

Халатов Сергей Александрович
К.ю.н., доцент кафедры гражданского процесса
Уральской государственной юридической академии

Круглый стол №2 по доказательственному праву в гражданском и арбитражном процессе. Юридический институт М-Логос, 2 апреля 2014 года.

Материалы и тезисы.

- Введение жесткого правила о недопустимости запоздалого предъявления доказательств: готовы ли мы к этому? Какова могла бы быть эффективная система раскрытия доказательств?

Введение жесткого правила раскрытия доказательств интенсивно обсуждалось еще перед принятием ныне действующих АПК и ГПК. Появившиеся в результате обсуждения нормы указывали на разные пути, которые предусмотрели авторы и законодатели для гражданского и арбитражного процесса. Если гражданский процесс встал на путь либерального подхода к представлению доказательств, то при принятии АПК 2002 года могло показаться, что его авторы претворили в жизнь едва ли не самый радикально-консервативный вариант.

Логика подсказывала, что поскольку в гражданском процессе участвуют преимущественно граждане, не являющиеся профессионалами в тех отношениях, что привели их в суд, а также не являющиеся профессиональными юристами, постольку жесткое установление сроков для представления доказательств будет, скорее, разводить обстоятельства, установленные постановлением суда, и обстоятельства, существовавшие на самом деле, не давая непрофессионалам, эпизодически участвующим в судебных процессах, возможности научиться на своих или чужих ошибках. Однако практика показывает, что наиболее эффективно пользуется процессуальными возможностями не тот, ради защиты которых они предоставлены, а тот, кто может это сделать. Отсутствием правила о предварительном раскрытии доказательств успешно пользуются недобросовестные юристы и профессиональные сутяжники, включая госорганы.

Что касается арбитражного процесса, то его применение в начале двухтысячных пусть и не всегда, но сопровождалось отказом судей в принятии доказательств, не раскрытых другим лицам участвующим в деле до начала судебного заседания. Однако в дальнейшем это внешне жесткое правило стало повсеместно нарушаться. Одним из ярких проявлений отношения судей к жесткому правилу раскрытия доказательств стало постановление Пленума ВАС от 28.05.2009 №36 «О применении АПК при рассмотрении арбитражными судами дел в апелляционной инстанции». Пункт 26 указанного постановления необходимо процитировать:

«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 части 2 статьи 268 Кодекса, может в силу части 3 статьи 288 Кодекса являться основанием для отмены постановления суда апелляционной инстанции, если это привело или могло привести к вынесению неправильного постановления».

Судьи очень четко поняли, что при относительной определенности уважительности критериев несвоевременного представления доказательств в суд первой инстанции, для сокращения риска отмены судебного акта вышестоящим судом следует принимать дополнительные доказательства даже в суде апелляционной инстанции. Если принятие дополнительных доказательств никогда не может являться основанием для отмены судебного акта, а их непринятие в некоторых случаях таким основанием может быть, то зачем же судья станет отказывать в принятии дополнительных доказательств пусть даже и в суде апелляционной инстанции?

Интересно, что изменения в указанное постановление Пленума не коснулись правил представления дополнительных доказательств в апелляционную инстанцию. Однако с 2010 года норма статьи 65 АПК претерпела несущественное изменение и несущественное дополнение, которые повлекли за собой модернизацию подходов к порядку исполнения бремени доказывания. Во-первых, если до 2010 года общим правилом было раскрытие доказательств до начала

судебного заседания, то теперь появилось новое правило – срок раскрытия доказательства мог быть установлен судом. Кроме того, статья 65 АПК была дополнена новой частью 5, устанавливающей ответственность за нарушение порядка и сроков представления доказательств в форме возложения на нарушителя судебных расходов независимо от результатов рассмотрения дела. Полагаю, что практика применения части 5 статьи 65 АПК сыграла для заблаговременного раскрытия доказательств крайне негативную роль. Суды вышестоящих инстанций в большинстве случаев толкуют часть 5 как исключительную санкцию за нарушение сроков раскрытия доказательств. То есть решение, вынесенное на заранее нераскрытых доказательствах, не подлежит по этой причине отмене, поскольку часть 5 статьи 65 предусматривает иную санкцию – перераспределение судебных расходов!ⁱ Очевидно, что это не так и вряд ли введение нормы имело целью освободить сторону, запоздало раскрывающую доказательства, от последствия в виде отказа в принятии такого доказательства, но судебная практика настойчиво дает судам альтернативу – можно и не принять доказательства со ссылкой на статью 9 и часть 4 статьи 65 АПК, а можно принять и рассматривать вопрос о переложении судебных расходов. Очень сомнительно, что подобное усмотрение может быть объяснено какими бы то ни было разумными причинами.

