

ТЕОРИЯ И ПРАКТИКА
ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА И
ГРАЖДАНСКОГО ПРОЦЕССА

И. Г. Медведев

ПИСЬМЕННЫЕ
ДОКАЗАТЕЛЬСТВА
В ЧАСТНОМ ПРАВЕ
РОССИИ И ФРАНЦИИ

ЮРИДИЧЕСКИЙ
ЦЕНТР

УДК 347
ББК 67.404
М42

**Редакционная коллегия серии
«Теория и практика гражданского права и гражданского процесса»**

*А. П. Сергеев (отв. ред.), Е. А. Суханов (отв. ред.),
В. Ф. Попондопуло (отв. ред.), В. Н. Плигин (отв. ред.), Л. А. Баталова,
Н. С. Волженкина, Н. Д. Егоров, И. В. Елисеев, А. В. Коновалов, И. Н. Косицкая,
Д. В. Костенников, Л. А. Кривоносова, Д. Г. Лавров, Н. Э. Лившиц,
С. В. Наризжий, Д. В. Петров, Ю. С. Пилипенко, Т. Б. Полякова,
В. И. Телятников, Н. А. Чечина*

Рецензенты:

В. А. Мусин, доктор юридических наук, профессор,
заслуженный деятель науки РФ,
заведующий кафедрой гражданского процесса
юридического факультета СПбГУ,
директор СПб филиала ИГП РАН
М. К. Треушников, доктор юридических наук, профессор,
заслуженный деятель науки РФ,
заведующий кафедрой гражданского процесса
юридического факультета МГУ имени М. Ломоносова

Медведев И. Г.

М42 Письменные доказательства в частном праве России и Франции. —
СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2004. — 407 с.
ISBN 5-94201-333-0

В монографии проводится комплексное, сравнительно-правовое исследование письменных доказательств, как концептуального элемента доказательственных систем России и Франции в сфере частного права.

Рассматриваются вопросы места и значения доказательственного права, его принципов, моделей построения доказательственной системы, решается вопрос о достижимости истины. Исследуются некоторые проблемы международного доказательственного права, как например, получения доказательств из-за границы и применения иностранных норм при доказывании.

Книга рассчитана на студентов, аспирантов, преподавателей юридических вузов, нотариусов, судей, адвокатов и других практикующих юристов в сфере гражданской юрисдикции.

ББК 67.404

ISBN 5-94201-333-0

© И. Г. Медведев, 2004

© Изд-во «Юридический центр Пресс», 2004

ОГЛАВЛЕНИЕ

Введение	11
----------------	----

Часть первая ДОКАЗАТЕЛЬСТВЕННОЕ ПРАВО РОССИИ И ФРАНЦИИ

Раздел I. Место и значение национального доказательственного права	17
Глава 1. Постановка проблемы	18
Франция: истоки цивилистического подхода	–
Россия: процессуальные основы	20
Глава 2. Доказательства в позитивном праве Франции и России	22
§ 1. Источники доказательственного права	–
Франция: коллизии источников и системность регулирующих	–
Россия: материально-правовые и частноправовые основания доказательственного права	28
§ 2. Характер норм о доказательствах	38
Франция: диспозитивные начала	–
Россия: дифференциация методов	40
Глава 3. Концепции построения доказательственных систем в России и Франции	42

§ 1. Концепции в «чистом» виде	–
§ 2. Действующие модели	44
Франция: смешанная модель	–
Россия: свобода доказательств	47
Раздел II. Принципы доказательственного права	
Франции и России	51
Глава 1. Действие общих принципов гражданского судопроизводства в доказательственном праве	55
§ 1. Нейтралитет суда	–
Франция: новые приоритеты	–
Россия: на переломе	58
§ 2. Состязательность сторон	66
Франция: техническая механичность	–
Россия: в поисках «золотой середины»	67
§ 3. Принцип законности	72
Франция: вековые стандарты	–
Россия: возрождение формализма?	75
Глава 2. Специфические принципы доказательственного права	83
§ 1. Истина как цель доказывания	–
Франция: утилитарный подход	–
Россия: в плену идеалов	89
§ 2. Только факты подлежат доказыванию	93
Франция: юридический конструктивизм	–
Россия: в правильном направлении	99
§ 3. Приоритет письменного доказательства	102
Франция: верность традициям... или застой?	–
Россия: новые цели	105

Часть вторая

ПИСЬМЕННЫЕ ДОКАЗАТЕЛЬСТВА В ЧАСТНОМ ПРАВЕ РОССИИ И ФРАНЦИИ

Глава 1. Значение и существо письменного доказательства ...	114
§ 1. Значение документа для доказывания	–
§ 2. Существо письменного доказательства	119

Глава 2. Иерархия письменных доказательств	123
§ 1. Аутентичный акт и его доказательственная сила	125
Условия аутентичности	126
Доказательственная сила аутентичных актов	136
§ 2. Документы в простой письменной форме и их доказательственная сила	144
Акты в простой письменной форме: понятие и условия придания доказательственного значения	145
Доказательственная сила актов в простой письменной форме	151
§ 3. Электронные документы и цифровая подпись	157
Новые информационные технологии и доказательственное право	–
Электронный документ: понятие и признаки	161
Условия использования электронных документов в качестве доказательств	165
Доказательственная сила электронных документов	174

