобы в отсутствие лиц, участвующих в деле, в ГПК РФ закрепляются правила, направленные на обеспечение представления в суд письменных возражений на жалобу и подтверждающих их документов (ч. 2 ст. 333 ГПК РФ);

4) АПК РФ распространяет общие правила апелляционного производства и на порядок рассмотрения жалоб на определения суда первой инстанции. Только в случае, предусмотренном ч. 3 ст. 39 АПК РФ, исследование доказательств, свидетельствующих о фактах необоснованной передачи дела в другой суд, будет осуществляться без вызова сторон.

§ 3. Доказывание в судах кассационной и надзорной инстанций <1>

<1> О проблемах кассационного и надзорного производства, а также об отдельных вопросах, связанных с доказыванием на этих стадиях см., например: Терехова Л.А. Система пересмотра судебных актов в механизме судебной защиты; Она же. Надзорное производство в гражданском процессе: проблемы развития и совершенствования. М., 2009; Пацация М.Ш. Процессуальная деятельность проверочных инстанций арбитражного суда. Проблемы эффективности; Арсенов И.Г. Арбитражный процесс: Проблемы кассационного пересмотра. М., 2004; Кожемяко А.С. Кассационное производство в арбитражном суде: теория и практика. М., 2004; Апелляция, кассация, надзор: новеллы ГПК РФ, УПК РФ. Первый опыт критического осмысления / Под общ. ред. Н.А. Колоколова; Суд по интеллектуальным правам в системе органов государственной власти Российской Федерации / Под ред. И.А. Близнеца, Л.А. Новоселовой. М., 2015.

1. Доказывание при проверке вступивших в законную силу судебных актов в арбитражных судах округов и в Суде по интеллектуальным правам <1>

<1> Далее в этом параграфе, также - арбитражные кассационные суды.

1.1. Цель и субъекты доказывания при проверке вступивших в законную силу судебных актов в арбитражных кассационных

судах

Порядок производства по проверке вступивших в законную силу судебных актов в арбитражных кассационных судах регламентирован гл. 35 АПК РФ. По сути своей это первая кассация в арбитражном процессе.

Специфика доказательственной деятельности в арбитражных кассационных судах проявляется прежде всего в том, что ее **целью** выступает установление обстоятельств, свидетельствующих о допущенной арбитражными судами субъектов РФ, арбитражными апелляционными судами, Судом по интеллектуальным правам, выступавшим в качестве первой инстанции, а в ряде случаев - арбитражными судами округов, судебной ошибке, вызвавшей в принятии незаконного судебного акта.

Производство осуществляется либо в арбитражном суде округа, либо в Суде по интеллектуальным правам (ст. 274 АПК РФ). Полномочия арбитражного кассационного суда в процессе доказывания ограничены по сравнению с апелляционной инстанцией. Это в первую очередь обусловлено предметом и пределами проверки (ст. 286 АПК РФ), отсутствием законодательно закрепленного полномочия по исследованию дополнительных доказательств, представленных в подтверждение фактов материально-правового характера, невозможностью установления данных фактов. Проверка фактической стороны дела не исключается, но она осуществляется лишь в связи с необходимостью выявления нарушений закона <1>.

<1> Арсенов И.Г. Указ. соч. С. 111 - 115.

К числу **субъектов судебного доказывания** в арбитражных кассационных судах относятся лица, обладающие правом на обращение с кассационной жалобой (ч. ч. 1 и 2 ст. 273 АПК РФ), а также иные лица, участвующие в деле. Обязанность доказывания фактов, на которые указанные субъекты ссылаются в своих жалобах, отзывах, ходатайствах, распределяется по общим правилам.

1.2. Обстоятельства, подлежащие установлению в арбитражных кассационных судах

Процессуальные факты, не связанные с основаниями для отмены судебного акта. Проверка наличия необходимых условий для возникновения кассационного производства осуществляется судьей единолично при решении вопроса о принятии кассационной жалобы. Отсутствие таких условий в зависимости от допущенного лицом, подающим жалобу, нарушения, влечет либо оставление ее без движения (ст. 280 АПК РФ), либо возвращение жалобы (ст. 281 АПК РФ). Указанные вопросы решаются судьей единолично при принятии жалобы; в этом процессе заинтересованные лица не задействованы, соответственно судебное доказывание на данном этапе в полной мере (в форме исследования доказательств) не осуществляется.

Вместе с тем отсутствие необходимых условий для возникновения кассационного производства может быть установлено после принятия жалобы, в том числе на основании представленного на нее отзыва. АПК РФ в этих случаях не предусматривает никаких последствий.

Судебная практика. Некоторые арбитражные суды округов, установив отсутствие таких условий после принятия жалобы, например факт ее подачи неуправомоченным лицом, прекращают производство по кассационной жалобе применительно к п. 1 ч. 1 ст. 150 АПК РФ (Определение Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 21 января 2016 г. по делу N А43-11804/2015; Определение Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 13 января 2016 г. по делу N А32-14538/2015 <1>). В указанных ситуациях возможно также применение разъяснений, содержащихся в п. п. 2, 4, 17, 21 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 28 мая 2009 г. N 36.

<1> СПС "КонсультантПлюс".

Подтверждение (опровержение) после принятия жалобы фактов процессуального характера,

выступающих условиями для возникновения кассационного производства, осуществляется в ходе судебного доказывания в арбитражном кассационном суде.

Среди процессуальных обстоятельств, установление которых в кассационной инстанции не влияет на юридическую судьбу оспариваемого судебного акта, можно также выделить факты, влекущие различные правовые последствия: отложение судебного разбирательства в случае неявки в судебное заседание лица, подавшего кассационную жалобу, или других лиц, участвующих в деле, в отношении которых отсутствуют сведения об их надлежащем извещении, приостановление производства по делу <1> и др.

<1> О возможности и основаниях приостановления производства по делу арбитражным кассационным судом см. подробнее: Кожемяко А.С. Указ. соч. С. 118 - 121.

Обстоятельства, свидетельствующие о наличии оснований для отмены судебного акта. К числу оснований для отмены судебного акта в кассационной инстанции согласно ч. 1 ст. 288 АПК РФ отнесены: несоответствие выводов суда, содержащихся в решении, постановлении, фактическим обстоятельствам дела, установленным арбитражным судом первой и апелляционной инстанций, и имеющимся в деле доказательствам; нарушение либо неправильное применение норм материального права или норм процессуального права, конкретные формы проявления которых указаны в ч. ч. 2 - 4 данной статьи. При этом важным является одно из положений, закрепленных в ч. 2 ст. 287 АПК РФ, заключающееся в том, что кассационный суд не вправе устанавливать или считать доказанными обстоятельства, которые не были установлены в решении или постановлении либо были отвергнуты судом первой или апелляционной инстанции.

Приведенные положения свидетельствуют, что факты материально-правового характера, связанные с необоснованностью судебного акта, арбитражным кассационным судом не устанавливаются, доказывание в отношении этих обстоятельств не осуществляется. Деятельность суда по проверке соответствия выводов, содержащихся в обжалованном судебном акте, фактическим обстоятельствам дела, установленным арбитражным судом первой и апелляционной инстанций, и имеющимся доказательствам, является логическим процессом, опирающимся на материалы дела и доводы, изложенные в кассационной жалобе, отзыве на нее. Прав А.С. Кожемяко, который замечает, что в кассационном производстве в арбитражном суде "заметно преобладает состязательность в виде полемики по имеющимся уже доказательствам и материалам дела" <1>.

<1> Там же. С. 32.

Логическая деятельность имеет место и в случае проверки правильности применения норм материального права. Так, реализацию полномочия по отмене или изменению решения суда первой инстанции и (или) постановления суда апелляционной инстанции полностью или в части и принятию нового судебного акта п. 2 ч. 1 ст. 287 АПК РФ обуславливает установлением фактических обстоятельств дела судом первой и апелляционной инстанций на основании полного и всестороннего исследования имеющихся в деле доказательств.

Иное заключение можно сделать в отношении фактов процессуального характера, которые связаны с основаниями, указанными в ч. ч. 3 - 4 ст. 288 АПК РФ. Эти обстоятельства не были предметом исследования в нижестоящем суде, доказывание в отношении них не осуществлялось. Убедиться в наличии подобных фактов арбитражный кассационный суд может, только если они будут установлены, что требует исследования не только материалов дела, доводов, изложенных в кассационной жалобе и отзыве на нее, но и в ряде случаев дополнительных доказательств, о которых будет сказано далее.

Предметом деятельности арбитражного кассационного суда при проверке вступивших в законную силу решения арбитражного суда первой инстанции и постановления арбитражного суда апелляционной инстанции, принятых по делам, рассмотренным в порядке упрощенного производства (ч. 1 ст. 288.1 АПК РФ), является установление наличия только тех процессуальных фактов, которые связаны с основаниями, указанными в ч. 4 ст. 288 АПК РФ.

Что касается рассмотрения кассационной жалобы на судебный приказ, то среди оснований для его отмены названы существенные нарушения норм материального права и (или) норм процессуального права, которые повлекли на исход приказного производства и без устранения которых невозможны восстановление и защита нарушенных прав, свобод, законных интересов взыскателя или должника в делах приказного производства (ч. 4 ст. 288.1 АПК РФ). Таким образом, судебное доказывание при проверке законности судебного приказа возможно только лишь в отношении процессуальных фактов, связанных с основаниями, определенными в ч. ч. 3 - 4 ст. 288 АПК РФ.

1.3. Специфика отдельных элементов доказывания в арбитражных кассационных судах

По мнению Л.А. Тереховой, доказывание в суде, пересматривающем вступивший в законную силу судебный акт, содержит следующие компоненты:

"1) контрольное доказывание в отношении имеющихся в деле доказательств с качественной и количественной сторон с соблюдением правил доказывания;

2) первичную доказательственную деятельность в отношении судебных актов, протоколов, доводов жалоб (представлений) и отзывов на них, а также легитимации лиц, не участвовавших в деле, но подавших жалобу;

3) совмещение результатов проверочного и первичного доказывания и уяснение судебной ошибки (или ее отсутствия)" <1>.

<1> См.: Терехова Л.А. Система пересмотра судебных актов в механизме судебной защиты. С. 176.

В подразделе 3 § 2 настоящего раздела было определено, что третий компонент доказывания, выделяемый данным автором, является логической деятельностью. Не совсем обосновано указание и на контрольное доказывание, поскольку имеющиеся в деле доказательства наличия (отсутствия) материально-правовых фактов не могут быть повторно исследованы. Что же касается первичной доказательственной деятельности, то она вполне возможна в отношении различного рода процессуальных обстоятельств при проверке вступивших в законную силу судебных актов.

Переходя к характеристике отдельных элементов доказывания в арбитражном кассационном суде, прежде всего следует отметить, что **указание заинтересованных лиц на доказательства, представление доказательств и раскрытие их перед другими лицами, участвующими в деле**, в суде кассационной инстанции будет иметь место, если полагать возможным представление в этот суд дополнительных доказательств.

Так, А.С. Кожемяко считает, что в арбитражный кассационный суд могут быть представлены дополнительные материалы, поскольку "на сегодняшний день, кроме требования к стороне доказать невозможность предоставления этих материалов в нижестоящие инстанции, ни прямых, ни косвенных ограничений для их направления в кассацию не существует" <1>. Следует обратить внимание на то, что указанный автор использует термин "дополнительные материалы", известный ГПК РСФСР (ч. 2 ст. 301) и исследовавшийся в процессуальной литературе тех лет <2>. Эти материалы представлялись в вышестоящие суды не в качестве дополнительных доказательств, а в целях подтверждения незаконности и (или) необоснованности принятого решения. Действительно, по смыслу гл. 35 АПК РФ нет никаких препятствий для того, чтобы помимо ссылки в кассационной жалобе на основания, свидетельствующие о незаконности принятого судебного акта, подкрепить эти основания дополнительными материалами.

<1> См.: Кожемяко А.С. Указ. соч. С. 33.

<2> См., например: Абрамов С.Н. О новых материалах при рассмотрении гражданских дел в кассационном порядке // Правоведение. 1961. N 3. С. 103 - 109; Резниченко И.М. Оценка доказательств в советском гражданском процессе: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1968. С. 10; Трубников П.Я.

Рассмотрение гражданских дел в кассационном порядке // Советское государство и право. 1974. N 9. С. 131.

Однако сделать выводы о фактах материально-правового характера на основании данных материалов кассационный суд не вправе.

Весьма примечательно то, что подобные дополнительные материалы в определенных случаях могут быть истребованы самим кассационным судом. Согласно п. 13 Постановления Пленума ВАС РФ от 8 октября 2012 г. N 60 "О некоторых вопросах, возникших в связи с созданием в системе арбитражных судов Суда по интеллектуальным правам" <1> при рассмотрении дела этим судом в качестве кассационной инстанции запрос, предусмотренный ч. 1.1 ст. 16 АПК РФ, может направляться, а полученный ответ - оцениваться с соблюдением правил ч. 2 ст. 287 АПК РФ. Направление такого запроса с учетом положений ч. 1 ст. 286 АПК РФ может иметь целью подтверждение (опровержение) правильности применения судом норм права при рассмотрении дела и принятии обжалуемого судебного акта.

<1> Вестник ВАС РФ. 2012. N 12.

Судебная практика. В мотивировочной части Постановления Суда по интеллектуальным правам от 5 февраля 2014 г. по делу N А40-22087/2012 <1> было указано буквально следующее: "Исследовав и оценив представленные в материалы дела доказательства (в том числе разъяснения специалистов Г.Т. В., Ш.В.В. и К.В.Е.) в порядке статьи 71 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, кассационный суд поддерживает выводы суда первой инстанции и суда апелляционной инстанции об отсутствии необходимости в проведении по делу повторной экспертизы, в связи с чем заявленное ходатайство правомерно было отклонено судом, поскольку после выслушивания ответов эксперта Е.Е.А. на поставленные перед ним вопросы с целью устранения противоречий и возникших вопросов по результатам составленного заключения и исследования иных доказательств по делу, суд пришел к выводу об отсутствии вопросов при рассмотрении дела по существу, требующих специальных знаний".

<1> СПС "КонсультантПлюс".

Другая ситуация складывается в отношении дополнительных материалов, представляемых для подтверждения фактов процессуального характера, свидетельствующих о наличии оснований для отмены судебного акта. Думается, что в силу возможности установления указанных фактов в ходе доказывания подобные материалы по существу являются новыми доказательствами. Например, наличие основания, указанного в п. 2 ч. 4 ст. 288 АПК РФ, может быть подтверждено лицом, подавшим кассационную жалобу, представленными доказательствами его ненадлежащего извещения.

Кроме того, доказаны должны быть процессуальные факты, не связанные с основаниями для отмены судебного акта (например, обстоятельства, влекущие приостановление производства по делу).

Представляемые в подтверждение (опровержение) определенных фактов доказательства должны быть относимыми и допустимыми. Ссылка на них дается в кассационной жалобе, отзыве, ходатайствах. Что касается правил раскрытия дополнительных доказательств, прилагаемых к кассационной жалобе, отзыву на нее, то они в целом аналогичны тем, которые установлены для производства в арбитражном суде апелляционной инстанции (см. ст. ст. 277, 279 АПК РФ).

Собирание и истребование доказательств как элемент доказывания в арбитражном кассационном суде не выражен. Вместе с тем нельзя исключить ситуацию, когда дополнительные доказательства, о которых речь шла выше, не могут быть самостоятельно получены лицом, участвующим в деле. В таком случае возможно применение правил, предусмотренных ст. 66 АПК РФ, об истребовании доказательств.

Фиксация, исследование представленных для подтверждения (опровержения) фактов процессуального характера доказательств происходит в судебном заседании, условием проведения которого является надлежащее извещение участвующих в деле лиц (ст. 283 АПК РФ). Без вызова этих лиц

проходят судебные заседания по рассмотрению кассационных жалоб на судебный приказ (ч. 3 ст. 288.1 АПК РФ), на решения арбитражного суда первой инстанции и постановления арбитражного суда апелляционной инстанции, принятые по делам, рассмотренным в порядке упрощенного производства (ч. 2 ст. 288.2 АПК РФ), а также на определения суда кассационной инстанции (ч. 1 ст. 291 АПК РФ). При этом в первых двух случаях с учетом характера и сложности рассматриваемого вопроса, а также доводов кассационной жалобы и возражений относительно нее суд может вызвать лиц, участвующих в деле, в судебное заседание.

Следует обратить внимание на то, что производство в арбитражных кассационных судах по рассмотрению жалоб на судебные приказы включает в себя этап фильтрации, на котором кассационная жалоба предварительно изучается <1> судьей с целью определения наличия оснований для последующего ее рассмотрения. Проверка наличия этих оснований производится исходя из содержания жалобы и представляет собой логическую деятельность, в силу чего на данном этапе отсутствует судебное доказывание.

<1> Здесь важно обратить внимание на терминологию закона: судья именно **изучает** жалобу, а не рассматривает ее.

Исследование доказательств, подтверждающих (опровергающих) факты процессуального характера, осуществляется на основании доводов и возражений, заявленных участвующими в деле лицами относительно данных фактов по материалам, имеющимся в деле, и дополнительно представленным доказательствам.

Оценка в арбитражных кассационных судах осуществляется только в отношении доказательств, необходимых для установления обстоятельств процессуального характера. Она будет проверочной в отношении имеющихся в деле доказательств, так как они уже подвергались оценке (возможно неполной либо ошибочной) нижестоящим судом.

Судебная практика. Общество с ограниченной ответственностью обратилось в арбитражный суд с иском к индивидуальному предпринимателю о взыскании компенсации за незаконное использование фонограмм, права на которые принадлежат истцу.

Решением суда первой инстанции исковые требования удовлетворены в полном объеме, постановлением апелляционного суда данное решение оставлено без изменения.

Суд по интеллектуальным правам пришел к выводу, что судебные акты нижестоящих судов приняты с нарушением норм процессуального права, выводы, содержащиеся в этих актах, не соответствуют фактическим обстоятельствам дела и сделаны при неполном исследовании обстоятельств дела. В нарушение требований ст. ст. 10, 71 АПК РФ суд первой инстанции при рассмотрении дела по существу не исследовал (не просматривал) и не оценивал представленную видеозапись покупки диска, не прослушивал сам диск, на обложке которого указаны наименования фонограмм, на предмет фактического наличия в нем указанных фонограмм.

Между тем ответчиком были заявлены возражения относительно наличия на диске фонограмм, права на которые принадлежали истцу.

Иных доказательств, подтверждающих наличие на диске фонограмм, компенсация за нарушение прав на которые предъявлена к взысканию, материалы дела не содержали <1>.

<1> Пункт 46 Обзора судебной практики по делам, связанным с разрешением споров о защите интеллектуальных прав. Утвержден Президиумом Верховного Суда РФ 23 сентября 2015 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2015. N 11.

Проверочная оценка в отношении имеющихся в деле доказательств, свидетельствующих о наличии (отсутствии) фактов материально-правового характера, не осуществляется. В этом плане справедливо

заключение, сделанное И.В. Решетниковой применительно к надзорному производству до принятия Федерального закона от 9 декабря 2010 г. N 353-ФЗ "О внесении изменений в Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации" <1>. Суть данного заключения состоит в том, что по своей природе надзорное производство относится к суду права, поэтому здесь запрещена переоценка доказательств, исследованных в судах первой или апелляционной инстанции <2>. Логическая деятельность по проверке правильности произведенной нижестоящим судом оценки, осуществляемая арбитражным кассационным судом по материалам дела, доводам жалобы и отзывов и даже дополнительным материалам, оценкой доказательств не является.

<1> СЗ РФ. 2010. N 50. Ст. 6611.

<2> См.: Решетникова И.В. Указ. соч. С. 362.

Результаты оценки доказательств наличия (отсутствия) фактов процессуального характера, связанных с основаниями для отмены судебного акта, фиксируются в мотивировочной части постановления арбитражного кассационного суда, выносимого по правилам ст. 289 АПК РФ.

Результаты оценки доказательств иных процессуальных фактов отражаются в судебных определениях.

2. Особенности доказывания на стадии кассационного производства в судах общей юрисдикции и в судебных коллегиях Верховного Суда РФ <1>, а также на стадии надзорного производства

<1> Далее - кассационные суды.

В сущностной своей основе доказывание в кассационных судах, а также в Президиуме Верховного Суда РФ имеет много общего с подобным процессом в арбитражных кассационных судах. Это обусловлено в первую очередь тем, что факты, свидетельствующие о судебной ошибке, устанавливаются в судебных актах, вступивших в законную силу.

Генетическое родство кассационного производства в судах общей юрисдикции и в судебных коллегиях Верховного Суда РФ (гл. 41 ГПК РФ, ст. ст. 291.1 - 291.15 АПК РФ, гл. 35 КАС РФ), а также надзорного производства в Президиуме Верховного Суда РФ (гл. 41.1 ГПК РФ, гл. 36.1 АПК РФ, гл. 36 КАС РФ) позволяют совместно рассмотреть особенности судебного доказывания в данных судах без ненужной в подобном случае детализации.

Эти особенности состоят в следующем.

1. **Цель доказывания** состоит в установлении фактов, свидетельствующих о судебной ошибке особого рода. Применительно к кассационным судам следует отметить, что их деятельность направлена на выявление существенных нарушений норм материального права и (или) норм процессуального права, которые повлияли на исход дела и без устранения которых невозможны восстановление и защита нарушенных прав, свобод, законных интересов (ст. 387 ГПК РФ, ч. 1 ст. 291.11 АПК РФ, ст. 328 КАС РФ). Президиум Верховного Суда РФ выявляет наличие в проверяемом акте нарушений, имеющих фундаментальный характер, последствия которых не ограничиваются рамками конкретного дела (ст. 391.9 ГПК РФ, ст. 308.8 АПК РФ, ст. 341 КАС РФ). Однако в любом случае оценка существенности или фундаментальности выявленных нарушений, их влияния на исход дела находятся за рамками судебного доказывания как логико-практической деятельности по установлению значимых для дела обстоятельств. В силу этого доказыванию в кассационных судах и в надзорном производстве подлежат только факты процессуального характера, свидетельствующие о наличии оснований для отмены судебного акта либо связанные с потребностью в совершении отдельных процессуальных действий (например, выхода за пределы доводов жалобы, представления), не касающихся определения юридической судьбы этого акта.

