

УДК 347.9

Процессуальные средства обеспечения законности доказательств в гражданском и арбитражном процессах

М.А. ФОКИНА,
доктор юридических наук,
профессор кафедры гражданского, арбитражного, административного
процессуального права Российской академии правосудия
fok_mar@mail.ru

Анализируются процессуальные средства обеспечения доказательств в гражданском и арбитражном процессах, существующие концепции, материально-правовая и процессуальная стороны допустимости доказательств, а также ее процессуальные критерии. Рассматривается соотношение допустимости и юридической силы доказательств, обосновываются предложения о введении в гражданское и арбитражное процессуальное законодательство института исключения доказательств.

Ключевые слова: законность, доказывание, доказательства, допустимость доказательств, юридическая сила доказательств.

Procedure Means for Providing Evidence Legality in Civil and Arbitral Trials

Fokina V.

Procedure means for providing evidence legality in civil and arbitral trials are analyzed. Available concepts, legal and finance aspects of evidence legal admissibility, as well as its procedure criteria are considered. The relation of admissibility and validity of evidences are analyzed, suggestions on introducing of the institute of evidence exclusion into civil and arbitral procedural law is proposed.

Keywords: legality, evidence, evidences, evidence legal admissibility, evidence validity.

Реализация принципа законности при установлении обстоятельств, имеющих значение для дела, имеет много аспектов. Один из них — определение допустимости доказательств и наличия у них юридической силы. Относящиеся к делу факты не могут служить доказательством, если они не получены из установленных законом средств доказывания (ст. 60 Гражданского процессуального кодекса РФ (далее — ГПК РФ), ст. 68 Арбитражного процессуального кодекса РФ (далее — АПК РФ)). Допустимость доказательств представляет собой ограничение, связанное с установлением неизвестных фактов, имеющих правовое значение, с помощью заранее предписанных нормами права доказательств, а не любых видов судебных доказательств, предусмотренных в законе¹. В свое время известный русский цивилист Г.Ф. Шершеневич отмечал «бытовую опасность некоторых сделок, представляющих особенный соблазн для ложных свидетельских показаний»². В.Л. Исаченко обращал внимание на целесообразность ограничения свобод-

ного распоряжения сторон доказательствами в интересах прочности форм гражданского оборота, получения верного знания о действительных обстоятельствах дела, предупреждения и искоренения злоупотреблений недобросовестной стороны³. Необходимость ограничения свободного распоряжения сторон средствами доказывания объясняется интересами прочности гражданского оборота, получения верного знания о действительности, гарантированностью от злоупотреблений недобросовестной стороны⁴.

Неоднозначно в специальной литературе решался вопрос о содержании допустимости доказательств. На протяжении многих лет оно связывалось с установленными законом формами сделок⁵. А.Г. Калпин включал в содержание допустимости доказательств три элемента: 1) использование для установления истины лишь предусмотренных законом средств доказывания; 2) допустимость любых средств доказывания, за исключением свидетельских показаний; 3) допустимость лишь письменных

¹ См.: Гордейчик А.В. Допустимость доказательств в гражданском и арбитражном процессах. — Хабаровск, 2000. С. 25.

² Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. — М., 1912. С. 189.

³ См.: Исаченко В.Л. Гражданский процесс: практический комментарий на вторую книгу Устава гражданского судопроизводства: в 6 т. — Мн., 1891. Т. 2. С. 52—57.

⁴ См.: Треушников М.К. Судебные доказательства. — М., 2005. С. 138.

⁵ См.: Клейнман А.Ф. Основные вопросы теории доказательств в советском гражданском процессе. — М., 1967. С. 51.

доказательств определенного содержания и формы, устранение всех других средств доказывания, а также письменных доказательств иного содержания и формы¹. В современных условиях содержание допустимости доказательств было предложено В.В. Молчановым: «а) допустимость использования в процессе доказывания только предусмотренных ГПК РФ средств доказывания; б) допустимость из числа предусмотренных ГПК РФ любых средств доказывания, кроме свидетельских показаний; в) допустимость использования предусмотренных законом средств доказывания без исключения иных средств доказывания; г) допустимость использования только письменных доказательств; д) допустимость письменных доказательств только определенной формы и содержания, а также любых других средств доказывания»².

Такое структурирование содержания допустимости доказательств позволяет более детально раскрыть его, однако приводит к определенному дублированию его элементов. Думается, что предложенная В.В. Молчановым система элементов, составляющих содержание допустимости доказательств в конечном счете может быть сведена всего к двум видам: допустимость средств доказывания с позитивным содержанием и допустимость средств доказывания с негативным содержанием³.

Допустимость средств доказывания с позитивным содержанием распространяется на различные средства доказывания (см., например, ст. 283 ГПК РФ). В.В. Молчанов ограничивает ее «допустимостью только письменных доказательств» и «допустимостью письменных доказательств только определенной формы и содержания». Между тем в современном законодательстве трудно найти предписание о том, что допустимость письменных доказательств исключает использование других доказательств. В.В. Молчанов справедливо отмечает, что несоблюдение письменной формы сделки влечет за собой недействительность сделки и договора (он считается незаключенным). Письменное доказательство необходимо, однако это не препятствует его использованию наряду с другими доказательствами.

