

А.Ф. Вишневский, профессор кафедры теории и истории государства и права Академии МВД Республики Беларусь, доктор юридических наук, профессор;
П.В. Мытник, докторант НПП Академии МВД Республики Беларусь, кандидат юридических наук, доцент

НЕКОТОРЫЕ АСПЕКТЫ ГЕНЕЗИСА В ОТЕЧЕСТВЕННОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ПОЛОЖЕНИЯ ПОТЕРПЕВШЕГО

Интерес к прошлому, всегда усиливающийся на крутых поворотах истории, на постсоветском пространстве прикован прежде всего к национальному самосознанию. Яркое тому подтверждение – материалы научных журналов, научно-теоретических конференций и многочисленных круглых столов. Пришло время коренного пересмотра устаревших схем и концепций, отказа от прежних стереотипов и изживших себя выводов и обобщений, касающихся досоветского периода истории Беларуси, поэтому едва ли не каждому исследователю, в том числе правоведам, необходимо отказаться от внутреннего цензора и при необходимости пересмотреть ранее сделанные выводы и рекомендации. Дело в том, что на протяжении длительного времени из теории и методологии историко-правовых исследований вытеснялся научный творческий подход, насаждались схематизм, догматизм и консерватизм. Все многообразие естественно-исторического процесса, полного противоречий, сложных общественных связей и опосредований, свелось, по существу, к прямолинейности и голым социологическим схемам.

Например, до начала 90-х гг. XX в. объективное исследование истории государственно-правовой жизни белорусского народа не только не велось, но даже утверждалось, что этот народ до 1919 г. не имел своей государственности и всегда жил под гнетом чужеземцев. Так, авторы «Истории государства и права Белорусской ССР», изданной в 1970 г., указывали: «Белорусский народ до победы Великой Октябрьской социалистической революции не имел своей национальной государственности»¹. На самом деле белорусы имели в прошлом славную и богатую историю государства и права, ничем не худшую, чем другие народы. Научные труды многих известных белорусских исследователей и, прежде всего, докторов юридических наук, профессоров И.А. Юхо, С.Ф. Сокола, В.А. Круталевича, Т.И. Довнар и других убедительно подтверждают это. Поэтому неслучайно в новой Конституции Республики Беларусь отмечается, что белорусская государственность имеет многовековую историю. Эта запись в Основном Законе страны имеет весьма важное научное и политическое значение, она способствовала тому, что в последнее десятилетие появилось значительное число работ, освещающих государственно-правовое наследие белорусского народа². Это позволяет утверждать, что на сегодняшний день имеется значительное число исследований по отечественной истории государства и права. Однако изучение правового наследия является важной задачей не только историко-правовой науки, но и отраслевой. Это актуально потому, что памятники права отражают в себе политико-экономическую сторону того или иного государства, социальную структуру общества, права и обязанности различных слоев населения, историю борьбы с противоправными деяниями отдельных членов общества и т. д. Они являются наиболее точными и надежными источниками знаний об уровне правовой культуры народа. Если проблемы конституционного, гражданского, семейного права в той или иной мере являлись предметом научного исследования³, то вопросы процессуального права до настоящего времени остаются наименее изученными. Особенно это касается генезиса процессуального положения потерпевшего в отечественном законодательстве.

¹ История государства и права Белорусской ССР: В 2 т. Минск, 1970. Т. 1. (1917–1936 гг.). С. 11.

² См.: Юхо Я., Абрамович А., Доўнар Т., Сатолін У. Дагаворы і граматы як крыніцы беларускага феадальнага права. Мінск, 2000; Юхо Я.А. Гістарыяграфія гісторыі дзяржавы і права феадальнай Беларусі. Мінск, 1999. Ч. 1; Доўнар Т.І. Развіццё асноўных інстытутаў грамадзянскага і крымінальнага права Беларусі ў XV–XVI стагоддзях. Мінск, 2000; Голубева Л.Л. Наследственное право феодальной Беларуси (по законодательству Великого княжества Литовского). Минск, 2002; Вішнеўскі А.Ф., Юхо Я.А. Гісторыя дзяржавы і права Беларусі ў дакументах і матэрыялах (са старажытных часоў да нашых дзён). Мінск, 2003 и др.