Часть третья

ПИСЬМЕННЫЕ ДОКАЗАТЕЛЬСТВА

В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ И ПРОЦЕССЕ

Раздел I. Применимое право в области судебных

доказательств	182
Глава 1. Допустимость доказательств в международном гражданском процессе Франции и России	188
§ 1. Теоретический анализ	189
Критический обзор доктрины	190
Предлагаемое позитивное решение	206
§ 2. Практический аспект	217
Анализ	218
Позитивное право и судебная практика	226
Глава 2. Доказательственная сила в международном частном праве и международном гражданском процессе	236

§ 1. Теоретический анализ	237
Обзор основных доктринальных подходов	–
Предлагаемое решение	244
§ 2. Практика	247
Доказательственная сила официальных документов	248
Реакция <i>for</i> на применение иностранного права при определении доказательственной силы	258
Раздел II. Сбор и получение доказательств	
за границей	262
Глава 1. Гагская конвенция от 18 марта 1970 года о получении за границей доказательств по гражданским и торговым делам	265
§ 1. Процедура получения доказательств за рубежом	266
Судебный путь	–
Получение доказательств консульскими и дипломатическими агентами	275
§ 2. Область применения Конвенции 1970	280
Глава 2. Проблема исключительности Гагской конвенции 1970 года и применение внутренних механизмов получения доказательств за рубежом	284
§ 1. Постановка проблемы	–
§ 2. Международная компетенция государств и Гагская конвенция 1970 года	287
Приложение	
Проект Федерального закона «О внесении изменений и дополнений в законодательные акты, отражающие роль письменных доказательств»	296
Примечания и библиографические ссылки	301
Литература	382

Часть первая
ДОКАЗАТЕЛЬСТВЕННОЕ ПРАВО
РОССИИ И ФРАНЦИИ

1. Итак, в сравнительно-правовом аспекте представляется важным начать наше исследование с понятий, элементарных и догматических для научной работы. Однако в противном случае есть риск перегрузить ее техническими деталями, точный смысл которых останется за рамками понимания. Поэтому мы последовательно рассмотрим здесь вопросы места и значения доказательственного права (раздел I) и затем его принципы (раздел II), освещая их параллельно в отношении каждой из стран для более очевидного «сравнительного» эффекта.

Раздел I МЕСТО И ЗНАЧЕНИЕ НАЦИОНАЛЬНОГО ДОКАЗАТЕЛЬСТВЕННОГО ПРАВА

2. **Основания и пределы сравнения.** Предварительно следует обратить внимание на два обстоятельства. Во-первых, национальные правовые системы Франции и России по ряду внешних и внутренних признаков традиционно относятся к *континентальному* праву. Это общее сходство позволяет осуществлять не просто абстрактное, но *эффективное* их сравнение, где полученные выводы в большей степени могут претендовать на научную и в особенности практическую ценность, чем в случаях, когда сравнение происходит между правовыми концепциями и институтами, построенным на принципиально различных правовых традициях. Во-вторых, право как элемент национальной культуры является совершенно оригинальным образованием, что предопределяет различия национальных систем и очерчивает предельные границы сравнения.

Что касается доказательственного права, то, учитывая общепризнанное в наших странах *институциональное* деление права, его жесткую структурированность, представляется методологически справедливым поставить решение вопроса о месте и значении доказательственного права в национальных правовых системах в зависимости от его позиционирования в законодательстве (глава 2) и принятой концепции построения доказательственной системы (глава 3). Однако преж-

де мы дадим некоторые предварительные замечания, касающиеся общей постановки проблемы в ее историческом аспекте.

Глава 1 ПОСТАНОВКА ПРОБЛЕМЫ

Франция: истоки цивилистического подхода

3. Цивилистическая доктрина и теория доказательств. Исторически так сложилось, что доказательства имеют для правовых отношений большое значение: в случае невозможности доказать их реальное существование конкретное субъективное право остается практически бесполезным: *idem est non esse aut non probari — недоказанное не существует*. Французская правовая доктрина традиционно рассматривает теорию доказательств как общую для всего частного права, полагая, тем не менее, что на практике проблема доказывания и доказательств наиболее часто и наиболее остро возникает в области обязательственных отношений⁴.

Обязательственное право не является ни самой оригинальной, ни самой политизированной частью французского Гражданского кодекса (далее по тексту — ФГК). Как заметил в свое время Камбасере, разработчики «наполеоновского» Гражданского кодекса широко использовали в своей работе труды знаменитых французских ученых-юристов Домата и Пуатье, одновременно приспособливая нормы классического римского права к господствовавшей в то время теории естественного права. По отношению к этим моделям новеллы самих разработчиков ФГК встречаются не так часто.

Например, по двум вопросам — расположению норм о доказательствах и порядку их изложения в тексте — разработчики ФГК в точности следуют Домату⁵. Концептуально авторы Гражданского кодекса также находились под влиянием предшествовавшей, хотя и прогрессивной доктрины. Так, французское право и законодательство с XVI века признало приоритет письменного документа над другими источниками доказательственной информации⁶, а Домат в поисках естественного порядка законов, взял в этом качестве идеи своего времени, которые впоследствии и были восприняты постреволюционным гражданским законодательством Франции.