В другом случае заключение договора в конкретной письменной форме не связывается законом с недействительностью сделки (ст. 785 Гражданского кодекса РФ (далее — ГК РФ)). В

силу указания закона необходимыми доказательствами являются билет и багажная квитанция (правило допустимости с позитивным содержанием). Договор перевозки оформляется в простой письменной форме. Поэтому в силу ст. 162 ГК РФ наряду с перечисленными могут использоваться любые средства доказывания, за исключением свидетельских показаний.

Таким образом, и в случае, когда закон связывает действительность сделки с ее письменной формой, и в случае, когда действительность сделки не связана с соблюдением ее простой письменной формы, обязательность использования определенных средств доказывания (письменные доказательства) не исключает применения иных средств доказывания (с учетом ограничения на использование свидетельских показаний — ст. 162 ГК РФ). Поэтому п. 1 данной статьи, касающийся допустимости использования только письменных доказательств, не следует рассматривать в качестве самостоятельного элемента содержания допустимости доказательств.

Правило допустимости доказательств с негативным содержанием исключает из числа средств доказывания свидетельские показания. Ограничение допустимости свидетельских показаний стало результатом усиления формализации гражданского судопроизводства. В древние времена для признания юридического факта было достаточно свидетельских показаний. Постепенно они вытеснялись письменными документами. Распорядительные акты стали считаться совершенными только тогда, когда начали облекаться в письменную форму, становясь доказательствами. Волевые действия удостоверялись официальными лицами и без этого считались несуществующими. Согласно ст. 409 Устава гражданского судопроизводства 1864 г. (далее — Устав) свидетельские показания могли признаваться доказательством только тех событий, для которых не требовалось письменного удостоверения. Содержание письменных документов не могло быть опровергнуто показаниями свидетелей, за исключением споров о подлоге (ст. 419 Устава). Существовали исключения из общего правила: свидетельские показания были применимы, если документ составлен, а затем утрачен вследствие какого-либо бедствия; если письменный акт о передаче имущества нельзя было восстановить по причине пожара, наводнения

¹ См.: *Калпин А.Г.* Письменные доказательства в судебной практике по гражданским делам: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 1966. С. 7.

² *Молчанов В.В.* Допустимость доказательств в гражданском судопроизводстве // Законодательство. 2006. № 1. С. 71; *Он же.* Свидетели и свидетельские показания в гражданском судопроизводстве. — М., 2009. С. 416.

³ Допустимость доказательств с негативным содержанием связана с формой сделки и последствиями ее несоблюдения. Допустимость доказательств с позитивным содержанием означает прямое указание закона на необходимость определенного средства доказывания (см.: *Треушников М.К.* Указ. раб. С. 135—147).

и т. п.; если право на недвижимое имущество основывалось на давности (ст. 409 Устава).

В зависимости от формы все сделки подразделяются на три группы: 1) сделки, для которых законом определена простая письменная форма, причем ее нарушение лишает стороны права в случае спора ссылаться в подтверждение сделки на свидетельские показания; 2) сделки, для которых установлена простая или нотариальная форма, причем ее нарушение влечет недействительность сделки; 3) сделки с обязательной государственной регистрацией, в случае несоблюдения которой сделка признается недействительной.

И.М. Резниченко и А.Т. Боннер высказывали мнение, что правило допустимости доказательств распространяется только на сделки, по отношению к которым, в связи с нарушением их формы, запрещено ссылаться на свидетельские показания¹. Другие авторы (А.Ф. Клейнман, А.Г. Калпин, М.К. Треушников) распространяют действие правил допустимости на все группы сделок². Последняя позиция представляется убедительной. Правило допустимости средств доказывания должно распространяться на сделки, подлежащие государственной регистрации. Несоблюдение нотариальной формы или требования о государственной регистрации сделки влечет ее недействительность (ст. 165 ГК РФ). Так же, как и при нарушении нотариальной формы сделки, факты, относящиеся к сделке, подлежащей государственной регистрации, можно доказывать только с помощью письменных доказательств, которые не могут быть заменены свидетельскими показаниями.

В юридической литературе высказывалось предложение использовать свидетельские показания в случае утраты письменного доказательства не по вине стороны³. Это представляется обоснованным и соответствующим традициям отечественного судопроизводства. Статья 409 Устава предусматривала возможность доказывания существования и содержания акта показаниями свидетелей и другими доказательствами, если составленный акт по причине, не зависящей от воли тяжущихся, был утрачен, уничтожен или похищен. Поскольку письменный документ был составлен, договор считается заключенным. Запрет на использование свидетельских показаний выступает санкцией за нарушение установленной

законом формы сделки. Так как утрата документа произошла не по вине стороны, использовать недопустимость свидетельских показаний как санкцию было бы несправедливо.

Представляется неубедительным контраргумент: «...признание факта соблюдения формы сделки, по существу, означает признание факта ее совершения. Поэтому... в контексте правила допустимости доказательств более адекватным представляется рассмотрение письменных доказательств и других средств доказывания, но не свидетельских показаний»⁴.

Последнее мнение является примером недоверия — типичного отношения как теоретиков, так и практиков к свидетелю в гражданском процессе. Гражданские договоры заключаются, как правило, без свидетелей или в присутствии лиц, находящихся в близких отношениях со сторонами, что влияет на правдивость показаний. Поэтому более предпочтительным было бы не игнорирование свидетельских показаний, а создание действенного механизма предупреждения и изобличения в них лжи. Тогда исчезнут сомнения в возможности замены (в исключительных случаях) письменных доказательств свидетельскими показаниями.