³ См.: Довнар Т.И., Шелкопляс В.А. Уголовное право феодальной Беларуси (XV–XVI вв.). Минск, 1995; Доўнар Т.І. Грамадзянскае права феадальнай Беларусі 15–16 стагоддзяў. Мінск, 1997; Дзёрбіна Г.В. Права і сям'я эпохі Рэнесансу. Беласток, 1997; Доўнар Т.І. Канстытуцыйнае права Беларусі феадальнага перыяду (па Статутах Вялікага княства Літоўскага 1529, 1566, 1588 гг.). Мінск, 2001; Чудаков М.Ф. Конституционный процесс в Беларуси (1447–1996 гг.). Минск, 2004.

Анализ общей и специальной литературы, памятников права и других научных источников позволяет утверждать, что борьба против лиц, совершивших противоправные деяния в отношении других членов общества, в своем историческом развитии проходит ряд этапов, периодизация которых определяется уровнем общественного, экономического и политического развития социума¹. Первый этап борьбы против посягательств на жизнь индивида и его интересы отличался непосредственным физическим сопротивлением первобытного человека, подвергнувшегося нападению, против нападающего. Следует заметить, что этот способ борьбы с посягательствами в исторической перспективе не только не утратил своего значения, но и был юридически закреплен в соответствующих нормативных правовых актах. Как известно, современное уголовное законодательство о необходимой обороне устанавливает правомерность действий против нападающего в соответствующих условиях и пределах. Второй этап характеризуется тем, что в процессе прекращения преступления, задержании и наказания преступника принимали участие родственники и близкие люди потерпевшего, а также представители общины. Отличительной особенностью третьего этапа является появление специальных государственных органов и должностных лиц по расследованию и рассмотрению дел о противоправных деяниях. Последнее и представляет собой уголовный процесс, т. е. урегулированную нормами писаного права специальную деятельность по расследованию и рассмотрению уголовных дел. В этой деятельности суд, другие специальные государственные органы и должностные лица выступают как органы особой организации политической власти – государства, специально созданные для охраны правопорядка.

В зависимости от того, какие задачи стоят перед уголовным процессом, как определены полномочия и функции государственных органов, ведущих уголовный процесс, насколько в процессе защищены права человека, потерпевшего от преступления или обвиняемого, какова система доказательств, на ком лежит обязанность доказывания вины, какие решения может принять суд по делу, различают несколько исторических типов уголовного процесса.

Для Беларуси, как и для других государств, развивающихся в русле общеевропейского цивилизационного процесса, характерны такие типы процесса, как обвинительный, розыскной (инквизиционный, следственный), состязательный и смешанный. Что касается первого, то по-видимому следует согласиться с нашим соотечественником И.Я. Фойницким и использовать термин «частноискровой», а не обвинительный процесс. Дело в том, что «обвинительный» указывает на сторону, а не на порядок (процедуру) судебного разбирательства, при этом речь идет только об одной стороне, умалчивая о другой. Даже следственный процесс предполагает обвинение, поэтому и он может быть назван обвинительным².

Исторический тип уголовного процесса это не просто научная категория, он имеет под собой серьезную материальную основу и обуславливается геополитическими, религиозными, этническими, культурными и другими факторами. Именно поэтому разновидности уголовного процесса отличаются задачами, процессуальным положением и ролью суда, органов уголовного преследования, а также наличием прав и механизма их реализации у субъектов процесса. Отсюда вытекает важный теоретический вывод о том, что положение потерпевшего в уголовном процессе, доктринальные (научные) воззрения на понятие потерпевшего в уголовном процессе не плод субъективных рассуждений ученых, а объективная реальность, обусловленная историческим типом уголовного процесса, который, в свою очередь, детерминирован социально-экономическими и политическими составляющими государства.