4. Преемственность подходов к доказательствам. Доказательственное право, сформировавшееся во Франции, представляет собой знаменательный пример компромисса, объединяя в себе как «старые» нормы, разумность которых была подтверждена длительной практикой их использования, так и «новые» правила, задача которых состояла в защите либеральных завоеваний революции. По существу, современная французская доказательственная система сохранила до наших дней все свои наиболее общие черты, определенные еще в начале XIX века. Данное обстоятельство в какой-то мере облегчает их описание и анализ, так как они многократно повторялись различными авторами⁷. Некоторые ученые на этом основании утверждают, что в области доказательственного права с 1804 года во Франции не произошло сколько-нибудь значительных изменений⁸.

5. Современная французская доктрина также в значительной степени находится под влиянием творений имперского законодателя и в этом смысле является позитивной. Именно поэтому исследованием всего комплекса вопросов, касающихся доказательств, занимаются цивилисты. Монографии по гражданскому или уголовному процессу говорят не больше необходимого, ограничиваясь, как правило, комментарием к некоторым специальным нормам, установленным соответствующими процессуальными кодексами. Сами же цивилисты зачастую рассматривают доказательства исключительно в рамках теории обязательств, т. е. точно так же, как сам французский Гражданский кодекс⁹. Что касается порядка, в котором исследуются различные виды доказательств, то если одни авторы создают совершенно оригинальную систему¹⁰, то значительное число других просто воспроизводят модель, предусмотренную ФГК¹¹.

Сравнительно недавно (по отношению к ФГК) во Франции были приняты новые процессуальные кодексы: Кодекс уголовного судопроизводства в 1957–1959 годах и новый Кодекс гражданского судопроизводства в 1975 году. Во втором большая глава регулирует вопросы «судебной администрации доказательств». В целом значение процессуального законодательства в регулировании вопросов доказывания и доказательств значительно более ограничено, чем материального, и, как видно даже из названия указанной главы Кодекса гражданского судопроизводства, оно касается в большей части процедурных, *технологических* вопросов их использования в судебном процессе¹².

Россия: процессуальные основы

6. Доказательства — часть судебного процесса. Еще в начале XIX столетия в России действовало значительное число нормативных актов, принятых еще в XVII — XVIII веках, которые фрагментарно регулировали различные *процессуальные* вопросы, в том числе — доказательства. По свидетельству некоторых авторов, уровень такого регулирования был низок, а имеющиеся в области доказывания и доказательств правила — примитивны¹³. Однако уже в это время доказательства рассматриваются как неотъемлемая часть судебного процесса, регулируемая совместно с ним.

7. Поворотным моментом в развитии судопроизводства и теории доказательств в России стала большая судебная реформа, осуществленная принятием 20 ноября 1864 года трех крупных законодательных актов: 1) о судебной организации; 2) об уголовном судопроизводстве; 3) о гражданском судопроизводстве¹⁴.

Новый судебный порядок, провозглашенный в результате реформы, базировался на принципах, новаторских не только для России той эпохи, но и для всего мира. Были провозглашены общие правила, сегодня составляющие базовую часть гражданского судопроизводства в большинстве развитых правовых систем. В частности, в качестве основных начал, на которых строится все гражданское правосудие, назывались принципы состязательности, диспозитивности, судейского нейтралитета, активной роли сторон в процессе, и др.¹⁵

В западной литературе высказывалось мнение о том, что данная реформа была предпринята «под очевидным влиянием соответствующего французского законодательства, а также английского уголовного процессуального законодательства»¹⁶. Полагаем, что это несколько упрощенный взгляд на действительность. Конечно, при разработке соответствующих проектов их авторы обращались к лучшим примерам в соответствующей области, приспособлявая правовые механизмы, которые уже получили позитивное признание во время их практического применения в других странах, к условиям российского государства второй половины XIX века. Тем не менее этот процесс заимствования не был механическим — простой имитацией: судебная реформа 1864 года имела подлинно оригинальный характер. Например, при обсуждении в 1863 году главы о доказательствах был поставлен вопрос: не следует ли всю эту главу исключить из Устава гражданско-

го судопроизводства и отнести ее к гражданскому праву по примеру французского законодательства? Но вопрос этот был разрешен отрицательно на том основании, что *правила о доказательствах*, не составляя сущности законов права, *относятся только к способам их применения и к охранению прав вообще*, ибо доказательства определяют не законные последствия каких-либо событий, а только средства к открытию их достоверности¹⁷.

Утверждение об оригинальном характере реформы в области гражданского судопроизводства, на наш взгляд, практически не нуждается в дополнительном обосновании. По существу один только перечень принципов, действовавших при осуществлении гражданского судопроизводства в Российской империи, достаточно убедителен в этом смысле. Ни одно национальное законодательство той эпохи не располагало подобным набором одновременно эффективных и либеральных средств в области судопроизводства и доказательств.

8. После революции в ноябре 1917 года, революционное правительство в срочном порядке начало формировать собственный, особый правовой порядок, одной из важных составляющих которого надлежало стать пролетарскому правосудию. В рамках нашей темы наибольший интерес представляют три декрета «о суде», принятых в 1917 и 1918 годах¹⁸ и непосредственно касающихся организации доказательственной системы.