Таким образом, материально-правовая сторона содержания допустимости доказательств включает в себя: допустимость любых средств доказывания; допустимость средств доказывания, непосредственно предусмотренных законом; допустимость любых средств доказывания или средств доказывания, непосредственно предусмотренных законом, за исключением свидетельских показаний.

В науке гражданского процессуального права допустимость доказательств связывается с ориентацией на материальное право с исследованием взаимодействия норм материального и процессуального права. Такой подход в целом верен и соответствует законодательству. В то же время он неполно раскрывает содержание допустимости доказательств, не учитывает процессуальных критериев допустимости доказательств.

Классическая французская правовая доктрина исходит из процессуальной квалификации правил, регламентирующих допустимость доказательств. В ее основе лежат взгляды французского юриста А. Батиффолья, впервые отстоявшего идею отнесения правил допустимости доказательств к процедуре⁵.

¹ См.: Резниченко И.М. О принципе объективной истины в советском гражданском судопроизводстве // Труды ВЮЗИ. — М., 1965. Т. IV. С. 185; Боннер А.Т. Правило о допустимости доказательств в советском гражданском процессе: необходимость или анахронизм? // Советское государство и право. 1990. № 10. С. 21—30.

² См.: Клейнман А.Ф. Указ. раб. С. 159; Калпин А.Г. Указ. раб. С. 14; Треушников М.К. Указ. раб. С. 141—147.

³ См.: Треушников М.К. Доказательства и доказывание в советском гражданском процессе. — М., 1982. С. 68.

⁴ Молчанов В.В. Допустимость доказательств в гражданском судопроизводстве. С. 66.

⁵ См.: Медведев И.Г. Письменные доказательства в частном праве России и Франции. — СПб., 2004. С. 191—201.

Представляется необходимым выделить процессуальные критерии, которые могут быть использованы в гражданском и арбитражном процессах при определении допустимости доказательств. Подобная попытка была предпринята О.В. Ивановым, указавшим два критерия: 1) вид источника получения фактических данных; 2) способ получения от каждого такого источника информации о фактических данных в рамках судебного процесса¹. Процессуальные критерии допустимости доказательств в гражданском судопроизводстве следует рассматривать в более широком аспекте. Процессуальную составляющую допустимости доказательств составляет совокупность следующих критериев: 1) надлежащий субъектный состав лиц, осуществляющих процессуальные действия по доказыванию; 2) надлежащий источник фактических данных; 3) соблюдение процессуального порядка собирания, представления и исследования доказательств; 4) установленные законом пределы доказывания на стадиях судопроизводства.

В состязательном процессе главная роль в доказательственной деятельности отводится сторонам. Реализуя обязанности по доказыванию, лица, участвующие в деле, вправе представлять доказательства, участвовать в исследовании доказательств, задавать вопросы другим лицам, участвующим в деле, свидетелям и экспертам, заявлять ходатайства, давать устные и письменные объяснения суду (ст. 35 ГПК РФ).

ГПК РФ определяет порядок совершения процессуальных действий, нарушение которого влечет недопустимость доказательств. На практике имеют место случаи нарушения порядка совершения таких действий, выполняемых согласно судебному поручению. В частности, Верховный Суд РФ указывал на недопустимость допроса свидетелей, осуществляемого в порядке судебного поручения техническими работниками суда. Осмотр и исследование на месте письменных и вещественных доказательств должны производиться судом².

Часть 2 ст. 55 ГПК РФ приводит исчерпывающий перечень источников доказательств: граждане, наделенные в установленном порядке процессуальным положением стороны, третьего лица, свидетеля, эксперта; документы, материальные предметы (вещи). Получение фактических данных из неустановленного источника должно всегда повлечь за собой недопустимость доказательства. В частности, в ГПК РФ закрепляются ограничения на использование таких источников доказательств, как

свидетель и эксперт. В соответствии с ч. 3 ст. 69 ГПК РФ запрещается допрашивать в качестве свидетелей: а) представителей по гражданскому делу или защитника по уголовному делу, делу об административном правонарушении — об обстоятельствах, которые стали им известны в связи с исполнением обязанностей представителя или защитника; б) судей, присяжных, народных или арбитражных заседателей — о мнениях, высказанных в совещательной комнате в связи с обсуждением обстоятельств дела при вынесении решения суда или приговора; в) священнослужителей религиозных организаций, прошедших государственную регистрацию, — об обстоятельствах, которые стали им известны из исповеди. Нельзя признать допустимым доказательством заключение эксперта, если оно сделано лицом, подлежащим отводу в качестве эксперта.

Значительно сложнее решается вопрос об источниках доказательственной информации в современном арбитражном процессе. *Иные документы и материалы* как источники неформализованных доказательств в арбитражном процессе заставляют иначе взглянуть на проблему допустимости доказательств. Как отмечалось выше, ст. 64 АПК РФ содержит открытый перечень доказательств, поэтому вопрос о допустимости доказательств, источником которых выступают иные документы и материалы, отнесен на усмотрение суда.