В связи с тем что в отдельные периоды средневековья (IX–XIII вв.) белорусские государства-княжества (Полоцкое, Туровское и др.) подчинялись киевским князьям, то, естественно, здесь действовали нормы весьма известного в Европе памятника права «Русская Правда»³.

Исследуя историю права, известный российский ученый М.Ф. Владимирский-Буданов еще в конце XIX в. доказал, что в княжеский период на землях Киевской Руси законодатель не усматривает различий между уголовным и гражданским, следственным и обвинительным процессом. Обе стороны именовались «истцами» или «сутяжниками». Одинаковое наименование сторон указывает на отсутствие процессуальных преимуществ и для истца и для ответчика, с некоторыми, впрочем, исключе-

¹ См.: Бардах Ю., Леонодорский Б., Пиетрчак М. История государства и права Польши. М., 1980; Курс советского уголовного процесса. Общая часть. М., 1989; Кашанина Т.В. Происхождение государства и права: современные трактовки и новые подходы. М., 1999; Вішнеўскі А.Ф., Юхо Я.А. Указ. соч. и др.

² См.: Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. СПб., 1996. Т. 1. С. 60.

³ См.: Вішнеўскі А.Ф. Гісторыя дзяржавы і права Беларусі: Вучэб. дап. / А.Ф. Вішнеўскі. Мінск, 2003. С. 22–29. На то, что на территории современной Беларуси действовали нормы Русской Правды, указывают и литовские ученые (см.: Lietuvos Metrika. Vilniaus universitetas, Vilniaus universiteto leidykla, 1999. P. LXXXVI).

ниями для исков уголовных. Сторонами, по общему порядку, во всех делах являются частные лица, под которыми выступали не лица физические, а семья, род и община. Судебное производство называлось тяжёлым и начиналось с «поклепа», т. е. жалобы со стороны истца, на котором лежало и бремя доказывания своего иска.

При нарушениях вещного (имущественного) права разрешалось без всякого суда брать свою вещь (обычай самоуправства), но в случае несогласия (спора) употреблялся «свод» и «гонение следа». Суть этих действий заключалась в том, что лицо, у которого находилась разыскиваемая вещь (угнанный скот, холоп), обязывалось указать, откуда оно получило или каким образом приобрело эту вещь с представлением необходимых доказательств, прежде всего свидетельских показаний и показаний «послуха», т. е. пособника, подтверждающего показания стороны и удостоверяющего «добрую славу истца»¹. Дела, которые не представлялось возможным решить путем применения «свода» и «гонения следа» с использованием доказательств, представленных сторонами, могли быть переданы на решение созданного для этих случаев суда двенадцати, избранного из знатных людей. Последние, руководствуясь возможным знанием о происходящем споре, а также собственным правосознанием («здравым смыслом») и местными обычаями, выносили соответствующее решение. Процессуальным методом состязания были «ордалии» – испытания для установления истины с помощью сил природы. Как правило, применялись испытания огнем (раскаленным железом) и холодной водой. Наряду с «ордалиями» применялся судебный поединок («поле»), на который нередко вызывался не только истец или ответчик, но и их «послухи» (пособники). Победитель в поединке признавался выигравшим дело².

Кроме «Русской Правды» наиболее древними памятниками письменного права на территории Беларуси являются грамоты об отношениях Смоленска, Полоцка и Витебска с Ригой и немецкими купцами, а также договоры 1229, 1263 и 1338 гг.³ Согласно названным нормативным правовым актам в зависимости от социальной принадлежности потерпевшего и преступника устанавливалась разная мера наказания. Так, например, в соответствии с договором 1229 г. за убийство свободного человека с виновного взыскивалось 10 гривен серебра, за убийство священника или посла – 20, за холопа – 1. Кроме имущественных взысканий законодатель выделяет и такой вид наказания, как выдача преступника потерпевшему. За совершение особо тяжких преступлений закон предусматривал расправу и обращение в рабство как самого виновного, так и его семьи.