Декрет № 2 временно пролонгировал действие Устава гражданского судопроизводства 1864 года в части, прямо не отмененной новой властью и не противоречащей правовым концепциям класса рабочих и крестьян. В отношении доказательств и доказывания декрет предусматривал специальную статью:

«Судья не связан какой-либо формальной доказательственной концепцией и самостоятельно решает вопрос о принятии или отказе в принятии того или иного доказательства. Одновременно, отменяется клятва. Торговые книги имеют такую же доказательственную силу, как все иные письменные доказательства».

Именно здесь, в этом предписании, помимо принципа свободной оценки доказательств, впервые закреплялось также фундаментальное правило объективной (или материальной) истины, которое впоследствии доминировало в области доказательств на протяжении всей истории советского права и влияние которого еще можно встретить в самых последних научных работах¹⁹.

9. Процессуальная доктрина и теория доказательств. Принятие Гражданских процессуальных кодексов сначала в 1923, а затем в 1964 году подтолкнуло развитие теории доказательств уже советскими учеными-процессуалистами²⁰. В итоге были глубоко проработаны основные вопросы, так или иначе имеющие отношение к теории доказательств и практике доказывания. В частности, речь шла об исследовании понятия судебного доказательства и его признаков; предмета доказывания и правил его определения; истины и ее измерений (абсолютной, объективной, судебной, необходимой и т.д.); допустимости доказательств; отдельных средств доказывания; роли суда и сторон в деятельности по доказыванию; характеристик процесса доказывания; особенностей советской системы оценки доказательств и ряда других проблем.

Несмотря на порой идеологический характер ряда сделанных выводов, следует признать высочайший уровень научных изысканий, представленных в учении о доказательствах советской процессуальной школы. Благодаря ученым той эпохи в современной России как в законодательном, так и в доктринальном плане существует подлинная доказательственная система самого высокого уровня.

Глава 2

ДОКАЗАТЕЛЬСТВА В ПОЗИТИВНОМ ПРАВЕ ФРАНЦИИ И РОССИИ

10. Данный вопрос имеет значение в основном с точки зрения *системного* восприятия доказательственного права, изучения его внутренней, структурной организации и внешних форм проявления. Для полноценного раскрытия проблемы мы предлагаем рассмотреть ее в двух единственно возможных, на наш взгляд, аспектах, затронув сначала тему источников доказательственного права (§ 1) и перейдя затем к характеру его норм (§ 2).

§ 1. Источники доказательственного права

Франция: коллизии источников и системность регулирувания

11. Основные источники доказательственного права Франции. Как уже говорилось выше, во французском праве нормы о дока-

зательствах содержатся в источниках как материального, так и процессуального законодательства.

12. Среди материально-правовых источников доказательственного права прежде всего следует назвать французский **Гражданский кодекс**, в котором доказательствам посвящаются статьи с 1315 по 1369 главы VI раздела III. Сама глава названа «О доказательствах обязательства и платежа». В ней последовательно предусматриваются нормы, касающиеся отдельных средств доказывания: письменных доказательств, свидетельских показаний, презумпций, признания и присяги. Правила, объединенные в этой главе, образуют так называемую *общую теорию доказательств*²¹.

Среди недостатков регулирования доказательств в ФГК часто отмечается его недостаточность, неполнота. Например, в кодексе отсутствует даже упоминание о двух таких традиционных средствах доказывания, как экспертиза и выезд суда на место для непосредственного восприятия фактов, утверждаемых сторонами (аналогично российскому осмотру письменных и вещественных доказательств в месте их нахождения).

Само размещение главы о доказательствах в разделе ФГК, посвященном исключительно обязательственному праву, вызывает вопросы. Строго и формально говоря, французский законодатель оказался не заинтересован в определении некоторых правил доказывания в области вещных и неимущественных правоотношений, позволив на практике и в теории расширительно толковать соответствующие положения ФКГ. Полагаем, что с точки зрения юридической техники такое решение вряд ли можно признать правильным.

13. К материально-правовым источникам доказательственного права во Франции относится также **Коммерческий кодекс**, устанавливающий специальные правила доказывания при осуществлении предпринимательской деятельности, и в первую очередь — при рассмотрении судами споров, возникших из нее. Специфика таких норм заключается в «облегчении» режима доказывания определенных фактов за счет смягчения соответствующих правил допустимости некоторых видов доказательств²². Согласно официальной позиции, это связано со стремлением законодателя обеспечить большую гибкость коммерческим отношениям, плохо поддающимся механической регламентации.

14. Процессуальное законодательство в области доказательств представлено *Новым кодексом гражданского судопроизводства* (НКГС), который в основном регулирует формы администрации доказательств²³, предусматривая по существу технические правила доказывания и доказательств. В частности, он определяет порядок представления и истребования различных видов доказательств, процедуры их исследования и оспаривания. Раздел VII данного Кодекса, именуемый «Судебная администрация доказательств» и включающий 191 статью (статьи 132–322 НКГС), находится в книге I «Положения, общие для всех судебных органов». В четырех подразделах последовательно излагаются вопросы представления доказательств, меры судебного следствия²⁴, оспаривания письменного доказательства, судебной присяги.