Доказательства представляются сторонами и другими лицами, участвующими в деле. Представление доказательств состоит в том, что участвующее в деле лицо указывает суду, какие фактические данные в подтверждение каких обстоятельств можно получить из определенного источника, а также место нахождения этого источника. Конкретное содержание действий по представлению доказательств зависит от средства доказывания. Нарушение порядка представления доказательств может повлечь признание их недопустимыми. Так, представленное по инициативе сторон заключение эксперта не может быть признано допустимым доказательством, поскольку процессуальное законодательство предусматривает возможность проведения только судебной экспертизы. Суд не вправе принять в качестве заключения эксперта результаты экспертизы, не назначавшейся судом и проведенной вне процесса. Например, при приобретении некачественной продукции потребитель обращается в бюро товарных экспертиз для определения соответствия свойств продукции принятым в России

¹ См.: Иванов О.В. Судебные доказательства в гражданском процессе: курс лекций. — Иркутск, 1974. С. 31.

² См. п. 7 постановления Пленума Верховного Совета РФ от 26.06.2008 № 13 «О применении норм Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации при рассмотрении и разрешении дел в суде первой инстанции» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2008. № 10.

стандартам. Полученное заключение не является заключением эксперта в смысле ч. 2 ст. 55 ГПК РФ, поскольку исследование проводилось вне рамок процесса, без соблюдения требований гражданской процессуальной формы¹.

Существенное значение в решении вопроса о допустимости доказательств имеют методика формирования и тактика исследования отдельных средств доказывания. Применяемые в суде тактические приемы перекрестного допроса, направленные на изобличение лжесвидетельства, а также используемые экспертные методики не должны нарушать предусмотренных Конституцией РФ и международными актами гарантий прав человека. Например, нельзя признать заключение эксперта судебным доказательством, если будет установлено, что в ходе исследования эксперт применил методику, связанную с психическим насилием, угрозой здоровью и т. п.²

Соблюдение установленных законом пределов доказывания как критерий допустимости доказательств актуально на проверочных стадиях судопроизводства. В рамках настоящей работы ранее рассматривался вопрос о допустимости новых доказательств в суде второй инстанции и делались предложения по закреплению в законодательстве четких критериев их допустимости.

Таким образом, по своему содержанию допустимость доказательств подразумевает наличие материально-правовой и процессуальной сторон. Считаем целесообразным изложить ст. 60 ГПК РФ в следующей редакции: *«Обстоятельства дела, которые по закону должны быть подтверждены определенными средствами доказывания и субъектами доказывания в установленном законе порядке, не могут подтверждаться никакими другими доказательствами»*.

К сожалению, в отдельных случаях высшие судебные органы, осуществляя толкование закона, санкционируют нарушение процессуального порядка представления доказательств. Комментируя порядок применения положений, обеспечивающих своевременное раскрытие доказательств, Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ указал: «Доказательства, не раскрытые лицами, участвующими в деле, до начала судебного заседания, представленные на стадии исследования доказательств, должны быть исследованы арбитражным судом

первой инстанции независимо от причин, по которым нарушен порядок раскрытия доказательств»³. С учетом разъяснений высшей судебной арбитражной инстанции еще в меньшей степени следует считать обеспеченным право участника процесса на своевременность раскрытия доказательств. Позиция Президиума ВАС РФ, очевидно, свидетельствует о том, что нарушение правил раскрытия на практике не будет отражаться на допустимости доказательств. О.В.Баулин делает критический вывод относительно появления оснований для выделения так называемых несущественных нарушений порядка собирания и исследования доказательств⁴.

В постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 02.06.2004 № 10 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях» указывается: «Нарушение административным органом при производстве по делу об административном правонарушении процессуальных требований, установленных КоАП РФ, является основанием для отказа в удовлетворении требования административного органа о привлечении к административной ответственности (часть 2 статьи 206 АПК РФ) либо для признания незаконным и отмены оспариваемого постановления административного органа (часть 2 статьи 211 АПК РФ) при условии, если указанные нарушения носят существенный характер и не позволяют или не позволили всесторонне, полно и объективно рассмотреть дело.

Существенный характер нарушений определяется исходя из последствий, которые данными нарушениями вызваны, и возможности устранения этих последствий при рассмотрении дела»⁵.

Таким образом, Пленум Высшего Арбитражного Суда РФ связывает существенность нарушений с тремя факторами: 1) последствиями нарушения; 2) невозможностью устранения нарушений; 3) невозможностью всесторонне, полно и объективно рассмотреть дело. Следует обратить внимание на то, что толкование «существенных нарушений» Высший Арбитражный Суд РФ дает только применительно к рассмотрению дел об административных правонарушениях.

Анализ правоприменительной практики по делам об административных правонарушениях

¹ См.: Сахнова Т.В. Экспертиза в суде по гражданским делам. — М., 1997. С. 34.

² Подробнее об этом см.: Она же. Основы судебно-психологической экспертизы по гражданским делам. — Красноярск, 1996.

³ Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 13.08.2004 № 82 «О некоторых вопросах применения Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации» // Вестник ВАС РФ. 2004. № 10. С. 115.

⁴ См.: Баулин О.В. Определение допустимости доказательств в гражданском судопроизводстве // Арбитражный и гражданский процесс. 2005. № 4.

⁵ Вестник ВАС РФ. 2004. № 8.

показывает, что суды относят к существенным нарушениям закона фактически любые нарушения закона, допущенные при получении доказательств. Например, таможенным органом не представлено в суд доказательств того, что протокол об административном правонарушении от 05.02.2004 был составлен в присутствии законного представителя ОАО «ВАСО», а также доказательств разъяснения этому лицу прав и обязанностей, предусмотренных Кодексом РФ об административных правонарушениях (КоАП РФ). Из этого следует, что указанный протокол был составлен с нарушением закона и является недопустимым доказательством¹.