Обязанность доказывания указанных выше обстоятельств распределяется по общим правилам между лицом, подавшим жалобу, представлением, и другими лицами, участвующими в деле, на соответствующей стадии.

2. Активность кассационного суда и Президиума Верховного Суда РФ в процессе доказывания ограничена пределами проверочной деятельности в соответствующей инстанции, отсутствием возможности исследовать дополнительные доказательства и на их основе устанавливать новые материально-правовые факты. Однако нельзя утверждать, что доказывание "в заключительной и исключительной судебной инстанции приобретает черты научно-познавательной деятельности - деятельности суда, толкующего право и, возможно, создающего прообраз новой нормы" <1>. Не совсем оправдано подобное расширение пределов доказательственной деятельности, поскольку она при таком подходе фактически поглощает собой весь процесс проверки вступивших в законную силу судебных актов.

<1> См.: Терехова Л.А. Система пересмотра судебных актов в механизме судебной защиты. С. 157.

3. Наличие этапа фильтрации при производстве в кассационных судах или в Президиуме Верховного Суда РФ не позволяет утверждать, что судья, предварительно изучающий жалобу, истребованное в необходимых случаях дело, осуществляет судебное доказывание. В подразделе 1.3 настоящего параграфа были приведены аргументы в поддержку данного вывода. Процесс рассмотрения жалобы, представления осуществляется в судебном заседании соответствующего суда.

4. Давая разъяснения о пределах проверочной деятельности суда кассационной инстанции, Пленум Верховного Суда РФ в п. 24 Постановления от 11 декабря 2012 г. N 29 "О применении судами норм гражданского процессуального законодательства, регулирующих производство в суде кассационной инстанции" <1> указал на невозможность исследования в кассационном суде дополнительных доказательств. Положений, касающихся таких доказательств в кассационном и надзорном производствах, процессуальные законы действительно не содержат. Однако по смыслу приведенных разъяснений речь идет о дополнительных доказательствах, подтверждающих (опровергающих) факты материально-правового характера, зафиксированные в оспариваемых судебных актах. Если же речь идет о дополнительных доказательствах, свидетельствующих о наличии (отсутствии) процессуальных фактов, то, как представляется, нет никаких препятствий для их представления и исследования в вышестоящем суде.

<1> Бюллетень Верховного Суда РФ. 2013. N 2.

Так, например, в том же п. 24 Постановления Пленума Верховного Суда РФ разъясняется следующее: если судом кассационной инстанции будет установлено, что судами первой и (или) апелляционной инстанций допущены нарушения норм процессуального права при исследовании и оценке доказательств, приведшие к судебной ошибке существенного и непреодолимого характера (например, судебное постановление в нарушение требований ст. 60 ГПК РФ основано на недопустимых доказательствах), суд учитывает эти обстоятельства при вынесении кассационного постановления (определения).

Отсюда можно заключить, что о нарушении норм процессуального права при исследовании и оценке доказательств кассационный суд может сделать вывод, установив соответствующие факты не только на основании имеющихся, но и дополнительно представленных доказательств.

5. Что касается исследования доказательств, характера даваемой им оценки и форм фиксации ее результатов, то в этой части процесс доказывания в кассационных судах и в Президиуме Верховного Суда РФ обладает такими же особенностями, которые были рассмотрены в п. 1.3 настоящего параграфа.

§ 4. Доказывание при пересмотре вступивших в законную силу судебных актов по вновь открывшимся или новым обстоятельствам

1. Цель и субъекты доказывания при пересмотре судебных актов по вновь открывшимся или новым обстоятельствам

Порядок производства по пересмотру вступивших в законную силу судебных актов по вновь открывшимся или новым обстоятельствам регламентирован гл. 42 ГПК РФ, гл. 37 АПК РФ и гл. 37 КАС РФ <1>.

<1> В числе работ, в которых затрагиваются проблемы пересмотра по вновь открывшимся или новым обстоятельствам и особенности доказывания на данной стадии, можно назвать: Морозова Л.С. Пересмотр судебных решений по вновь открывшимся обстоятельствам. М., 1959; Борисова Е.А. Проверка судебных актов по гражданским делам; Терехова Л.А. Система пересмотра судебных актов в механизме судебной защиты; Алиев Т.Т. Пересмотр судебных постановлений по вновь открывшимся обстоятельствам: Монография. Саратов, 2004.

Цель доказывания на данной стадии, как было отмечено в § 1 настоящего раздела, заключается не в выявлении обстоятельств, свидетельствующих о допущенной судебной ошибке <1>, а в установлении таких фактов, которые оказывают существенное влияние на вынесенный по делу судебный акт. Если подобного рода обстоятельства будут установлены, тогда судебный акт отменяется, что влечет возобновление производства по делу и его повторное рассмотрение по правилам, установленным для суда соответствующей инстанции.

<1> По мнению Конституционного Суда РФ, пересмотр по вновь открывшимся обстоятельствам может выступать одним из способов исправления судебной ошибки (см.: Постановление Конституционного Суда РФ от 3 февраля 1998 г. N 5-П // СЗ РФ. 1998. N 6. Ст. 784). Признав в указанном Постановлении недопустимым в порядке надзора пересмотр постановлений Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ, Конституционный Суд РФ пришел к выводу, что это положение не может служить основанием для отказа в пересмотре названного постановления по вновь открывшимся обстоятельствам в связи с обнаружившейся судебной ошибкой, которая не была или не могла быть выявлена ранее.

Пересмотр по вновь открывшимся или новым обстоятельствам осуществляется тем судом, который принял судебный акт, а в отношении актов судов апелляционной, кассационной или надзорной инстанций, которыми обжалованные судебные акты были изменены либо отменены и приняты новые судебные акты, - судом соответствующей инстанции (ст. 393 ГПК РФ, ст. 310 АПК РФ, ст. 345 КАС РФ) <1>. Особенность положения суда, осуществляющего пересмотр, в ходе судебного доказывания заключается в отсутствии у него контрольных полномочий, которыми наделяются вышестоящие суды в рамках проверочной деятельности. Это проявляется, например, в отсутствии возможности установления иных, кроме указанных в заявлении о пересмотре, оснований для отмены судебного акта; в недопустимости его изменения и др.

<1> Пересмотр по вновь открывшимся и новым обстоятельствам рассматривается как одна из форм самоконтроля суда. См.: Зайцев И.М. Самоконтроль суда первой инстанции в гражданском процессе // Российская юстиция. 1998. N 12.

Обязанность доказывания наличия вновь открывшегося или нового обстоятельства, его значимости для дела, а также факта соблюдения срока для обращения в суд с заявлением возложена на заявителя, в качестве которого могут выступать лица, указанные в ст. 394 ГПК РФ, ч. 1 ст. 312 АПК РФ, ч. 1 ст. 346 КАС РФ <1>. Остальные участвующие в деле лица вправе опровергать те факты, обязанность доказывания которых возложена на заявителя.

<1> С учетом разъяснений, содержащихся в п. 2 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 11

декабря 2012 г. N 31 "О применении норм Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации при рассмотрении судами заявлений, представлений о пересмотре по вновь открывшимся или новым обстоятельствам вступивших в законную силу судебных постановлений" (Российская газета. Федеральный выпуск. 2012. 21 дек.), п. 18 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 30 июня 2011 г. N 52 "О применении положений Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при пересмотре судебных актов по новым или вновь открывшимся обстоятельствам" (СПС "КонсультантПлюс").

2. Обстоятельства, подлежащие установлению при пересмотре судебных актов по вновь открывшимся или новым обстоятельствам

Процессуальные факты, не связанные с основаниями для пересмотра судебных актов по вновь открывшимся или новым обстоятельствам. К их числу относятся: соблюдение формы и содержания заявления о пересмотре (п. 3 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 11 декабря 2012 г. N 31, ст. 313 АПК РФ, ст. 347 КАС РФ), подача заявления в надлежащий суд; соблюдение срока на его подачу (ст. 394 ГПК РФ, ч. 1 ст. 312 АПК РФ, ч. 1 ст. 346 КАС РФ).

Проверка наличия указанных обстоятельств осуществляется судьей единолично на этапе принятия заявления исходя из его содержания и приложенных документов, без участия заинтересованных лиц. Согласно п. п. 1, 3 ч. 1 ст. 315 АПК РФ и ч. 4 ст. 348 КАС РФ если будет установлен факт несоблюдения требований к форме и содержанию заявления либо его подачи в суд, неуполномоченный осуществлять пересмотр, заявление возвращается обратившемуся лицу <1>. Последствия установления указанных фактов при подаче заявления о пересмотре судебных постановлений по вновь открывшимся или новым обстоятельствам в ГПК РФ не установлены; Пленум Верховного Суда РФ в Постановлении от 11 декабря 2012 г. N 31 на этот счет также не дает никаких разъяснений.

<1> Пленум Высшего Арбитражного Суда РФ в Постановлении от 30 июня 2011 г. N 52 разъяснил, что если из содержания заявления и прилагаемых к нему документов нельзя установить дату, когда заявитель узнал или должен был узнать об открытии указанных в заявлении обстоятельств, то суд оставляет заявление без движения применительно к положениям ст. 128 АПК РФ и предлагает представить необходимые доказательства (п. 22).

По-иному определяются последствия пропуска трехмесячного срока для обращения в суд с заявлением.

Согласно ч. 2 ст. 312 АПК РФ восстановление указанного срока осуществляется по правилам ст. 117 АПК РФ, которая предусматривает проведение судебного заседания без извещения лиц, участвующих в деле. Таким образом, в исследовании доказательств уважительности причин пропуска срока заинтересованные лица не участвуют. Пропуск этого срока при отсутствии соответствующего ходатайства либо отказ в его удовлетворении повлечет возвращение заявления (п. 2 ч. 1 ст. 315 АПК РФ).

В соответствии с ч. ч. 3 - 4 ст. 346 КАС РФ и на основании разъяснений, содержащихся в п. 4 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 11 декабря 2012 г. N 31, пропуск срока подачи заявления о пересмотре по вновь открывшимся или новым обстоятельствам судебных актов судов общей юрисдикции, вынесенных по гражданским и административным делам, не препятствует принятию заявления. Вопрос о соблюдении срока должен решаться в рамках судебного заседания (по административным делам - также предварительного судебного заседания). Установление отсутствия уважительных причин пропуска такого срока в гражданском процессе повлечет отказ в удовлетворении заявления; в административном судопроизводстве - отказ в пересмотре судебного акта.

Таким образом, исследование факта пропуска срока на подачу заявления о пересмотре осуществляется в рамках процесса доказывания наличия нового или вновь открывшегося обстоятельства.

В ходе рассмотрения заявления могут устанавливаться и иные обстоятельства процессуального характера, например, факт надлежащего извещения лиц, участвующих в деле, о времени и месте

судебного заседания (ст. 396 ГПК РФ, ч. 2 ст. 316 АПК РФ, ч. 2 ст. 349 КАС РФ).

Обстоятельства, которые являются основаниями для отмены судебного акта. К их числу все три процессуальных закона относят вновь открывшиеся или новые обстоятельства.

Вновь открывшимися обстоятельствами являются юридические факты, из числа указанных в ч. 3 ст. 392 ГПК РФ, ч. 2 ст. 311 АПК РФ, ч. 2 ст. 350 КАС РФ, объективно существовавшие на момент принятия судебного акта по делу и имеющие существенное для него значение. Наличие такого рода обстоятельств обнаружилось либо было установлено (например, в случае с фактом фальсификации доказательств) после вступления судебного постановления в законную силу.

По своей правовой природе вновь открывшиеся обстоятельства могут являться как фактами материально-правового, так и процессуального характера. Например, существенные для дела обстоятельства, которые не были и не могли быть известны заявителю, - это факты материально-правового характера. Они неоспоримо свидетельствуют о том, что если бы данные факты были известны на момент принятия судебного акта, то это привело бы к иному выводу по делу. В то же время обстоятельства, предусмотренные в п. 2 ч. 2 ст. 392 ГПК РФ, п. 2 ч. 2 ст. 311 АПК РФ, п. 2 ч. 2 ст. 350 КАС РФ, связаны с различными формами фальсификации доказательств и заведомо неправильным переводом, подтвержденными вступившим в законную силу приговором суда. Они являются фактами процессуальными.

Что касается новых обстоятельств, то под ними понимаются юридические факты, предусмотренные ч. 4 ст. 392 ГПК РФ, ч. 3 ст. 311 АПК РФ, ч. 1 ст. 350 КАС РФ, возникшие после принятия судебного акта и имеющие существенное значение для правильного разрешения дела.

В качестве новых обстоятельств выступают как материально-правовые, так и процессуальные факты. Например, отмена судебного акта, послужившего основанием для принятия судебного акта, являющегося объектом пересмотра, создает соответствующее основание в силу преюдициальной связи обстоятельств, которые могут быть как материально-правовыми, так и процессуальными.

3. Специфика отдельных элементов судебного доказывания при пересмотре судебных актов по вновь открывшимся или новым обстоятельствам

На этапе **указания заинтересованных лиц на доказательства** заявитель должен изложить в заявлении обстоятельства, которые могут повлечь пересмотр судебного акта, и сделать ссылку на доказательства, подтверждающие эти обстоятельства (п. 3 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 11 декабря 2012 г. N 31, п. 4 ч. 2 ст. 313 АПК РФ, п. п. 5 - 6 ч. 2 ст. 347 КАС РФ).

Представление доказательств при пересмотре по вновь открывшимся или новым обстоятельствам осуществляется посредством их приобщения к подаваемому в суд заявлению (п. 1 ч. 4 ст. 313 АПК РФ, п. 2 ч. 3 ст. 347 КАС РФ) <1>, заявителю, представляющему доказательства, следует учитывать их относимость и допустимость. Так, при подтверждении обстоятельств, имеющих существенное значение для дела, которые не были и не могли быть известны заявителю, должны быть представлены доказательства, свидетельствующие о наличии таких фактов и неосведомленность заявителя об их существовании при рассмотрении дела. Для этого могут быть использованы любые допустимые средства доказывания.

<1> Хотя ГПК РФ не содержит никаких положений относительно формы, содержания заявления и перечня прилагаемых к нему документов, а Верховный Суд РФ в Постановлении от 11 декабря 2012 г. N 31 требует наличия в заявлении только ссылки на доказательства, подтверждающие соответствующие обстоятельства (п. 3), нет никаких оснований полагать, что эти доказательства не следует приложить к заявлению о пересмотре.

По смыслу процессуальных законов и разъяснений высших судебных органов при обосновании наличия иных оснований для пересмотра заявителю следует представлять только определенные

доказательства. Так, например, факт признания вступившим в законную силу судебным актом арбитражного суда или суда общей юрисдикции недействительной сделки, которая повлекла за собой принятие незаконного или необоснованного судебного акта по данному делу (п. 2 ч. 3 ст. 311 АПК РФ) необходимо подтвердить копией судебного решения о признании сделки недействительной. Заведомо ложные показания свидетеля, заведомо ложное заключение эксперта, заведомо неправильный перевод, фальсификация доказательств, повлекшие за собой принятие незаконного или необоснованного судебного акта, подтверждаются копией вступившего в законную силу приговора суда, определения или постановления суда, постановления следователя или дознавателя (абз. 3 п. 10 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 11 декабря 2012 г. N 31).

В арбитражном процессе допускается представление документов, прилагаемых к заявлению о пересмотре в электронном виде (ч. 5 ст. 313 АПК РФ), а также подача заявления посредством заполнения формы, размещенной на официальном сайте суда в сети Интернет (ч. 1 ст. 313 АПК РФ). Возможность подачи заявления и прилагаемых к нему документов посредством заполнения электронной формы допускает и КАС РФ (ч. 4 ст. 347).

Раскрытие доказательств предусмотрено при подаче заявлений о пересмотре по вновь открывшимся или новым обстоятельствам в арбитражном процессе и в административном судопроизводстве. Оно заключается в направлении другим лицам, участвующим в деле, заявления и копий приложенных к нему документов, которые у них отсутствуют (ч. 3 ст. 313 АПК РФ, п. 3 ч. 3 ст. 347 КАС РФ). В арбитражном процессе неисполнение этой обязанности повлечет возвращение заявления (п. 3 ч. 1 ст. 315 АПК РФ).

В административном судопроизводстве данное требование носит факультативный характер, поскольку в случае ненаправления этих копий к заявлению о пересмотре должны быть приложены его копии и копии документов по числу других лиц, участвующих в деле. После вынесения определения о принятии заявления к производству его копия вместе с копией заявления и приложенных к нему документов, если эти копии не направлялись заявителем, направляется другим лицам, участвующим в деле (ч. 3 ст. 348 КАС РФ). Следовательно, в подобной ситуации заявителем осуществляется только представление доказательств в суд, который в дальнейшем занимается их направлением другим лицам, участвующим в деле.

В силу отсутствия в ГПК РФ специальных норм, посвященных раскрытию доказательств при подаче заявления о пересмотре по вновь открывшимся или новым обстоятельствам, а также с учетом общих правил о приложении к исковому заявлению (заявлению), жалобе их копий и копий документов по числу лиц, участвующих в деле, следует отметить, что направлением соответствующих копий другим лицам, участвующим в деле, будет заниматься суд, в который подано заявление.

Поскольку вопрос о представлении отзывов (возражений) на заявление о пересмотре ни одним из процессуальных законов не регламентирован и отсутствуют разъяснения высших судебных органов на этот счет, следует исходить из того, что лица, участвующие в деле, вправе направить такие отзывы (возражения) с приложением копий необходимых документов в суд и (или) другим участвующим в деле лицам.

Собирание и истребование доказательств как элемент судебного доказывания при пересмотре по вновь открывшимся или новым обстоятельствам процессуальными законами не регламентировано. Объем необходимого доказательственного материала определяется исходя из специфики подлежащего установлению факта с учетом разъяснений высших судебных органов (п. п. 8 - 11 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 11 декабря 2012 г. N 31, п. п. 3 - 12 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 30 июня 2011 г. N 52).

Как было отмечено выше, заявитель должен представить в суд доказательства, подтверждающие наличие вновь открывшихся или новых обстоятельств. Вместе с тем не исключена ситуация, при которой лицо, обратившееся с заявлением о пересмотре, испытывает затруднения с получением доказательств, подтверждающих вновь открывшиеся или новые обстоятельства, например, трудности с получением копии акта государственного органа или органа местного самоуправления, которым было отменено постановление, послужившее основанием принятия судебного акта, требующего пересмотра. В таком случае возможно применение общих правил об истребовании доказательств судом по ходатайству лиц, участвующих в деле. С учетом активной роли суда в процессе доказывания по административным делам (

ч. 1 ст. 53 КАС РФ) необходимые доказательства могут быть истребованы по инициативе суда.

Фиксация и исследование доказательств при рассмотрении заявления о пересмотре происходят в судебном заседании, условием проведения которого является надлежащее извещение участвующих в деле лиц (ст. 396 ГПК РФ, ст. 316 АПК РФ, ст. 349 КАС РФ). В ходе заседания исследуются объяснения участвующих в деле лиц, содержащиеся в заявлении и поступивших отзывах (возражениях). В случае явки в судебное заседание этих лиц заслушиваются их устные объяснения. Для получения необходимых сведений от лиц, участвующих в деле, могут быть использованы системы видеоконференц-связи, на что прямо указывает ст. 396 ГПК РФ.

Важным в ходе рассмотрения заявления о пересмотре является исследование доказательств, представленных (истребованных) в подтверждение наличия вновь открывшихся или новых обстоятельств по делу. Как правило, это письменные доказательства, в том числе в электронном виде. В судебном заседании могут быть исследованы в том числе те доказательства, которые содержатся в материалах истребованного дела, если судебный акт пересматривается вышестоящим по отношению к вынесшему его судом.

Не исключена ситуация, когда для подтверждения определенных фактов, например, момента, с которого заявителю стало известно о существовании вновь открывшегося обстоятельства, необходимо будет исследование иных средств доказывания, например, свидетельских показаний, аудио- или видеозаписей.

С.М. Ахмедовым отмечается, что особенность оснований, связанных с различными формами фальсификации доказательств, неправильным переводом, а также преступными деяниями лиц, участвующих в деле, либо судьи (по действующим процессуальным законам - это п. п. 2 - 3 ч. 3 ст. 392 ГПК РФ, п. п. 2 - 3 ч. 2 ст. 311 АПК РФ, п. п. 2 - 3 ч. 2 ст. 350 КАС РФ), заключается в том, что они не доказываются при пересмотре дела по вновь открывшимся обстоятельствам. "Их установление не зависит от оценочной, логико-практической деятельности суда по причине того, что в момент обращения заявителя в суд о пересмотре дела по вновь открывшимся обстоятельствам они уже подтверждены вступившим в законную силу приговором суда..." <1>. Позиция данного автора, как представляется, требует уточнения. Применительно к указанным основаниям не проводится процессуальная деятельность по исследованию доказательств, тогда как представление заявителем копий соответствующих процессуальных документов, их раскрытие перед другими лицами, участвующими в деле, истребование в необходимых случаях судом, оценка достоверности представленных копий должны осуществляться.

<1> См.: Ахмедов С.М. Производство по пересмотру судебных актов по вновь открывшимся обстоятельствам в системе пересмотра судебных актов в арбитражном процессе: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008. С. 18.

Ход исследования доказательств при рассмотрении заявления о пересмотре фиксируется в протоколе судебного заседания.

Оценка исследованных доказательств не носит контрольного характера, поскольку не связана с проверкой вынесенного судебного акта на предмет наличия обстоятельств, свидетельствующих о допущенной судебной ошибке. Она направлена на установление вновь открывшихся или новых обстоятельств, выявление иных обстоятельств процессуального характера, влияющих на ход производства. Оценка осуществляется по общим правилам, установленным процессуальным законодательством. Ее результаты в зависимости от характера установленного факта фиксируются либо в судебных актах, определяющих юридическую судьбу пересматриваемого решения, судебного приказа, определения, постановления (ч. 1 ст. 397 ГПК РФ, ч. 1 ст. 317 АПК РФ, ч. 1 ст. 351 КАС РФ), либо в определениях, выносимых по процессуальным вопросам (например, об отложении судебного заседания в случае неявки кого-либо из лиц, участвующих в деле, в отношении которых отсутствуют сведения об их надлежащем извещении).