Интересной особенностью французского Кодекса гражданского судопроизводства и процессуального законодательства в целом является также и то, что они включают значительное количество подзаконных норм, принятых компетентными органами исполнительной власти данного государства (прежде всего Правительством). Такой подход отражает сложившееся в правовой науке и юридической практике мнение о процессуальном праве, как о служебном, имеющем в основном функциональное, технически-прикладное значение и не требующем «излишнего» участия законодателя²⁵. Напротив, исключение гражданской процессуальной сферы из компетенции органов законодательной власти позволяет модифицировать процессуальное законодательство сравнительно легче, чем материальное²⁶.

15. Соотношение материального и процессуального права в регулировании доказательств. Разделение, существующее во французском праве между процессуальным и материальным правом в вопросах регулирования доказывания и доказательств, имеет в своей основе идею о том, что доказательственная деятельность может осуществляться в частноправовой области повседневным образом помимо какого-либо судебного спора, процесса.

В литературе встречается и иная точка зрения, которая в последнее время стала преобладать. Так, ряд авторов хотя и соглашается с тем, что вопрос о доказывании и доказательствах может быть поставлен вне всякого судебного процесса, тем не менее полагает, что и

тогда вывод о значении того или иного «доказательства» делается в зависимости от возможного решения судьи в случае возникновения спора. В этом смысле доказательство юридическое — это всегда доказательство *судебное*²⁷.

16. В принципе, «перекрещивание» двух гражданских кодексов — материального и процессуального — в области регулирования доказательственной деятельности является одним из самых критикуемых как в теории, так и на практике элементов французского доказательственного права.

Например, Бонье²⁸, а также Бордо²⁹ прямо и безоговорочно относят правила о доказательствах к области процессуального права, утверждая, что составители французского Гражданского кодекса неправильно включили их в данный нормативный акт. Такой вывод делается на том основании, что «правилами этими определяются не юридические последствия тех или иных фактов, а только способы, посредством которых возможно убедиться в их существовании»³⁰.

Возникает ощущение, что французский законодатель находится в состоянии некоторой неопределенности, не зная, что ему ближе и дороже: функционально-императивный подход к доказательствам процессуального права или же понятийно-диспозитивный — гражданского права. Пытаясь на практике сочетать оба *метода* регулирования, он как будто бы «разрывает» систему законодательства в области доказательств, лишает доказательственное право внутреннего единства и создает таким образом две относительно самостоятельные отрасли — *материальное* доказательственное право и *процессуальное* доказательственное право.

Однако на самом деле в таком *двухобъектном* виде доказательственное право может нормально существовать и развиваться, но лишь до тех пор, пока не возникает конфликт между материально-правовыми и процессуальными нормами. Еще русские юристы, характеризуя доказательственное право Франции, отмечали, что «хотя во французском праве постановления о доказательствах и размещены таким образом по двум отделам законодательства, но такое размещение... соответствует вполне самой природе вещей, а вместе взятое все учение о доказательствах представляет вполне цельную и стройную систему»³¹. Системность доказательственного права, где каждая его нор-

ма участвует в формировании единой концепции, является, несмотря на некоторые внутренние противоречия, безусловным достоинством теории и практики доказательств во Франции.

17. Общая теория доказательств. По вопросу о значении норм ФГК и сфере их действия во французской правовой доктрине существуют различные мнения.

Традиционно представление, согласно которому положения ФГК о доказательствах имеют самое общее значение для всего позитивного права, за изъятиями, предусмотренными законом³². По существу здесь речь идет об *общем* доказательственном праве, которое применяется во всех правовых областях (гражданской, коммерческой, налоговой, административной и т. д.) всякий раз, когда специальные нормы не устанавливают иного правила. Например, правила о доказательствах, установленные ФГК, обязательны для судьи по уголовному делу, призванному разрешить при его рассмотрении тот или иной гражданско-правовой вопрос.

18. Материальные и процессуальные нормы о доказательствах. Однако указания на общий характер норм о доказательствах, предусмотренных ФГК, недостаточно и ответ должен быть уточнен. В частности, некоторые авторы предлагают в зависимости от функций конкретных норм «о доказательствах» подразделять их на материально-правовые и процессуальные независимо от источника закрепления³³.

Так, материально-правовые нормы о доказательствах определяют факты, подлежащие доказыванию, устанавливают допустимость средств доказывания в зависимости от предмета спора и фиксируют доказательственную силу некоторых из них. Процессуальные же нормы регулируют «администрацию доказательств в суде» в целом и устанавливают особые процедуры, связанные с использованием доказательств в суде.

Как процедурные, так и материально-правовые нормы о доказательствах имеют собственную, особую область применения. При необходимости такая классификация позволяет эффективно разрешить конфликт между нормами чисто «гражданскими» (материально-правовыми) и процессуальными. На наш взгляд, большие перспективы у такой классификации имеются в области международного частного права и международного гражданского процесса, где сама возмож-

ность применения к доказательствам коллизионного метода зависит в основном от юридической квалификации характера конкурирующих норм, относящихся к различным правопорядкам³⁴.