Вместе с тем по ряду дел арбитражные суды вообще не обратили внимания на степень существенности нарушения закона, допущенного при получении доказательств².

В пункте 6 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 19.12.2003 № 23 «О судебном решении» указывается: «При вынесении судебного решения недопустимо основываться на доказательствах, которые не были исследованы судом в соответствии с нормами ГПК РФ, а также на доказательствах, полученных с нарушением норм федеральных законов (часть 2 статьи 50 Конституции РФ, статьи 181, 183, 195 ГПК РФ)»³. Любые доказательства, не исследованные на судебном заседании, рассматриваются как полученные с нарушением федерального закона.

Вопрос о нарушениях процессуального закона не нов для отечественной процессуальной науки. В теории и практике уголовного процесса длительное время обсуждается вопрос о допустимости доказательств, полученных с нарушением закона⁴. Так, В.И. Зажицкий выступил против прямолинейной ориентации на то, был ли нарушен закон при собирании и фиксации фактических данных, и предложил провести классификацию нарушений процессуального закона. Преступные и существенные его нарушения служат основанием для признания доказательств недопустимыми. Что касается несущественных нарушений закона при собирании и фиксации доказательств, то они, по мнению автора, серьезно не

влияют на доброкачественность процессуальных средств доказывания⁵. Данное мнение представляется достаточно опасным с точки зрения соблюдения принципа законности. Судебная практика и так не испытывает недостатка в нарушениях процессуального законодательства, и официальное признание права на нарушение закона при собирании доказательств откроет путь новым нарушениям. Допущение несущественных отступлений от закона породит иерархию правовых норм — как обязательных, так и необязательных для исполнения.

Надо отметить, что в более поздней своей работе В.И. Зажицкий, анализируя новое уголовно-процессуальное законодательство, отказался от собственного мнения и признал недопустимыми любые нарушения процессуального закона. «В доказательственном праве положение о том, что доказательства, полученные с нарушением закона, не имеют юридической силы или являются недопустимыми, в Уголовно-процессуальном кодексе РФ (далее — УПК РФ) повторяется трижды (ч. 3 ст. 7, ч. 1 и п. 3 ч. 2 ст. 75). Существенно, что в законе ничего не сказано о характере таких нарушений, причем не используется и оценочный термин “любые нарушения”. Поэтому судей волнует закономерный вопрос: правомерно ли оценивать достоверность доказательств в связи с незначительными, несущественными отступлениями от закона, порой вызванными объективными обстоятельствами? Императивный характер требований закона не позволяет им вдаваться в оценку того или иного нарушения, допущенного при производстве по делу. Это означает, что для признания доказательств недопустимыми достаточно констатации факта их получения или закрепления с нарушением требований закона. Предполагается, что речь идет о любом нарушении закона. Иначе говоря, оценка качества доказательства в связи с характером допущенного нарушения закона исключается. <...> Необходимо учитывать, что в основе уголовно-процессуального права лежит разрешительный метод правового регулирования, в соответствии с которым его

¹ См. постановление ФАС Центрального округа от 15.10.2004. Дело № А14-5927-04/137/14. Доступ из СПС «Консультант-Плюс».

² См. постановление ФАС Поволжского округа от 07.06.2005. Дело № А65-20771/2004-СГЗ-14; постановления ФАС Северо-Западного округа от 18.05.2009 по делу № А44-126/2007; от 12.12.2009 по делу № А05-10141/2008; постановления ФАС Московского округа от 19.07.2011 № КГ-А40/7205-11 по делу № А40-149657/09-136-940; от 06.07.2011 № КГ-А40/6921-11 по делу А40-98225/10-4-449. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (раздел «Судебная практика»).

³ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2004. № 2.

⁴ См.: Пашин С.А. Доказательства в российском уголовном процессе // Состязательное правосудие: труды науч.-практ. лаб.: в 2 ч. — М., 1996. Ч. 2. С. 371—372; Савицкий В.М. Уголовный процесс России на новом витке демократизации // Государство и право. 1994. № 6. С. 105 — 106; Лупинская П.А. Проблема допустимости доказательств при рассмотрении дел судом присяжных // Рассмотрение дел судом присяжных: науч.-практ. пособ. для судей. — Варшава, 1997. С. 109; Резник Г.М. Внутреннее убеждение при оценке доказательств. — М., 1977. С. 8; Немытина М.В. Российский суд присяжных: учеб.-метод. пособ. — М., 1995. С. 55, 109.

⁵ См.: Зажицкий В.И. Вопросы доказательственного права. // Советская юстиция. 1992. № 19—20. С. 3.

формальные предписания нельзя подменять хотя и рациональными, но не нашедшими закрепления в законе положениями, а также собственным усмотрением судей»¹.

Связывая понятие существенных нарушений с неустранимостью сомнений в достоверности фактических данных, полученных с нарушением закона, Н.М. Кипнис сводит на нет значение и сущность допустимости доказательств, поскольку в этом случае речь идет об оценке доказательств по существу². Спорным представляется утверждение В.М. Савицкого о том, что доказательство, полученное с нарушением закона, может быть использовано в целях защиты обвиняемого³. В этом случае нарушается принцип состязательности судопроизводства, характерный как для современных гражданского и арбитражного, так и для уголовного процессов. Стороны (обвинение и защита) должны обладать равными правами для отстаивания своей позиции. Не выдерживает критики и утверждение М.В. Неметиной о допустимости любых доказательств, за исключением тех, которые собраны с нарушением конституционных норм⁴. Конституция РФ закрепляет лишь основные права граждан в сфере судопроизводства, конкретизация которых осуществляется на уровне федерального законодательства. В соответствии с ч. 2 ст. 50 Конституции РФ при осуществлении правосудия не допускается использование доказательств, полученных с нарушением федерального закона. Доказательство может быть признано недопустимым, если представлено с нарушением конституционных прав граждан (нарушение государственной и личной тайны, правила о свидетельском иммунитете и т. п.), что не исключает признание доказательства таковым из-за нарушения процессуального законодательства.

