

ОТЗЫВ

на проект статьи А.Н. Верещагина, А.Г. Карапетова, Ю.В. Тая «Пути совершенствования правотворческой деятельности Высшего арбитражного суда Российской Федерации».

В первую очередь хотелось бы искренне поблагодарить авторов за основательную и качественную статью. Подобные исследования, содержащие действительно актуальные предложения, всегда были в юридической литературе редкостью, особенно в современной российской юридической науке.

В целом мне хотелось бы поддержать практически все выводы и предложения, сделанные в проекте статьи. Однако некоторые позиции и доказательства, по моему мнению, являются спорными, о чём и будет сказано ниже. По своей сути это возражения «второго плана», то есть относятся они, скорее, к отработке деталей, но назвать их несущественными нельзя. В отзыве будет дан анализ с позиций теории права, поскольку именно этот раздел юридической науки относится к сфере моих интересов.

1. Первый пункт отзыва касается первого вопроса, вынесенного на обсуждение: «Обязательность правовых позиций ВАС РФ, или российская модель прецедентного права» и частично шестого: «Действие создаваемых ВАС РФ правовых позиций во времени (материальная и процессуальная перспективность/ретроспективность)».

Следует полностью согласиться с мнением о том, что российские суды выполняют правотворческую функцию. Насколько мне удалось заметить, чаще всего споры в литературе основаны именно на неточном восприятии такого понятия как «источник права» при котором источником считается только то, на что прямо указано в законе¹. Такая точка зрения довольно странна, учитывая то, что о разнообразии источников и их классификациях имеется масса литературы. Вместе с тем, признавая правотворческую функцию судов, нельзя согласиться с трактовкой авторами характера правовых позиций ВАС РФ по следующим причинам.

А. В последней части статьи авторы ставят знак равенства между нормами, принятыми законодательным органом государственной власти и нормами, сформулированными судебной практикой (С. 52 и далее), эта мысль также проходит красной нитью через весь проект статьи. На мой взгляд, такое понимание ошибочно, что, вероятно, и вызвало затруднение при формулировании авторской позиции о перспективных/ретроспективных оговорках. Нормы, формулируемые ВАС РФ, являются т.н. «интерпретационными нормами», «нормами о нормах» (последнее определение несколько неблагозвучно, но более полно отражает характер

¹ Ввиду ограниченного времени для подготовки отзыва я не буду давать ссылки на научную литературу. В случае возникновения каких-либо вопросов готов дать требуемые ссылки и пояснения через сеть zakon.ru.

этих норм). Соответственно, характер правил поведения, формулируемых судом, является таковым, что правовые позиции накрепко привязаны к той или иной норме закона и интерпретируются и изменяются вместе с этой нормой. Причём, даже если правовая позиция суда в основном сформулирована на основе каких-то доктринальных или политико-правовых позиций, привязка к норме закона всё равно будет. Именно этот факт не даёт возможности сделать описанную в проекте статьи «перспективную оговорку» для большинства правовых позиций ВАС РФ. И именно этот факт будет делать все «перспективные оговорки» несправедливыми с точки зрения участников конкретного правоотношения – ведь при неизменном законодательстве суд должен будет по аналогичным делам принимать различные решения руководствуясь не столько нормой закона, сколько своими представлениями о стабильности гражданских правоотношений и «дизайне регулирования». Те условия для применения перспективной оговорки, которые приведены на страницах 57-58 проекта статьи, на мой взгляд, дают чрезвычайно широкую возможность судебного усмотрения, которая будет позволять судам вмешиваться в компетенцию законодателя. Возможность перспективной оговорки, с описанной выше точки зрения, может быть только одна – если ретроспективность правовой позиции ВАС РФ нарушает норму закона, в том числе принципы, установленные для той или иной отрасли права. Что, в общем-то, и сформулировано в Постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 21.01.2010 № 1-П. Конечно, и такая позиция предусматривает широкое судебское усмотрение, но, во всяком случае, будут исключены совсем уж неопределённые условия, вроде «обоснованных ожиданий».

Б. В параграфе 1 проекта статьи правовые позиции ВАС РФ примеряются на соответствие признакам прецедента, принципа *stare decisis*. Авторы убедительно доказывают, что по основным признакам правовые позиции ВАС РФ соответствуют этому принципу. Возникает вопрос - что дальше? И главное – зачем? В компаративистском плане это, конечно, интересно: установить общие черты различных явлений. Но вряд ли это даёт серьезные основания говорить о наличии принципа *stare decisis* в России. Этому есть ряд препятствий.