Однако даже столь эфемерная в российских условиях санкция, как переложение судебных расходов, практически не используется. Самым распространенным мотивом отказа в переложении судебных расходов является спорное умозаключение судей, что перераспределение судебных расходов является правом, а не обязанностью судаⁱⁱ. Удалось обнаружить лишь одно постановление суда кассационной инстанции, в котором бы в положительном смысле обсуждался вопрос о переложении судебных расходов на нарушителя правил доказыванияⁱⁱⁱ.

Можно сказать, что часть 5 статьи 65 АПК используется крайне неэффективно. В общедоступных правовых базах мне удалось обнаружить только 11 ссылок на указанную статью в судебных актах ФАСов и 55 ссылок в судебных актах апелляционных судов за три с половиной года существования нормы и не самой радужной ситуацией со своевременным раскрытием доказательств.

Таким образом, полагаю возможным сделать вывод, что современный арбитражный процесс готов к восприятию идеи о запрете запоздалого раскрытия доказательств. Очевидно, что в нашем арбитражном суде, где более 70% представителей сторон являются профессиональными юристами, а сами стороны, как правило, – профессиональными предпринимателями общество не должно освобождать их от ответственности за несвоевременное раскрытие и представление доказательств. В конце концов, оплата рабочего времени судьи, аппарата суда и накладные расходы, умножающиеся в результате либерального подхода к срокам представления доказательств, ложатся на общество.

Эффективность системы раскрытия доказательств, на мой взгляд, зависит от воли высшего суда. Начать можно с изменения пресловутого пункта 26 постановления Пленума по апелляции. Следом было бы достаточно одного или двух постановлений, отменяющих судебные акты, трактующие часть 5 статьи 65 АПК как исключительную санкцию, а также пары постановлений, отменяющих судебные акты, вынесенные на несвоевременно раскрытых доказательствах.

Второй, несомненно более важный этап, который необходимо обсуждать – это формализация системы раскрытия доказательств на этапе подготовки дела к судебному разбирательству. Возможно, вопросы технической фиксации раскрытия доказательств, подготовки судебных запросов, а также поручений, разъяснения сторонам последствий из действий или бездействия следует доверить помощникам судей. Это, с одной стороны снимет часть нагрузки с судей, а с другой – легализует труд помощников. В идеале следует стремиться к тому, чтобы судья имел возможность рассмотреть дело в одном судебном заседании на основании уже подготовленных с помощью помощника судьи доказательств.

- Почему в российском арбитражном процессе не востребованы свидетельские показания? И как с этим быть? Стоит ли в России вводить институт affidavits или его аналог?

Самым очевидным ответом является следующий – потому что такова специфика субъектов и их отношений. Большая часть споров происходит с участием юридических лиц и предпринимателей, которым законом предписано оформлять отношения письменно. Письменные сделки, документы для налогового учета, трудовые договоры, локальные нормативные акты,

ненормативные правовые акты, нормативные правовые акты – всё это документы. Естественно, что и судьи относятся к документам как к «наилучшему доказательству». Безусловно, что это связано, в том числе, и с тем высочайшим стандартом доказывания, который практикуется в нашем арбитражном процессе. Судья арбитражного суда стремится под каждый факт «подложить бумажку». Конечно, это зачастую нарушает принцип непосредственного исследования доказательств, когда судья, вместо того, чтобы положиться на показания лица, непосредственно воспринимавшего действительность, скорее будет исследовать документ, который такой свидетель составил – акт, справку.

Однако роль судьи пусть и велика, но не безгранична. Я проанализировал 113 судебных актов Арбитражного суда Свердловской области с 2003 по 2014 год, содержащиеся в общедоступных базах, в которых имелось упоминание о свидетелях. Ходатайства о вызове свидетеля удовлетворялись судом в 46 процентах случаев. Примерно каждое второе ходатайство было успешным – это очень неплохой результат, который говорит о том, что лица, участвующие в деле, имеют очень неплохие перспективы по расширению использования свидетельских показаний в арбитражном процессе.

