

Проблематика истребования доказательств у процессуального оппонента и возможные варианты решения

Шматков Леонид Михайлович

Студент Санкт-Петербургского государственного университета

Представленное исследование посвящено теоретическим и практическим проблемам истребования стороной доказательств у процессуального оппонента. Как показывает международный опыт, использование рассматриваемого института не противоречит принципу состязательности, а требования обосновать необходимость его применения при должном законодательном регулировании исключают возможность злоупотребления.

В качестве возможной альтернативы складывающейся практике перераспределения бремени доказывания на сторону процесса, отказавшуюся выдать истребуемое доказательство, автором предлагается расширить сферу действия презумпции признания фактов, для установления которых требовалось данное доказательство.

Ключевые слова: истребование доказательств, принцип состязательности, привилегия против самообвинения, презумпция признания, бремя доказывания.

В августе 2021 года исполнилось сто лет со дня рождения одного из ярчайших представителей петербургской правовой школы, известного ученого в области гражданского процессуального права Надежды Александровны Чечиной. За несколько десятилетий научной деятельности на базе вновь созданной кафедры гражданского процесса ЛГУ/СПбГУ из-под ее пера вышли более ста научных работ, посвященных важным проблемам доктрины процессуального права¹. При этом, как отмечают исследователи, «научное творчество Н. А. Чечиной тематически достаточно разнообразно и вместе с тем удивительно цельно»²: ее работы посвящены вопросам гражданских правовых отношений, принципам гражданского процессуального права, тенденциям развития гражданского процесса³.

Несмотря на то что с момента опубликования первых работ Н. А. Чечиной прошло уже более полувека, ее научное творчество ничуть не утратило своей актуальности. Однако дальнейшее развитие системы гражданского процессуального права неминуемо влечет за собой необходимость развития ее исследований в соответствии с тенденциями современности. Так, на наш взгляд,

¹ URL: <https://chechina.spb.ru>.

² Чечина Н. А. Избранные труды по гражданскому процессу. СПб.: Изд. дом С.-Петерб. гос. ун-та, 2004. С. 3.

³ URL: <https://events.spbu.ru/events/anons/chechina/bio.html>.

особого внимания сегодня заслуживает тематика принципов современного гражданского процесса, в частности принципа состязательности, а именно особенностей его проявления в части доказывания и доказательств.

Принцип осуществления правосудия на основе состязательности и равноправия сторон закреплен в статье 12 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации (далее — ГПК РФ). В соответствии с частью 2 указанной статьи суд должен сохранять независимость, объективность и беспристрастность при осуществлении руководства процессом; при этом суд должен оказывать лицам, участвующим в деле, содействие в реализации их прав, создавать условия для всестороннего и полного исследования доказательств, установления фактических обстоятельств. Осуществление указанных полномочий судом неминуемо требует поиска баланса между принципом процессуальной активности суда и принципом судебного руководства процессом, характеризующими инициативную процессуальную деятельность суда⁴. Иными словами, суды при осуществлении правосудия должны одновременно и способствовать сторонам в реализации их прав, в том числе реализации бремени доказывания, и при этом сохранять позицию беспристрастного арбитра.

На данный момент и ГПК РФ (статья 57), и Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации (далее — АПК РФ) (статья 66) предусматривают полномочие суда оказывать содействие в истребовании стороной доказательств у своего процессуального оппонента. Возможность стороны ходатайствовать об истребовании доказательств у процессуального оппонента подтверждал также и Пленум Верховного Суда Российской Федерации, который в пункте 61 постановления от 23.04.19 № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» указал, что «в случае невозможности представления доказательств истец вправе ходатайствовать об истребовании таких доказательств у ответчика или третьих лиц», а в пункте 124 того же постановления — что «у ответчика могут быть истребованы доказательства в порядке, предусмотренном статьей 57 ГПК РФ, статьей 66 АПК РФ, позволяющие установить...». Примечательно, что споры о правоотношениях, регулируемых частью четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации, рассматриваются как судами общей юрисдикции в соответствии с положениями ГПК РФ, так и в определенных случаях арбитражными судами в соответствии с правилами АПК РФ, следовательно, вышеуказанные разъяснения Пленума Верховного Суда Российской Федерации в равной степени применимы и в отношении гражданского процесса, и в отношении арбитражного процесса.

На данный момент и ГПК РФ, и АПК РФ

⁴ Пацация М. Ш. Принцип процессуальной активности суда или принцип судебного руководства процессом? // Закон. 2016. № 1. С. 63–75.

предусматривают полномочие суда оказывать содействие в истребовании стороной доказательств у своего процессуального оппонента

Более того, статья 66 АПК РФ в отличие от статьи 57 ГПК РФ также предусматривает наложение штрафа на сторону в процессе, не представляющую истребуемые доказательства, что доктринально следует рассматривать как процессуальную санкцию за нарушение обязанности сторон проявлять уважение к суду и другим лицам, участвующим в деле (статья 159 ГПК РФ, статья 154 АПК РФ). Возможность наложения штрафа в случае неисполнения без уважительной причины лицом, участвующим в деле, требования о представлении истребуемых судом доказательств была дополнительно отмечена и в пункте 17 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 20.12.06 № 65 «О подготовке дела к судебному разбирательству».