Прецедентная политика Европейского суда по правам человека (далее — Европейский суд) исходит из того, что Европейский суд не вмешивается в правила о допустимости доказательств. В частности, в его задачу не входит рассмотрение ошибок по вопросам фактов и права, предположительно допущенных национальными судами, если только эти ошибки не нарушили права и свободы, защищаемые Конвенцией о защите прав человека и основных свобод (далее — Конвенция). Более того, хотя ст. 6 Конвенции гарантирует право на справедливое судебное разбирательство, она не содержит правил о допустимости доказательств или

о способах их оценки, поскольку эти вопросы подлежат регулированию прежде всего национальным законодательством и национальными судами (см. п. 28 постановления Европейского суда от 21.01.1999 по делу «Гарсиа Руис против Испании» и п. 66 решения Европейского суда от 07.10.2004 по делу «Полещук против Российской Федерации» (жалоба № 60776/00)). Однако не все судьи Европейского суда разделяют такое мнение: судья Лукайдис Лукис Г. полагает, что Европейский суд должен обладать компетенцией по пересмотру правил допустимости доказательств и того, как они были оценены с точки зрения права на справедливое судебное разбирательство⁵.

В практике Европейского суда прослеживается тенденция от использования доказательств, полученных незаконно (по трактовке национального законодательства), к запрету ссылаться на доказательства, полученные с нарушением национального закона. В связи с этим представляет интерес постановление Европейского суда от 12.07.1988 по делу «Шенк против Швейцарии», в котором незаконно полученная магнитофонная запись, обличающая обвиняемого, была принята в качестве доказательства. В совместном особом мнении судей Петтити, Шпильмана, де Мейера и Карилло Салседо отмечалось следующее: «К нашему сожалению, мы не можем разделить точку зрения большинства; по нашему мнению, соблюдение закона при получении доказательств не является абстрактным или сугубо формальным требованием. Наоборот, мы считаем, что это имеет первостепенное значение для справедливости судебного разбирательства по уголовным делам.

Ни один суд не может, не нанося ущерба надлежащему отправлению правосудия, опираться на доказательство, которое не только было получено нечестным путем, но и, прежде всего, противозаконно. Если суд так поступает, то он не может считаться справедливым в смысле Конвенции.

В данном случае никем не оспаривается то, “что магнитофонная запись, о которой идет речь, была получена незаконно” (см. п. 43 Судебного решения).

Даже если суды, которые рассматривали уголовное обвинение против заявителя, основывались, как это отмечено в Судебном решении, также и на “иных доказательствах, нежели данная магнитофонная запись, но которые подтверждали следовавший из данной магнито-

¹ *Зажичкий В.И.* Новые нормы доказательственного права и практика их применения // Российская юстиция. 2003. № 7. С. 46.

² См.: *Кипнис Н.М.* Допустимость доказательств в уголовном судопроизводстве. — М., 1995. С. 85.

³ См.: *Савицкий В.М.* Указ. раб.

⁴ См.: *Неметина М.В.* Указ. раб.

⁵ См.: *Лукайдис Лукис Г.* Справедливое судебное разбирательство: комментарий к п. 1 ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод // Российская юстиция. 2004. № 2.

фонной записи вывод о виновности” (см. п. 48 Судебного решения), остается фактом, что они “допустили магнитофонную запись в качестве доказательства” (см. п. 44 Судебного решения) и что их решение “частично” (см. п. 26 и 48 Судебного решения) основывалось на спорной кассете.

По этим основаниям мы пришли к выводу, что в этом случае имело место нарушение права на справедливое судебное разбирательство в том виде, как оно гарантировано в статье 6 Конвенции»¹.

В книге Ван Дийка и Ван Хоофа под общим названием *The Right to a Fair Trial* сказано следующее: «Что касается допустимости доказательств согласно национальному праву, конвенционные органы руководствуются в первую очередь мнением национальных судов. Однако, если последние занимают такую позицию, что могут использовать доказательства, даже если они получены незаконно, при формировании своего мнения совершенно необходимо рассмотрение конвенционными органами того, как используются такие доказательства, чтобы принцип “справедливого судебного разбирательства” не был нарушен»².

Часть 2 ст. 55 ГПК РФ устанавливает, что доказательства, полученные с нарушением закона, не имеют юридической силы и не могут быть положены в основу решения суда, а ч. 3 ст. 64 АПК РФ не допускает использования доказательств, полученных с нарушением федерального закона. В связи с этим представляется целесообразным рассмотреть соотношение понятий «доказательства, полученные с нарушением закона», «недопустимые (допустимые) доказательства» и «юридическая сила доказательств».