Ниже в приложении приведены выписки из судебных актов с наиболее показательными или интересными мотивами судей, почему они отказывают в удовлетворении ходатайств о вызове свидетелей. На первое место можно поставить мотив надлежащего доказательства – обстоятельства, которые согласно закону могут быть подтверждены определенными доказательствами, не могут подтверждаться иными доказательствами (ст. 68 АПК). Некоторые судьи считают, что в этом случае возникает какая-то конкуренция между прямо предусмотренными законом доказательствами (средствами доказывания) и прямо им не предусмотренными. Поскольку российский закон скорее предусмотрит, что обстоятельство не может подтверждаться свидетельскими показаниями, чем наоборот, то у свидетельских показаний практически нет шансов пробиться в суды. На втором месте сугубо формальный мотив, можно сказать даже отписка, - вызов свидетеля есть право суда, а не обязанность; или суд не обязан удовлетворять все ходатайства сторон. На третьем - мотив достаточности доказательств, хотя суд редко отказывает в приобщении к делу письменных доказательств по мотиву достаточности, свидетельские показания излишними бывают куда как чаще. Четвертая группа мотивов самая спорная и экзотичная – судьи отказывают в вызове свидетеля, поскольку, по их мнению, он является небеспристрастным или ранее давал показания в рамках уголовного дела.

В России ответственность за дачу заведомо ложных показаний или отказ от дачи показаний не является экзотикой, хотя, наверное, на фоне общего количества фактов дачи ложных показаний статистика не очень впечатляет. В 2011 году осуждено по части 1 статьи 303 УК «Фальсификация доказательств по гражданскому делу» 44 лица (2010 – 66). Заведомо ложные показания, заключение эксперта или неправильный перевод - 1287 лиц, в 2010 - 1395 (часть 1 статьи 307 УК). Отказ свидетеля или потерпевшего от дачи показаний – 43 лица, в 2010 - 75 (ст. 308 УК). Подкуп и принуждение свидетеля или потерпевшего к даче ложных показаний – всего 54 лица, в 2010 - 76 (статья 309 УК).

Аффидевит в России. В соответствии со статьями 102 и 103 Основ законодательства о нотариате нотариус имеет право до возбуждения дела обеспечить доказательства, в том числе и допросить свидетеля по правилам гражданского судопроизводства. Кроме того, до предъявления иска арбитражный суд может обеспечить доказательства в соответствии со статьей 72 АПК. К сожалению, отдельной статистики по обеспечению свидетельских показаний мне найти не удалось, но согласно официальной статистике, например, в 2009 году арбитражные суды рассмотрели 167 заявлений об обеспечении доказательств и удовлетворили только 56 или 33,5% из них, а по данным ФНП по обеспечению доказательств, размещенных в сети Интернет, нотариусы совершили 1903 нотариальных действия^{iv}. Разрыв, как видно, кратный.

- Существуют ли и должны ли существовать привилегированные доказательства (то есть доказательства, чья достоверность не ставится под сомнение или имеют предустановленную доказательственную силу)? Можно ли признать в качестве таковых нотариальные акты?

Конституционный Суд Российской Федерации констатировал в Постановлении от 19.05.1998 г. № 15-П, что совершение нотариусами предусмотренных законодательными актами нотариальных действий от имени Российской Федерации (статья 1 Основ законодательства о нотариате) «гарантирует доказательственную силу и публичное признание нотариально оформленных документов».

Проект закона «О нотариате и нотариальной деятельности» Факты, удостоверенные или засвидетельствованные в нотариальном акте, освобождаются от дальнейшего доказывания в суде, арбитражном суде или ином юрисдикционном органе, если нотариальный акт не был отменен в порядке, предусмотренном гражданским процессуальным законодательством для рассмотрения заявлений о совершенных нотариальных действиях или об отказе в их совершении^v.

В Китайской Народной Республике в соответствии с пунктом 9 Некоторых положений «О доказательствах в гражданском процессе» факт, удостоверенный действительным нотариальным документом, не подлежит доказыванию, однако может быть оспорен стороной.

ПРИЛОЖЕНИЕ

Выдержки из судебных решений касающиеся ходатайства о вызове свидетеля:

Вызов свидетеля согласно статье 88 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации является правом, а не обязанностью арбитражного суда, которым он может воспользоваться в случае, если с учетом всех обстоятельств дела придет к выводу о необходимости осуществления таких процессуальных действий для правильного разрешения спора.

В соответствии со ст. 68 АПК РФ обстоятельства дела, которые согласно закону должны быть подтверждены определенными доказательствами, не могут подтверждаться в арбитражном суде иными доказательствами.