Однако, как показывает практика, суды достаточно вольно используют свои полномочия. Судебная практика, к сожалению, не всегда учитывает, что оказание содействия сторонам в сборе доказательств тогда, когда для них это затруднительно, представляет собой не право суда, а его обязанность, продиктованную задачей правильного и своевременного рассмотрения и разрешения гражданских и арбитражных дел (статья 2 ГПК РФ и статья 2 АПК РФ). Как отмечает М. К. Треушников, «обязанность суда собирать доказательства по своей инициативе для объективного выяснения всех обстоятельств дела в гражданском и арбитражном процессах в исковом производстве (исторически. — *Прим. авт.*) заменена функцией суда по содействию лицам, участвующим в деле, в получении доказательств путем их истребования от участвующих и не участвующих в процессе лиц»⁵.

Так, например, *Арбитражный суд Самарской области в своем недавнем решении от 12.03.20 по делу № А55-35223/2019* указал следующее: «В соответствии с частями 1 и 2 статьи 9 АПК РФ суд не вправе своими действиями ставить какую-либо из сторон в преимущественное положение, равно как и умалять права одной из сторон... Заявляя ходатайство об истребовании доказательств у ответчика, истец фактически возлагает на ответчика обязанность доказывания собственных исковых требований, что противоречит принципу состязательности сторон, установленному статьей 9 АПК РФ».

Безусловно, невозможно согласиться с таким решением, представляющим собой «гримасу российского правосудия». В этом ключе стоит обратить внимание на положения Типовых европейских правил гражданского процесса, представленных в 2020 году Европейским институтом права совместно с УНИДРУА, которые являются результатом многолетней работы по выявлению и систематизации лучших практик в сфере гражданского процесса как

⁵ Треушников М. К. Судебные доказательства. М.: Городец, 2016. С. 56.

англосаксонской, так и континентальной правовой семьи, а потому могут быть восприняты как образец в том числе и российским правопорядком⁶. Так, правилом 102 этого международного правового акта предусматривается возможность истребования доказательств у противоположной стороны процесса, а в комментариях к этому правилу указывается, что архаичный принцип, согласно которому сторона судебного разбирательства не обязана давать оружие в руки своего оппонента (*nemo contra se edere tenetur*) и способствовать успеху дела своего оппонента, не должен применяться в развитых правовых системах⁷.

Отметим, что возможность истребования доказательств у процессуального оппонента, а также возможность наложения штрафа за неисполнение такой процессуальной обязанности все равно критикуется некоторыми исследователями. Так, например, В. М. Шерстюк утверждал, что «правило, возлагающее на лицо, участвующее в деле, обязанность представлять суду доказательства, подтверждающие обоснованность требований или возражений противной стороны, то есть по существу против самого себя, не соответствует принципу состязательности и должно быть пересмотрено»⁸. Кроме того, М. З. Шварц в своем раннем научном творчестве 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»⁹. На наш взгляд, подобная критика безосновательна, так как наложение дополнительной обязанности представить истребуемое доказательство не может противоречить принципу состязательности. Как метко отмечал судья Арбитражного суда города Санкт-Петербурга и Ленинградской области И. М. Шевченко, «состязательная система правосудия сложилась в Англии и США, в связи с чем именно в этих странах принцип состязательности реализован в его классическом, рафинированном

⁶ ELI/UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure // URL: https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/200925-eli-unidroit-rules-e.pdf.

⁷ Дьяконова М. О. Гармонизация норм о распределении бремени доказывания на примере Типовых европейских правил гражданского процесса // Журнал российского права. 2021. № 7. С. 121–136.

⁸ Шерстюк В. М. Комментарий к постановлениям Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации по вопросам арбитражного процессуального права. М., 2000. С. 20.

⁹ 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: Сб. науч. статей. Краснодар, 2004. С. 211–224.

виде. Однако именно в этих странах сложилась система норм, регулирующих истребование доказательств у противоположной стороны»¹⁰.

На наш взгляд, наложение дополнительной обязанности представить истребуемое доказательство не может противоречить принципу состязательности

Как указывают другие исследователи, возможность истребования доказательств в определенных случаях может позволять стороне процесса злоупотреблять этим правом, обращаясь к процессуальному оппоненту с неоднократными требованиями о предъявлении доказательств, имеющих слабое отношение к рассматриваемому делу или не имеющих отношения к делу вовсе. В доктрине гражданского процесса США такая практика именуется «рыболовными экспедициями» (fishing expedition). Подобные множественные запросы могут заявляться как в надежде выискать компромат на противоположную сторону процесса, так и для затруднения положения процессуального оппонента: действительно, денежные и трудовые затраты на сбор истребуемых доказательств, в том числе и в интересах противоположной стороны, могут стать довольно обременительными, а подчас и вовсе неподъемными для участника процесса¹¹.

Превентивным решением против подобных «рыболовных экспедиций» является указание в законе требований к обоснованию важности истребуемых у процессуального оппонента доказательств. Такие требования аналогичным образом выражены в части 2 статьи 57 ГПК РФ и части 4 статьи 66 АПК РФ; ходатайство обязательно должно содержать следующие реквизиты: во-первых, обозначение доказательства; во-вторых, обстоятельства, которые могут быть установлены этим доказательством; в-третьих, место его нахождения; в-четвертых, причины, препятствующие его получению. Как мы видим, процессуальное законодательство требует, чтобы в ходатайстве была предельно четко указана информация о доказательстве и о его связи с рассматриваемым спором. В свою очередь, несоблюдение данного требования зачастую влечет отказ в удовлетворении ходатайства об истребовании доказательства (*постановления Федерального арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 01.08.13 по делу № А58-2032/09, Федерального арбитражного суда Московского округа от 05.03.15 по делу № А40-119763/2010*). Кроме того,

¹⁰ Шевченко И. М. К вопросу об истребовании доказательств в арбитражном процессе // Российский судья. 2016. № 7. С. 16–20.