Доказательства, полученные с нарушением закона, — это материал для проверки доказательств судом на предмет их допустимости в процесс; недопустимые (допустимые) доказательства — результат исследования судьей представленных доказательств. У доказательств, полученных с нарушением закона, и недопустимых доказательств разные хронологические рамки существования. Первые существуют, начиная с момента представления их в суд и до того момента, когда нарушение процессуального требования будет открыто, а вторые — после установления факта нарушения закона.

Представляется, что рассматриваемый вопрос в арбитражном процессуальном и гражданском процессуальном законодательстве

должен решаться унифицированно. Может быть предложена следующая редакция ч. 2 ст. 55 ГПК РФ и ч. 3 ст. 64 АПК РФ: «*Доказательства, полученные с нарушением федерального закона, не допускаются. Доказательства, признанные судом недопустимыми, не имеют юридической силы*».

Первоначально вопрос о юридической силе доказательств был поставлен в науке уголовного процесса в связи с положением ст. 50 Конституции РФ, в соответствии с которым при осуществлении правосудия не допускается использование доказательств, полученных с нарушением закона. В УПК РФ содержится норма, устанавливающая недопустимость доказательств, полученных с нарушением кодекса (ч. 1 ст. 75). Анализ указанных норм в сочетании с толкованием, данным в постановлениях Пленума Верховного Суда РФ от 05.03.2004 № 1 «О применении судами норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации»³ и от 31.10.1995 № 8 «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия»⁴, позволяет сделать вывод о наличии в содержании допустимости доказательств процессуальной составляющей, которая является не чем иным, как проявлением принципа законности в доказывании: собирание, закрепление доказательств должны производиться надлежащим лицом или органом с соблюдением прав человека и гражданина в порядке, установленном уголовно-процессуальным законом.

Содержание ч. 2 ст. 50 Конституции РФ длительное время вызывает споры в науке уголовного процесса⁵, как и неоднозначные суждения в аспекте гражданского и арбитражного процессов⁶. В основном дискуссия касается вопроса о том, как можно рассматривать данное правило — как аспект допустимости доказательств либо как содержание самостоятельного понятия «юридическая сила доказательств».

ГПК РФ не дает дефиниции юридической силы доказательств. Закон ограничивается последствиями, которые наступают в случае признания доказательств недопустимыми. Попытка дать определение юридической силы доказательств была предпринята в науке уголовного процесса, где она рассматривается «как возможность, т. е. правовая состоятель-

¹ Европейский суд по правам человека: избр. решения: в 2 т. — М., 2000. Т. 1. С. 606—609.

² *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. — Kluwer, 1998. P. 436. — Цит. по: *Лукайдис Лукис Г.* Указ. раб.

³ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2004. № 5.

⁴ Бюллетень Верховного Суда РФ. 1996. № 1; Бюллетень Верховного Суда РФ. 2007. № 5.

⁵ См.: *Некрасов С.В.* Юридическая сила доказательств в уголовном судопроизводстве. — М., 2004.

⁶ См.: *Гордейчик А.В.* Указ. раб.; *Молчанов В.В.* Свидетели и свидетельские показания в гражданском судопроизводстве. С. 207—211.

ность, ссылаться на них [доказательства] в процессе доказывания, используя их для установления обстоятельств, имеющих значение для дела, вынесения по нему приговора и иного решения»¹. С.В. Некрасов выдвинул следующие критерии разграничения понятий «допустимость доказательств» и «юридическая сила доказательств»: во-первых, закрепление законодательством двух самостоятельных понятий — «юридическая сила доказательств» и «допустимость доказательств»; во-вторых, единственным безусловным основанием признания доказательств не имеющими юридической силы является установление факта нарушения закона, относящегося к самому их получению; в-третьих, доказательства, признанные не имеющими юридической силы, подлежат исключению из доказывания². Аналогичного мнения придерживается В.В. Молчанов, характеризуя юридическую силу доказательств как «способность доказательств служить законным средством установления обстоятельств дела и обоснования выводов суда о данных обстоятельствах»³.

В развитие учения о юридической силе доказательств следует определить свойства, характеризующие юридическую силу доказательства, и юридическое назначение рассматриваемого правового явления.

Юридическую силу доказательств можно рассматривать как совокупность их правовых свойств, в силу которых они могут использоваться для установления фактов, составляющих предмет и пределы доказывания, а именно:

1) юридическая сила доказательств обеспечивает право сторон и других лиц, участвующих в деле, ссылаться на доказательства в целях обоснования своей позиции;

2) юридическую силу доказательств характеризует обязательность, т. е. суд обязан считаться с наличием доказательства, рассмотреть ходатайства, связанные с ним, исследовать его, дать ему оценку и отразить ее в судебном решении;

3) признание судом юридической силы доказательств делает невозможным его исключение по формальным признакам из системы доказательств по конкретному делу.

Юридическая сила доказательств может рассматриваться в аспекте оценки доказательств. В результате оценки доказательства с точки зрения его соответствия процессуальным критериям допустимости доказательств делается вывод о наличии или об отсутствии у

доказательства юридической силы. Соответствие доказательства процессуальным критериям допустимости доказательств не есть проявление юридической силы, а только основания для признания наличия таковой. Внимательное рассмотрение дефиниций и критериев юридической силы доказательств показывает, что утрата доказательством юридической силы является последствием признания доказательства недопустимым. Таким образом, юридическая сила доказательства — это такое свойство доказательства, которое оно приобретет при условии получения его в соответствии с требованиями законодательства.