Раздел 4. ОСОБЕННОСТИ ДОКАЗЫВАНИЯ ПО ОТДЕЛЬНЫМ КАТЕГОРИЯМ ДЕЛ В СУДАХ ОБЩЕЙ И АРБИТРАЖНОЙ ЮРИСДИКЦИИ

§ 1. Особенности доказывания по делам искового производства
в гражданском и арбитражном процессах

Раскрытие особенностей доказывания по отдельным категориям гражданских дел - это составная часть более широкой проблемы выявления процессуальных особенностей рассмотрения отдельных категорий гражданских дел - проблемы, достаточно подробно изученной в науке гражданского процессуального права. Выявление особенностей доказывания по отдельным категориям дел предполагает изучение процесса влияния норм материального права на гражданское судопроизводство. Как известно, данный вопрос явился предметом обстоятельного научного исследования в диссертационной работе Л.А. Грось <1>.

<1> См.: Грось Л.А. Влияние норм материального права на гражданское процессуальное право: Научно-практические проблемы: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1999.

Н.А. Чечина указывала, что "в пределах каждого вида судопроизводства рассматриваются споры, вытекающие из различных правовых отношений (т.е. различные категории дел), для выполнения общей задачи правосудия суд обязан выполнить более узкую задачу регулирования определенных отношений. Для этого введены специальные процессуальные правила, которые в совокупности составляют процессуальные особенности различных категорий дел"; процессуальные особенности рассмотрения отдельной категории дел образуются дополнениями общих процессуальных правил и изъятиями из них, а также введением правил, рассчитанных на одну или несколько категорий гражданских дел <1>. О.В. Баулин приходит к выводу о том, что "путем наполнения процессуальной формы конкретным материальным содержанием формируются обладающие устойчивостью, смешанные материально-процессуальные правоприменительные правила" <2>. Особенностью специальных норм, регулирующих рассмотрение отдельных категорий гражданских дел искового производства, является их хаотичная рассредоточенность по ГПК РФ и актам материального права; процессуальная норма размещается обычно рядом с той материальной нормой, применение которой опосредует, либо ее расположение является бессистемным <3>. Вполне очевидно, что специальные процессуальные нормы, содержащиеся в материально-правовых актах, могут устанавливать особые правила доказывания обстоятельств, имеющих существенное значение для дела, а также особые правила о допустимости доказательств <4>. Разнообразие спорных материальных правоотношений, которые могут оказаться предметом деятельности суда в исковом производстве, обуславливает значительное число особенностей доказывания в зависимости от категории конкретного гражданского дела. О.В. Баулин разделяет специальные нормы, регулирующие процесс доказывания, на две группы: 1) правила, ограничивающие действие общих процессуальных норм либо содержащие дополнительные положения (доказательственные презумпции, нормы о допустимости доказательств); 2) правоприменительные положения, в которых приводятся примерные перечни доказательств, типовые предметы доказывания по отдельным категориям дел (такие положения могут содержаться в руководящих разъяснениях Верховного Суда РФ, судебной практике, научной и справочной литературе) <5>.

<1> См.: Чечина Н.А. Особенности судопроизводства по отдельным категориям гражданских дел // Проблемы применения норм гражданского процессуального права: Межвуз. сб. науч. тр. Свердловск, 1986. С. 31 - 32.

<2> См.: Баулин О.В. Специальные нормы в гражданском процессуальном праве. Воронеж, 1997. С. 24.

<3> Там же. С. 77.

<4> Особенности рассмотрения и разрешения отдельных категорий гражданских дел (исковое производство) / Под ред. И.К. Пискарева. М., 2005. С. 12 - 13.

<5> См.: Баулин О.В. Специальные нормы в гражданском процессуальном праве. С. 67 - 68.

Опыт выявления особенностей доказывания по отдельным категориям гражданских дел наряду с анализом иных процессуальных особенностей рассмотрения дел отдельных категорий принадлежит работам, подготовленным по курсу (спецкурсу, спецсеминару) "Особенности рассмотрения отдельных категорий гражданских дел" как в гражданском <1>, так и в арбитражном процессе <2>; трудам, посвященным анализу какой-то одной категории дел (группы однородных дел) <3>; работам в области доказательственного права <4>, а также различным практическим пособиям и справочникам, имеющим адресатами не только судей <5>, но и самую широкую юридическую аудиторию <6>. В ряде случаев Верховный Суд РФ или Высший Арбитражный Суд РФ специально подчеркивали в своих постановлениях необходимость использования по определенным категориям споров тех или иных доказательств. Так, например, ранее в п. 17 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 14 апреля 1988 г. N 2 "О подготовке гражданских дел к судебному разбирательству" <7> прямо указывалось на то, что "по каждой категории гражданских дел существуют различные средства доказывания". В частности, "по делам: а) о восстановлении на работе... копии приказов о принятии на работу, о переводах и об увольнении...", и далее следовал перечень примерно из 12 разноотраслевых категорий дел, сопровождаемый описанием доказательств, которые должны быть использованы по тому или иному делу.

<1> См., например: Процессуальные особенности рассмотрения отдельных категорий гражданских дел в суде: Учебное пособие / Науч. ред. Я.Ф. Фархтдинов. Казань, 1989; Особенности рассмотрения отдельных категорий гражданских дел: Учебное пособие / Под ред. М.К. Треушникова. М., 1995; Трубников П.Я. Судебное разбирательство гражданских дел отдельных категорий. М., 1996; Особенности рассмотрения и разрешения отдельных категорий гражданских дел (Исковое производство) / Под ред. И.К. Пискарева; Гражданское судопроизводство: особенности рассмотрения отдельных категорий дел: Учеб.-практ. пособ. / Отв. ред. В.В. Ярков. М., 2001 и др.

<2> См., например: Особенности рассмотрения дел в арбитражном процессе: Практическое пособие / Отв. ред. А.А. Арифупин, И.В. Решетникова. М., 2005.

<3> См., например: Фархтдинов Я.Ф. Судебное рассмотрение дел о расторжении брака (некоторые вопросы теории и практики). Казань, 1978; Власов А.А. Проблемы судебной защиты чести, достоинства и деловой репутации. М., 2000; Гришина Я.С. Особенности судопроизводства по неискowym делам, возникающим из земельных правоотношений: Учеб. пособ. Саратов, 2008; Судебная защита семейных прав: Учеб. пособ. / Науч. ред. Н.М. Кострова. М., 2008; Защита прав инвесторов в сфере рынка ценных бумаг / Под ред. М.К. Треушникова. 2-е изд. М., 2009; и др.

<4> См., например: Решетникова И.В. Курс доказательственного права в российском гражданском судопроизводстве (гл. 2 разд. 3 "Особенности доказывания по отдельным категориям дел, подведомственным судам общей юрисдикции"); Баулин О.В. Доказательства и доказывание в гражданском судопроизводстве: Учеб. пособ. Воронеж, 2006 (тема 7 "Методика доказывания по отдельным категориям гражданских дел") и др.

<5> См., например: Настольная книга судьи по земельным спорам / Под ред. Н.К. Толчеева. М., 2006; Толчеев Н.К., Потапенко С.В. Настольная книга судьи по спорам о праве собственности. М., 2007; Настольная книга судьи по жилищным спорам / Под ред. Н.К. Толчеева. М., 2007 и др.

<6> См., например: Куницын А.Р. Образцы судебных документов / Отв. ред. Ю.Д. Северин. М., 1987; Справочник по подготовке гражданских дел к судебному разбирательству / Под ред. Н.М. Гурбатова. М., 1989; Радченко М.Ю. Арбитражные споры: Справочник практикующего юриста. М., 2001; Мамай В.И. Справочник по подготовке гражданских дел к судебному разбирательству. М.; Ростов н/Д, 2003; и др.

<7> Сборник постановлений Пленумов Верховных Судов СССР и РСФСР (Российской Федерации) по гражданским делам. М., 1994. С. 209 - 210.

Особенности доказывания являются многоуровневыми и могут быть выделены применительно к разновидности судопроизводства - гражданского, арбитражного, административного; применительно к доказыванию по отдельным категориям гражданских, административных дел или экономических споров; применительно к тому или иному виду производства (искового, особого и др.). Как замечает И.В. Решетникова, специфика каждого вида судопроизводства отражается на доказывании; "общие положения

о доказательствах и доказывании в законодательстве изложены применительно к исковому производству и эти же положения применимы в большинстве своем при рассмотрении в особом производстве и по делам, возникающим из публичных правоотношений" <1>. Особенности доказывания в различных видах гражданского судопроизводства <2>, а также по отдельным категориям гражданских <3> и административных дел <4> подробно рассматриваются в процессуальной литературе.

<1> Решетникова И.В. Доказывание в гражданском процессе: Учеб.-практ. пособ. для магистров. С. 386.

<2> Там же (разд. III работы).

<3> Куликова М.А., Решетникова И. Процессуальные особенности рассмотрения отдельных категорий дел в гражданском судопроизводстве: Учеб.-практ. пособ. М., 2017.

<4> Решетникова И.В., Куликова М.А., Царегородцева Е.А. Справочник по доказыванию в административном судопроизводстве. М., 2016.

Наиболее продуктивным следует признать анализ специфики деятельности по доказыванию в различных видах гражданского и административного судопроизводства, поскольку определение особенностей доказывания по различным категориям дел искового производства представляется задачей, **во-первых**, трудновыполнимой в связи с обилием гражданских и административных дел самых различных категорий; **во-вторых**, полученный результат оказался бы недолговечен в силу изменчивости материального законодательства, влияющего на определение круга юридически значимых обстоятельств и в силу динамичности правовых позиций судебной практики, также влияющих на доказывание.

Общие закономерности доказывания по делам искового производства в гражданском и арбитражном процессе predetermined таким основным признаком искового производства, как спор о праве. **Доказывание по делу искового производства детерминировано спором о праве в той же степени, как и само исковое производство детерминировано наличием спора о праве.**

Характеристика особенностей доказывания по различным категориям дел искового производства должна строиться с учетом реалий (в том числе негативных) судебной практики, среди которых еще сохраняющееся в процессе проявление следственных начал, вызванное пассивностью сторон в доказывании; не всегда уместные проявления состязательности; встречающееся игнорирование или весьма поверхностная оценка в решении доказательств, представленных одной из сторон; проблемы с получением доказательственного материала. Соответственно совершенствование доказывания по делам искового производства должно осуществляться путем купирования или минимизации отмеченных проявлений.

1. В качестве тенденции доказывания по делам искового производства (встречающейся по преимуществу в гражданском процессе) можно указать **сохранение рудиментов следственного процесса**, при котором суд вынужден во многом продельвать за стороны работу по получению необходимых доказательств. Основной причиной такой ситуации является низкий юридический уровень тяжущихся граждан. Недостатки подобной модели судопроизводства (хотя и не закрепленной в законе, но сохраняющейся на практике) неоднократно разбирались в литературе <1>.

<1> См., например: Малешин Д.Я. Особенности российского типа гражданского процесса // Труды юридического факультета. Кн. 10. М., 2008. С. 140 - 141.

Многие разъяснения высшей судебной инстанции, призванные дозировать активность суда и сторон, имеют значительный крен в сторону следственных начал. Так, абз. 5 ст. 148 ГПК РФ в качестве задачи подготовки дела к судебному разбирательству называет представление сторонами, другими лицами, участвующими в деле, необходимых доказательств. Из смысла разъяснений, содержащихся в п. 11 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24 июня 2008 г. N 11 "О подготовке гражданских дел к судебному разбирательству", можно сделать вывод о том, что эта задача не будет считаться выполненной, когда представленные доказательства **недостаточно подтверждают** требования истца

или возражения ответчика либо не содержат иных необходимых данных. В этом случае судья вправе предложить сторонам представить дополнительные доказательства, а в случаях, когда представление таких доказательств для названных лиц затруднительно, по их ходатайству, отвечающему требованиям ч. 2 ст. 57 ГПК РФ, оказывает содействие в собирании и истребовании от организаций и граждан, в частности, письменных и вещественных доказательств.

На практике подобные рекомендации часто воспринимаются как некий императив, и судьи зачастую "навязывают" сторонам свои "услуги" по собиранию необходимых доказательств. Например, судья, невзирая на то, что в судебном заседании ходатайства стороны об истребовании доказательств вообще не заявлялись и не разрешались, вручает стороне запрос на получение необходимых доказательств. В основе подобной ситуации лежит осознание судом того, что неполнота материалов дела, обнаружившаяся на стадии апелляционного производства, скорее всего подвигнет суд второй инстанции не на выяснение причин, по которым, несмотря на все усилия суда первой инстанции, стороны так и не представили необходимых доказательств или не заявили ходатайств об их истребовании, а на получение таких доказательств и проверку законности и обоснованности решения суда через призму новых доказательств. Суд апелляционной инстанции может столкнуться в своей деятельности с тремя ситуациями: 1) суд первой инстанции предложил стороне представить дополнительные доказательства, но не получил их, поскольку сторона вообще не заявляла ходатайств об их истребовании; 2) суд первой инстанции отказал стороне в ходатайстве об истребовании доказательства, так как оно не соответствовало требованиям ГПК РФ, в частности лицо не обосновало невозможность самостоятельного получения доказательств; 3) суд первой инстанции по своей инициативе, без просьбы об этом стороны, истребовал необходимые доказательства и с их учетом разрешил дело. В первых двух случаях, несмотря на то, что процессуальный закон был судом соблюден, неистребованные и неисследованные доказательства сигнализируют о возможной необоснованности решения. В третьем случае процессуальный закон формально был нарушен, однако с точки зрения полноты доказательств решение оказывается безупречным. Достаточно легко представить себе ситуацию, когда решение суда будет отменено в первых двух случаях вследствие того, что новые доказательства, так или иначе "проникшие" в суд апелляционной инстанции, повлияют на выводы суда по существу спора; и практически невозможно представить положение, при котором суд апелляционной инстанции сочтет, что судом первой инстанции в противоречии с принципами состязательности по своей инициативе были истребованы доказательства, которые должны быть представлены самой стороной, исключит или проигнорирует такие доказательства, отменит (изменит) решение и разрешит дело иначе, полагая такие доказательства несуществующими. Вероятнее всего, подобное нарушение суда будет расценено как условное (ч. 3 ст. 330 ГПК РФ), не повлиявшее на правильность решения по существу спора.

Логика отдельных разъяснений судебных инстанций также свидетельствует о том, что необоснованное принятие доказательств судом второй инстанции - "меньшее зло", чем их необоснованное непринятие. Так, в абз. 5 п. 26 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 28 мая 2009 г. N 36 указывается, что "принятие дополнительных доказательств судом апелляционной инстанции не может служить основанием для отмены постановления суда апелляционной инстанции; в то же время непринятие судом апелляционной инстанции новых доказательств при наличии к тому оснований, предусмотренных в ч. 2 ст. 268 Кодекса, может в силу ч. 3 ст. 288 Кодекса являться основанием для отмены постановления суда апелляционной инстанции, если это привело или могло привести к вынесению неправильного постановления". С учетом зачастую оценочного характера критериев уважительности (неуважительности) причин непредставления доказательств данное правило способно скорее подтолкнуть суд к принятию доказательств в пограничных ситуациях, чем к их отвержению.

Отрадно, что правоприменительная практика арбитражных судов подходит к применению данной рекомендации достаточно взвешенно. Так, в Постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 17 июля 2012 г. N 4160/12 по делу N А56-6180/2011 <1> в обоснование отмены постановления судов апелляционной и кассационной инстанций отмечалось следующее: "Действительно, само по себе такое обстоятельство (принятие дополнительных доказательств. - **А.Ю.**) не является основанием для отмены постановления суда апелляционной инстанции. Однако если это обстоятельство в совокупности с другими (отсутствие сведений о направлении приобщаемого доказательства другой стороне, необсуждение вопроса о причинах непредставления его в суд первой инстанции, лишение другой стороны возможности участвовать в исследовании и оценке данного доказательства и т.д.) привело или могло привести к принятию неправильного судебного акта, то оснований для неприменения ч. 3 ст. 288 АПК РФ не имеется".

<1> СПС "КонсультантПлюс".

Вследствие описанного положения суд первой инстанции часто пренебрегает некоторыми "состязательными" положениями. Для четкого претворения в процессуальной деятельности состязательной модели поведения сторон необходимо изменение сложившейся ситуации за счет установления паритета между оценкой нарушений норм процессуального права, касающихся порядка получения доказательств, и нарушений, относящихся к необоснованности решения суда. В настоящий момент "перевыполнение" судом требований, предъявляемых к его процессуальному поведению (сбор доказательств по собственной инициативе), оказывается предпочтительнее, чем их "недовыполнение" (возложение обязанностей по представлению доказательств на стороны).

Однако определенные шаги по корректировке сложившегося положения все же предпринимаются. Так, в абз. 3 п. 28 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 19 июня 2012 г. N 13 совершенно справедливо акцентируется внимание на том, что доказывание наличия обстоятельств, объективно препятствовавших лицу, ссылающемуся на новые доказательства, представить их в суд первой инстанции с учетом принципа состязательности есть обязанность такого лица.

В связи с изложенным суд в решении должен приводить развернутую мотивировку того, почему он счел не подлежащим удовлетворению ходатайство стороны об истребовании доказательств; почему он счел не доказанными факты, на которые ссылались стороны; почему имеющиеся в распоряжении суда процессуальные средства не позволили ему стимулировать стороны на представление необходимых доказательств. Исчерпывающая аргументация на этот счет, **во-первых**, избавит суд от необходимости отступать от стандартов состязательного процесса; **во-вторых**, блокирует возможность суда апелляционной инстанции по принятию новых доказательств от стороны и минимизирует угрозу отмены решения по данному основанию.

2. В качестве тенденции доказывания по делам искового производства, противоположной описанной нами ранее и более распространенной в арбитражном процессе, можно назвать чрезмерное "увлечение" состязательностью процесса, при котором данный принцип обнаруживает определенные изъяны <1>. Одна из граней данной проблемы - это злоупотребления сторон принадлежащими им процессуальными правами, однако мы не будем останавливаться подробно на данном вопросе, ограничившись указанием на имеющиеся по этой проблеме источники <2>.

<1> В литературе встречается позиция, оправдывающая наличием принципа состязательности любое процессуальное поведение, прямо законом не запрещенное. Тем не менее принцип состязательности не имеет абсолютного значения и не может служить оправданием процессуальной недобросовестности. См.: Юдин А.В. Злоупотребление процессуальными правами в гражданском судопроизводстве: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. СПб., 2009. С. 11, 23 - 25.

<1> См.: Грель Я.В. Злоупотребления сторон процессуальными правами в гражданском и арбитражном процессе: Дис. ... канд. юрид. наук. Новосибирск, 2006; Аболонин В.О. Злоупотребление правом на иск в гражданском процессе Германии: Дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2008; Юдин А.В. Злоупотребление процессуальными правами в гражданском судопроизводстве. СПб., 2005; Приходько А.И. Воспрепятствование разрешению дел в арбитражных судах: актуальные вопросы судебного правоприменения. М., 2006; и др.

Более актуальной представляется **проблема практически неограниченной возможности сторон в формировании доказательственного материала, который служит не столько задаче установления действительных обстоятельств дела, сколько формированию некоего ложного представления суда о таких обстоятельствах, при том, что другая сторона зачастую оказывается лишена возможности противопоставить такой искусственно создаваемой фабуле дела свои контраргументы**. В основе данного явления лежит избирательный подбор (формирование) стороной достаточно "одиозных" доказательств. Этому, в частности, в немалой степени способствует распространение в последнее время негосударственных экспертных учреждений, не обладающих

серьезной технической базой, но предлагающих свои услуги в сфере производства экспертиз разных видов. Некоторые такие организации гарантируют заказчику требуемый результат в виде "экспертного заключения" заранее определенного содержания (как известно, в процессе такие документы квалифицируются в качестве письменных доказательств) и готовность при необходимости "отстоять" его в суде. В практическом отношении для заказчика это позволит формировать завышенную цену исковых требований или заявлять требования, которые при прочих равных условиях были бы признаны несостоятельными.

На самом высоком уровне была признана необходимость создания "жесткой системы отбора экспертов на рынке судебно-экспертных услуг"; отмечается, что "ситуация диктует необходимость единого подхода к негосударственной судебно-экспертной деятельности" <1>. На страницах СМИ было анонсировано принятие специального "экспертного закона", призванного навести порядок в данной сфере <2>.

<1> Петраков И. Хлипкое обоснование. Почему в России оценки экспертов стоимости имущества отличаются в разы // Российская газета. 2016. 4 марта.

<2> Егоров И. Эксперт ошибается один раз // Российская газета. 2015. 29 сент.

В подобных случаях перед противоположной стороной встает задача по опровержению представленного экспертного заключения, которая может быть решена либо посредством заявления ходатайства о назначении судебной экспертизы, либо посредством обращения в аналогичное частное экспертное учреждение, которое может подготовить лицу заключение, отвечающее его интересам, и (или) заключение, порочащее заключение, представленное оппонентом.

В первом случае (при назначении судебной экспертизы) лицо вынуждено нести судебные расходы, связанные с оплатой экспертизы, а также терпеть иные неудобства (в частности, задержку процесса на срок, необходимый для производства экспертизы). Кроме того, эксперт, проводящий исследование по поручению суда, психологически может оказаться "связан" первичным (досудебным) экспертным заключением (которое может поступить в его распоряжение вместе с материалами дела либо может быть представлено одной из сторон) не только в плане нежелания опровергать заключение своего коллеги, а в плане того, что свое экспертное заключение он будет формировать не самостоятельно (с "чистого листа"), а строить его в русле полемики с уже имеющимся заключением.