¹¹ Будылин С. Л. Рентгеновский луч права. Раскрытие доказательств в России и за рубежом // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2014. № 7. С. 56–97.

важнейшее значение имеет требование об обосновании препятствий для самостоятельного получения доказательства, несоблюдение которого является одной из основных причин отказа в удовлетворении ходатайства об истребовании доказательства (*постановления Федерального арбитражного суда Поволжского округа от 07.02.13 по делу № А55-6458/2012, Федерального арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 14.01.13 по делу № А78-4529/2012*).

Наконец, необходимо подчеркнуть, что обязанность представить истребуемое доказательство следует отличать от обязанности доказать обстоятельства, на которые участвующее в деле лицо ссылается. Проблема состоит в том, что суды нередко не различают случаи, когда сторона не представляет доказательства в своих собственных интересах. Действительно, истца или ответчика нельзя обязать доказывать, потому что доказывание — это право, а не обязанность; бремя доказывания лежит на одной стороне, однако доказательство находится у другой стороны. Очевидно, что суд не может обязать сторону представить доказательства, если речь идет о доказывании фактов в интересах этой самой стороны¹².

Обязанность представить истребуемое доказательство следует отличать от обязанности доказать обстоятельства, на которые участвующее в деле лицо ссылается

Таким образом, отказ суда удовлетворить ходатайство об истребовании доказательств, необходимых для разрешения спора, при соблюдении стороной всех требований, установленных гражданским и арбитражным процессуальным законодательством, несомненно, является разновидностью нарушения права на судебную защиту. Настоящим камнем преткновения при истребовании доказательств служит тот факт, что российский правовой порядок долгое время не может четко и недвусмысленно соотнести возможность одной стороны истребовать у оппонента доказательства для выполнения собственного бремени доказывания и право процессуального оппонента не свидетельствовать против себя.

Право не свидетельствовать против себя закреплено в статье 51 Конституции Российской Федерации и, в отличие от международного законодательства (например, статьи 14 Международного пакта о гражданских и политических правах 1966 года), предусматривает право не свидетельствовать

¹² Заинчуковская Е. К вопросу об истребовании доказательств у процессуального оппонента. URL: https://zakon.ru/blog/2020/10/28/k_voprosu_ob_istrebovanii_dokazatelstv_u_processualnogo_opponenta.

не только против себя, но и против своего супруга и своих близких родственников, круг которых определяется федеральным законом. При этом перечень лиц, относящихся по смыслу рассматриваемого права к кругу близких родственников, содержится лишь в пункте 4 статьи 5 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, а ГПК РФ или АПК РФ аналогичных разъяснений не содержат. Право не свидетельствовать против себя закрепляет намного более широкую гарантию, нежели может показаться при буквальном прочтении статьи 51 Конституции Российской Федерации. Так, «свидетельствовать» по смыслу конституционной нормы означает не только давать показания в качестве свидетеля, но и предоставлять любую иную доказательственную информацию об обстоятельствах и фактах, а также указывать на источник этой информации¹³. В этом отношении ссылка стороны гражданского или арбитражного процесса на право не свидетельствовать против себя может полностью блокировать истребование доказательств, необходимых для исполнения бремени доказывания другой стороны, что может ставить под вопрос саму возможность осуществления судом правосудия.

Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 31.10.1995 № 8 «О некоторых вопросах применения Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия» в абзаце первом пункта 18 содержит разъяснение конституционного положения, закрепляющего право не свидетельствовать против себя: «При рассмотрении гражданских и уголовных дел, а также дел об административных правонарушениях судам необходимо исходить из того, что в соответствии со статьей 51 Конституции Российской Федерации никто не обязан свидетельствовать против самого себя, своего супруга и близких родственников, круг которых определяется федеральным законом». Из этого разъяснения следует, что право не свидетельствовать против себя действует равно и в уголовном, и в гражданском процессе. Однако в абзаце втором пункта 18 названного постановления принцип действия права не свидетельствовать против себя раскрывается лишь применительно к уголовному процессу: указывается, что лицу должно быть обязательно разъяснено его право не свидетельствовать против себя, своего супруга и близких родственников. Остается неясным, как именно это положение должно применяться в гражданском процессе.

Ссылка стороны гражданского или арбитражного процесса на право не свидетельствовать против себя может полностью блокировать истребование доказательств

¹³ Комментарий к Конституции Российской Федерации (постатейный) / Под ред. В. Д. Зорькина. М.: Норма, Инфра-М, 2011. С. 459–460.

Такой пробел сравнительно недавно постарался восполнить Конституционный Суд Российской Федерации, который в пункте 2.2 определения от 27.03.18 № 741-О указал, что «не нарушают конституционных прав заявителя и положения статьи 205 АПК РФ в части, не содержащей положений, обязывающих арбитражный суд разъяснять лицу, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, его процессуальных прав, поскольку такая обязанность установлена иными нормами данного Кодекса... прямо предписывающими суду разъяснять лицам, участвующим в деле, и иным участникам арбитражного процесса их процессуальные права и обязанности, включая право, предусмотренное статьей 51 Конституции Российской Федерации... предупреждать о последствиях совершения или несовершения ими процессуальных действий».

Но как же вышеуказанные позиции Верховного Суда Российской Федерации и Конституционного Суда Российской Федерации могут соотноситься с рассмотренными ранее положениями законодательства и судебной практики, предусматривающими не только возможность истребовать доказательства, но и накладывать штраф за их непредставление без уважительных на то причин? Многочисленные противоречия в законодательстве, судебной практике и доктрине гражданского процессуального права не разрешают накопившиеся вопросы, а лишь ставят обозначенную проблему еще острее: действует ли все-таки право не свидетельствовать против себя в гражданском и арбитражном процессе и, что более важно, должно ли оно в принципе действовать?