Ходатайство истца вызове в судебное заседание свидетелей с учетом характера спора, материалов дела, мнения ответчиков, судом отклонено в порядке ст. ст. 88, 64 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, исходя из того, что свидетельскими показаниями не могут быть подтверждены факты, подтверждаемые соответствующими письменными доказательствами (ст. ст. 64, 66, 67, 68 АПК РФ)^{vi}.

В удовлетворении ходатайства о вызове свидетелей судом отказано на основании ст. 88 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, так как свидетельские показания при рассмотрении споров о признании права собственности не являются надлежащим доказательством в силу ст. 68 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, поскольку указанные обстоятельства устанавливаются на основании исследования судом письменных доказательств^{vii}.

Ходатайство судом рассмотрено и отклонено на основании ч. 1 ст. 88 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, поскольку в материалах дела имеется достаточно документов, позволяющих рассмотреть спор по существу^{viii}.

Суд также не видит необходимости в вызове указанных свидетелей в судебное заседание в порядке части 2 статьи 88 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации. Помимо сказанного, вызов названных лиц в судебное заседание может повлечь неоправданное затягивание рассмотрения дела и нарушение соответствующих процессуальных сроков^{ix}.

Однако опрос Гайдунова А.М. в данном случае исключен, поскольку ходатайство о вызове его в качестве свидетеля заявлено истцом после представления его объяснения, данного нотариусу, когда позиция данного лица уже выявлена и не может считаться беспристрастной^x.

Заявленное ходатайство судом рассмотрено и отклонено в порядке ст. 88 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, поскольку в силу ст. 68 АПК РФ обстоятельства дела, которые согласно закону должны быть подтверждены определенными доказательствами, не могут подтверждаться в арбитражном суде иными доказательствами. Кроме того, указанное лицо является работником третьего лица по настоящему делу, следовательно, имеет заинтересованность и его пояснения по обстоятельствам дела не могут обладать признаком достоверности^{xi}.

Данное ходатайство судом отклоняется на основании ст. 88 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, поскольку в материалах дела имеются показания Жаровой Г.А., данные в рамках расследования уголовного дела^{xii}.

В удовлетворении ходатайства судом отказано, поскольку в соответствии со статьей 88 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации свидетельскими показаниями могут быть подтверждены обстоятельства, которые невозможно подтвердить документально^{xiii}.

ⁱ Постановление ФАС Дальневосточного округа от 18.10.2012 N Ф03-4807/2012

ⁱⁱ Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 27.06.2011 по делу N A19-15935/10 Определением ВАС РФ от 17.11.2011 N ВАС-14182/11 отказано в передаче дела N A19-15935/10 в Президиум ВАС РФ для пересмотра в порядке надзора данного постановления. Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 18.07.2012 по делу N A03-10092/2010. Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 05.12.2011 по делу N A81-3921/2010. Постановление ФАС Северо-Западного округа от 18.06.2013 по делу N A56-7942/2011.

ⁱⁱⁱ Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 13.08.2012 по делу N A15-2179/2010

^{iv} И.В. Москаленко, М.Н. Москаленко. Обеспечение доказательств и обеспечение нотариусами доказательственной информации//Нотариальный вестник.№8.2013.

^v Презентация Проекта общей части федерального закона «О нотариате и нотариальной деятельности в Российской Федерации» была проведена на заседании Комиссии по европейским делам Международного

союза нотариата, состоявшемся 21 мая 2010 г. в Санкт-Петербурге / Опубликовано на официальном сайте
Федеральной нотариальной палаты: <http://www.notariat.ru>

^{vi} Решение Арбитражного суда Свердловской области от 19.07.2013 по делу N А60-14862/2013

^{vii} Решение Арбитражного суда Свердловской области от 18.09.2012 по делу N А60-24979/2012

^{viii} Решение Арбитражного суда Свердловской области от 13.02.2012 по делу N А60-39950/2011

^{ix} Решение Арбитражного суда Свердловской области от 02.11.2009 по делу N А60-26892/2009-С3

^x Решение Арбитражного суда Свердловской области от 29.10.2009 по делу N А60-27466/2009-С2

^{xi} Решение Арбитражного суда Свердловской области от 09.09.2009 по делу N А60-17568/2009-С3

^{xii} Решение Арбитражного суда Свердловской области от 14.07.2009 по делу N А60-13107/2009-С10

^{xiii} Решение Арбитражного суда Свердловской области от 08.06.2007, 07.06.2007 по делу N А60-9681/2007-С8