Во втором случае (когда сторона пожелает частному заключению противопоставить такое же, но уже "свое", частное заключение) возникает риск возникновения двух полярных заключений, подготовленных специалистами, руководствующимися не своими специальными знаниями, а желаниями разных заказчиков. В итоге суд будет иметь два противоречащих друг другу письменных доказательства <1>, содержание которых может изобиловать серьезной научной аргументацией и ни одно из которых он не сможет опровергнуть ни с помощью научных доводов (суд не обладает для этого специальными познаниями), ни с помощью доводов формально-юридических (некомпетентность эксперта, отсутствие права производства такого рода исследований и т.п.), поскольку организация, выдающая подобные заключения, имеет все необходимые для осуществления данной деятельности документы. Все это может породить спор о том, чей эксперт "лучше", "образованнее", "убедительнее", и вызвать эскалацию деятельности по доказыванию на уровень сопоставления стажа экспертов, их "остепенности", квалификации и пр.

<1> М.А. Фокина предлагает квалифицировать материалы несудебной экспертизы в качестве "неформализованных доказательств", но при этом уточняет, что "неформализованные доказательства нельзя рассматривать как результат неупорядоченных действий заинтересованных лиц"; порядок представления и исследования неформализованных доказательств должен соответствовать общим правилам представления и исследования доказательств. См.: Фокина М.А. Механизм доказывания по гражданским делам: теоретико-прикладные проблемы. С. 335 - 336.

В науке процессуального права встречаются концепции, которые можно расценить как частично

реабилитирующие подобные проявления состязательности. Так, например, в литературе обосновывается вывод о том, что в связи с состязательной формой гражданского судопроизводства "вызываемые в суд для дачи показаний граждане выступают **свидетелями сторон и оказывают им содействие в отстаивании их** (выделено нами. - **А.Ю.**) прав и законных интересов" <1>. С точки зрения практики этот подход фактически констатирует действительное положение дел, поскольку свидетель, о допросе которого заявляется ходатайство, появляется "не с улицы", и в очень редких случаях такой свидетель - это действительно подлинный очевидец события, развернувшегося на его глазах (такое положение характерно больше для сферы уголовного процесса). В гражданском судопроизводстве, как правило, сторона "подыскивает" свидетелей, выясняет их согласие на свидетельствование в суде, предварительно "инструктирует" свидетеля (хотя бы в отношении предмета спора, о котором лицу придется свидетельствовать), всячески стремится к тому, чтобы показания "его" свидетеля оказались наиболее полезными для дела. Разумеется, речь не идет о том, что сторона подстрекает некое лицо к лжесвидетельствованию; в худшем случае сторона предлагает свидетелю изложить некую одиозную оценку имевших место фактов. Описанное положение закономерно для гражданского процесса в силу того, что исходя из специфики гражданско-правовых споров в качестве свидетелей выступают не посторонние для сторон лица, а, как правило, их родственники, друзья, знакомые и т.п.

<1> См.: Молчанов В.В. Развитие учения о свидетелях и свидетельских показаниях в гражданском процессе: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук.

Однако если отрешиться от неоднозначных практических реалий, то с чисто процессуальной точки зрения свидетель - это лицо, не заинтересованное в исходе процесса, которое не должно содействовать стороне в защите ее прав (в том числе под страхом уголовной ответственности), иначе свидетель превращается в некоего представителя стороны. В связи с этим нельзя определять свидетеля в качестве "частного средства стороны", "свидетеля стороны", "лица, содействующего стороне в отстаивании ее прав и законных интересов", поскольку все это грозит перерасти в "соревнование" между выдвигаемыми сторонами свидетелями.

Рассматривая перечисленные проявления как "издержки" состязательности, необходимо прийти к выводу о том, что при доказывании по делам искового производства суд (арбитражный суд) не должен "увязать", допускать смещения акцентов в доказывании с юридически значимых обстоятельств дела на доказывание фактов, одиозно преподнесенных суду стороной; суд должен стремиться к изобличению возможной лжи сторон и к устранению недостоверных доказательств.

3. В числе распространенных тенденций в сфере доказывания по делам искового производства можно указать **игнорирование или весьма поверхностную оценку судом в решении доказательств, представленных одной из сторон**. Это может, в частности, выражаться в своеобразном способе аргументации судебных актов, воспроизводящем некие устоявшиеся словесные клише, пропитанные формализмом и не несущие какой-либо самостоятельной смысловой нагрузки.

Зачастую описанная ситуация складывается под влиянием двух факторов:

а) **объективная и непреодолимая с помощью имеющихся у суда (арбитражного суда) процессуальных средств неопределенность информации, устанавливаемой с помощью представленных сторонами доказательств**. Как известно, суд в гражданском или арбитражном процессах не наделен доказательственными возможностями, имеющимися, например, у органов предварительного расследования. В цивилистическом процессе, движущим началом которого являются заинтересованность и активность спорящих сторон, этого и не требуется. Но такое, безусловно, правильное и разумное положение способно порождать ситуации, когда суд будет ограничен в своих возможностях познания обстоятельств дела, связанных главным образом с изобличением недостоверности представляемых доказательств (так, например, суд не может инициировать оперативное наблюдение за свидетелем, выявление его связей и т.п.), и другая сторона для изобличения недостоверности доказательств своего оппонента будет вынуждена прибегать к другой лжи (например, для опровержения ложных показаний свидетеля подготовить "своего" свидетеля). Этим обстоятельством, в частности, можно объяснить то, что в последнее время в гражданском процессе внедряются методики доказывания, заимствованные из сферы уголовного производства (например, определение местонахождения сторон, свидетелей с помощью данных оператора сотовой связи <1>).

<1> См., например: Юдин А.В. "Мобильные" доказательства // ЭЖ-Юрист. 2010. N 35. С. 7.

Таким образом, от суда (арбитражного суда), действующего в условиях порожденной объективными факторами неопределенности, сложно требовать подробнейшего и достовернейшего суждения об исследуемых доказательствах. Суд оценивает доказательства только с помощью тех познавательных возможностей, которые имеются в его распоряжении. Так, зачастую в решениях судов можно встретить достаточно поверхностное, но вынужденное указание следующего характера: "Показания свидетеля N опровергаются показаниями других свидетелей, допрошенных в судебном заседании, не доверяя которым у суда оснований нет". В условиях реального судебного процесса суд, как правило, не может с достоверностью изобличить ложь свидетеля - иное означало бы, что в отношении свидетелей, чьи показания были судом отвергнуты, сразу следовало бы возбуждать уголовное дело по ч. 1 ст. 307 УК РФ. Равным образом в подобных случаях нельзя утверждать, что свидетелем были даны ложные показания, - как уже отмечалось, сложившаяся ситуация является следствием объективной неопределенности;

б) **объективная и непреодолимая с помощью имеющихся у суда процессуальных средств полярность информации, устанавливаемой с помощью представленных сторонами доказательств.** Фактором, обуславливающим внешнюю (видимую) поверхностность решения, является полярность информации, следующей из представленных сторонами доказательств, что обусловлено противоположностью их интересов и позиций. Суд зачастую не имеет возможности сформулировать суждение, которое бы полностью уничтожало аргументацию одной из сторон, притом что аргументация другой стороны оказывалась бы безупречной. Изучение обстоятельств реальных гражданских дел (сказанное не относится к делам по бесспорным требованиям, а также к делам, в которых опровержение исковых требований возможно исключительно за счет юридической аргументации) свидетельствует о том, что, как правило, система доказательств и доводов, приводимых одной из сторон, напрямую не опровергает систему доказательств и доводов другой стороны. Так, например, по делам о признании лица утратившим право пользования жилым помещением свидетели, вызванные по инициативе истца, утверждают, что, будучи соседями по подъезду, длительное время не видели ответчика, тогда как свидетели, приглашенные по инициативе ответчика, могут утверждать, что периодически встречали его в месте жительства. Несмотря на то что подобные показания позволяют сделать противоположные выводы (соответственно об отказе ответчика от права пользования квартирой или об отсутствии такого отказа), суду в данной ситуации бывает сложно аргументированно и критически оценить показания свидетелей "со стороны" истца или ответчика.

Это вынужденно порождает множество штампов в оценке доказательств, встречающихся в решениях судов: а) "показания свидетеля К., вызванного по инициативе истца (ответчика), подтверждаются всей совокупностью обстоятельств дела"; б) "не доверять им у суда нет оснований"; в) "показания свидетеля N даны незаинтересованным лицом"; г) "мотивов для оговора стороны свидетель N не имеет"; д) "показания свидетеля N не опровергнуты стороной" и др. Приведенная аргументация, безусловно, имеет право на существование, однако ее уязвимость состоит в том, что она может быть без каких-либо изъятий приложена и к доказательствам, представленным другой стороной.

Часто оценка доказательств бывает сопряжена с заведомым искажением логики и смысла системы доказательств и доводов одной из сторон. Для этого используется **аргументация, восходящая к заведомому упрощению, примитивизации судом позиции стороны.** Так, предположим, что истцом предъявлен иск о признании недействительным договора дарения по мотиву его притворности (п. 2 ст. 170 ГК РФ) как прикрывающего сделку купли-продажи. Отказывая в удовлетворении требований, суд указывает, что договор, признаваемый недействительным, был лично подписан истцом и данное обстоятельство им самим не оспаривается; в момент заключения договора истец выражал свое волеизъявление на заключение данного договора; из показаний свидетелей следует, что стороны не обуславливали заключение договора действием каких-то других взаимных договоренностей и т.д. Все перечисленное, безусловно, верно, однако истец может и не оспаривать факты, приводимые судом: факт личного подписания договора, внешнюю готовность к его заключению, отсутствие устных договоренностей с другой стороной в момент заключения сделки и пр. Его позиция может сводиться к утверждению иных обстоятельств (например, к отсутствию мотивов одаривать другую сторону, к наличию доказательств получения истцом денежных средств от якобы одаряемого без каких-либо оснований), однако за счет

массы формально правильных аргументов, по сути примитивизирующих позицию истца, суд выносит отрицательное для такой стороны решение.

Зачастую логика суда в оценке доказательств по делу искового производства сводится к **отрицательной оценке доказательственной деятельности одной из сторон как якобы не выполнившей некий стандарт (обязанность) доказывания, при том, что такие требования являются заведомо невыполнимыми**. Это также своеобразный прием оценки доказательств, используемый в том числе в силу вышеприведенных объективных факторов. Так, например, возвращаясь к примеру, связанному с оспариванием сделок, суд указывает, что истцом не представлено доказательств заключения другой (прикрываемой) сделки, а именно договора купли-продажи в письменной форме, содержащего определенные условия. Вполне очевидно, что такого договора не существует и представить его истец не в состоянии; если бы ситуация была иной, то, возможно, у истца и не было бы необходимости обращаться в суд. Ясно, что парировать такой упрек в свой адрес истец не может, и это обрекает его на проигрыш дела.

В широком плане поставленный вопрос - это проблема достоверного и вероятного знания в правосудии. Из последних фундаментальных исследований данной проблемы можно назвать работы А.Т. Боннера и М.А. Фокиной <1>. В литературе вполне справедливо утверждается, что установление обстоятельств гражданских дел на основе вероятности - явление весьма распространенное и "в очень многих случаях единственно возможный и необходимый способ их разрешения в условиях, когда достоверное установление истины практически недостижимо"; "суд вынужден довольствоваться вероятным знанием об обстоятельствах дела в связи с тем, что он ограничен достигнутым уровнем человеческих знаний в соответствующей области" <2>. Однако ситуации, описанные нами, обусловлены не столько сложностями достижения верного знания, сколько поверхностным подходом к оценке доказательств и установлению обстоятельств дела.

<1> См.: Боннер А.Т. Проблемы установления истины в гражданском процессе. С. 177 - 205; Фокина М.А. Механизм доказывания по гражданским делам: теоретико-прикладные проблемы. С. 20 - 53.

<2> Боннер А.Т. Проблемы установления истины в гражданском процессе. С. 192, 194 - 195.

4. При доказывании по делам искового производства наличие спора о праве зачастую детерминирует не только спор о содержании взаимных прав и обязанностей, но и **спор относительно существования и содержания доказательств, подтверждающих заявленные требования и возражения**. Одной из известных форм объективации такого спора является заявление о подложности (ст. 186 ГПК РФ) или фальсификации доказательств (ст. 161 АПК РФ) <1>. Другими малоисследованными аспектами данного вопроса выступают **проблема сохранности доказательств и проблема принудительного получения доказательств, не передаваемых удерживающей их стороной добровольно**.

<1> Процедура проверки заявления о фальсификации доказательств в арбитражном процессе более формализована, чем в гражданском процессе, в связи с чем внимание исследователей в данном вопросе обращается преимущественно к нормам АПК РФ. См., например: Шварц М.З. К вопросу о фальсификации доказательств в арбитражном процессе // Арбитражные споры. 2010. N 3. С. 1 - 18; Скобликов П.А. Фальсификация доказательства по АПК, УК и УПК РФ // Закон. 2006. N 1. С. 84 - 90; и др.

А. Проблема сохранности доказательств в общем плане может предстать как обязанность лица озаботиться сохранением (фиксацией) важных обязательственных и иных документов, которые в будущем могут явиться доказательствами по делу, под страхом того, что к такому лицу могут быть выдвинуты требования, основанные единственно на имевшей место случайной либо предумышленной утрате доказательств. Так, например, в практике неоднократно имели место ситуации приобретения коллекторскими фирмами долгов заемщиков банков, в том числе и таких долгов, которые были уже давно оплачены. Выдвижение требования об оплате якобы имеющегося долга основывалось во многом на том, что заемщик, посчитав свою обязанность исполненной, не озаботился сохранением подтверждающих

документов. Известны также ситуации, когда муниципалитеты уступали различным организациям право требования оплаты коммунальных платежей к гражданам, причем среди уступленных требований оказывались и те, по которым задолженность реально отсутствовала, однако истечение длительного срока со дня оплаты влекло ситуацию, при которой у граждан не сохранялись доказательства произведенного платежа. Нередки случаи предъявления фискальными органами требований об оплате уже уплаченных налогоплательщиком (в том числе умершим <1>) налогов и санкций. Усиление ответственности за неуплату административного штрафа, вплоть до административного ареста на 15 суток (ч. 1 ст. 20.25 КоАП РФ), позволило констатировать, что очень многие граждане не хранят документы об уплате штрафа и "выбрасывают их, не задумываясь о последствиях. Теперь штрафные квитанции желательно сохранять. Потому как простым удорожанием забывчивости новый закон не ограничился" <2>.

<1> На страницах периодической печати нередко описываются моральные переживания, вызванные получением родственниками давно умершего лица требований об уплате налогов, взимаемых с него как с живого и по настоящий день.

<2> Козлова Н. Мелочь подорожала // Российская газета. 2011. 26 июля.

Проблемой сохранности доказательств функционально предопределено существование различных институтов материального и процессуального права. Например, институт исковой давности обусловлен в том числе таким явлением, как "застарение доказательств" <1>. В гражданском процессе существует специальная процедура восстановления утраченного судебного производства (гл. 38 ГПК РФ), рассчитанная на случаи, когда лицо не может подтвердить свои права, ранее установленные судебным решением, вследствие утраты материалов гражданского дела и (или) процессуальных документов <2>. Отсутствие пунктуальности российского гражданина в хранении (и сохранении) различных документов обуславливает содержание некоторых правовых норм. Так, отсутствие у потребителя товарного или кассового чека либо иного подтверждающего оплату товара документа не лишает его возможности сослаться на свидетельские показания (абз. 3 ч. 1 ст. 25 Закона РФ от 7 февраля 1992 г. N 2300-1 "О защите прав потребителей" <3>).

<1> См.: Гурвич М.А. Пресекательные сроки в гражданском праве. М., 1961. С. 34 - 35.

<2> Аналогичная процедура существует и в арбитражном процессе, однако на "правах" не процессуальной, а делопроизводственной операции. См. разд. 16 Инструкции по делопроизводству в арбитражных судах Российской Федерации (первой, апелляционной и кассационной инстанций), утвержденной Постановлением Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 25 декабря 2013 г. N 100 // СПС "КонсультантПлюс".

<3> Ведомости СНД и ВС РФ. 1992. N 15. Ст. 766.

Все изложенное требует постановки и разрешения следующего вопроса: имеет ли "сохранение доказательств" характер обязанности юридического свойства? При положительном ответе на данный вопрос необходимо выяснить, каков ее отраслевой характер, какие действия (бездействие) составляют содержание данной обязанности, каковы последствия ее неисполнения и т.д. В целом речь может идти о месте обязанности по сохранению доказательств в механизме гражданского процессуального и арбитражного процессуального доказывания.

Данный вопрос в науке не подвергался специальному исследованию. Из имеющихся работ можно привести следующее частное суждение по этому поводу С.В. Курылева: "...если супруг расходует на приобретаемое в течение брака имущество свои личные средства и заинтересован в том, чтобы это приобретаемое имущество было его личным имуществом, то он в соответствии с такой заинтересованностью **должен обеспечить себя необходимыми доказательствами, сохранить их** (выделено нами. - А.Ю.) и представить в суд или, по крайней мере, указать, где суд может их получить" <1>.

<1> Курылев С.В. О принципах распределения обязанностей по доказыванию // Советская юстиция. 1966. N 16. С. 10.

Обязанность по сохранению доказательств (если вообще рассматривать сохранение доказательств в качестве обязанности) не может позиционироваться в качестве обязанности процессуального характера, поскольку ее исполнение имеет место **до и вне** гражданского (арбитражного) процесса. Следовательно, **в системе координат материальное и процессуальное долженствование по сохранению доказательств принадлежит скорее к сфере материального, чем к сфере процессуального.**

Если и проецировать обязанность по сохранению доказательств на сферу процессуальных правоотношений, то **ее можно признать обязанностью лишь в том смысле, что исполнение такой обязанности позволяет достичь благоприятного исхода будущего возможного судебного процесса и стимулируется личной заинтересованностью субъекта правоотношения.** В гражданском и арбитражном процессах существует немало подобного рода долженствований, которые, с одной стороны, не обеспечены какими-либо императивами в виде юридической ответственности, а с другой стороны, называть их субъективными правами также было бы не вполне логично. Исследование подобного рода феноменов было предпринято, в частности, О.Э. Лейстом и М.А. Гурвичем <1>. В одной из работ высказывалось предложение именовать такие обязанности относительными, противопоставляя их обязанностям абсолютным, обеспеченным мерами процессуальной ответственности <2>. Для характеристики долженствований подобного толка Е.В. Васьковский использовал весьма удачное сравнение: "Процессуальные действия представляют собой только средства, которыми стороны могут пользоваться с целью защиты своих прав в процессе и которые необходимы для достижения этой цели точно так же, как необходимо, например, землепашцу посеять зерна, чтобы взошел хлеб. Нельзя, однако, назвать эту необходимость обязанностью и сказать, что землепашец юридически обязан производить посевы: его побуждает к этому только собственный интерес, но не станут принуждать органы государственной власти" <3>.

<1> См.: Лейст О.Э. Санкции и ответственность по советскому праву (теоретические проблемы). М., 1981. С. 26; Гурвич М.А. Является ли доказывание в гражданском процессе юридической обязанностью? С. 16.

<2> См.: Юдин А.В. Гражданское процессуальное правонарушение и ответственность: Монография. СПб., 2009. С. 159 - 167.

<3> Васьковский Е.В. Учебник гражданского процесса. М., 2003. С. 177.

Следующий тезис может сводиться к тому, что **обязанность по сохранению доказательств - это долженствование, которое представляет собой конкретизацию требований заботливости и осмотрительности в действиях субъектов гражданских правоотношений.** Исходя из положений абз. 2 п. 1 ст. 401 ГК РФ, устанавливающей общие основания ответственности за нарушение обязательства, "лицо признается невиновным, если при той степени заботливости и осмотрительности, какая от него требовалась по характеру обязательства и условиям оборота, оно приняло все меры для надлежащего исполнения обязательства". Впрочем, такие требования к поведению лиц в гражданском обороте, как заботливость и осмотрительность, могли бы претендовать на включение их не только в нормы обязательственного права, но и в общие положения гражданского закона. **Необходимость получения и сохранения доказательств есть проявление заботливости и осмотрительности при реализации субъективных гражданских прав и исполнении обязанностей.** Так, например, купля-продажа жилого помещения в устной форме не нарушает напрямую какое-либо императивное предписание закона и не влечет для сторон сделки какой-либо юридической ответственности. Однако при возникновении спора покупатель рискует тем, что факт заключения договора и уплаты денег продавцу никогда не найдет своего подтверждения в суде и он будет просто выселен из квартиры как лицо, самоуправно ее занявшее.

Отсюда можно сделать обобщение более широкого плана: **все нормы гражданского права, относящиеся к правилам оформления и фиксации обязательственных и вещных правоотношений, необходимы лишь постольку, поскольку они при возникновении спора или любой неопределенности в объеме и содержании прав и обязанностей позволят устранить подобный**

спор или неопределенность. Логично предположить, что если все субъекты гражданских правоотношений будут уверены в существовании определенных прав и обязанностей и никаких разногласий возникнуть в этой сфере не будет, то письменная фиксация правоотношений сторон станет абсолютно излишней. Однако исходя из того, что подобная ситуация является нереальной <1>, закон для обеспечения устойчивости оборота требует документальной фиксации отношений сторон.

<1> Нереальной для требований сегодняшнего дня; в исторической ретроспективе отсутствие документального оформления отношений встречалось достаточно часто. Например, отмечается, что "были времена, когда на Руси купеческое слово ценилось выше, чем договор с печатями" (см.: Миронов В. Купеческое слово // Восточно-Сибирская правда. 2002. 26 дек.).

Таким образом, **с функциональной точки зрения гражданско-правовые нормы, относящиеся к правилам оформления и фиксации обязательственных и вещных правоотношений, могут быть отнесены и к нормам доказательственного права.** Фактически подобные положения ГК РФ заранее очерчивают доказательства, которые должны быть использованы при возникновении определенного спора.

Сохранение доказательств - это также во многом **проблема сочетания объективного и субъективного в процессе формирования доказательств.**

Закономерно предположить, что формирование доказательств есть процесс в первую очередь **объективный** в том смысле, что их накопление (аккумуляция) происходит не специально, а в результате того, что события окружающей действительности продуцируют появление доказательств своего существования. Иными словами, субъекты правоотношений, которым (правоотношениям) в будущем предстоит обнаружить свою спорность, не специально собирают доказательства в преддверии будущего судебного спора, а "обрастают" доказательствами в результате определенной логики развития их взаимоотношений.