Безусловно, положения статьи 51 Конституции Российской Федерации не являются новеллой в мировой истории развития института защиты личных прав и свобод человека. Впервые право не свидетельствовать против себя и своих близких было установлено в пятой поправке к Конституции США, которая гласит: «No person... shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself»¹⁴, что следует перевести как «ни одно лицо не должно... принуждаться в каком-либо уголовном деле свидетельствовать против себя». Данный принцип в американском праве получил название «привилегии против самообвинения» и был существенно развит путем судебного толкования.

Из буквального толкования вышеуказанных положений законодательства и судебной практики можно сделать вывод о том, что американская модель конституционной нормы по своему объему намного уже российской модели, поскольку действует исключительно в уголовном процессе. Впрочем, это не совсем так: определенная степень расширительного толкования все же присутствует. Например, в американском правовом порядке на право не давать показания можно ссылаться в любом производстве, но только если предполагается дача показаний, которые впоследствии могут быть использованы в уголовном процессе против давшего эти самые показания лица (McCarthy v.

¹⁴ Constitution of the United States // URL: <https://constitution.congress.gov/constitution/>.

Arndstein, 266 U.S. 34 (1924))¹⁵; при этом стадия производства, в период которой существует возможность сослаться на привилегию против самообвинения, может быть абсолютно любой: как судебной, так и досудебной¹⁶. Такой подход к определению баланса личных прав и интересов судопроизводства представляется нам наиболее успешным, а потому пригодным для заимствования в российский правовой порядок.

Более того, хотя привилегией против самообвинения обладают не только обвиняемые в совершении уголовного преступления, но и свидетели, последних все же могут принудить давать такие показания, если это требуется стороне обвинения, при этом прокурор должен предоставлять им определенный иммунитет от уголовного преследования на основе показаний, которые вынуждают давать. В таком случае свидетели лишены права отказаться от дачи показаний, так как предоставляемый иммунитет лишает их показания самоинкриминирующих свойств; в противном случае отказавшийся от дачи показаний свидетель может понести соответствующее наказание «за неуважение к суду»¹⁷. Кроме того, существуют и иные ограничения сферы применения привилегии против самообвинения. Так, например, в решении по делу *United States v. Balsys*, 524 U.S. 666 (1998) Верховный Суд США и вовсе указал, что опасение перед потенциальным уголовным преследованием по законодательству иностранного государства не признается достаточным основанием для использования привилегии против самообвинения¹⁸.

Изъятия из сферы применения привилегии против самообвинения в американском правовом порядке предусмотрены не только в случаях возникновения угрозы уголовного преследования. Так, общее право *a priori* исходит из того, что муж и жена составляют некое юридическое единство, так называемую брачную единицу (*marital unit*), а потому они вправе не свидетельствовать против друг друга; однако далеко не каждый штат в США предоставляет свидетельский иммунитет для супругов, а те штаты, которые все-таки предоставляют подобный иммунитет, предусматривают исключения из него по воле супругов (в зависимости от конкретного штата — по воле обоих супругов либо одного из них) или даже по воле стороны обвинения¹⁹. Полагаем, такое правовое решение связано с тем, что на практике в спорах, вытекающих из семейных правоотношений, объяснения сторон как доказательства используются чаще, чем в других делах, что обосновывается тесными межличностными взаимоотношениями тяжущихся сторон.

¹⁵ URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/266/34/>.

¹⁶ Бернам У. Правовая система США. М.: Новая юстиция, 2006. С. 509–511.

¹⁷ Там же.

¹⁸ URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/524/666/>.

¹⁹ Шумилов В. М. Правовая система США: Учеб. пособие. М.: Междунар. отношения, 2006. С. 287–288.

Нетрудно заметить, что право не свидетельствовать против себя в стране своего происхождения понимается в более узком смысле, чем понимают его страны-реципиенты; более того, западный правовой порядок неуклонно сужает сферы применения этого права. Приведенные выводы в равной степени характерны не только для американского правового порядка, но и для английского, например. Так же как и в США, в Англии существуют правовые нормы, позволяющие свидетелю по собственной инициативе или по инициативе заинтересованной в том стороны отказаться предоставлять суду определенного рода информацию; такое право также носит название привилегий и доктринально подразделяется на публичные привилегии (*public privilege*), императивно закрепляющие запрет предоставления информации, и частные привилегии (*private privilege*), дающие лишь право не выдавать информацию.

Тенденция развития английского гражданского процессуального права такова, что количество частных привилегий неуклонно уменьшается. Так, статья 16 Закона о доказательствах 1968 года отменила целый ряд привилегий, в том числе была упразднена привилегия, позволявшая ранее не раскрывать сведений по мотиву угрозы потери какого-либо правомочия. В соответствии с этим законом под *incrimination* должно пониматься только создание угрозы уголовного преследования или опасности возобновления отбывания наказания; к тому же закон уточнил, что отказ дать показания можно обосновать лишь ссылкой на английское уголовное законодательство. В дополнение к этому привилегия против саморазоблачения по гражданским делам некоторых категорий аннулирована специальными нормами: так, например, при рассмотрении исков по делам о возмещении имущественного вреда, вытекающего из преступлений, направленных против права собственности (хищение, повреждение, уничтожение имущества), сторона и свидетель лишены права отклонять запросы суда или противоположной стороны²⁰.

Таким образом, в гражданском и арбитражном процессах не может предусматриваться право какой бы то ни было стороны не свидетельствовать против самого себя, поскольку таким правом частный субъект наделяется только в вертикальных, частно-публичных правоотношениях.