Во-первых, судебный прецедент и правовые позиции ВАС РФ имеют различное историческое происхождение. Обобщая, можно сказать, что англосаксонский прецедент имеет корни в обычаях, а правовые позиции ВАС РФ произрастают из норм положительного права, из норм закона. В таких условиях автоматический вывод об идентичности принципа *stare decisis* и правовых позиций ВАС РФ только потому, что совпали внешние признаки, невозможен. Сказанное, разумеется, не означает, что прецедент в настоящее время не базируется на парламентских актах, а ВАС РФ в ходе формирования правовых позиций не опирается на обычаи, речь идёт именно о генезисе этих институтов.

Во-вторых, сказанным выше определяется и роль этих двух явлений в механизме правового регулирования. Не имея практики по англо-

саксонскому праву, я всё же рискну утверждать, что роль прецедента в этой модели существенно выше в силу самого построения механизма правового регулирования. В России законодатель старается охватить как можно большую совокупность отношений, входящих в предмет правового регулирования, путём принятия законодательных кодифицированных актов, оставляя судам в основном роль интерпретаторов существующих положений.

В-третьих, в проекте статьи говорится о «*stare decisis* по-русски» и при этом анализируется деятельность ВАС РФ. А то, что касается Конституционного Суда Российской Федерации, системы судов общей юрисдикции и такого экзотического института, как уставные суды субъектов РФ? Попадают ли их правовые позиции под понятие *stare decisis*? Представляется, что тот факт, что из анализа выпали иные ветви судебной власти, уже сам по себе не даёт оснований в этой статье утверждать о наличии в России прецедентного права. А говорить о «прецедентном праве в системе арбитражных судов РФ» некорректно².

В-четвёртых, я лично не помню, чтобы в официальных документах суды или законодатель по отношению к судебному правотворчеству пользовались понятием «прецедентное право России». В России имеется устоявшийся, используемый в судебных актах и удовлетворяющий всем необходимым условиям официальный и доктринальный термин «правовые положения». И пока я не увидел ни одного аргумента, почему от него нужно отказаться в пользу «прецедентного права». Никому же в голову не приходит называть УПК РФ «*Habeas corpus act*» только на том основании, что там тоже содержатся положения о правах человека при уголовном преследовании. Возможно, что это только спор о терминах, но в данном случае термины помогут лучше описать суть явления. К тому же, о терминах всё равно придётся когда-нибудь говорить, поскольку невозможно эффективно вести беседу, не понимая, что имеет ввиду оппонент под тем или иным словом.

2. Во втором параграфе авторы анализируют, помимо прочего, деятельность отдельных судей по передаче дел в Президиум ВАС РФ для пересмотра (С. 14 - 15 проекта статьи).

Рассматривая количественные показатели передачи дел для пересмотра в Президиум, авторы выяснили, что эти показатели крайне неравномерны. Выясняя, почему это происходит, авторы статьи «отсекли» три причины: неравномерное «качество» дел, административная нагрузка и более качественная фильтрация дел у судей, чей показатель передачи дел низок. На основании этого в статье делается вывод о некомпетентности судей с «низкой отдачей» (прямо слово «некомпетентность» не употребляется, но очень явно читается между строк). И шаг назад, сделанный в таблице № 2, где говорится, что статистика – достаточно условная вещь, ничего принципиально в этом резюме не меняет.

² Кстати, в литературе я встречал курьёзную точку зрения о том, что в системе арбитражных судов России существует прецедентное право, т.к. с их судебными актами легко можно ознакомиться, а в системе судов общей юрисдикции прецедентного права нет, т.к. доступ к их судебным актам затруднён.

Представляется, что выводы, сделанные на основе таких данных, очень преждевременны. Чтобы сделать подобные умозаключения, надо было, как минимум, проанализировать дела судей с «низкой эффективностью» и выявить те из них, которые должны были быть переданы в Президиум ВАС РФ, но по оплошности переданы не были. Причём выявить не одно – два дела, а устойчивую тенденцию.

В проекте статьи также предлагается для придания стимула таким судьям публиковать информацию о «результативности» работы всех судей ВАС РФ. Любой, кто имеет хотя бы общее представление о «палочно-галочной системе», прекрасно представляет, чем это обернётся – потоком ненужных дел в Президиум ВАС РФ, в котором «неэффективные» судьи будут с пеной у рта доказывать правильность своей, якобы принципиальной, позиции. Так что действенность такой меры весьма сомнительна.

К этим двум положениям и сводятся основные замечания к проекту статьи.

Голушков Денис Игоревич,
к.ю.н., г. Омск.
01.06.2013г.