Одновременно "приобретение" доказательств есть процесс **субъективный** в том смысле, что субъекты правоотношений либо другие лица, являющиеся "поставщиками" доказательств, выступают либо "авторами" таких доказательств (например, лицами, составившими и подписавшими письменный договор), либо интерпретаторами фактов, превращающихся в доказательства (например, информация, излагаемая впоследствии в виде объяснений сторон).

При данном подходе **отсутствие доказательств демонстрирует неадекватность процесса развития общественных отношений процессу их фиксации, влекущую дефицит доказательственного материала.** Отсутствие доказательств может быть следствием самого широкого круга факторов, начиная от умышленных действий стороны, уничтожившей доказательство, до явлений непреодолимой силы (форс-мажорные обстоятельства).

Все изложенное должно способствовать решению практических задач, а именно решению проблемы последствий **потери документа - будущего доказательства по делу** - и последствий **умышленного уничтожения документа оппонентом лица, с тем чтобы последний лишился возможности использовать его в качестве доказательства.** В уголовном процессе и в криминалистике данная проблема выражена более "рельефно" и объективируется в качестве проблем недостаточности доказательств, прекращения уголовного дела в связи с непричастностью подозреваемого или обвиняемого к совершению преступления (п. 1 ч. 1 ст. 27 УПК РФ), сокрытия следов преступления, криминального уничтожения доказательств, в том числе находящихся в материалах уголовного дела, и т.д. В гражданском и арбитражном процессах конфликтность отношений, как правило, не достигает такого накала, когда заинтересованные лица совершают преступные действия с целью завладения доказательствами; обычно утрата доказательств имеет место в связи с небрежностью самого обладателя доказательств. Однако нельзя полностью отрицать существование ситуаций, при которых умышленные действия субъекта будут направлены на завладение доказательствами, "опасными" для лица или в уже идущем, или в будущем судебном процессе (например, завладение должником долговой распиской). Это тем более актуально, что многие граждане ошибочно полагают, будто обладание документом вручает им и права, подтверждаемые таким документом. В ряде случаев подобные суждения имеют под собой

определенную почву (например, на основании абз. 2 п. 2 ст. 408 ГК РФ "нахождение долгового документа у должника удостоверяет, пока не доказано иное, прекращение обязательства"); однако в других случаях подобный подход явно ошибочен (например, излишне говорить, что завладение свидетельством о праве собственности на недвижимое имущество не влечет перехода права собственности на такое имущество), равно как ошибочен подход, уравнивающий потерю документа с утратой субъективного права, в подтверждение которого документ был выдан (в ряде случаев подобная утрата все же может означать потерю права, однако и здесь закон специально предусматривает определенные восстановительные процедуры - например, производство по делам о восстановлении прав по утраченным ценным бумагам на предъявителя и по ордерным ценным бумагам (вызывное производство) (гл. 34 ГПК РФ)).

Полагаем, что **потеря доказательства, произошедшая в силу случайных или злоумышленных причин, сама по себе не может повлечь автоматического удовлетворения исковых требований или отказа в иске соответственно при утрате доказательства ответчиком или истцом**. В этом нас может убедить, в частности, содержание норм ч. 7 ст. 67 ГПК РФ и ч. 6 ст. 71 АПК РФ, исходя из которых доказанными при утрате оригинала документа не могут считаться только те обстоятельства, которые подтверждены копией документа или иного письменного доказательства, если: 1) представленные каждой из спорящих сторон копии этого документа нетождественны между собой; 2) невозможно установить подлинное содержание оригинала документа с помощью других доказательств. Если же приведенные условия отсутствуют, то даже утрата оригинала документа еще не означает принципиальной утраты возможности доказывания искомых фактов.

Определение судебных доказательств, предлагаемое процессуальными кодексами (ст. 55 ГПК РФ, ч. 1 ст. 64 АПК РФ), как известно, является достаточно широким в части обозначения круга обстоятельств, которые подлежат установлению при помощи доказательств, - это не только те обстоятельства, на которых стороны основывают свои требования и возражения, но и иные обстоятельства, имеющие значение для правильного рассмотрения и разрешения дела. "Иные обстоятельства, имеющие значение для правильного рассмотрения и разрешения дела" могут относиться в том числе к фактам утраты доказательств и к фактам содержания утраченных доказательств. Таким образом, возникает своего рода "**доказательство существования иного доказательства**".

В рассматриваемом случае **фактом, нуждающимся в доказывании, становится не сам по себе искомый факт, а содержание оригинала документа, из которого будут получены сведения об искомом факте**. Полученную конструкцию по отдельным аспектам можно сопоставить с категорией доказательственного факта, т.е. факта промежуточного характера, непосредственно в нормах права не называемого, но служащего средством установления юридического факта <1>. Однако между этими понятиями имеется отличие: факт утраты доказательства указывает **не на существование факта, а на существование доказательства**, из которого в свою очередь может быть сделан вывод об искомом факте. И.В. Решетникова обозначает факты, позволяющие подтвердить или опровергнуть достоверность доказательств, как проверочные <2>.

<1> См.: Баулин О.В. Доказательства и доказывание в гражданском судопроизводстве: Учебное пособие. С. 34.

<2> См.: Административное судопроизводство: Учебник для студентов высших учебных заведений по направлению "Юриспруденция" (специалист, бакалавр, магистр) / Под ред. В.В. Яркова. М., 2016. С. 120 - 121.

Деятельность по доказыванию может быть сопряжена здесь с серьезными трудностями, поскольку суждение об обстоятельствах дела выводится из несуществующего доказательства, т.е. доказательства, существование которого само явилось предметом доказывания. Познающему субъекту здесь приходится прибегнуть к двум допущениям: **во-первых**, к допущению того, что доказательство существовало именно в таком виде, в каком его существование вытекает из представленных доказательств; **во-вторых**, к допущению того, что из данного доказательства вытекают именно определенные выводы об искомом факте. Вполне очевидно, что подобная логическая цепочка является весьма непрочной и факты, устанавливаемые подобным образом, оказываются покоящимися на весьма шаткой основе.

В обозначенной нами возможной ситуации утраты доказательств по вине другого лица доказыванию также могут подлежать факты противоправных действий такого лица. Суд, с учетом данных о заинтересованности лица в недопущении уничтоженного доказательства в процесс, может сделать предположение об изобличающем характере такого доказательства и прийти к определенным выводам.

Б. Проблема принудительного получения доказательств, не передаваемых добровольно стороной или другим лицом, их удерживающим. В судебной практике нередки ситуации, при которых лица либо всячески уклоняются от исполнения требований суда о передаче доказательств под различными предлогами, либо требования о передаче доказательств открыто игнорируются. Несмотря на то что принуждение не должно рассматриваться как приоритетный способ претворения в жизнь правовых предписаний, сложившаяся ситуация является прямым следствием того, что суды крайне редко наказывают лиц, не представляющих доказательств по требованию суда, фактически попустительствуя совершаемым правонарушениям. Еще 25 лет назад отмечалось, что практика применения санкций, предусмотренных ГПК РФ за непредставление доказательств, по существу отсутствует <1>.

<1> См.: Молчанов В.В. Собираение доказательств в гражданском процессе. М., 1991. С. 62.

ГПК РФ и АПК РФ по-разному подходят к регулированию вопросов ответственности за непредставление доказательств. С точки зрения своего **материально-правового статуса** субъектами штрафной ответственности в арбитражном процессе являются граждане, должностные лица и организации (ч. 1 ст. 119 АПК РФ), владеющие истребуемым доказательством. В ГПК РФ аналогичная норма (ст. 57) не содержит указания на организации, которые также могут владеть истребуемым доказательством и уклоняться от его представления в суд.

С точки зрения **процессуального статуса** субъектами штрафной ответственности в арбитражном процессе могут быть лица, как участвующие, так и не участвующие в деле, поскольку арбитражный суд наделен правом наложить штраф за непредставление истребуемых доказательств (ч. ч. 7 - 11 ст. 66 АПК РФ), в том числе на лиц, участвующих в деле (абз. 4 п. 17 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 20 декабря 2006 г. N 65 "О подготовке дела к судебному разбирательству"). В гражданском процессе субъектами штрафной ответственности за непредставление доказательств могут выступить только лица, не участвующие в деле (ч. 3 ст. 57 ГПК РФ).

С точки зрения **вторичных последствий непредставления доказательств** АПК РФ предусматривает повторное наложение штрафа при новом невыполнении требований суда о представлении доказательств (абз. 3 ч. 10 ст. 66 АПК РФ), тогда как ГПК РФ аналогичных или иных последствий на этот счет не содержит.

Гражданское процессуальное законодательство отдельных стран предусматривает возможность изъятия доказательств в случае их непредставления по запросу суда. Так, на основании ч. 4 ст. 49 ГПК Республики Армения "определение об истребовании доказательств исполняется немедленно в порядке, установленном Законом Республики Армения "О принудительном исполнении судебных актов", с соблюдением требований законодательства о государственной, служебной, коммерческой, банковской и иной тайне" <1>.

<1> Гражданский процессуальный кодекс Армении. Официальный перевод. Ереван, 2003. С. 25.

Процессуальное законодательство ряда стран предусматривает систему астрентов за непредставление доказательств, призванную стимулировать лицо к исполнению своих процессуальных обязанностей. Так, в соответствии со ст. 11 ГПК Франции, если какое-либо доказательство находится у стороны, судья имеет право по ходатайству другой стороны обязать первую сторону представить его суду, при необходимости под угрозой применения астрента <1>.

<1> Новый Гражданский процессуальный кодекс Франции / Пер. с фр. В. Захватаев; отв. ред. А.

Довгерт. Киев, 2004. С. 36.

Если лицо, несмотря на наложенные на него штрафы, так и не представило доказательства, гражданский и арбитражный процессы "заходят в тупик", поскольку никаких более "сильных" средств для получения доказательств закон не предлагает. Комментарии арбитражно-процессуального и гражданско-процессуального законодательства, как правило, обходят эту проблему молчанием, ограничиваясь воспроизведением соответствующих нормативных положений <1>. Провозглашенная в процессуальном законе обязательность требований суда (ст. 13 ГПК РФ) для всех субъектов права, конечно, относится и к обязательности требований суда о представлении доказательств, однако указанная норма не предлагает никаких реальных процессуальных механизмов, которые позволили бы воплотить такое требование в жизнь.

<1> См., например: Комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации / Под общ. ред. В.И. Нечаева; рук. авт. кол. и науч. ред. В.В. Ярков. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2008. С. 206 - 207; и др.

Маловероятно также, что проблема принудительного получения необходимых доказательств может быть решена с помощью института обеспечения доказательств (ст. ст. 64 - 66 ГПК РФ, ст. 72 АПК РФ). Процедура обеспечения доказательств предназначена не для их истребования, а для фиксации доказательственной информации в связи с угрозой уничтожения или потери доказательств. Причина встречающегося на практике смешения процедур обеспечения и истребования доказательств состоит в близости оснований для применения соответствующих процедур. В первом случае таким основанием служит опасение, что представление необходимых доказательств станет невозможным или затруднительным (ст. 64 ГПК РФ, ч. 1 ст. 72 АПК РФ); во втором - это неисполнение требования суда о представлении доказательства. Неисполнение требований суда может выступить доказательством реальности опасений невозможности или затруднительности представления доказательств, однако институт обеспечения доказательств подразумевает ситуации, когда невозможность представления доказательств будет вызвана их утратой преимущественно по объективным причинам (уничтожение вследствие свойства самих доказательств, природных явлений, тяжелая болезнь свидетеля, его длительная командировка и др.). М.К. Треушников пишет о стечении таких обстоятельств, "при которых доказательства находятся на грани их исчезновения..." <1>. Необходимость в принудительном истребовании доказательств порождена причинами субъективными - это открытое игнорирование требований судебной власти. При обеспечении доказательств ставится задача их сохранения, при истребовании основная задача - это получение доказательств. По одному из дел Московский областной суд сформулировал позицию, согласно которой обязательным условием для обеспечения доказательств является то, что доказательство на момент подачи заявления реально существует и получить его не составляет труда, однако впоследствии представление этого доказательства станет невозможным (Определение от 14 сентября 2010 г. по делу N 33-17605). Кроме того, процедура обеспечения доказательств нацелена на предотвращение невозможности представления доказательств **в будущем**; при истребовании доказательств речь идет о получении их для использования **в настоящем**. Таким образом, **"приспособление" процедуры обеспечения доказательств для решения задачи истребования доказательств является не вполне последовательным и может быть объяснено лишь отсутствием специального регулирования рассматриваемых ситуаций.**

<1> Треушников М.К. Судебные доказательства. М., 2004. С. 119.

Анализ показывает, что уголовно-правовые средства, охраняющие отношения в сфере отправления правосудия, также оказываются непригодными для решения поставленных задач. Бессильны здесь и средства исполнительного производства, и прежде всего потому, что выдача исполнительного листа на принудительное исполнение определения суда об истребовании доказательства не предусмотрена <1>.

<1> Более подробно см.: Юдин А.В. Процессуальные проблемы использования принудительных

средств, направленных на получение доказательств в арбитражном и гражданском процессах // Вестник ВАС РФ. 2011. N 11. С. 6 - 17.

Вопрос о целесообразности получения доказательства против воли обладающего им лица наиболее остро встает в случае, когда необходимым доказательством обладает лицо, участвующее в деле. Если же от представления доказательства уклоняется лицо, не имеющее какого-либо процессуального статуса, это может означать прямое неподчинение требованиям судебной власти и преодоление сопротивления такого лица представляется просто необходимым. В доктрине гражданского процесса бытует мнение, нашедшее поддержку и в законе, согласно которому непредставление доказательств лицами, участвующими в деле, влечет для них неблагоприятные последствия их бездействия. Между тем отрицание возможности привлечения лиц к ответственности за непредставление доказательств в гражданском процессе и наличие такой возможности в процессе арбитражном могут соответственно повлечь или предотвратить возникновение следующих ситуаций:

- **доказательство, удерживаемое стороной, необходимо другой стороне для доказывания фактов, на которые она ссылается.** В данном положении нормы, устанавливающие неблагоприятные последствия бездействия лица, (ст. 12, ч. 2 ст. 35, ч. 2 ст. 150 ГПК РФ), срабатывают не против, а в пользу лица, удерживающего доказательство, тогда как лицо, заинтересованное в получении доказательства, не сможет доказать утверждаемые ею факты;

- **без удерживаемого лицом, участвующим в деле, доказательства суд не сможет установить обстоятельства дела и разрешить гражданско-правовой спор по существу.** На практике достаточно часто возникают ситуации, при которых в отсутствие отдельного доказательства гражданско-правовой спор разрешен быть не может, так как суд не сможет сделать выводы об искомых фактах. При этом сторона, которой выгодно заручиться данным доказательством, "не виновата" в его отсутствии и возлагать на нее неблагоприятные последствия отсутствия доказательства было бы несправедливо;

- **без доказательств, находящихся у лица, участвующего в деле, суд может быть не в состоянии разрешить различные процессуальные вопросы, от которых зависит дальнейшее движение дела.** Данная ситуация является частным случаем предыдущего положения, когда без определенных доказательств невозможно решение процессуального вопроса, влияющего на дальнейшее движение дела. Так, например, назначение экспертизы становится невозможным в ситуации непредставления лицом необходимых для экспертного исследования документов; вопрос о принятии обеспечительных мер не может решиться без доказательств, подтверждающих принадлежность субъекту того или иного имущества; разрешение иных процессуальных ходатайств также может быть связано с необходимостью получения определенных документов.

Казалось, что решению подобных проблем могла бы поспособствовать норма ч. 3 ст. 79 ГПК РФ: "При уклонении стороны от участия в экспертизе, непредставлении экспертам необходимых материалов и документов для исследования и в иных случаях, если по обстоятельствам дела и без участия этой стороны экспертизу провести невозможно, суд в зависимости от того, какая сторона уклоняется от экспертизы, а также какое для нее она имеет значение, вправе признать факт, для выяснения которого экспертиза была назначена, установленным или опровергнутым". Однако не во всех случаях противодействие стороны производству экспертизы может быть преодолено с помощью данной процессуальной нормы. Так, например, ответчик может сослаться на то, что объект для экспертного исследования у него отсутствует, находится у других лиц, не существует вообще и т.п.

Констатируя отсутствие в современном гражданском процессе положений, позволяющих эффективно решать указанные задачи (и отчасти отсутствие их в процессе арбитражном), выскажем предположение, что предоставление суду возможности инициировать принудительное изъятие доказательства в случае уклонения лица от его добровольной передачи суду (разумеется, при соблюдении общих правил, относящихся к активности сторон и суда в доказывании) могло бы значительно расширить возможности и потенциал деятельности по доказыванию. Принудительное изъятие доказательств может быть возложено на службу судебных приставов как на лиц, уже уполномоченных к совершению различных принудительных действий в сфере процесса (привод свидетелей, исполнение определений об обеспечении иска и др.). Содержание подобных действий может сводиться к изъятию доказательств у лица, которое им владеет. Соответствующее поручение службе судебных приставов должно оформляться определением суда, которое подлежит безусловному и

немедленному исполнению, поскольку необходимость принудительного истребования доказательств возникает после отказа лица от добровольной передачи доказательств; кроме того, такой вариант исполнения определения об изъятии доказательств оправдан с тактической стороны и должен воспрепятствовать лицу произвести уничтожение документа. Воспрепятствование деятельности судебного пристава-исполнителя по получению доказательства может быть квалифицировано как административное правонарушение по ст. 17.8 КоАП РФ. Должностное лицо службы принудительного исполнения судебных актов по результатам исполнения определения суда составляет акт об изъятии доказательства, включающий в себя необходимую информацию о месте его обнаружения, внешнем виде, свойствах и др.

§ 2. Особенности доказывания по административным делам

Суды общей юрисдикции в порядке административного судопроизводства рассматривают отдельные категории дел, перечисленные КАС РФ, которые можно разделить на две группы: 1) дела о защите нарушенных или оспариваемых прав, свобод и законных интересов граждан, прав и законных интересов организаций, возникающие из административных и иных публичных правоотношений, например, дела об оспаривании нормативных правовых актов полностью или в части (ч. 2 ст. 1 КАС РФ); 2) дела, связанные с осуществлением обязательного судебного контроля за соблюдением прав и свобод человека и гражданина, прав организаций при реализации отдельных административных властных требований к физическим лицам и организациям, например, дела о приостановлении деятельности или ликвидации политической партии, ее регионального отделения или иного структурного подразделения (ч. 3 ст. 1 КАС РФ).

Арбитражные суды рассматривают в порядке административного судопроизводства возникающие из административных и иных публичных правоотношений экономические споры и иные дела, связанные с осуществлением организациями и гражданами предпринимательской и иной экономической деятельности (ч. 1 ст. 29 АПК РФ).

Особенности доказывания по отдельным категориям дел, рассматриваемым в порядке административного судопроизводства, имеют производный характер от общих положений доказывания, характерных для административного судопроизводства, и predetermined активной ролью суда в процессе. В пункте 24 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27 сентября 2016 г. N 36 разъяснено, что "доказывание по административным делам осуществляется на основе принципа состязательности и равноправия сторон при активной роли суда (пункт 7 статьи 6, статья 14 КАС РФ). Указанный принцип выражается в том числе в принятии предусмотренных Кодексом мер для всестороннего и полного установления всех фактических обстоятельств по административному делу, для выявления и истребования по собственной инициативе доказательств в целях правильного разрешения дела (часть 1 статьи 63, части 8, 12 статьи 226, часть 1 статьи 306 Кодекса)".

Сходное суждение применимо и к делам административного судопроизводства, рассматриваемых арбитражными судами по правилам АПК РФ.

Обязанность доказывания законности оспариваемых решений, действий (бездействия) органов, организаций и должностных лиц, наделенных государственными или иными публичными полномочиями, возлагается на соответствующие орган, организацию и должностное лицо (ч. 2 ст. 62 КАС РФ, ч. 1 ст. 65, ч. 3 ст. 189 АПК РФ).

По делам административного судопроизводства суд может истребовать доказательства по своей инициативе в целях правильного разрешения дела (ст. 63 КАС РФ, ч. 5 ст. 66 АПК РФ).

С учетом отмеченных особенностей доказывание по отдельным категориям дел административного судопроизводства можно было бы раскрыть через следующие позиции:

1. В административном судопроизводстве закон, как правило, заранее определяет круг фактов, подлежащих обязательному установлению. Как писал Д.М. Чечот, особенностью рассмотрения дел, возникающих из административно-правовых отношений, является то, что закон заранее определяет круг тех фактов и обстоятельств, которые должны быть установлены по делу; в отличие от этого в делах искового производства предмет доказывания определяется совокупностью

материально-правовых юридических фактов, лежащих в основании иска или возражений против него <1>.

<1> См.: Чечот Д.М. Процессуальные особенности рассмотрения дел, возникающих из административно-правовых отношений // Курс советского гражданского процессуального права. Т. 2: Судопроизводство по гражданским делам. М., 1981. С. 166 - 167.

Важный вывод, касающийся формирования предмета доказывания по делам административного судопроизводства, был сделан И.В. Решетниковой: "К фактам материально-правового характера можно отнести те, которые упоминаются в нормативных актах публично-правового характера. Применительно к делам публично-правового характера, подлежащим рассмотрению на основании КАС, нет единого кодифицированного акта. Так, ГК как акт гражданского права содержит много норм, в которых отражаются обстоятельства, подлежащие доказыванию в гражданских делах, рассматриваемых на основании как ГПК, так и АПК. Материально-правовые нормы, определяющие обстоятельства предмета доказывания для административных дел, "разбросаны" по огромному количеству отдельных федеральных законов, в том числе кодифицированных правовых актов. Довольно часто нормы процессуального права (КАС) содержат указание на обстоятельства, подлежащие доказыванию, т.е. на предмет доказывания" <1>.