Как и в любом другом правовом порядке, в Англии свидетельские показания широко используются в качестве средств доказывания; но в отличие от правовых порядков континентальной правовой семьи в общем праве Англии к свидетельским показаниям также относятся объяснения сторон и заключения экспертов, хоть за ними и признается ряд специфических черт. Одним из главных достоинств такого подхода следует признать возможность принудительного вызова в суд указанных лиц. Традиционно существует два вида направлений, которые могут быть адресованы лицу, уклоняющемуся от посещения судебного

²⁰ Гражданский процесс зарубежных стран / В. К. Пучинский; под ред. В. В. Безбаха. М.: Зерцало, 2007. С. 254.

заседания: во-первых, это вызов в суд для дачи показаний (*subpoena ad testificandum*), во-вторых, это вызов для предоставления указанных в направлении документов (*subpoena duces tecum*). Такое направление выдается заинтересованной стороне, которая обязана вручить его своему процессуальному оппоненту в течение ограниченного периода времени, после чего оно является действительным до момента завершения судебного разбирательства. В свою очередь, неподчинение судебному предписанию образует состав преступления, именуемого оскорблением суда (*contempt of court*)²¹. Отметим, что подобное регулирование свойственно и для правопорядка США²².

Как указывают исследователи гражданского процесса зарубежных стран, «отнесение объяснений сторон к показаниям свидетелей в наибольшей степени соответствует их природе: именно они являются носителями наиболее полной информации о происходивших событиях»²³. При этом заинтересованность сторон не может являться препятствием для их допроса в качестве свидетелей, тем более что в таком случае на них распространяются общие правила дачи свидетельских показаний и проверки их на предмет достоверности. Например, в английском процессе как заинтересованные стороны, так и незаинтересованные свидетели должны приносить клятву правдивости сообщаемых ими сведений, нарушение которой влечет юридическую ответственность вплоть до уголовной²⁴. Как мы помним, российский правопорядок не предусматривает какой-либо ответственности за дачу заведомо ложных показаний стороной в гражданском процессе, что дает сторонам процесса чуть ли не карт-бланш на искажение фактических обстоятельств дела в благоприятном для них свете. В свою очередь, помимо принесения клятвы, общее право предусматривает в качестве средств проверки достоверности показаний возможность перекрестного допроса и подрыва доверия стороны в гражданском процессе²⁵.

Приравнивание статуса свидетелей к статусу сторон процесса, пусть даже только в отношении получения доказательств, нам видится все же излишней мерой применительно к странам континентального права. Например, по ранее действовавшему законодательству Франции стороны по делу также могли быть допрошены в качестве свидетелей, однако в новом французском Гражданском процессуальном кодексе от 1975 года такая норма не сохранилась²⁶. Кроме того, Европейский суд по правам человека в своем постановлении от 27.10.1993 по

²¹ Там же. С. 256–259.

²² Гражданский процесс зарубежных стран: Учеб. пособие / С. А. Алехина и др.; под ред. А. Г. Давтян. М.: Проспект, 2008. С. 295–296.

²³ Там же. С. 223.

²⁴ Там же. С. 222–223.

²⁵ Там же. С. 296.

²⁶ Гражданский процесс зарубежных стран (Франция и Англия): Учеб. пособие для аспирантов / Отв. ред. В. Ю. Кулакова. М.: Проспект, 2017. С. 59.

делу «“Домбо-Бехеер” против Нидерландов» указал на прямой запрет выслушивать стороны в качестве свидетелей²⁷. В свою очередь, возможность обязывания сторон явкой в судебное заседание представляется необходимой мерой для целей установления судом истины по делу; не случайно в статье 184 Гражданского процессуального кодекса Франции сохраняется положение, предусматривающее право судьи обязать стороны или одну из них явиться в суд лично.

В этом смысле следует еще раз подчеркнуть разграничение обязанности сторон представлять истребуемые у них доказательства и бремени доказывания, которое возлагает на стороны правомочие представлять собственные доказательства. Если бремя доказывания имеет своим основанием частноправовое начало, то обязанность представлять доказательства характеризуется публично-правовой природой, проистекающей из публично-правовых обязанностей обеих сторон процесса исполнять законные требования суда и всеми возможностями содействовать процессу. Такая модель характерна для стран, воспринявших публично-правовой концепт гражданского процесса (немецко-австрийская модель), но российский правопорядок не воспринял данный концепт: исторически сложилось так, что обязанность доказывания в России строилась на частноправовом начале, определенном заинтересованностью сторон в разрешении дела, а не на публично-правовом, связанном с обеспечением порядка как цели процесса²⁸.

Иными словами, сторона процесса должна иметь право обязать явкой в суд процессуального оппонента в целях истребования у него необходимых доказательств для выполнения собственного бремени доказывания, но никак не в целях принуждения оппонента к защите собственной позиции по делу, представления собственных доказательств. На практике такое разграничение доказательств может быть затруднительно, так как стороны ведут спор относительно одних и тех же фактических обстоятельств, однако эта проблематика является скорее вопросом правоприменения, а потому ее следует оставить для других исследований.

Отметим, что даже в случае удовлетворения судом ходатайства стороны об истребовании доказательств у процессуального оппонента и обязанности того явкой в судебное заседание процессуальный оппонент может фактически отказаться представлять истребуемые доказательства, тем самым продолжая препятствовать установлению истины по делу, если такое установление не является выгодным для него. Безусловно, подобное поведение стороны должно быть признано судом противоправным и на эту сторону должен быть наложен

²⁷ URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22kdate%22:\[%221993-10-27T00:00:00.0Z%22,%221993-10-27T00:00:00.0Z%22\],%22itemid%22:\[%22001-57850%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22kdate%22:[%221993-10-27T00:00:00.0Z%22,%221993-10-27T00:00:00.0Z%22],%22itemid%22:[%22001-57850%22]}).