В судах государств-княжеств Беларуси господствовал обвинительно-исковой (частноисковой) процесс, который применялся при рассмотрении гражданских и уголовных дел, каждая сторона обязана была доказать свою правоту. Князья и подчиненные им должностные лица (бояре, тиуны) выполняли роль судей в судебных процессах, взыскивая за это определенную сумму – виру (штраф). Однако в рассматриваемый период суд как орган власти еще не играл большого значения в механизме государства⁴.

Законодательные акты белорусско-литовского государства, вошедшего в историю как Великое княжество Литовское (далее – ВКЛ) (областные и общеземские привилегии (грамоты)) свидетельствуют о достаточно высокой для своего времени (XIV–XVI вв.) степени развития уголовного закона. Однако и в этот период судебные органы государства руководствуются в основном правом, основанном на местных обычаях, а процессуальные действия участников судопроизводства не закрепляются в письменной форме⁵. Даже в городах, которым в XV в. было предоставлено магдебургское право (Вильня, Берестье, Новогрудок и др.), значительную роль играло местное право. На этой стороне вопроса вполне справедливо акцентирует внимание известный польский юрист, историк права Ю. Бардах. «Судебное магдебургское право, – пишет ученый, – никогда не получало исключительности в городах Великого княжества. Обычное литовское и русское право, а затем общее право, кодифицированное в Статутах Литовских, не только действовали в городах, не наделенных магдебургским правом, но соперничали с немецким правом на территории привилегированных городов»⁶.

Образованный в 1436 г. в ВКЛ для рассмотрения дел еретиков трибунал священной инквизиции характеризовался тайным розыском и секретностью делопроизводства, широким применением доно-

¹ Показания двух свободных мужей приравнивались к показаниям одного *мытника* (см.: Владимирский-Буданов М.Ф. Указ. соч. С. 589, 591).

² См.: Курс советского уголовного процесса: Общая часть. М.: Юрид. лит., 1989. С. 370–374.

³ См.: Вішнеўскі А.Ф. Указ. соч.. С. 32; Вішнеўскі А.Ф., Юхо Я.А. Гісторыя дзяржавы і права Беларусі ў дакументах і матэрыялах (Са старажытных часоў да нашых дзён): Вучэб. дап. / Пад агул. рэд. праф. А.Ф. Вішнеўскага. 2-е выд., дап. Мінск: Акад. МУС Рэсп. Беларусь, 2003. С.15–25.

⁴ См.: Вішнеўскі А.Ф. Указ. соч. С. 34.

⁵ См.: Чудаков М.Ф. Конституционный процесс в Беларуси (1447–1996 гг.). Минск, 2004. С. 110–116.

⁶ Бардах Ю. Штудыі з гісторыі Вялікага Княства Літоўскага / Пер. М. Раманоўскага і А. Істоміна; Прадм. Г. Сагановіча. Мінск, 2002. С. 110.

сов и пыток с целью признания обвиняемого. Подвергать пытке могли и свидетелей из простых сословий. Что же касается шляхты, то она «катаванню» не подвергалась¹.

Расширение и количественное увеличение законодательных актов по различным вопросам социально-экономической и политической жизни государства вызвало необходимость в систематизации и, прежде всего, кодификации правового материала. Первой попыткой систематизации норм права в общегосударственном масштабе явился Судебник Казимира 1468 г. Он был небольшим по объему и объединял нормы уголовного, административного и процессуального права. Если в соответствии с обычным правом основным при привлечении к ответственности лица, совершившего преступление, было возмещение вреда и прекращение преступной деятельности, то в соответствии с нормами Судебника на первое место выходит устранение преступников, в том числе посредством применения смертной казни.