Процессуальным средством обеспечения законности доказательств в гражданском и арбитражном процессе могла бы служить процедура исключения доказательств, которые признаны судом не имеющими юридической силы. Исключение недопустимых доказательств, полученных с нарушением закона, вследствие утраты ими юридической силы является мерой государственного принуждения, направленной на достижение цели правильного и своевременного установления фактических обстоятельств дела.

1. Субъекты, имеющие право ходатайствовать об исключении доказательства. В силу состязательности процесса заявлять ходатайства об исключении доказательств должны лица, участвующие в деле. Вместе с тем, исходя из сочетания частного и публичного начал в современном гражданском и арбитражном процессах, следует предоставить суду право исключать доказательство по собственной инициативе. Данное утверждение вытекает из общего положения о гармоничном сочетании процессуальной активности суда в процессе доказывания и принципа состязательности. В Рекомендации от 28.02.1994 № R (84) 5 Комитета министров Совета Европы государствам-членам относительно принципов гражданского судопроизводства, направленных на совершенствование судебной системы (принцип 3), указывается: «Суд должен... играть активную роль в обеспечении быстрого судебного разбирательства, уважая при этом права сторон, в том числе и их право на беспристрастность. В частности, он должен обладать полномочиями *proprio motu*, чтобы... исключать из участия в разбирательстве свидетелей, чьи возможные показания не имеют отношения к делу...»⁴. В проекте международных правил по граждан-

¹ Некрасов С.В. Указ. раб. С. 34.

² См. там же. С. 9—11.

³ Молчанов В.В. Развитие учения о свидетелях и свидетельских показаниях в гражданском процессе: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — М., 2009. С. 9—10.

⁴ URL: [http://www.hrlibrary.ngo.ru/Russian/euro/RRec\(84\)5.html](http://www.hrlibrary.ngo.ru/Russian/euro/RRec(84)5.html)

скому процессу отмечалось, что суд вправе исключить доказательства, которые не относятся к спору и не обладают свойством допустимости¹.

2. *Когда можно заявлять ходатайства об исключении доказательств.* Представляется, что это можно делать на любой стадии процесса до вынесения решения по существу, а также в суде второй инстанции при пересмотре решений, не вступивших в законную силу, при представлении новых доказательств.

Если суд принимает решение об утрате доказательством юридической силы, то оно подлежит исключению из числа доказательств. Чтобы участвующие в деле лица могли в полной мере реализовать состязательные полномочия в доказывании, необходим процессуальный механизм, позволяющий дополнительно поставить вопрос об исследовании исключенного доказательства. В связи с этим представляется возможным дополнить ч. 2 ст. 191 ГПК РФ, статьи 164 и 165 АПК РФ положением, позволяющим лицу, участвующему в деле, ходатайствовать перед судом о признании исключенного доказательства допустимым.

3. *Как гражданское процессуальное, так и арбитражное процессуальное законодательство признает недопустимыми доказательства, полученные с нарушением закона.* Это и должно определять содержание ходатайства об исключении доказательства. Статья 55 ГПК РФ может быть дополнена частью 3, а ст. 64 АПК РФ — частью 4 следующего содержания: «Ходатайство об исключении доказательства должно содержать указание на: 1) само доказательство, оспариваемое стороной; 2) основания для его исключения; 3) обстоятельства, обосновывающие ходатайство». Мотивация сторон об исключении доказательств должна быть ограничена содержанием ч. 2 ст. 55 ГПК РФ, ч. 3 ст. 64 и ч. 1 ст. 161 АПК РФ.

4. *Каждое ходатайство об исключении доказательства должно быть проверено.* В силу состязательности процесса каждое ходатайство об исключении доказательства, а также исключение доказательства по инициа-

тиве суда должно быть обсуждено с лицами, участвующими в деле.

Бремя представления доводов, приводимых в ходатайстве об исключении доказательства, возлагается на лицо, ходатайствующее об исключении доказательства. В силу принципа состязательности противоположная сторона имеет право их оспорить. Заслушав ходатайства и доводы противоположной стороны, суд исследует доказательство.

Исключение доказательства по инициативе лица, участвующего в деле, должно проходить под контролем суда. Оценка нарушений закона лежит в области юридических знаний, и непрофессиональный подход к решению этой задачи может привести к ошибкам. Возможна ситуация, когда сторона ходатайствует об исключении доказательства, а при исследовании его судьей оно не только может оказаться вполне пригодным с точки зрения относимости, допустимости и достоверности, но и иметь решающее значение для установления фактических обстоятельств дела. Представляется, что в этом случае судья должен отказать в исключении доказательства, поскольку только доказательства, полученные с нарушением закона, не имеют юридической силы и подлежат исключению из материалов дела. Есть ли здесь отступление от принципа состязательности? Думается, нет, поскольку представление доказательств осуществляется сторонами. Контроль суда за исключением доказательств — необходимое условие предотвращения злоупотреблений при исключении доказательств.

5. *Вывод суда об исключении доказательства* предпочтительнее оформлять в виде отдельного определения, которое должно отвечать требованиям законности, обоснованности и мотивированности.

В завершение отметим, что вопрос об исключении доказательств в науке гражданского и арбитражного процесса не получил всестороннего исследования и нормативная регламентация отсутствует. Поэтому данная проблема требует значительного внимания в науке, правотворчестве и судебной практике.

¹ См.: Веденеев Е.Ю. Роль суда в доказывании по делу в российском гражданском и арбитражном судопроизводстве // Арбитражный и гражданский процесс. 2001. № 2.