²⁸ Сахнова Т. В. Курс гражданского процесса. М.: Статут, 2014. С. 446–448.

штраф (пункты 3, 4 статьи 57 ГПК РФ, пункты 9, 11 статьи 66 АПК РФ). Однако наложение штрафа зачастую не решает проблемы ни в гражданском, ни тем более в арбитражном процессе. Как отмечает М. З. Шварц, «цена» доказательства в арбитражном процессе может составлять миллионы долларов, в сравнении с которыми штраф за его непредставление является ничтожным (статья 119 АПК РФ); стороне может быть выгодно уплатить штраф, в том числе повторный, но не выдать суду доказательство»²⁹. Кроме того, М. З. Шварц справедливо указывает на то, что наложение штрафа, тем более неоднократно, неминуемо влечет затягивание процесса³⁰. Но что же остается предпринимать в такой ситуации?

Возможным вариантом решения проблемы видится использование так называемой презумпции признания, в соответствии с которой непредставление истребуемого доказательства может или должно стать основанием для вывода о фактах, для установления которых истребовалось это доказательство. Единственной законодательно закрепленной презумпцией признания в российском процессуальном праве сегодня является установленное в части 3 статьи 79 ГПК РФ право суда при уклонении стороны от участия в экспертизе признать тот факт, для выяснения которого экспертиза была назначена, установленным или опровергнутым в зависимости от того, какая именно сторона уклоняется от экспертизы. Как отмечал М. К. Треушников, «в этой норме существование или отсутствие факта, для установления которого назначена экспертиза, поставлено в непосредственную зависимость от поведения стороны»³¹.

Данная презумпция признания распространяет свое действие исключительно в сфере получения такого вида доказательств, как экспертное заключение. В свою очередь, АПК РФ вовсе не содержит каких-либо правовых норм, предусматривающих использование признательной презумпции. Безусловно, можно себе представить возможность использования рассматриваемой презумпции в гражданском процессе по аналогии к иным видам доказательств, например письменным и вещественным доказательствам, благо аналогия закона предусмотрена частью 4 статьи 1 ГПК РФ, а также в арбитражном процессе, так как часть 5 статьи 3 АПК РФ предусматривает аналогию права. Однако хотя бы даже скудная судебная практика применения положений части 3 статьи 79 ГПК РФ по аналогии к другим видам истребуемых доказательств на данный момент отсутствует.

Возможно, что такое положение дел обусловлено определенной степенью скепсиса правоприменителей по отношению к механизму действия презумпции

²⁹ Шварц М. З. Указ соч. С. 220.

³⁰ Там же.

³¹ Комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации / Под ред. М. К. Треушникова, В. М. Жуйкова. М.: Городец, 2003. С. 232.

признания. Например, в 2010 году в Конституционный Суд Российской Федерации обратился гражданин с жалобой на нарушение его конституционных прав частью 3 статьи 79 ГПК РФ. Как он указал в заявлении, применение презумпции, содержащейся в указанной части закона, лишает одну из сторон в деле об установлении отцовства права на приведение любых доводов в свою защиту, кроме прохождения генетической экспертизы (а уклонение от экспертизы установления отцовства, как показывает практика, является наиболее распространенным случаем применения части 3 статьи 79 ГПК РФ). В свою очередь, Конституционный Суд Российской Федерации в определении от 16.12.10 № 1642-О-О абсолютно справедливо указал, что «данная норма... определяет полномочия суда по установлению обстоятельств, имеющих значение для дела, в случаях уклонения одной из сторон от выполнения процессуальных обязанностей и требований суда. Поскольку она направлена на пресечение препятствующих осуществлению правосудия действий (бездействия) недобросовестной стороны и обеспечение дальнейших судебных процедур, ее применение обусловлено установлением и исследованием фактических обстоятельств конкретного дела». Таким образом, Конституционный Суд Российской Федерации указал сразу на два важнейших взаимосвязанных свойства презумпции признания: во-первых, она пресекает недобросовестное поведение, препятствующее осуществлению правосудия; во-вторых, она тем самым способствует установлению фактических обстоятельств конкретного дела, то есть истины по делу.

Презумпция признания пресекает недобросовестное поведение, препятствующее осуществлению правосудия, и способствует установлению фактических обстоятельств конкретного дела

Примечательно, что презумпция признания как специальная процессуальная санкция известна российскому правопорядку вот уже более полувека. Так, статьи 64 и 69 ГПК РСФСР 1964 года предусматривали возможность истребования письменных и вещественных доказательств соответственно, а статьи 65 и 70 ГПК РСФСР устанавливали обязанность представления этих доказательств под угрозой признания содержащихся в них сведений. Согласно указанным положениям ГПК РСФСР в отношении стороны, которая удерживает у себя и не представляет по требованию суда письменное или вещественное доказательство, суд был вправе установить, что содержащиеся в них сведения об обстоятельствах, имеющих значение для дела, стороной признаны. Получается, что современный ГПК РФ в рассматриваемом отношении сделал значительный «шаг назад» по сравнению со своим предшественником. Безусловно, и ГПК РСФСР нельзя признать идеальным примером законодательного закрепления презумпции: устанавливая в качестве

доказательств по делу любые фактические данные, на основе которых суд может установить наличие или отсутствие обстоятельств, этот Кодекс регламентировал возможность истребования и использование презумпции признания только применительно к вещественным и письменным доказательствам.