Одной из слабо изученных проблем в процессуальном праве ВКЛ (XV–XVI вв.) является институт «soka, soczenia, prosoki», который был предусмотрен Судебником Казимира. Профессор Ю. Бардах, как и другие исследователи (И. Данилович, Н. Горбачевский, В. Мацеевский, М. Леонтович, Ю. Адамус), предлагает анализировать данный феномен на основании изучения соответствующих положений Судебника 1468 г., а также норм литовских статутов, хотя институт «soka» своими корнями уходит гораздо глубже и формируется уже в недрах обычного права².

По мнению Ю. Адамуса, «сочение» «...основано... на том, что сам потерпевший искал лиц, которые имеют какую-либо информацию о преступлении и о преступнике. Такие лица называются соками. Позднее в процессе сок может выступать в качестве свидетеля...»³. Ученый полагает, что «соком» может называться не любое лицо, а лишь то, которое выполняет в процессе своего рода «деятельную функцию», что-то наподобие частного сыщика («wywiadowcy»). В статьях 16–18 Судебника 1468 г. «сок» представляется лицом, которое указывает на совершившего кражу, причем такое «указание» (свидетельство) для своей юридической силы должно иметь также подтверждение обнаружением похищенного имущества либо указанием местных жителей на данное лицо как на преступника (неблагонадежного человека). Буквальное, систематическое, историко-политическое и логическое толкование норм Судебника дает основание согласиться с доводами Ю. Адамуса о характере деятельности «сока» как частного детектива. Последнее подтверждается и тем, что за выполнение своих функций до и непосредственно в процессе, «сок» взимал плату, называемую «просоккой»⁴. Кроме этого, «соком» часто называлось лицо, осуществляющее расследование преступления и обвинявшее в совершении преступления. В законодательстве и судебной практике встречаются и иные значения употребления термина «сок»⁵.

На основе анализа норм Судебника 1468 г. и литовских статутов, а также материалов судебной практики можно отметить тенденцию постепенного «отмирания» древнейшего института «сока» как в пространстве, так и во времени. Если для законодательства и практики ряда славянских государств начала XV века «сочение» является типичной процессуальной (и допроцессуальной) процедурой, то Статут 1588 г., например, лишь бегло упоминает о «соке» (ст. 5 разд. XIV). По сравнению со Статутом 1566 г., третий литовский статут в разделе о расследовании хищений не упоминал «сока», а устанавливал необходимость потерпевшему опираться уже на показания двух или трех свидетелей, людей «доброй веры, славы» и т. д. (ст. 17 разд. XIV). Уже их показания, а не свидетельства «сока», могли служить основанием для применения пыток. В данном случае мы наблюдаем процесс трансформации правового обычая в известные современные процессуальные институты, по своей сути непосредственно связанные с функцией «сочения» и приобретением уголовным процессом ярко выраженной функции публичности.

Профессор Ю. Бардах указывает, что во всех известных нам процессуальных системах «...сок выступает не в классическом обвинительном уголовном процессе, но в процессе, имеющим целью, прежде всего, отыскание похищенного имущества, что в праве немецком именуется как *Anefang*, однако, в то же время, это не был чисто виндикационный процесс..., поскольку второстепенной целью процесса было наказание преступника»⁶. Как только такой процесс «...уступает место процессу инквизиционному в делах о кражах и грабежах, где роль государственного аппарата выходила на первый план, сок был вынужден исчезнуть»⁷, — отмечает исследователь.

¹ См.: Довнар Т.И., Шелкопляс В.А. Указ. соч. С. 5.

² Bardach J. Sok, soczenie, prosoka. Studium o postepowaniu dowodowym, w Wielkim Ksiestwie Litewskim oraz w innych krajach Europy Środkowej i Wschodniej. CPN, 1973. Z.1. S. 61–62.

³ Adamus J. W wstępnych aktach procesu litowskiego (do II Statutu). Garść notatek // Ateneum Wileńskie. R. XII. 1937. S. 209–212.

⁴ См.: Bardach J. Указ. соч. С. 66.

⁵ См. об этом: Bardach J. Указ. соч. С. 61–105.

⁶ См.: Bardach J. Sok, soczenie, prosoka. S. 101.

