

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 разрешением 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.

Ориентация современных гражданского и арбитражного процессов на усиление состязательности процесса и, соответственно, процессуальной активности сторон потребовала пересмотра многих проблем доказательственного права. 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 мировой опыт правосудия и отечественную правовую традицию, прав судебного органа по изысканию доказательственного материала, согласования процессуальных принципов, судебного познания и доказывания. 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 и уголовном процессах; 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 и арбитражном процессах, вопросы 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.

Гражданский и арбитражный процессы – 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 отличия.

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 – особенностям доказывания по конкретным категориям дел, рассматриваемым в порядке гражданского и арбитражного процессов.

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;
- 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 ПО ГРАЖДАНСКИМ ДЕЛАМ

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 развития¹. 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.

Конкретно-исторический подход требует рассмотрения государственно-правовых явлений в динамике исторической жизни, в постоян-

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.

ном 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 времени¹.

Значение исторического момента неодинаково в различных отраслях права. Он наиболее актуален для тех из них, которые регламентируют 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»².

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 традициями³.

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»⁴.

¹ См.: *Егоров С.А.* История отечественного государства и права, IX — первая половина XIX века. Опыт проблемного изложения. Ярославль, 2000. С. 6–7.

² *Дмитриев Ф.М.* История судебных инстанций и гражданского апелляционного производства от Судебника до Учреждения о губерниях. М., 1859. С. 580.

³ См.: *Алексеев С.С.* Философия права. М., 1998. С. 226; *Коваленко А.Г.* Институт доказывания в гражданском и арбитражном процессе. М.: Норма, 2004. С. 33–34.

⁴ 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 заpiresательства 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.

Ранние периоды существования государственности на Руси обычай являлся преобладающим источником права, а затем и законодательством². 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 судопроизводстве³.

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 говорит: «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 этом⁴. Стороны занимали равное положение в процессе и даже назывались одинаково — истцы. Они самостоятель-

¹ Пахман С.В. Указ. соч. С. 12–17.

² См.: Лантева Л.Е. Исследования обычного права народов Российской империи // Государство и право. 1997. № 8. С. 101.

³ См.: Михайлов М.М. История образования и развития системы русского гражданского судопроизводства до Уложения 1649 года. СПб., 1848. С. 24.

⁴ См.: Дювернуа Н.Л. Источники права и суд в Древней России. Опыт по истории русского гражданского права. М., 1869. С. 174.

но 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»¹.

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. 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 распался на выполнение доказательственных действий или их комплексов. 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 вызывала на очную ставку свидетелей или другую сторону (ст. 35)².

¹ Дмитриев Ф.М. Указ. соч. С. 218.

² 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. ... докт. юрид. наук. М., 2009. С. 268. Данное утверждение вызывает возражения, поскольку, анализ новгородского законодательства не позволяет сделать такого вывода. В обоснование своей позиции А.Ф. Воронов не приводит каких-либо аргументов, полагаясь на работу А. Кунишина «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 Псковской судной грамоты). 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, 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 божи») и присягу (рота), собственное признание, признаки нарушения права¹. Доказательствами по новгородскому и псковскому праву служили: по оценкам одних исследователей – показания сторон, показания свидетелей, поличное, внешние признаки, присяга, послушество, грамоты и «суды божи»², по оценкам вторых – показания свидетелей и послухов, письменные документы и присяга³, по оценкам третьих – послухи, «суды божи» и акты⁴.

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.

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.: Российское право, 1992. С. 357.

³ См.: Егоров С.А. Указ. соч. С. 87.

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

Доказательства, использующиеся 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.

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 силу². 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 противопоставлялась 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»³.

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,

¹ Дювернуа Н.Л. Указ. соч. С. 596.

² См.: Мартышин О.В. Указ. соч. С. 363.

³ Пахман С.В. Указ. соч. С. 121.

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. 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 — поединок¹). 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 пре-

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 ПСГ), искам, возникающим из договоров, которые не требовали формального заключения сделки (ст. 92, 101 ПСГ). В иных случаях разрешение спора с помощью судебного поединка запрещалось (ст. 28 ПСГ). Главное условие судебного поединка — физическое равенство сторон (ст. 19 ПСГ). Престарелые, дети и монахи были не обязаны 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).

имущество 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 судебного серебра при наличии заклада. 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 решаться без «судов божьих» в интересах безопасности истца.

Определенные изменения претерпело доказательственное право периода Русского централизованного государства. Развитие социально-экономических отношений, централизация государственного и судебного аппаратов 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 выразилось в изменении акцентуации в распределении обязанностей по доказыванию и роли суда в доказывании, а также системы доказательств.

Судебники 1497 и 1550 гг., 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 судебныхников 1497 и 1550 гг. 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 сторонами¹.

¹ См.: *Пахман С.В.* Указ. соч. С. 126.