<1> Административное судопроизводство: Учебник для студентов высших учебных заведений по направлению "Юриспруденция" (специалист, бакалавр, магистр) / Под ред. В.В. Яркова. С. 118 - 119 (автор главы - И.В. Решетникова).

Таким образом, если в законодательстве об административном судопроизводстве как акте процессуального права определяются факты, составляющие предмет доказывания, по самым различным категориям дел, то в исковом производстве гражданского и арбитражного процесса подход совершенно иной - факты, составляющие предмет доказывания, в процессуальный закон не включаются. Такое положение является следствием достаточно узкого перечня требований и локального предмета дел, подлежащих рассмотрению в порядке административного судопроизводства, не предполагающих возможность выбора и использования значительного числа средств правовой защиты, в отличие от исковых (гражданских) дел, по которым нарушенное право может быть защищено самыми разными способами и правовая ситуация может иметь несколько путей решения. Так, например, если для оспаривания кадастровой стоимости законодательство об административном судопроизводстве предусматривает достаточно жесткую и формализованную процедуру (гл. 25 КАС РФ), то для оспаривания гражданско-правовой сделки с точки зрения способов и основания оспаривания такого заранее запрограммированного порядка не существует и заинтересованному лицу предоставлен выбор в рамках установленных материальным и процессуальным законодательством предписаний. В конечном итоге все эти различия обусловлены дифференциацией способов регулирования административных и гражданских правоотношений.

В административном судопроизводстве закон, как правило, заранее определяет круг необходимых доказательств, используемых по делу. Данная особенность обусловлена отмеченной нами выше предопределенностью круга фактов, подлежащих установлению. Так, например, согласно ч. 4 - 6 ст. 271 КАС РФ, к административному исковому заявлению исправительного учреждения об установлении административного надзора прилагается копия приговора суда, а также копия постановления начальника исправительного учреждения о признании осужденного злостным нарушителем установленного порядка отбывания наказания; к административному исковому заявлению органа внутренних дел об установлении административного надзора прилагаются копия приговора суда и материалы, свидетельствующие о совершении данным лицом административных правонарушений; к административному исковому заявлению о продлении административного надзора прилагаются материалы, свидетельствующие о совершении указанным лицом административных правонарушений, и материалы, характеризующие его личность.

Или, например, в арбитражном процессе по делу о привлечении к административной ответственности заявитель обязан приложить к заявлению протокол об административном правонарушении (ч. 2 ст. 204 АПК РФ).

Вполне очевидно, что круг обстоятельств, подлежащих обязательному установлению по таким делам, предопределяет круг необходимых доказательств, без которых не только удовлетворение требований, но и само рассмотрение дела становится беспредметным. Так, например, без приговора суда рассмотрение дела об установлении административного надзора будет бессмысленным.

Описанная ситуация является следствием максимальной формализации (в позитивном смысле, бюрократизации) отношений между органами власти и частными лицами, что делает предсказуемым как круг доказательств, используемых по делу, так и круг фактов, подлежащих установлению.

Органы власти по спорам, разрешаемым в порядке административного судопроизводства, как правило, документируют все принимаемые ими акты и совершаемые действия, т.е. суд имеет дело с уже сформировавшимся документальным оформлением отношений сторон и не испытывает нехватки доказательственного материала. Как правило, сложившиеся отношения частного лица и органа власти объективированы в различных письменных документах, имеющихся на руках у спорящих сторон. Кроме того, многие акты органов власти, выступающие доказательствами по делу, официально опубликованы, содержатся в правовых базах или размещены на официальных сайтах органов власти в сети Интернет. В отличие от этого по делам искового производства частные лица зачастую склонны не облекать свои юридически значимые волеизъявления в документальную форму, ограничиваясь оформлением отношений "на словах", что впоследствии порождает серьезные проблемы в доказывании <1>.

<1> Более подробно см.: Юдин А.В. Некоторые особенности юридического быта современной России и их влияние на гражданское судопроизводство // Вестник гражданского процесса. 2011. N 1. С. 86 - 102.

Отмеченная особенность доказывания по делам административного судопроизводства переносит центр тяжести спора с вопросов наличия доказательств, их получения, достоверности и др. на вопросы содержательной и юридической оценки доказательств.

3. Круг фактов, подлежащих установлению по делам административного судопроизводства, характеризует совершенное (или планируемое к совершению) органом власти действие **с формальной стороны** (статус органа власти, его компетенция, соблюдение порядка принятия решения и др.) и **с содержательной стороны** (соответствие акта закону, иному нормативному правовому акту и др.).

Так, например, при рассмотрении дела об оспаривании решения административного органа о привлечении к административной ответственности арбитражный суд в судебном заседании проверяет две группы обстоятельств (сообразно предложенному нами разделению): 1) **формальные** - наличие соответствующих полномочий административного органа, принявшего оспариваемое решение; соблюдение установленного порядка привлечения к ответственности; отсутствие факта истечения срока давности привлечения к административной ответственности; 2) **содержательные** - законность и обоснованность оспариваемого решения, наличие законных оснований для привлечения к административной ответственности (ч. 6 ст. 210 АПК РФ).

В соответствии с ч. 8 ст. 213 КАС РФ при рассмотрении административного дела об оспаривании нормативного правового акта суд выясняет, соблюдены ли требования нормативных правовых актов, устанавливающих: а) полномочия органа, организации, должностного лица на принятие нормативных правовых актов; б) форму и вид, в которых орган, организация, должностное лицо вправе принимать нормативные правовые акты; в) процедуру принятия оспариваемого нормативного правового акта; г) правила введения нормативных правовых актов в действие, в том числе порядок опубликования, государственной регистрации и вступления их в силу; а также вопрос соответствия оспариваемого нормативного правового акта или его части нормативным правовым актам, имеющим большую юридическую силу.

Аналогичным образом в силу ч. 4 ст. 194 АПК РФ при рассмотрении дел об оспаривании нормативных правовых актов Суд по интеллектуальным правам в судебном заседании осуществляет проверку оспариваемого акта или его отдельного положения, устанавливает соответствие его федеральному конституционному закону, федеральному закону и иному нормативному правовому акту,

имеющим большую юридическую силу, а также полномочия органа или лица, принявших оспариваемый нормативный правовой акт.

Подобный алгоритм проверки законности актов органов власти позволяет определить круг необходимых доказательств по делу.

Так, например, в абз. 1 п. 12 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29 ноября 2007 г. N 48 "О практике рассмотрения судами дел об оспаривании нормативных правовых актов полностью или в части" судам в порядке подготовки дела к судебному разбирательству предписано истребовать и приобщать к материалам дела тексты конституций (уставов), законов и иных нормативных правовых актов, определяющих полномочия законодательных (представительных), высших исполнительных органов государственной власти, должностных лиц и иных органов государственной власти, а также порядок принятия ими нормативных правовых актов. При подготовке к судебному разбирательству дела об оспаривании муниципального правового акта в каждом случае надлежит истребовать и приобщать к материалам дела текст устава данного муниципального образования, поскольку в нем определены структура органов местного самоуправления, порядок их формирования и полномочия, а в необходимых случаях - также тексты конституций (уставов) и законов субъектов Российской Федерации, которыми определяются отдельные полномочия представительных органов муниципальных образований.

4. В административном судопроизводстве орган власти располагает доказательственными возможностями, превосходящими аналогичные возможности лица, не наделенного властными полномочиями, и позволяющими органу власти не просто располагать доказательствами по делу, но и формировать необходимые доказательства. В процессуальной литературе традиционным является указание на орган власти как на "сильную" сторону по делу в противовес "слабой" стороне - заявителю (административный орган в отличие от стороны по делу искового производства "всегда может сам осуществить и во многих случаях осуществляет свое право в отношении обязанного лица" <1>). Этим объясняется такая важная (уже отмеченная нами) особенность доказывания по делам административного судопроизводства, как возложение обязанности доказать законность своих действий на орган власти.

<1> Чечот Д.М. Административная юстиция: Теоретические проблемы (цит. по: Чечот Д.М. Избранные труды по гражданскому процессу. СПб., 2005. С. 377).

Получение доказательств органом власти возможно как путем "обретения" их в собственном ведомстве, так и путем запроса от других органов власти. Кроме того, орган власти может получить доказательства по делу посредством направления лицу, выступающему заявителем по делу, **обязательного** требования о предоставлении документов в рамках существующего между ними административного правоотношения либо посредством проведения проверки деятельности заявителя (с учетом положений Федерального закона от 26 декабря 2008 г. N 294-ФЗ "О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля" <1>).

<1> СЗ РФ. 2008. N 52 (ч. I). Ст. 6249.

Также орган власти наделен возможностью самостоятельного **формирования** доказательств в зависимости от развития процессуальной ситуации. Это возможно, например, посредством внесения изменения в имеющиеся акты органов власти или посредством принятия новых актов, способных повлиять на существо дела (так, например, орган власти наделен правом внести изменения в оспариваемый по делу правовой акт для преодоления в нем дефектов, послуживших основанием для его оспаривания).

Орган власти как субъект публичного правоотношения, наделенный правом юридического влияния на заявителя, может использовать такое влияние в контексте рассматриваемого судом спора. Например, передача определенных вопросов в ведение другого должностного лица или органа (в рамках одной системы органов управления) сделает невозможным удовлетворение судом требований заявителя об

обязании должностного лица или органа, ранее ведающих этими вопросами, к совершению неких действий. Не случайно в ч. 3 ст. 216 КАС РФ указано, что решение суда о признании нормативного правового акта не действующим полностью или в части не может быть преодолено повторным принятием такого же акта - законодатель пытается купировать возможные проявления дискреции органа власти в сфере нормотворчества, которые фактически бы означали игнорирование состоявшегося судебного решения, однако не вполне понятно, что означает такой запрет в практическом плане (считается ли новый акт недействующим автоматически, или решение суда каким-то образом распространяет свою силу на новый акт, и т.п.).

Излишне говорить о возможности влияния органа власти (или организации при реализации ею административных властных требований) на участника процесса в тех случаях, когда такой участник находится в полной юридической власти органа (или организации). Например, иностранный гражданин, подлежащий реадмиссии и помещенный в специальное учреждение; лицо, госпитализируемое в недобровольном порядке в медицинскую противотуберкулезную или психиатрическую организацию; лицо, состоящее под административным надзором, и т.д. В перечисленных случаях доказательства, на основе которых суд разрешает заявленные требования, формируются самим органом власти (или организацией при реализации ею административных властных требований) и объективно могут исходить только от такого органа власти (или организации).

5. Источником суждений суда по отдельным категориям дел административного судопроизводства выступает непосредственно сама личность, т.е. суд черпает доказательственную информацию путем наблюдения за лицом - участником дела. Речь идет о таких административных делах, как госпитализация гражданина в медицинскую организацию, оказывающую психиатрическую помощь в стационарных условиях, в недобровольном порядке, о продлении срока госпитализации гражданина в недобровольном порядке или о психиатрическом освидетельствовании гражданина в недобровольном порядке (гл. 30 КАС РФ); госпитализация гражданина в медицинскую противотуберкулезную организацию в недобровольном порядке (гл. 31 КАС РФ); иные административные дела о госпитализации гражданина в медицинскую организацию непсихиатрического профиля в недобровольном порядке.

Ошибочно было бы утверждать, что деятельность суда здесь должна сводиться только к изучению письменных доказательств в виде, например, заключения комиссии врачей-психиатров и др. Если и вправду все обстояло подобным образом, то особый смысл в передаче таких дел в судебную компетенцию отсутствовал, поскольку ознакомиться с мотивированным мнением врачебной комиссии и решить на его основе судьбу пациента мог бы и административный орган, в том числе само медицинское учреждение.

Помимо исследования прочих доказательств и несмотря на отсутствие у суда специальных знаний в области медицины, суд обязан в судебном заседании осуществить личный контакт с лицом, о госпитализации которого ставится вопрос. Неслучайно закон придает важное значение личному участию гражданина в судебном заседании (ч. 4 ст. 277 КАС РФ). Если у суда возникнут сомнения в психическом здоровье субъекта и в наличии оснований для осуществления недобровольной госпитализации, за судом нельзя отрицать право поставить под сомнение заключение комиссии врачей-психиатров, принять иные меры для установления обстоятельств дела и в конечном итоге отказать в удовлетворении административного искового заявления.

§ 3. Особенности доказывания по делам особого производства в гражданском и арбитражном процессах

Нормативное указание о рассмотрении дел особого производства в гражданском и арбитражном процессах <1> по общим правилам искового производства с определенными особенностями (ч. 1 ст. 263 ГПК РФ, ч. 1 ст. 217 АПК РФ) в полной мере относится и к сфере доказательственной деятельности. Нормы о доказательствах и доказывании (гл. 6 ГПК РФ, гл. 7 АПК РФ) применимы и в делах особого производства. Однако правовая природа дел особого производства, раскрываемая через особенности предмета судебной защиты, отсутствие спора о праве, субъектный состав и другие компоненты (анализ которых не относится к целям настоящего исследования), накладывает серьезный отпечаток на доказательственную деятельность по таким делам.

<1> Необходимо сразу сделать оговорку в отношении некоторой противоречивости использования выражения "особое производство в арбитражном процессе", что, хотя и не составляет предмет настоящего исследования, нуждается в определенных комментариях. Несмотря на то что законодатель в АПК РФ неоднократно оперирует термином "особое производство" - применительно к средствам обращения в суд (ч. 4 ст. 4), к определению перечня дел, не подлежащих рассмотрению с участием арбитражных заседателей (ч. 3 ст. 17), к подведомственности арбитражному суду дел особого производства (ст. 30), к составу лиц, участвующих в деле (ст. 40), - этот вид производства так и не получает окончательного оформления и не институционализируется в качестве вида, поскольку существует в Кодексе на правах "отдельной категории дел", что следует как из наименования соответствующей главы (гл. 27 "Рассмотрение дел об установлении фактов, имеющих юридическое значение" АПК РФ), так и из ее размещения в структуре Кодекса (разд. IV "Особенности производства в арбитражном суде по отдельным категориям дел" АПК РФ). Более подробно см.: Юдин А.В. Виды судопроизводств в арбитражном процессе. Самара, 2002. С. 74 - 76.

1. По нашему мнению, главной особенностью доказывания в делах особого производства является то, что **суду (арбитражному суду) принадлежит активная роль в сфере доказательственной деятельности**. По этому моменту положение суда сопоставимо с положением суда по делам административного судопроизводства, однако если при нормативной регламентации рассмотрения последних КАС РФ и АПК РФ прямо указывают на возможность суда истребовать доказательства по собственной инициативе в целях правильного рассмотрения дела (ч. 2 ст. 14 КАС РФ, ч. 5 ст. 66 АПК РФ), то **по делам особого производства в гражданском процессе такое указание имеет эпизодический характер и относится к установлению отдельных групп фактов, а в арбитражном процессе и вовсе отсутствует**. Даже в период господства принципа объективной истины авторы замечали, что обязанность суда по собиранию доказательств специально конкретизирована только в некоторых категориях дел особого производства <1>.

<1> См.: Чечот Д.М. Процессуальные особенности рассмотрения дел особого производства // Курс советского гражданского процессуального права. Т. 2: Судопроизводство по гражданским делам. С. 193.

Тем не менее рискнем предположить, что активность суда в доказывании по делам особого производства (в литературе встречается указание на это обстоятельство <1>) претендует на роль общего правила, относящегося ко всем категориям гражданских дел, рассматриваемых в подобном порядке.

<1> См., например: Аргунов А.В. Особое производство в гражданском процессуальном праве России и Франции: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011. С. 195.

В отдельных категориях дел особого производства указание на такую возможность сформулировано вполне определенно. Так, в соответствии с ч. 3 ст. 272 ГПК РФ при рассмотрении дел об усыновлении суд при необходимости может затребовать и иные документы (помимо тех, которые прямо указаны в законе). По делам о безвестном отсутствии гражданина или объявлении его умершим судья при подготовке дела к судебному разбирательству запрашивает соответствующие организации по последнему известному месту жительства, месту работы отсутствующего гражданина, органы внутренних дел, воинские части об имеющихся о нем сведениях (ч. 1 ст. 278 ГПК РФ). По делам о признании имущества бесхозным судья при подготовке дела к судебному разбирательству запрашивает сведения о принадлежности имущества у соответствующих организаций (ч. 1 ст. 292 ГПК РФ).

В Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 24 июня 2008 г. N 11 "О подготовке гражданских дел к судебному разбирательству" сформулирован тезис следующего содержания: "По делам особого производства не исключается право суда истребовать доказательства по собственной инициативе" (абз. 3 п. 10). Данный тезис дополнен ссылкой на ч. 1 ст. 272 ГПК РФ, в соответствии с которой судья при подготовке дела к судебному разбирательству обязывает органы опеки и попечительства по месту жительства или месту нахождения усыновляемого ребенка представить в суд заключение об

обоснованности и о соответствии усыновления интересам усыновляемого ребенка. Оставляя за рамками обсуждения тот факт, что заключение органа опеки и попечительства, даваемое в порядке ст. 47 ГПК РФ, к числу средств доказывания по делу, по мнению большинства ученых-процессуалистов <1>, и в силу ч. 1 ст. 55 ГПК РФ все же не относится, заметим, что из данного пункта Постановления неясно, претендует ли правило, предлагаемое Верховным Судом РФ, на роль общего правила, применимого ко всем категориям дел особого производства, или речь идет о конкретном примере, для которого сформулирован общий тезис.

<1> Обзор точек зрения по этой проблеме см.: Сахнова Т.В. Судебная экспертиза. С. 85 - 89.

Полагаем, что правилу о возможности суда истребовать доказательства по делам особого производства по собственной инициативе должен быть придан общий характер.

Активная роль суда (арбитражного суда) в доказывании по делам особого производства проявляется также в том, что **орган судебной власти обязан поставить на обсуждение определенные группы фактов и добиться их установления**. Установление подобных групп фактов связывается с самой возможностью рассмотрения судом дела особого производства. Центральными здесь выступают факты, относящиеся к возможному наличию спора о праве по делам особого производства (ч. 3 ст. 263 ГПК РФ). Нет никаких сомнений в том, что выявление подобных фактов является прямой обязанностью суда (разумеется, что лица, участвующие в деле, не лишены права ссылаться и доказывать данное обстоятельство). Установление круга заинтересованных по делу лиц, как потенциально способных к заявлению (обнаружению) правового спора, также относится к обстоятельствам, подлежащим выяснению по инициативе суда. Факты, которые необходимо установить, могут относиться и к другим аспектам дела особого производства. Так, например, обязательно выяснению подлежат обстоятельства, относящиеся к юридическому значению устанавливаемых фактов (ч. 1 ст. 264, ст. 267 ГПК РФ).

Применительно к сфере арбитражного процесса можно отметить, что ч. 3 ст. 221 АПК РФ вменяет арбитражному суду в обязанность при рассмотрении дела об установлении факта, имеющего юридическое значение, **"проверить", "установить", "выяснить"**, не предусмотрен ли законом или иным нормативным правовым актом иной внесудебный порядок установления данного факта; имелась ли у заявителя другая возможность получить или восстановить необходимые документы; порождает ли данный факт юридически значимые последствия для заявителя в связи с осуществлением им предпринимательской или иной экономической деятельности; не затрагивает ли права других лиц установление требуемого факта; не возник ли спор о праве. Выполнение всех этих задач требует обращения к содержанию ряда доказательств, которые могут и отсутствовать у арбитражного суда, а лица, владеющие указанными доказательствами, могут быть не заинтересованы в их представлении. В данной ситуации для выполнения задач, возложенных на арбитражный суд законом, он не должен быть лишен права истребования доказательств по собственной инициативе.

2. По делам особого производства правило об истребовании судом доказательств по собственной инициативе может выступать как необходимость суда (арбитражного суда) побудить других лиц к совершению действий, направленных на получение и представление определенных доказательств. Так, по делам вызывного производства суд в своем определении обязывает лицо опубликовать в местном периодическом печатном издании информацию, содержащую предложение держателю документа, об утрате которого заявлено, в течение трех месяцев со дня опубликования подать в суд заявление о своих правах на этот документ (ч. 1 ст. 296 ГПК РФ). В подобном предложении содержится в числе прочего предложение представить доказательства, важные для рассматриваемого дела.

В литературе было высказано предложение применять процедуру публичного судебного вызова не только по делам вызывного производства, но и по другим категориям дел особого производства: о признании движимой вещи бесхозяйной и признании права на бесхозяйную недвижимую вещь, а также о признании гражданина безвестно отсутствующим или объявлении гражданина умершим <1>. При условии восприятия данного предложения сформулированный тезис мог бы приобрести общий характер.

<1> См.: Аргунов В.В. Вызовное производство в гражданском процессе / Вступ. ст. М.К. Треушников. М., 2006.

Описанное здесь "побуждение" лиц к представлению доказательств должно пониматься не в контексте указания ч. 1 ст. 57 ГПК РФ ("суд вправе предложить им представить дополнительные доказательства"), а как императивное и безусловное требование, без исполнения которого дальнейшее рассмотрение дела будет немыслимо.

3. Круг необходимых доказательств по делу особого производства в гражданском процессе
<1> **заранее определен законом** (сходная особенность выделялась нами выше применительно к делам административного судопроизводства). ГПК РФ в достаточно казуистичной манере (что вызвано особенностями соответствующих правоотношений) указывает на документы, необходимые для рассмотрения отдельных категорий дел особого производства. Так, например, в ч. 1 ст. 271 ГПК РФ приводится перечень документов, прилагаемых к заявлению об усыновлении (копия свидетельства о рождении усыновителя - при усыновлении ребенка лицом, не состоящим в браке; копия свидетельства о браке усыновителей (усыновителя) - при усыновлении ребенка лицами (лицом), состоящими в браке, и т.д.). Также указано на то, что все документы представляются в двух экземплярах (ч. 5 ст. 271 ГПК РФ). Не менее подробно описывает закон документы, которые необходимо приложить к заключению органов опеки и попечительства (ч. 2 ст. 272 ГПК РФ).