Обратим внимание, что ряд правопорядков постсоветских государств, в отличие от российского, продолжили развитие института признательной презумпции, распространив сферу его действия на все виды доказательств. Так, например, пункт 10 статьи 84 Гражданского процессуального кодекса Украины и пункт 10 статьи 81 Хозяйственного процессуального кодекса Украины содержат идентичные положения о том, что в случае непредставления участником дела по неуважительным причинам или без объяснения причин доказательств, истребованных судом, суд может признать обстоятельство, для выяснения которого истребовалось доказательство^{32,33}. Как видим, приведенный правовой текст оставляет правоприменителю возможность истолковать заключенную в нем норму права так, что использование презумпции признания должно зависеть от усмотрения суда; представляется, что такой подход является не лучшим решением с точки зрения юридической техники.

Указанные положения украинского процессуального законодательства неоднократно становились предметом разъяснения Верховного Суда Украины, и в этом смысле примечательно, какую роль в процессе установления истины по делу отводит презумпции признания высшая судебная инстанция. Так, отмечалось, что общими требованиями процессуального права, закрепленными в статье 84 Гражданского процессуального кодекса Украины, определена обязательность установления судом при разрешении спора обстоятельств, имеющих значение для дела, предоставления им юридической оценки, а также оценки всех доказательств, из которых суд исходил при принятии решения по иску; без выполнения этих процессуальных действий принять законное и обоснованное решение по делу невозможно (постановления Судебной палаты по хозяйственным делам Верховного Суда Украины от 12.10.16 № 924/1025/14, 3-527гс16; от 25.05.16 № 910/6279/15-г, 3-254гс16; от 25.05.16 № 908/5508/14, 3-477г16). Иными словами, Верховный Суд Украины в своих решениях неоднократно подчеркивал, что использование судами правового механизма презумпции признания является необходимым условием для последующего принятия законного и обоснованного решения по делу.

В отличие от украинского процессуального законодательства Гражданский процессуальный кодекс Республики Казахстан применительно к презумпции признания содержит однозначно императивную формулировку об обязательности применения рассматриваемого положения, которая исключает возможность некорректного толкования. Так, в соответствии с пунктом 9 статьи 73 данного

³² URL: http://continent-online.com/Document/?doc_id=30418564.

³³ URL: http://continent-online.com/Document/?doc_id=30418667.

Кодекса, если сторона удерживает у себя истребуемое судом доказательство и не представляет его по запросу суда в установленный судом срок, предполагается, что содержащиеся в нем сведения направлены против интересов этой стороны и считаются ею признанными³⁴. По мнению автора, такое текстуальное выражение правовой нормы можно считать образцовым, а потому пригодным для рецепции в российское процессуальное законодательство.

Законодательства западных государств, как правило, также содержат презумпцию признания. Например, в правиле 37 кодифицированного нормативного правового акта США, регулирующего гражданское судопроизводство, — Federal Rules of Civil Procedure — указываются следующие виды санкций: признание тех или иных фактов установленными или даже окончательное разрешение дела в пользу противоположной стороны, взыскание судебных расходов с другой стороны, а также наказание за неподчинение суду вплоть до тюремного заключения³⁵.

Необходимость законодательного введения презумпции признания в ГПК РФ и АПК РФ диктуется потребностью в пресечении недобросовестного и противоправного поведения стороны процесса, которая может быть не заинтересована в установлении определенных фактических обстоятельств по делу. Мы уверены, что такое решение способно послужить не только эффективным средством противодействия «заволокичиванию» судопроизводства, но и гарантией принятия правосудных решений в гражданском и арбитражном процессах. При внесении соответствующих изменений в процессуальное законодательство предпочтительным вариантом представляется использование императивного оборота об обязанности суда применять в необходимых случаях презумпцию признания, дабы избежать случаев фразивного толкования правоприменителем новых правовых норм.

Необходимость законодательного введения презумпции признания в ГПК РФ и АПК РФ диктуется потребностью в пресечении недобросовестного и противоправного поведения стороны процесса

В качестве возможной альтернативы применению презумпции признания правоприменительная практика все чаще использует перераспределение бремени доказывания. Так, в 2012 году Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации рассматривал известное дело с участием генерального директора ОАО «Кировский завод» С., который создал дочернее общество — ООО «Путиловский литейный завод» — и приобрел через него по завышенной

³⁴ URL: http://continent-online.com/Document/?doc_id=34329053#pos=2;-140.

³⁵ URL: https://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal_rules_of_civil_procedure_-_december_2020_0.pdf.

цене долю в уставном капитале ООО «Сигма-инвест», участниками которого в том числе являлись С. и его мать. Как указал Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации в постановлении от 06.03.12 № 12505/11, ожидаемым поведением абстрактного директора является раскрытие акционерам общества полной информации об условиях взаимосвязанных сделок, чего генеральный директор завода не сделал ни в период совершения указанных сделок, ни в ходе судебного разбирательства. По мнению суда, указанные обстоятельства должны переносить на С. бремя доказывания: именно генеральному директору, действующему с потенциальным конфликтом интересов, надлежало доказать, что указанные сделки были совершены в интересах юридических лиц, а не в его частных финансовых интересах.

Такое «революционное» решение по конкретному делу стало важным судебным прецедентом, заложившим основы для последующего разрешения аналогичных дел. Уже спустя год в пункте 1 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 30.07.13 № 62 «О некоторых вопросах возмещения убытков лицами, входящими в состав органов юридического лица» будет указано, что «в случае отказа директора от дачи пояснений или их явной неполноты, если суд сочтет такое поведение директора недобросовестным (статья 1 Гражданского кодекса Российской Федерации), бремя доказывания отсутствия нарушения обязанности действовать в интересах юридического лица добросовестно и разумно может быть возложено судом на директора».