Кроме того, как уже отмечалось выше, если материальное законодательство Франции в области доказательств представлено только *законами*, то значительное количество процессуальных норм вводится подзаконными актами. Естественно, что юридическая сила таких норм различна, и в случае конфликта между ними приоритет всегда будет отдаваться правилам, содержащимся в источниках большей юридической силы, т. е., в основном — материально-правовым.

19. Проблема комплексного регулирования доказательств.

С точки зрения соотношения материальных и процессуальных норм во французской правовой доктрине также выделяется проблема сочетания доказательственных принципов, устанавливаемых материальным и процессуальным законодательством соответственно. Дело в том, что достаточно сложно сочетать принципы доказательств, предусмотренные ФГК, с другими положениями, в основном процессуального характера, «регулирующими доказательственные отношения применительно к определенной ситуации или конкретной области до некоторой степени казуистично»³⁵. Исходя из этого делается порой чрезмерно категоричный вывод о том, что в законодательном плане во Франции отсутствуют комплексное регулирование доказательств и доказывания, сама система законодательства «о доказательствах», а значит — система доказательственного права³⁶.

Одним из известных мировой практике путей решения проблемы недостатка *комплексного* регулирования в области доказательств является принятие специального законодательства, которое регулирует всю совокупность проблем доказывания и доказательств в единстве их материального и процессуального моментов. Во всяком случае такая практика существует в странах англо-саксонской правовой семьи³⁷. В то же время тенденции сближения правовых систем и их взаимовлияния таковы, что уже сейчас, например, в ряде государств гражданского права принято и действует специальное законодательство в области доказательств³⁸.

Во Франции проектов аналогичных комплексных законов о доказательствах пока нет, но в теории уже обсуждается вопрос о необходимости их разработки и принятия³⁹. Поэтому подобная, направлен-

ная на дальнейшую кодификацию норм о доказательствах, динамика развития доказательственного права во Франции рассматривается нами как довольно вероятная.

Тем не менее, полагаем, что «простое» перенесение тех или иных правовых моделей из одной системы в другую вряд ли соответствует культурной составляющей любого национального права. Право — продукт местной культуры развивается в рамках определенной культурной традиции, парадигмы, затрудняя сравнительно-правовой анализ и взаимопроникновение между различными правовыми системами⁴⁰. Хотя, возможно, было бы интересно рассмотреть этот вопрос с точки зрения формирования единой общемировой культуры, и значит — единого права. Однако данная проблема выходит за рамки нашей темы и не будет рассматриваться непосредственно.

Россия: материально-правовые и частноправовые основания доказательственного права

20. Общие основания доказательственного права. Доказательства в том виде, в каком они существуют в современной России, представляют собой достаточно специфическое правовое явление. Эта специфика проявляется, помимо прочего, и в распределении «нагрузки» при регулировании вопросов доказывания и доказательств между отраслями материального и процессуального права. На первый взгляд законодатель отдает здесь явное предпочтение именно процессуальному закону. Так, по свидетельству профессора И. В. Решетниковой, общие положения о доказательствах содержатся в нормах гражданского процессуального права, а вопросы доказывания по отдельным категориям гражданских дел — в соответствующих отраслях материального права. При этом «на деятельность по доказыванию... распространяется гражданская процессуальная форма, принципы этой отрасли, поскольку доказывание осуществляется в рамках гражданского процесса»⁴¹.

21. Большая реформа процессуального законодательства летом — осенью 2002 года, ознаменованная принятием сразу двух процессуальных кодексов — Арбитражного и Гражданского — не изменила расстановки акцентов в сфере правового регулирования доказательств. По-прежнему, формально именно процессуальному законодательству здесь принадлежит главенствующая роль. Однако реальное соотно-

шение между материально-правовым и процессуальным регулированием доказательств в частноправовой сфере несколько отличается и не зависит от объема нормативного материала в соответствующих источниках права.

Действительно, в новом *Гражданском процессуальном кодексе Российской Федерации* (далее — ГПК), доказательствам посвящена глава 6 «Доказательства и доказывание», включающая ст. с 55 по 87 включительно. В новом *Арбитражном процессуальном кодексе РФ* (далее — АПК), положения о доказательствах содержатся в главе 7 «Доказательства и доказывание», ст. с 64 по 89 включительно. Положения данных глав хотя и имеют незначительные различия, прежде всего терминологического свойства, по существу устанавливают единообразие в регулировании доказательств в обеих юрисдикционных системах: как гражданское процессуальное, так и арбитражное процессуальное законодательство одинаково решают одни и те же вопросы доказательственного права. Очевидно, что это объясняется во многом единой природой гражданской и арбитражной процессуальной формы, соответствует существу общих понятий доказательства и доказывания, логической природе всякого судебного доказательства.