<1> В арбитражном процессе особое производство исчерпывается только одной категорией дел - делами об установлении фактов, имеющих юридическое значение, и выделяемая закономерность могла бы приобрести актуальность для сферы экономического правосудия при условии восприятия предложений ученых о расширении состава дел особого производства в арбитражном процессе (в частности, за счет изъятия ряда дел особого производства из гражданского процесса и передачи их в ведение арбитражных судов (например, по заявлениям юридических лиц и индивидуальных предпринимателей о восстановлении прав по утраченным ценным бумагам; о признании имущества бесхозным в случае, когда заявителем выступает юридическое лицо или индивидуальный предприниматель)), что, впрочем, выступает не в качестве самоцели, а служит логическим результатом последовательного применения основных критериев подведомственности.

В качестве иллюстрации необходимого доказательства можно привести заключение судебной-психиатрической экспертизы о психическом состоянии лица по делу о недееспособности (ст. 283 ГПК РФ) - классический пример нормы о допустимости доказательств с позитивным содержанием, вытекающей "из прямого предписания закона о необходимости подтверждения фактов определенным средством доказывания, но без исключения возможности использования других доказательств" <1>.

<1> Треушников М.К. Судебные доказательства. М., 2005. С. 141.

Если закон и не называет напрямую доказательства, которые необходимо представить по делу особого производства, то достаточно определенно указывает на группы фактов, подлежащих установлению с помощью таких доказательств. Например, в заявлении о признании движимой вещи бесхозной должны быть приведены доказательства, свидетельствующие об отказе собственника от права собственности на нее, и доказательства, свидетельствующие о вступлении заявителя во владение этой вещью (ч. 1 ст. 291 ГПК РФ).

4. По делам особого производства специфическим образом распределяется бремя доказывания. Данный компонент доказательственной деятельности вытекает из предыдущих, выделенных нами моментов, касающихся круга необходимых доказательств, используемых по делу (см., например, ч. 1 ст. 291 ГПК РФ). В большинстве случаев бремя доказывания обстоятельств дела возлагается на заявителя, добывающегося установления определенных юридических фактов.

Заинтересованные лица, привлеченные судом к участию в деле, доказывают по общим правилам (ч. 1 ст. 56 ГПК РФ, ч. 1 ст. 65 АПК РФ) факты, на которые они ссылаются в обоснование своих возражений

против (или доводов в поддержку) заявления по делу особого производства. Однако в ряде случаев ГПК РФ требует от заинтересованных лиц специального доказывания фактов, на которые они ссылаются. Так, в соответствии со ст. 297 ГПК РФ держатель документа, об утрате которого заявлено, обязан до истечения трех месяцев со дня опубликования сведений об утрате ценной бумаги подать в суд, вынесший определение, заявление о своих правах на документ и представить при этом подлинные документы.

Активность суда, которой мы посвятили выше несколько тезисов, несколько не опровергает обязанности заявителя доказать факты, на которые он ссылается в обоснование своих требований. Как и в исковом производстве, заявитель не может бездействовать, перекладывая свои обязанности в сфере доказывания на суд, под страхом того, что ему будет отказано в удовлетворении заявления.

Однако по делам особого производства отдельные утверждения или возражения заинтересованных лиц зачастую не требуют представления доказательств в их обоснование и могут вызвать определенные правовые последствия, даже не будучи доказанными лицом, выдвинувшим такие возражения. Прежде всего это касается утверждений в отношении наличия по делу особого производства спора о праве. Указание ч. 3 ст. 263 ГПК РФ на то, что спор о праве по делу особого производства "устанавливается", вероятно, следует трактовать как "выясняется", но не как "доказывается". Часть 4 ст. 221 АПК РФ в этом плане оказывается более точной: если в ходе судебного разбирательства по делу об установлении факта, имеющего юридическое значение, **выяснится**, что возник спор о праве, арбитражный суд оставляет заявление об установлении факта, имеющего юридическое значение, без рассмотрения.

Таким образом, закон не требует, чтобы наличие спора о праве было с необходимостью **доказано** заинтересованным лицом; для констатации спора о праве достаточно будет утверждения заинтересованного лица об этом обстоятельстве, которое позволило бы сделать **предположительный** вывод о наличии спора. Иными словами, имеющиеся обстоятельства дела **не должны исключать** вероятность спора о праве.

Доказывание наличия спора о праве, его качеств, участвующих в нем субъектов, других характеристик должно происходить уже в исковом производстве и должно быть направлено на разрешение спора. Даже если предположить, что суд бездоказательно признал наличие спора о праве, процедура искового производства будет способна обеспечить наиболее универсальную защиту прав и законных интересов лиц, в действительности призванных быть субъектами особого производства. Иное могло бы привести к **ситуации, при которой суд (арбитражный суд) вынуждался бы к рассмотрению спорного дела в особом порядке, только в силу того, что заинтересованное лицо не сумело доказать наличие спора о праве.**

В связи с изложенным мы полагаем возможным выдвинуть тезис, согласно которому **заинтересованное лицо, утверждающее наличие спора о праве по делу особого производства, вправе, но не обязано представлять доказательства в обоснование спора о праве, не опасаясь того, что суд продолжит рассмотрение спорного дела в порядке особого производства.**

5. В широком смысле основанием для обращения к процедурам доказывания по делу особого производства **выступает объективная недостаточность познавательных (доказательственных) возможностей несудебных органов, отказавших заявителю в установлении или подтверждении некоего юридического факта.** Разумеется, что непосредственным основанием для применения положений норм доказательственного права (стартом доказательственной деятельности) выступает возбуждение дела особого производства по заявлению заинтересованного лица. Однако несложно сделать вывод о том, что доказательственная деятельность суда по делу особого производства в каждом конкретном случае призвана восполнить деятельность органов, на которых лежит функция по установлению, удостоверению, регистрации юридических фактов. А.Д. Золотухин выделял такое свойство судопроизводства по делам об установлении фактов, имеющих юридическое значение, как компенсационность, понимая под ним то обстоятельство, что исследуемая категория дел либо компенсирует ошибки законодателя при определении порядка установления или регистрации юридических фактов, либо компенсирует деятельность административных органов в случаях, когда регистрация юридических фактов становится невозможной <1>. Суд (арбитражный суд), приступая к рассмотрению дела об установлении фактов, имеющих юридическое значение, должен удостовериться в том, что соответствующий орган отказал лицу в восстановлении или в выдаче документов,

подтверждающих факт; по делу о внесении изменений или исправлений в записи актов гражданского состояния суд должен убедиться в наличии оснований для внесения соответствующих изменений или исправлений; по заявлениям о совершенных нотариальных действиях или об отказе в их совершении суд также определяет наличие оснований для совершения действия или отказа в его совершении. Бездействие определенного органа власти в части установления (подтверждения) юридического факта, бездействие загса или нотариуса в части совершения требуемых действий может быть продиктовано недостаточностью известных им сведений, дающих основание для совершения определенных действий <2>. В связи с этим задача суда по таким делам (которая и предопределила отнесение их к особому производству) заключается не в проверке законности произведенного отказа, а в использовании своих доказательственных возможностей для установления наличия оснований совершения юридически значимых действий соответствующим органом.

<1> См.: Золотухин А.Д. Проблемы судопроизводства по делам об установлении фактов, имеющих юридическое значение, в особом производстве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2009.

<2> Это наиболее распространенная, но не единственная причина отказа; он может быть вызван также тем, что, например, нотариус не уполномочен на совершение требуемых от него заявителем действий или на совершение их в той форме, в которой их требует совершить заявитель.

6. Одно из направлений деятельности суда (арбитражного суда) в сфере доказывания по делам особого производства - это противодействие возможной недобросовестности заявителей. В литературе указывается, что в делах особого производства создается благоприятная почва для необоснованного получения материальных благ и выгод, чему способствует ряд факторов, главный из которых состоит в том, что рассматриваемому виду производства свойственна **односторонность**, заключающаяся в отсутствии ответчика; "заинтересованные лица не всегда могут оказать существенное влияние на ход процесса, что позволяет заявителю бесконтрольно утверждать свою правоту, не встречая с другой стороны серьезных возражений" <1>. Так, в п. 1 Постановления Пленума Верховного Суда СССР от 21 июня 1985 г. N 9 "О судебной практике по делам об установлении фактов, имеющих юридическое значение" <2> высшая судебная инстанция страны специально ориентировала нижестоящие суды на то, чтобы "пресекать попытки отдельных лиц использовать судебный порядок установления фактов в целях последующего неправомерного получения льгот и иных имущественных выгод". Многие приводимые Президиумом Высшего Арбитражного Суда РФ в информационном письме от 17 февраля 2004 г. N 76 "Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел об установлении фактов, имеющих юридическое значение" <3> примеры юридических фактов, установления которых заявителями добивались от арбитражных судов (например, факт исполнения обязанности по уплате налога, факт незаключенности договора), красноречиво свидетельствуют о том, что лица пытались избрать "обходной путь" для получения выгодного юридического результата, тогда как на "прямом" (и законном) пути их подстерегали бы серьезные проблемы.

<1> См.: Юдин А.В. Злоупотребление процессуальными правами в гражданском судопроизводстве. СПб., 2005. С. 268 - 269.

<2> Сборник постановлений Пленумов Верховных Судов СССР и РСФСР (Российской Федерации) по гражданским делам.

<3> Вестник ВАС РФ. 2004. N 4.

Два специальных случая ответственности за процессуальную недобросовестность сформулированы законодателем применительно к делам особого производства: "Суд, установив, что лицо, подавшее заявление, действовало недобросовестно в целях заведомо необоснованного ограничения или лишения дееспособности гражданина, взыскивает с такого лица все издержки, связанные с рассмотрением дела" (ч. 2 ст. 284 ГПК РФ); "При заведомо ложном заявлении судебные расходы, связанные с возбуждением дела по заявлению о восстановлении утраченного судебного производства, взыскиваются с заявителя" (ч. 2 ст. 319 ГПК РФ).

Пленум Верховного Суда РФ в абз. 5 п. 3 Постановления "О применении судами законодательства при рассмотрении дел об усыновлении (удочерении) детей" специально заостряет внимание судов на необходимости выявлять случаи возможной недобросовестности участников процесса: "При решении вопроса о допустимости участия в деле переводчика суду следует выяснить место его работы, жительства, обстоятельства знакомства с заявителями, а также не является ли он бывшим либо действующим работником органа опеки и попечительства или учреждений, в которых воспитываются дети, подлежащие усыновлению. Установление данных обстоятельств необходимо для того, чтобы не допустить фактов незаконной посреднической деятельности лиц в процедуре усыновления детей (статья 126.1 СК РФ). В случае установления указанных фактов, а также при наличии иных оснований для отвода суд может по своей инициативе решить вопрос об отводе переводчика (статьи 16, 18, 19 ГПК РФ)".

Таким образом, установление фактов, относящихся к добросовестности поведения заявителя, является задачей суда (арбитражного суда), поскольку возложение ее на заинтересованных лиц может оказаться недостаточно эффективным.

7. Суд зачастую вынужден преодолевать объективную неполноту доказательств, вызванную отсутствием (потерей, уничтожением) архивов. В литературе неоднократно указывалось на жесткую зависимость дел особого производства от исторических событий эпохи <1>. В частности, К.С. Юдельсон показал в своей работе влияние на гражданский процесс событий военного времени <2>. Действительно, дела особого производства часто оказываются вызваны к жизни глобальными историческими событиями (войны, революции), разрушающими порядок в обществе и в том числе негативно влияющими на сохранность различных документов. Как известно, прошедший XX в. был богат на события такого рода.

<1> См., например: Аргунов В.В. Вызывное производство в гражданском процессе. С. 60 - 61.

<2> См.: Юдельсон К.С. Вопросы советского гражданского процесса военного времени. Свердловск, 1943.

От этих сложностей во многом оказались избавлены арбитражные суды, что связано с временем их создания (как органов судебной власти) и с особенностями компетенции, определяющей круг юридических фактов, подлежащих установлению (ч. 2 ст. 218 АПК РФ). **Во-первых**, деятельность организаций в гораздо большей степени формализована, чем деятельность граждан, и, как правило, юридическая фиксация такой деятельности является не просто более вероятной, а выступает как необходимое условие ее осуществления (например, осуществление предпринимательской деятельности без регистрации образует состав преступления, предусмотренный ст. 171 УК РФ). **Во-вторых**, многие юридические факты, установление которых отнесено к компетенции арбитражных судов, связаны с новыми формами хозяйствования, зародившимися чуть более 25 лет назад в связи с проводимыми экономическими реформами, допустившими свободное осуществление предпринимательской деятельности и обусловившими все сопутствующие явления (лицензирование, возможность наделения имуществом определенных хозяйствующих субъектов и др.). Возникновение правовой неопределенности в существовании таких фактов маловероятно. **В-третьих**, в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности действуют специальные системы учета и регистрации юридических фактов, не позволяющие юридически значимым обстоятельствам пребывать в состоянии неопределенности. **В-четвертых**, объективной причиной сложившейся ситуации выступают также присущие предпринимательской деятельности динамизм и конкуренция, не допускающие существования субъектов и объектов права вне какого-либо определенного правового статуса. Возможно, что перечисленными факторами и объясняется наметившаяся тенденция к уменьшению числа дел рассматриваемой категории в практике арбитражных судов (так, если в 2008 г. арбитражные суды рассмотрели 3 332 дела об установлении фактов, имеющих юридическое значение, то в 2017 г. - всего 1 015 дел данной категории).

Доказательственная деятельность суда и сторон по делам особого производства (прежде всего об установлении фактов, имеющих юридическое значение) часто заходит в тупик в связи с тем, что архивы не располагают необходимой доказательственной информацией. В результате перед судом возникает дилемма: воспроизвести в отрицательном для заявителя решении архивный ответ о том, что информация, документы отсутствуют, не сохранились, и соответственно отказать в требовании; либо взять за основу другие доказательства, прежде всего показания свидетелей, приглашенных заявителем, и

удовлетворить заявленные требования. Первый путь чреват тем, что пострадают законные интересы заявителя, на которого нельзя всецело возлагать вину за несохранность документации; второй путь может привести к вынесению необоснованного решения, тем более что допрошенные в судебном заседании свидетели (как правило, родственники заявителя различных степеней родства) не являются современниками и очевидцами имевших место фактов, а знают об их существовании от предыдущих поколений.

Вероятно, что при оценке доказательств по таким делам суд обязан обнаружить, с одной стороны, известное критичное отношение к неполноте доказательств по делу, но, с другой стороны, не лишить заявителя шансов на судебную защиту только лишь в силу объективной несохранности доказательств. Для этого орган судебной власти должен мобилизовать все имеющиеся у него и перечисленные выше доказательственные возможности по делам особого производства.

Однако вряд ли можно полностью согласиться с предлагаемой в литературе моделью сотрудничества суда и заявителя по делу особого производства, при котором суд оказывает заявителю всемерное содействие в получении доказательств по делу особого производства <1>. Действительно, заявитель, может быть, отчасти и "не виноват" в отсутствии документов, подтверждающих устанавливаемый факт, однако данный вывод не является безусловным для всех встречающихся на практике ситуаций, поскольку возможно, что гражданин сам не позаботился о сохранении документов или об их своевременном получении.

<1> См.: Аргунов В.В. Вызовное производство в гражданском процессе. С. 197.

8. По ряду дел особого производства доказательства зачастую образуются за счет непосредственного наблюдения суда за определенными событиями или явлениями (сходная особенность выделялась нами выше применительно к делам административного судопроизводства). Данный тезис согласуется с высказанной С.В. Курылевым теорией опосредованного познания, когда суд непосредственно познает факты, не требующие для их познания специальных знаний и доступные для непосредственного чувственного восприятия; "такими фактами является большинство фактов-состояний, ими могут быть действия и события" <1>.

<1> Курылев С.В. Основы теории доказывания в советском правосудии. С. 23.

По ряду дел особого производства суд также может установить искомые факты на основе своих непосредственных наблюдений. Так, в случае явки или обнаружения места пребывания гражданина, признанного безвестно отсутствующим или объявленного умершим, суд новым решением отменяет свое ранее принятое решение (ст. 280 ГПК РФ). Очевидно, что отмена решения здесь основана на личном созерцании судом объявившегося гражданина.

В Постановлении Европейского суда по правам человека от 27 марта 2008 г. "Дело "Штукатуров (Shtukaturov) против Российской Федерации" <1> Европейский суд в числе прочего акцентировал внимание на том, что судья был обязан иметь хотя бы короткий визуальный контакт с заявителем, чтобы сформировать собственное мнение о его психическом состоянии. В силу ст. 286 ГПК РФ при отпадении оснований для ограничения или лишения гражданина дееспособности суд принимает решение об отмене ограничения гражданина в дееспособности и признании гражданина дееспособным. В отличие от ранее установленного порядка в настоящее время данный вопрос решается в порядке судебного заседания (ч. 3 ст. 286 ГПК РФ). Предполагается, что суд также обязан путем личного наблюдения убедиться в выздоровлении гражданина или в отпадении оснований для ограничения дееспособности.

<1> Бюллетень Европейского суда по правам человека. 2009. N 2.

Иногда доказыванию по делам особого производства подлежат весьма экзотические факты, а именно факт нахождения лица в живых, иными словами, факт физического бытия заявителя. В силу

различных субъективных и объективных обстоятельств (ошибочная запись о смерти лица, потеря документов и пр.) выясняется, что некое физическое лицо не имеет доказательств факта своего существования. Подобная нелепая, но не единичная ситуация <1> порождает немало проблем юридического характера, особенно когда лицо встречается с реальными затруднениями в осуществлении своих прав.

<1> См., например: Куликов В. Докажи, что ты живой. Ветеран через суд убедил чиновников, что он не погиб // Российская газета. 2005. 1 нояб.; Дементьева Е. Да я живой! Житель Забайкалья через суд вынужден опровергать сведения о своей смерти // Российская газета. 2011. 1 сент.; и др.

9. По делам особого производства лица, участвующие в деле, могут обязываться к формированию доказательств по делу. Ранее нами отмечалась такая особенность доказывания по делам особого производства, как побуждение судом других лиц к совершению действий, направленных на получение доказательств по делу, притом что их совершение является для лиц обязательным. Не исключено, что совершение таких действий может оказаться безрезультатным (например, держатель ценной бумаги не откликнется на публикацию заявителя в местной газете, тем самым оставив суд и участников процесса в неведении относительно своего существования, но в то же время создав своим молчанием доказательство отрицательного факта - факта отсутствия держателя документа). В рассматриваемом случае речь идет о том, что лица сами выступают "творцами" необходимых доказательств. Так, на основании ч. 1 ст. 272 ГПК РФ судья при подготовке дела об усыновлении к судебному разбирательству обязывает органы опеки и попечительства по месту жительства или месту нахождения усыновляемого ребенка представить в суд заключение об обоснованности и о соответствии усыновления интересам усыновляемого ребенка.

В данном случае речь идет не о произвольном образовании доказательства, имевшем место до процесса и ставшем следствием динамики материальных правоотношений, а о формировании доказательства исключительно **в связи** с рассматриваемым делом.

Некоторые категории дел особого производства обнаруживают особенности доказательственной деятельности частного характера. В качестве примера обратимся к такой категории дел особого производства, как **дела о восстановлении утраченного судебного производства**.

Во-первых, по данной категории дел входящие в предмет доказывания материально-правовые факты, относящиеся к существу спора, предстают как факты процессуального характера. Так, заявитель обязывается к доказыванию того, какое решение по существу спора принималось или какое определение выносилось; какое процессуальное положение занимал в деле заявитель; какие лица и в каком процессуальном статусе принимали участие в деле и т.д. (абз. 1 ч. 2 ст. 314 ГПК РФ).

Во-вторых, обнаруживается, что процессуальные факты выступают объектом вторичного доказывания (познания): первый раз они устанавливались судом при рассмотрении дела по существу, второй раз - при рассмотрении дела о восстановлении утраченного судебного производства.

В-третьих, при регламентации доказывания по данной категории дел особого производства законодатель отменяет традиционные требования, предъявляемые к порядку оформления документов, являющихся доказательствами по делу. Речь идет о приобщении документов, лишь "сохранившихся" и "имеющих отношение к делу", "даже если они не заверены в установленном порядке" (абз. 2 ч. 2 ст. 314 ГПК РФ).

В-четвертых, несколько иначе формулируются законом последствия недостаточности доказательств для установления обстоятельств дела: если при обычном порядке отсутствие доказательств - это основание для отказа в иске, то в нашем случае это основание для вынесения определения о прекращении производства по делу о восстановлении утраченного судебного производства (ч. 1 ст. 318 ГПК РФ).

Особенности рассмотрения дел о восстановлении утраченного производства косвенным образом влияют на правила доказывания **по делу искового производства, по которому произошла утрата гражданского дела, не оконченного рассмотрением**. Ограничение возможности восстановления

утраченного судебного производства только делами, которые уже рассмотрены по существу (ч. 1 ст. 316 ГПК РФ), требует от истца предъявления нового иска, однако с учетом произошедшей не по его вине утраты доказательств; по вновь возбужденному делу искового производства допускается использование сохранившихся частей судебного производства; документов, выданных гражданам, организациям из дела до утраты производства; копий этих документов; других документов, имеющих отношение к делу (ч. 2 ст. 316 ГПК РФ), при этом из логики регулирования соответствующих отношений не требуется, чтобы перечисленные документы были надлежащим образом заверены и представлены только в подлинниках.