Дальнейшее развитие судебной практики приведет к распространению института перераспределения бремени доказывания и на споры по иным правоотношениям.

Например, Верховный Суд Российской Федерации в пункте 32 Обзора судебной практики № 3 (2017) указал следующее: «Возможность конкурсных кредиторов в деле о банкротстве доказать необоснованность требования другого кредитора, подтвержденного решением третейского суда, обычно объективным образом ограничена, поэтому предъявление к ним высокого стандарта доказывания привело бы к неравенству таких кредиторов. При рассмотрении подобных споров конкурсному кредитору достаточно представить суду доказательства *prima facie*, подтвердив существенность сомнений в наличии долга. При этом другой стороне, настаивающей на наличии долга, присужденного третейским судом, не должно составлять затруднений опровергнуть указанные сомнения, поскольку именно она должна обладать всеми доказательствами своих правоотношений с несостоятельным должником».

В качестве возможной альтернативы применению презумпции признания правоприменительная практика все чаще использует перераспределение бремени доказывания

Как видим, судебная практика начинает постепенно воспринимать институт перераспределения доказывания. Однако в ряде современных публикаций отмечается, что российскому процессу исторически не свойственен переход бремени доказывания в ходе рассмотрения дела. Как указывает, например, С. Л. Будылин, комментируя рассмотренное ранее постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации по делу ОАО «Кировский завод», «подобное правило (своеобразный пинг-понг с бременем доказывания) знакомо нам из американского процессуального права. Однако для российских судов это нечто ранее неслыханное»³⁶.

Действительно, перераспределение бремени доказывания характерно в первую очередь для американского процессуального права, при этом оно отличается от привычного российского понимания. Так, в американском праве проводится различие между бременем доказывания или убеждения (*onus probandi*) и бременем утверждения или представления (*onus proferendi*). Если в первом случае имеется в виду изначальное распределение обязанности доказывания определенных фактов, которое регулируется нормами материального права и остается неизменным в ходе судебного процесса, то во втором случае речь идет о представлении необходимых доказательств, которые позволяют вынести решение, если их не опроверг процессуальный оппонент. Именно бремя представления доказательств может перемещаться в ходе судебного процесса в США³⁷. Более того, подобный вывод можно встретить и в ранее упомянутых Типовых европейских правилах гражданского процесса³⁸. В свою очередь, российское процессуальное законодательство рассматривает обязанность обосновать свое исковое заявление и представить доказательства как единое бремя доказывания, что следует из положений пункта 5 части 2 статьи 131 ГПК РФ, пункта 5 части 2 статьи 125 АПК РФ. Получается, что даже «динамичная» модель доказывания в системе общего права не подразумевает перераспределение доказательственного бремени в том широком смысле, в котором оно предусматривается в «статичной» российской модели.

Такая ситуация не может не быть подвергнута обоснованной критике. В первую очередь следует указать, что в случае, когда позволено перемещать бремя доказывания, и суду, и тем более участвующим в деле лицам становится затруднительно определить, кто и что именно должен доказывать. К тому же

³⁶ Будылин С. Л. Внутреннее убеждение или баланс вероятностей? Стандарты доказывания в России и за рубежом // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2014. № 4. С. 53.

³⁷ Смольников Д. И. Переход бремени доказывания в гражданском судопроизводстве: игра в пинг-понг или стрельба из лука? // Закон. 2019. № 1. С. 138–148.

³⁸ ELI/UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure // URL: https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/200925-eli-unidroit-rules-e.pdf.

процессуальное оформление неоднократного перемещения бремени доказывания способно приводить к значительному усложнению формальной регламентации процесса. Исходя из этих рассуждений, бремя доказывания следует рассматривать как исключительно стабильное, не динамичное явление, которое должно быть определено судом в самом начале процесса.

Помимо этого, некоторые исследователи считают, что приведенные примеры судебной практики вовсе не свидетельствуют о наличии в российском правовом порядке института перераспределения доказательственного бремени, а демонстрируют лишь его первичное распределение. Так, например, в «Курсе доказательственного права» справедливо, на наш взгляд, указывается следующее: «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»³⁹.

Как указывала Н. А. Чечина, «добросовестное поведение каждой стороны в процессе обеспечивает нормальную деятельность суда и всех участвующих в процессе лиц, способствует выяснению материальной (объективной) истины в каждом деле и одновременно с этим гарантирует возможность осуществления процессуальных прав другой стороны, обеспечивает ее интерес в скором и правильном рассмотрении дела»⁴⁰. Представляется, что предложенная нами система разрешения проблематики истребования доказательств у процессуального оппонента в гражданском и арбитражном процессах может явиться гарантом соблюдения добросовестного поведения каждой стороной, а потому в полной мере соотносится с высказыванием Н. А. Чечиной. Однако предложенные идеи все же не следует рассматривать как единственно верные, а потому исключающие все возможные иные варианты. Представленное автором исследование не претендует на достижение абсолютной истины, а лишь стремится максимально приблизиться к ней. Но автор полагает, что это исследование может послужить благодатной почвой для дальнейшего обсуждения рассматриваемого вопроса, и надеется, что оно внесет определенный вклад в развитие учения Н. А. Чечиной о принципах гражданского процесса.

³⁹ Курс доказательственного права: Гражданский процесс. Арбитражный процесс. Административное судопроизводство / Под ред. М. А. Фокиной. М.: Статут, 2019. С. 154.

⁴⁰ Чечина Н. А. Указ соч. С. 44.