Процессуальное законодательство в сфере гражданских (в широком смысле) отношений регламентирует наиболее общие, основные вопросы доказательств и доказывания. В частности, здесь:

— дается легальное определение понятия судебного доказательства (ст. 64 АПК, ст. 55 ГПК);

— обозначаются общие принципы распределения бремени доказывания между сторонами (ст. 65, 69, 70 АПК, ст. 56, 62 ГПК);

— устанавливаются принципы оценки доказательств (ст. 71 АПК, ст. 67 ГПК);

— называются общие начала определения относимости (ст. 67 АПК, ст. 59 ГПК) и допустимости (ст. 68 АПК, ст. 60 ГПК) доказательств;

— определяются понятие и порядок использования отдельных видов доказательств: письменных (ст. 75, 78 АПК, ст. 71, 72 ГПК), свидетельских (ст. 88 АПК, ст. 69, 70 ГПК), вещественных (ст. 76–80 АПК, ст. 73–76 ГПК) и др.;

— регламентируется процедура представления и истребования доказательств (ст. 66 АПК, ст. 57 ГПК), выполнения внутренних (нацио-

нальных) судебных поручений (ст. 73, 74 АПК, ст. 62, 63 ГПК) и действий по обеспечению доказательств (ст. 72 АПК, ст. 64 ГПК).

Помимо этого, процессуальное право посвящает некоторые нормы установлению *специальных* правил о доказательствах. Так, например, АПК содержит нормы, определяющие специфику доказательственной деятельности в отдельных видах судопроизводства (п. 3 ст. 189, п. 4 ст. 215, пп. 4 п. 1 ст. 220, п. 4 ст. 228, ст. 255, 256) и на различных стадиях процесса (ст. 161, 162, п. 1–4 ст. 268, п. 3 ст. 286, п. 2 ст. 287). Таковую же специальную регламентацию содержит и ГПК (см. например, ст. 249, 271, 283, п.3 ст. 327, 358, 408 и др.).

22. Материальное право в области регулирования доказательств представлено многочисленными нормативными актами, содержащими нормы, так или иначе определяющие специфику доказывания по отдельным категориям дел, подведомственных судам общей юрисдикции и арбитражным судам. Некоторые специалисты традиционно отмечают влияние материально-правовых норм на определение фактов, подлежащих доказыванию, на распределение обязанностей по утверждению и доказыванию обстоятельств дела, на допустимость доказательств⁴².

В сфере частного права, там, где субъекты соответствующего материального правоотношения равны, среди источников доказательственного права можно назвать прежде всего Гражданский кодекс РФ и принятые в его развитие нормативные акты: Семейный кодекс, Земельный кодекс, федеральные законы об акционерных обществах, об обществах с ограниченной ответственностью, об охране окружающей природной среды и др.

Заметим, однако, что ни один из названных материально-правовых актов не содержит специальной главы (раздела, параграфа и т. д.), целиком посвященной доказательствам. Нормы о доказательствах вкраплены в ткань материального законодательства, разбросаны по его отдельным частям и главам.

Такое положение имеет как свои плюсы, так и минусы. С одной стороны, это позволяет более гибко подходить к учету специфики доказывания в рамках той или иной категории дел, вне каких-то застывших схем и правил. С другой стороны, здесь, так же как во французском праве (см. абз. 16, 19), создается впечатление отсутствия *системности* в законодательном решении вопросов доказательств, что

порождает конфликты норм и коллизии в правореализационном процессе.

23. Проблема места доказательств в системе права. В юридической литературе отмечается, что «сочетание процессуальных и материально-правовых начал ставит вопрос о месте доказательств в системе права»⁴³. По существу речь идет об определении степени автономности данного правового образования. В российской науке можно встретить два основных подхода к определению места доказательств в позитивном праве.

Одни процессуалисты⁴⁴, опираясь на общепринятые положения позитивистской теории деления права на отрасли и институты, рассматривают доказательства как *общий институт гражданского (арбитражного) процессуального права*, исходя из материального расположения положений о доказательствах в общей части ГПК и практического значения данных правил. При этом разделение норм и институтов на общие и специальные происходит в зависимости от области их применения, включающей все стадии и виды судопроизводства или же имеющей лишь ограниченное значение.

Более широкий подход к определению места доказательств в правовой системе впервые предложил Ю. К. Осипов. Он рассматривает институт доказательств как *общий и межотраслевой*⁴⁵. Новизна такого взгляда заключалась в указании на принадлежность института доказательств нескольким отраслям права одновременно⁴⁶. В основе такого вывода — рациональность выделения межотраслевых институтов, наличие сходства в регулируемых ими общественных отношениях. Так, для отношений, возникающих при осуществлении доказательственной деятельности, единой будет, например, *логическая* природа познания, которая не зависит от специфики процессуальной формы, будь то гражданское, уголовное, административное или иное судопроизводство.

24. Значительные изменения, произошедшие за последнее десятилетие в материальном и процессуальном законодательстве РФ, увеличили удельную долю правил о доказательствах в праве, причем не только внешне, количественно, но и концептуально — изменилась сама доказательственная модель. Не последняя роль в повышении фактического и юридического «веса» доказательственного права принадлежит нормам материального права. Как уже отмечалось, большинство

новых нормативных актов содержат нормы о доказательствах и доказывании.

Возможно, что именно с учетом такой динамики развития позитивного права в науке появился взгляд на доказательства как *комплексный* правовой институт, включающий в себя нормы как процессуального, так и материального законодательства⁴⁷. В таком виде институт доказательств «перерастает» отраслевые границы, образуя конгломерат различных норм, применяемых при осуществлении доказательственной деятельности. Поэтому представляется совершенно верным предложение именовать такое правовое образование *доказательственным правом*⁴⁸, как имеющее свой собственный предмет, цели и принципы. При этом, на наш взгляд, речь не идет о включении доказательственного права в принятую систему отраслей права в догматическом ее видении, с обоснованием соответствующих признаков. Иначе говоря, «доказательственное право» — это не отрасль права, но *автономное* и *системное* правовое образование.