⁷ Там же. S. 103.

Подводя итог вышеизложенному, подчеркнем, что в земский период истории Беларуси между уголовным и гражданским процессом существенных различий не наблюдалось. Как правило, стороны наделялись одинаковыми правами и именовались истцами («сутяжниками»). Процесс носил частно-исковой характер, основными средствами получения доказательств являлись ордалии и свидетельские показания. Новые идеи в процессуальном положении потерпевшего (которые требуют отдельного рассмотрения) законодатель претворил в жизнь в статутах ВКЛ 1529, 1566 и 1588 гг.

И.В. Данько, начальник кафедры уголовного процесса Академии МВД Республики Беларусь, кандидат юридических наук, доцент;

И.В. Орлова, старший преподаватель ЧУО «БИП – институт правоведения», соискатель Минского института управления

РАСПРЕДЕЛЕНИЕ БРЕМЕНИ ДОКАЗЫВАНИЯ В ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССЕ: ПРАВО ИЛИ ОБЯЗАННОСТЬ

Как и большинство процессуальных проблем, вопрос о правовой природе и содержании института распределения обязанностей по доказыванию уже был предметом ряда научных исследований, тем не менее он не утратил актуальности дискуссионного характера. В контексте данной работы хотелось бы остановиться на спорном аспекте отнесения бремени доказывания к праву или обязанности. Многие процессуалисты рассматривают доказывание как юридическую обязанность. О доказывании как о юридической обязанности участников процесса, невыполнение которой влечет истребование доказательств и невыгодные материальные последствия, например удовлетворение иска, отказ в иске, писал А.Ф. Клейнман¹. С.В. Курылев также считал доказывание юридической обязанностью сторон, отмечал, что ее невыполнение влечет применение санкций в виде неблагоприятного исхода дела, невозможности повторного обращения в суд с тождественным иском². Определяя обязанность доказывания как юридическую, И.В. Решетникова в качестве санкций за ее неисполнение рассматривала, с одной стороны, неблагоприятный результат по делу в целом, с другой – более частные меры реагирования на ненадлежащее поведение участника процесса: рассмотрение дела в отсутствие неявившегося участника, установление факта как признанного участником при неисполнении им обязанности по представлению доказательств, истребованных судом³.

Другие процессуалисты отрицательно относятся к возможности рассмотрения доказывания как юридической обязанности лиц, участвующих в деле. Бремя доказывания, по мнению профессора Е.В. Васьковского, – технический термин, неравнозначный термину «обязанность доказывания»: такой обязанности не существует либо вообще у сторон нет процессуальных обязанностей, стороны вольны не совершать никаких процессуальных действий. Но так как сторона, желающая выиграть дело, должна доказать обстоятельства, на которых она основывает свои требования или возражения, то и говорят, что на ней лежит «бремя доказывания» этих обстоятельств. Таким образом, под «бремнем доказывания» понимается необходимость для данной стороны установить обстоятельства, невыясненность которых может повлечь за собою невыгодные для нее последствия⁴.

Сходной точки зрения придерживаются авторы Научно-практического комментария к Гражданскому процессуальному кодексу РСФСР. В комментарии утверждается, что в гражданских процессуальных нормах «...нет специальных санкций, обеспечивающих выполнение сторонами и другими заинтересованными лицами обязанности по доказыванию. Движущим стимулом, побуждающим стороны к активной процессуальной деятельности по доказыванию, выступает интерес в получении бла-

¹ См.: Клейнман А.Ф. Новейшие течения в советской науке гражданского процессуального права. М., 1967. С. 23.

² См.: Курылев С.В. Основы теории доказывания в советском правосудии. М., 1967. С. 99–113.

³ См.: Решетникова И.В. Курс доказательственного права в российском гражданском судопроизводстве. М., 2000. С. 154–155.

⁴ См.: Васьковский Е.В. Учебник гражданского процесса // Хрестоматия по гражд. процессу. М., 1996. С. 108).