Рекомендуемая литература

- Аболонин Г.О. Гражданское процессуальное право США. М.: Волтерс Клувер, 2010.
- Амосов С. Предмет доказывания в арбитражном процессе // Хозяйство и право. 1997. N 9.
- Амосов С. О вероятности и достоверности выводов арбитражного суда // Хозяйство и право. 1997. N 12.
- Амосов С.М. Судебное познание в арбитражном процессе. М., 2003.
- Анисимов А.Л. Доказательства и доказывание при судебном разбирательстве трудовых споров // Трудовое право. 2006. N 10 - 11.
- Анисимова Л.И. Доказывание по гражданским делам // Советское государство и право. 1983. N 10.
- Антошин А.Н. Рассмотрение заявлений о фальсификации доказательств в арбитражном процессе // Законность. 2011. N 5.
- Архипов С.П. Электронный документ как средство доказывания в гражданском и арбитражном судопроизводствах // Юрист. 2010. N 12.
- Афанасьев С.Ф. Проблемы истины в гражданском судопроизводстве. Саратов, 1999.
- Ахпателова Е.Э. Понятие и соотношение судебного познания и судебного доказывания // Российский судья. 2005. N 3.
- Бабаев В.К. Презумпции в советском праве. Горький, 1974.
- Балашов А., Лейканд Е. Проблемы использования электронных доказательств в арбитражном и гражданском судопроизводстве // Арбитражный и гражданский процесс. 2009. N 6.
- Баулин О.В. Бремя доказывания при разбирательстве гражданских дел. М., 2004.
- Баулин О.В. Определение допустимости доказательств в гражданском судопроизводстве // Арбитражный и гражданский процесс. 2005. N 4.
- Баулин О.В. Раскрытие доказательств в новом процессуальном законодательстве // Законодательство. 2005. N 4.
- Баулин О.В., Фильченко Д.Г. Доказательства и доказывание в гражданском судопроизводстве: Учебно-методическое пособие. Воронеж, 2006.
- Безруков А.М. Преюдициальная связь судебных актов. М., 2007.
- Березий А.В., Мусин В.А. О преюдиции судебных актов // Вестник ВАС РФ. 2001. N 6.
- Боннер А.Т. Установление обстоятельств гражданских дел. М., 2000.
- Боннер А.Т. Доказательственное значение информации, полученной из Интернета // Закон. 2007. N 12.

Боннер А.Т. Проблемы установления истины в гражданском процессе. М., 2009.

Боннер А.Т. Традиционные и нетрадиционные средства доказывания в гражданском и арбитражном процессе. М., 2016.

Бентам И. О судебных доказательствах. Киев, 1876.

Бутнев В.В. Характер обязанности по доказыванию в гражданском судопроизводстве и арбитражном процессе // Теория и практика установления истины в правоприменительной деятельности: Сб. науч. тр. Иркутск, 1985.

Ванеева Л.А. Судебное познание в советском гражданском процессе. Владивосток, 1972.

Варфоломеева Т.В. Производные вещественные доказательства. М., 1980.

Вершинин А.П. Электронный документ: правовая форма и доказательство в суде. М., 2000.

Власов А.А. Вещественные доказательства в гражданском процессе. М., 1999.

Ворожбит С.П. Интернет как источник доказательств по гражданским делам // Закон. 2008. N 1.

Ворожбит С.П. Проблемы представления и исследования электронных почтовых сообщений в арбитражном процессе // Арбитражный и гражданский процесс. 2010. N 1.

Гивель Д. Очерк о доказательствах во французском гражданском праве // Российский юридический журнал. 2013. N 2.

Глазкова М.Е. Пределы активности суда в состязательном процессе // Журнал российского права. 2008. N 2.

Глазырин В.Ф. Обязанность доказывания в арбитражном процессе Российской Федерации // Вестник ВАС РФ. 1999. N 3.

Гольмстен А.Х. Состязательное начало гражданского процесса в теории и в русском законодательстве, преимущественно новейшем // Юридические исследования и статьи. Т. 1. СПб., 1894.

Гонтарук И., Матюшин Б. Оценка судом достаточности и взаимосвязи доказательств при разрешении гражданских дел // Советская юстиция. 1985. N 3.

Горбашев В.В. Доказывание в арбитражном процессе (теоретические и практические аспекты): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2006.

Гордейчик А.В. Допустимость доказательств в гражданском и арбитражном процессах. Хабаровск, 2000.

Горелов М. Электронные доказательства в гражданском и арбитражном процессе // Закон и право. 2004. N 10.

Горелов М.В. Понятие косвенных доказательств в гражданском судопроизводстве // Мировой судья. 2007. N 12.

Гуныко Е.В. Средства доказывания в гражданском и арбитражном процессе // Арбитражная практика. 2008. N 1.

Гуныко Е.В. Средства доказывания в гражданском и арбитражном процессах: проблемные вопросы и пути их решения // Арбитражный и гражданский процесс. 2008. N 6.

Грядов А.В. Доказательственная сила нотариального акта в праве России и Франции. М., 2012.

Гурвич М.А. Доказательственные презумпции в советском гражданском процессе // Советская

юстиция. 1968. N 12.

Давтян А.Г. Гражданское процессуальное право Германии. М., 2000.

Давтян А.Г. Доказательства в гражданском процессе ФРГ // Законодательство. 2000. N 7.

Давтян А.Г. Экспертиза в гражданском процессе. М., 1995.

Дегтярев С.Л. Доказывание убытков в арбитражном процессе // Юридический мир. 1999. N 1 - 2.

Доказательства в арбитражном процессе / Демидова Н.М. и др. М., 2004.

Докучаева Т.В. Истина в гражданском процессе // Lex Russica: Научные труды МГЮА. 2005. N 4.

Дормидонтов Г.Ф. Юридические фикции и презумпции. Классификация явлений юридического, относимых к случаям применения фикций. Казань, 1895.

КонсультантПлюс: примечание.

Статья А.В. Дягилева "Некоторые вопросы проведения экспертизы в арбитражном процессе" включена в информационный банк согласно публикации - "Адвокат", 1999, N 5.

Дягилев А.В. Некоторые вопросы проведения экспертизы в арбитражном процессе // Юридический мир. 1999. N 5 - 6.

Евдокимова Т.П. Разрешение судом семейно-правовых споров. М., 2008.

Егорова А.В. Обеспечение достоверности заключения эксперта // Юрист. 2010. N 7.

Ефремов И.А. Производство судебной экспертизы: выбор эксперта и экспертной организации // Журнал российского права. 2011. N 7.

Жижина М.В. Криминалистическая экспертиза документов в арбитражном судопроизводстве. М., 2007.

Жижина М.В. Особенности тактики допроса эксперта (специалиста) в гражданском и арбитражном процессе // Арбитражный и гражданский процесс. 2011. N 2.

Жижина М.В. Тактика допроса эксперта в гражданском и арбитражном процессе // Право и экономика. 2011. N 3.

Жилин Г.А. Цели гражданского судопроизводства и их реализация в суде первой инстанции. М., 2000.

Жилин Г.А. Экспертиза по гражданскому делу в судебной практике: Комментарий судебной практики. Вып. 4. М., 1998.

Заболоцкая И.В. Экспертиза в арбитражном процессе // Арбитражный и гражданский процесс. 2011. N 9.

Зажицкий В. Доказательственное право в гражданском, арбитражном и уголовном процессе. Сравнительный анализ // Российская юстиция. 1993. N 20.

Зажицкий В. О доказательственном праве // Российская юстиция. 1995. N 1.

Зайцев И., Афанасьев Ф. Бесспорные обстоятельства в гражданских делах // Российская юстиция. 1998. N 3.

Зайцев И., Логинов П. Показания свидетелей в гражданском судопроизводстве // Социалистическая

законность. 1982. N 9.

Зайцев И.М. Понятие необходимых доказательств в гражданском судопроизводстве // Актуальные проблемы теории судебных доказательств. Иркутск, 1984.

Зайцев И.М. Две модели судебного доказывания в гражданском судопроизводстве // Теория и практика права на судебную защиту и ее реализация в гражданском процессе. Саратов, 1991.

Зайцев И.М., Фокина М.А. Отрицательные факты в гражданских делах // Российская юстиция. 2000. N 3.

Зайцев П.П. Электронный документ как источник доказательств в процессуальном праве современной России. СПб., 2003.

Звягинцева Л.М., Плюхина М.А., Решетникова И.В. Доказывание в судебной практике по гражданским делам. М., 2000.

Иванов О.В. Судебные доказательства в гражданском процессе. Вып. 1. Иркутск, 1974.

Исаенкова О.В., Афанасьев С.Ф. О способах правового регулирования в области средств доказывания: вопросы теории и практики // Арбитражный и гражданский процесс. 2005. N 7.

Кайзер Ю.В. Институт раскрытия доказательств в гражданском и арбитражном процессе // Налоги (газета). 2009. N 22.

Кайзер Ю.В. Раскрытие доказательств в гражданском и арбитражном процессе: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2012.

Карнеева Л., Мусиенко А. Доказательственное значение материалов, полученных в результате применения киносъемки, видео- и звукозаписи // Советская юстиция. 1983. N 3.

Клейнман А.Ф. Основные вопросы теории доказательств в советском гражданском процессе. М., 1950.

Клепикова М.А. Некоторые вопросы допустимости и достоверности доказательств, представленных в арбитражный суд в электронном виде // Арбитражный и гражданский процесс. 2012. N 7.

Коваленко А.Г. Институт доказывания в гражданском и арбитражном судопроизводстве. М., 2004.

Козлов А.С. Теоретические вопросы установления истины в гражданском процессе (логико-гносеологический анализ теоретических основ, специфики, форм и уровней судебного познания). Иркутск, 1980.

Коломыцев В.И. Письменные доказательства по гражданским делам. М., 1978.

Комиссаров К.И. Реализация теории доказывания в судебной практике по гражданским делам // Реализация процессуальных норм органами гражданской юрисдикции. Свердловск, 1988.

Короткий С.А. Аудио- и видеозаписи как средства доказывания в гражданском процессе: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2010.

Корухов Ю.Г. Судебные экспертизы в гражданском процессе. Практическое пособие для экспертов и судей. М., 2009.

Кудрявцева Е.В. Институт раскрытия доказательств в России и в Англии // Законы России: опыт, анализ, практика. 2007. N 1.

Кузнецов В. Некоторые проблемы предмета доказывания в гражданском процессе РФ // Арбитражный и гражданский процесс. 2003. N 10.

Куликова М.А., Решетникова И.В. Процессуальные особенности рассмотрения отдельных категорий дел в гражданском судопроизводстве: Учеб.-практ. пособ. М., 2017.

Курылев С.В. Объяснение сторон как доказательство в советском гражданском процессе: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1953.

Курылев С.В. Объяснение сторон как доказательство в советском гражданском процессе. М., 1956.

Курылев С.В. Основы теории доказывания в советском правосудии. Минск, 1969.

Лилуашвили Т.А. Предмет и бремя доказывания в советском гражданском процессе. Тбилиси, 1957.

Лилуашвили Т.А. Экспертиза в советском гражданском процессе. Тбилиси, 1967.

Лим А.А. Некоторые проблемы института раскрытия доказательств в арбитражном процессе // Журнал российского права. 2007. N 8.

Логинов П.В. Свидетельские показания в советском гражданском процессе: Лекция / Под ред. А.Ф. Клейнмана. М., 1956.

Лукьянова И.Н. Использование доказательств и материалов, изготовленных посредством электронной связи, в арбитражном процессе Российской Федерации // Государство и право. 2000. N 6.

Лукьянова И.Н. Доказательства в арбитражном процессе: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003.

Лукьянова И.Н. Проблемы преюдициальности в административном судопроизводстве // Законы России: опыт, анализ, практика. 2016. N 5.

Лутченко Ю.И., Каменков В.С. Правовые вопросы участия прокурора в доказывании по гражданским делам // Право и демократия. Вып. 5. Минск, 1992.

Малых Е.Г. Некоторые проблемы оценки достоверности копии документа как письменного доказательства в арбитражном процессе // Арбитражный и гражданский процесс. 2008. N 9.

Малых Е.Г. Проблемы преюдиции в гражданском и арбитражном процессе: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006.

Матюшин Б.Т. Общие вопросы оценки доказательств в судопроизводстве. Хабаровск, 1987.

Матюшин Б.Т. Судебное доказывание как элемент судебного познания // Теория и практика установления истины в правоприменительной деятельности: Сборник научных трудов. Иркутск, 1985.

Медведев И.Г. Письменные доказательства в гражданском процессе России и Франции: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2003.

Мейер Д.И. О юридических вымыслах и предположениях. О скрытых и притворных действиях. Казань, 1854.

Михайлов С.В. Новые средства доказывания и правила допустимости доказательств в ГПК РФ и АПК РФ // Lex Russica: Научные труды МГЮА. 2005. N 4.

Молчанов В.В. Собрание доказательств в гражданском процессе. М., 1991.

Молчанов В.В. Допустимость доказательств в гражданском судопроизводстве // Законодательство. 2006. N 1.

Молчанов В.В. Необходимые доказательства в гражданском судопроизводстве // Законодательство. 2006. N 3.

Молчанов В.В. Свидетели и свидетельские показания в гражданском судопроизводстве. 2-е изд. М., 2009.

Молчанов В.В. Основы теории доказательств в гражданском процессуальном праве. М., 2012.

Мохов А.А. Институт сведущих лиц в гражданском процессе России: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. СПб., 2004.

Мохов А.А. Доказательства и доказывание в гражданском судопроизводстве России: Учебно-практическое пособие. Волгоград, 2005.

Мохов А.А. Институт сведущих лиц в гражданском процессе России. Волгоград, 2005.

Мурадян Э.М. Истина как проблема судебного права. М., 2002.

Мухин И.И. Объективная истина и некоторые вопросы оценки судебных доказательств при осуществлении правосудия. Л., 1971.

Мухин И.И. Важнейшие проблемы оценки доказательств в уголовном и гражданском судопроизводстве. Л., 1974.

Нахова Е.А. Роль презумпций и фикций в распределении обязанностей по доказыванию: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2004.

Нахова Е.А. Предмет доказывания в цивилистическом процессе и административном судопроизводстве. СПб., 2018.

Никитин С.В. Теоретические основы установления достоверности письменных доказательств в гражданском судопроизводстве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1983.

Никитин С.В. Процессуальная форма судебных доказательств // Актуальные проблемы теории юридических доказательств. Иркутск, 1984.

Новицкий В.А. Теория доказательственного права: Монографическое исследование: В 2 т. М.; Ставрополь, 2004.

Олегов М.Д. Истина в гражданском процессе: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1999.

Опалев Р.О. Пассивное поведение стороны спора как основание считать признанными обстоятельства, входящие в предмет доказывания по делу // Вестник гражданского процесса. 2012. N 2.

Опалев Р.О. Основные положения учения о доказывании в российском арбитражном процессе // Российская юстиция. 2013. N 4.

Орлов Ю., Шишкин С., Гришина Е. Оценка судом достоверности заключения эксперта // Российская юстиция. 1995. N 11.

Осипов Ю.К. Косвенные доказательства в советском гражданском процессе: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1954.

Особенности рассмотрения дела в арбитражном процессе: Практическое пособие / Отв. ред. А.А. Арифюлин, И.В. Решетникова. М., 2005.

Относимость и допустимость доказательств в гражданском, арбитражном и уголовном процессе: Учебное пособие / Сост. А.М. Цирин. СПб., 2003.

Плюхина М.А. Истина в гражданском судопроизводстве // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. 2001. N 1 / Под ред. В.В. Яркова. М., 2002.

Проблемы реализации норм, регулирующих доказывание и доказательства в гражданском,

арбитражном и административном судопроизводстве: Сб. ст. по мат-лам Междунар. науч.-практ. конф. ФГБОВО РГУП. СПб., 2016.

Прохоров А.Г. Принцип допустимости средств доказывания в советском гражданском процессуальном праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1979.

Пучинский В.К. Английский гражданский процесс. М., 1974.

Пучинский В.К. Гражданский процесс США. М., 1979.

Ракина Л.Н. Участие специалиста в гражданском судопроизводстве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1985.

Резник Г.М. Внутреннее убеждение при оценке доказательств. М., 1977.

Резниченко И.М. Оценка доказательств в гражданском процессе // Советская юстиция. 1968. N 24.

Решетникова И.В. Доказательственное право Англии и США. Екатеринбург, 1997.

Решетникова И.В. Доказательственное право в гражданском судопроизводстве. Екатеринбург, 1997.

Решетникова И.В. Курс доказательственного права в российском гражданском судопроизводстве. М., 2000.

Решетникова И.В. Доказывание в гражданском процессе. М., 2010.

Росинская Е.Р. Судебная экспертиза в гражданском, арбитражном, административном и уголовном процессе. М., 2008.

Росинская Е.Р., Галяшина Е.И. Настольная книга судьи: судебная экспертиза. М., 2011.

Рубеко Г.Л., Колисниченко Е.А. Необходимые доказательства как средства судебного доказывания в арбитражном процессе // Арбитражный и гражданский процесс. 2011. N 12.

Рыжов К. Свободная оценка доказательств - принцип гражданского процесса // Арбитражный и гражданский процесс. 2009. N 12.

Рыжов К.Б. Принцип свободной оценки доказательств и его реализация в гражданском процессе / Науч. ред. В.В. Ярков. М., 2012.

Рыжов К.Б. Новеллы законодательства об обеспечении доказательств нотариусом и доказательственной силы нотариальных документов // Вестник Арбитражного суда Московского округа. 2015. N 4.

Сахнова Т.В. Судебная экспертиза. М., 2000.

Сахнова Т.В. Курс гражданского процесса: теоретические начала и основные институты. М., 2008.

Сериков Ю.А. Презумпции в гражданском судопроизводстве. М., 2006.

Смольников Д.И. Косвенные доказательства в гражданском судопроизводстве России: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2015.

Смышляев Л.П. Предмет доказывания и распределение обязанностей по доказыванию в советском гражданском процессе. М., 1961.

Справочник по доказыванию в гражданском судопроизводстве / Под ред. И.В. Решетниковой. 5-е изд., доп. и перераб. М., 2011.

Справочник по доказыванию в административном судопроизводстве / Решетникова И.В., Куликова

М.А., Царегородцева Е.А. М., 2016.

Степанов М.А. Доказывание по гражданским делам о компенсации морального вреда: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2003.

Судебная экспертиза в арбитражном процессе / Под ред. Д.В. Гончарова и И.В. Решетниковой. М., 2007.

Судебные уставы 20 ноября 1864 года, с изложением рассуждений, на коих они основаны. Ч. 1. СПб., 1866.

Теория и практика судебной экспертизы в гражданском и арбитражном процессе / Под ред. Е.Р. Россинской. М., 2006.

Тихиня В.Г. Теоретические проблемы применения данных криминалистики в гражданском судопроизводстве. Минск, 1983.

Торопова М.В. Особенности назначения судебно-почерковедческой и судебно-технической экспертизы документов в современных условиях // Арбитражный и гражданский процесс. 2011. N 5.

Треушников М.К. Допустимость доказательств в советском гражданском процессе: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1973.

Треушников М.К. Судебные доказательства. М., 2005.

Фаткуллин Ф.Н. Общие проблемы процессуального доказывания. Казань, 1976.

Федотов А.В. Понятие и классификация доказательственных презумпций // Журнал российского права. 2001. N 4.

Филиппов П.М., Мохов А.А. Использование специальных знаний в судопроизводстве России / Под ред. Н.И. Авдеенко. Волгоград, 2003.

Фокина М.А. Свидетельский иммунитет в гражданском судопроизводстве // Известия вузов: Правоведение. 1995. N 4 - 5.

Фокина М.А. Свидетельские показания в состязательном гражданском судопроизводстве. Саратов, 1996.

Фокина М.А. Судебные доказательства по гражданским делам. Саратов, 1995.

Фокина М.А. Теория и практика судебного доказывания в состязательном гражданском судопроизводстве. Домодедово, 2000.

Фокина М.А. Система целей доказывания в гражданском и арбитражном процессе // Арбитражный и гражданский процесс. 2006. N 4 - 9.

Фокина М.А. Методы доказывания в гражданском и арбитражном процессе // Законодательство. 2008. N 9.

Фокина М.А. Юридические предположения в гражданском и арбитражном процессах // Современное право. 2009. N 6.

Фокина М.А. Механизм доказывания по гражданским делам: теоретико-прикладные проблемы. М., 2010.

Фокина М.А. Реформирование и развитие институтов доказательственного права: итоги десятилетия // Вестник гражданского процесса. 2013. N 4.

Фокина М.А. Доказывание в административном судопроизводстве: проблемы эффективности

правового регулирования // Современное право. 2017. N 3.

Шакирьянов Р.В. Представление дополнительных (новых) доказательств в суд апелляционной инстанции: историко-правовой анализ и современные проблемы (к 10-летию юбилею ГПК РФ) // Вестник гражданского процесса. 2013. N 4.

Шварц М.З. К вопросу о фальсификации доказательств в арбитражном процессе // Арбитражные споры. 2010. N 3.

Шеменева О.О. Признания и соглашения по обстоятельствам дела в гражданском судопроизводстве. М., 2013.

Шишкин С.А. Состязательность в гражданском и арбитражном судопроизводстве. М., 1997.

Шутин Я.Л. Предмет доказывания в советском гражданском процессе. М., 1963.

Эйсман А.А. Заключение эксперта. М., 1967.

Эйсман А.А. Логика доказывания. М., 1971.

Юдельсон К.С. Судебные доказательства и практика их использования в советском гражданском процессе. М., 1956.

Юдельсон К.С. Проблема доказывания в советском гражданском процессе // Избранное: Советский нотариат. Проблема доказывания в советском гражданском процессе. М., 2005.

Юдин А.В. Злоупотребление процессуальными правами в гражданском судопроизводстве. СПб., 2005.

Юдин А.В. Гражданскому и арбитражному процессу необходим институт исключения доказательств // Российская юстиция. 2008. N 7.

Юдин А.В. "Улики поведения" в гражданском и арбитражном процессе (к вопросу о доказательственном значении фактов процессуального поведения лиц, участвующих в деле) // Вестник гражданского процесса. 2016. N 4.

Юзефович В.Б. Доказательства и доказывание в арбитражном процессе: анализ правоприменительной практики. Выводы судебного юриста. М., 2012.

Ярков В.В. Сообщение специалиста в гражданском процессе // Применение экспертизы и других форм специальных познаний в советском судопроизводстве. Свердловск, 1984.

НАПИСАНИЕ на ЗАКАЗ и переработка:

1. Дипломы, курсовые, рефераты, чертежи...
 2. Диссертации и научные работы
 3. Школьные задания
- Онлайн-консультации
Любая тематика, в том числе ТЕХНИКА
Приглашаем авторов

УЧЕБНИКИ, ДИПЛОМЫ, ДИССЕРТАЦИИ -
На сайте электронной библиотеки по экономике и праву
www.учебники.информ2000.рф.