Доказательственное право де-факто существует как автономное правовое образование и не требует позитивного подтверждения в законе своей самостоятельности. Специфика доказательственной деятельности как процесса познания фактов действительности в установленных законом формах объективно требует от ее субъектов системного, комплексного подхода к использованию соответствующих норм и правил, как общих, так и специальных, независимо от конкретного источника их закрепления.

Значение доказательственного права как комплексного правового образования обусловлено скорее потребностями юридической практики, а не умозрительными и формальными конструкциями юридическое позитивизма. С этой точки зрения, вряд ли стоит причислять доказательственное право к той или другой отрасли — оно существует и должно приниматься как самостоятельная правовая материя.

25. Материально-правовые основания доказательственного права. Еще в XIX веке А. Х. Гольмстен указывал на невозможность полного и точного разграничения правил о доказательствах между постановлениями права процессуального и материального. Хотя при этом он полагал, что к праву процессуальному должны быть относимы правила о форме и отдельных видах доказательств, а также о порядке их принятия, а к праву материальному — правила о содержании

и предмете доказательств⁴⁹. Проблема определения *процессуальной* или *материальной* природы правил о доказательствах остается на сегодняшний день дискуссионной в науке.

Прежде всего, этот вопрос возникает в отношении доказательственных правил, содержащихся в материальном законодательстве. На наш взгляд, в каждом конкретном случае ответ должен даваться исходя из *функций* соответствующих норм, а также возможности их использования помимо всякого судебного спора. Если соответствующие нормы не только влияют на *технология*, процедуру доказывания в судебном споре, но и устанавливают юридические последствия событий и действий, определяя в конечном счете существенные характеристики самого материального правоотношения, то их следует рассматривать в качестве материально-правовых.

Таковы, например, правила ГК о форме сделок и последствиях ее несоблюдения, влияющих в судебном процессе на допустимость некоторых средств доказывания. Здесь само существование материального правоотношения ставится в зависимость от его формальной фиксации, так как в отсутствие надлежащих доказательств волеизъявление стороны (сторон) может не иметь правовых последствий. Кроме того, большинство правовых презумпций, устанавливаемых гражданским законодательством, имеют материально-правовую природу, так как определяют правовые последствия известного факта, исходя из объективных закономерностей (связей) чувственно воспринимаемого мира, а также, нередко, — из приоритета общественного интереса над частным. Лишь потом, при возникновении спора, такие презумпции выступают в качестве механизма распределения обязанностей по доказыванию между сторонами или даже служат основанием для принятия вполне определенного и легитимного решения в случаях, когда оспаривание презумпции не осуществлялось или не достигло результата в виде ее опровержения.

Иначе говоря, действие некоторых предписаний может производить двойной эффект: во-первых, и прежде всего, влияя на само существование материального правоотношения, его формы и содержания; во-вторых, и только в случае возникновения спора, определяя специфику доказательственной деятельности по конкретным категориям дел.

Тезисно обозначенный нами подход предполагает определение природы конкретной нормы доказательственного права исходя не из

ее *места* в системе отраслей права и уж тем более — законодательства, а с учетом ее правового воздействия на правоотношение, вызываемых последствий. Эти последствия могут одновременно возникать как в сфере доказательственной деятельности в строгом смысле, т. е. в судебном процессе, так и в нормальных условиях гражданского оборота. Поэтому само доказательственное право можно рассматривать как специфическое правовое образование, имеющее *материально-процессуальную природу*.

26. Место доказательств в системе частного и публичного права. Другой важный вопрос, вызывающий интерес с точки зрения комплексного подхода к изучению доказательственного права, — это его место в системе координат частного и публичного права.

В свое время В. И. Ленин написал, что с упразднением частной собственности лишилось основания деление права на публичное и частное⁵⁰. Но этот мир канул в Лету: вот уже 10 лет прошло с того момента, как частная собственность, а значит вся совокупность отношений, ее опосредующих, вновь появилась в реальной жизни российского общества и права. Поэтому вновь актуальными становятся исследования, посвященные соотношению этих двух фундаментальных областей права, причем как в общей теории права⁵¹, так и применительно к отдельным отраслям права или видам юридической деятельности⁵².

Отметим, что за столь непродолжительный отрезок времени, прошедший с момента постановки данной проблемы на обсуждение юридической общественности России, были высказаны самые различные замечания как к определению существа частного и публичного права, так и к критериям «водораздела» между ними⁵³. Возможно, что такое многообразие подходов обусловлено заимствованием международного, прежде всего «западного», опыта в данном вопросе, где разграничение на частное и публичное является «фундаментальным делением права»⁵⁴.

27. *A priori* пока существует человечество, всегда будет возникать вопрос о соотношении интереса индивидуального и общественного (публичного). Причем далеко не всегда речь идет об их сочетании, *дуализме*: зачастую они имеют противоположные векторы, противопоставляются друг другу. Решать, какой из интересов приоритетнее в конкретной ситуации, и должно право. Именно в этом смысле