

Свободная трибуна

Александр Николаевич Верещагин

доктор права (Университет Эссекса),
генеральный директор ООО «Институт прецедента»

Артём Георгиевич Карапетов

научный руководитель Юридического института «М-Логос»,
доктор юридических наук

Юлий Валерьевич Тай

доцент кафедры гражданского, арбитражного и административного
процессуального права Российской академии правосудия,
кандидат юридических наук

Статья представляет собой масштабное исследование правотворческой деятельности ВАС РФ. Авторы предлагают способы повышения эффективности и оптимизации судебного правотворчества.

Ключевые слова: судебное правотворчество, прецедент, правовые позиции ВАС РФ

Пути совершенствования правотворческой деятельности Высшего Арбитражного Суда РФ¹

Введение

В настоящее время Высшим Арбитражным Судом РФ прилагаются серьезные усилия к тому, чтобы улучшить правовое регулирование и сформировать сбалансированную и прогрессивную судебную практику в области предпринимательской и иной экономической деятельности. По мнению многих юристов (даже тех, кто нередко критикует ВАС РФ за избыточную правотворческую активность), этот Суд является одним из немногих в стране институтов, обеспечивающих относительно качественную работу по развитию права в этой сфере. Мы с такой оценкой полностью согласны. Далеко не всегда мы можем поддержать те или иные отдельные правовые позиции, создаваемые ВАС РФ, но вряд ли в сегодняшней России имеется орган го-

¹ Авторы выражают свою большую признательность Т.К. Андреевой, С.В. Сарбашу, Н.В. Павловой, Е.Ю. Вавиной, Р.С. Бевзенко и Е.Г. Авакян за ценные замечания и комментарии по теме настоящей статьи.

сударственной власти, который обеспечивал бы столь же высокий уровень качества нормотворчества (как минимум в целом ряде сфер правового регулирования).

В этих условиях в юридическом сообществе складываются высокие ожидания в отношении правотворческой активности ВАС РФ, ее четкости, последовательности и продуманности. Чем хуже работают другие органы правотворчества в сфере регулирования предпринимательской деятельности, тем сильнее запрос на то, чтобы практика ВАС РФ хотя бы отчасти компенсировала недостаток качественного законодательного и подзаконного регулирования, унифицировала зачастую противоречивые подходы на уровне судебной практики нижестоящих судов и предложила ответы на насущные проблемы правового регулирования. Юристы уже утратили или постепенно теряют надежду на то, что законодатель будет на систематической основе предлагать внятное и продуманное регулирование, а вот Суд, напротив, демонстрирует, что при желании он может ответить на этот регуляторный запрос общества.

В итоге, пытаясь навести порядок в судебной практике и по возможности унифицировать ее, ВАС РФ вольно или невольно все больше вовлекается в правотворчество. Все чаще принимаются смелые и даже революционные постановления Президиума ВАС РФ по конкретным делам, а также информационные письма Президиума или постановления Пленума Суда, затрагивающие важнейшие проблемы российского права. ВАС РФ не боится ответственности и активно занимается восполнением пробелов в законе, разъяснением и уточнением смысла правовых норм, а иногда и фактическим исправлением неудачных или устаревших норм закона под видом их толкования.

Эта тенденция в целом характерна для большинства развитых стран. Законодатель оказывается не в состоянии *ex ante* урегулировать все те аспекты общественной жизни, которые вызывают к формированию неких правил. Законы содержат множество пробелов, частота выявления которых быстро нарастает в условиях всё ускоряющегося темпа изменений социально-экономических условий жизни общества. Наконец, любая норма требует толкования, и зачастую без общеобязательной интерпретации ее смысла применительно к множеству вариантов жизненных ситуаций она не может быть названа нормой в полном смысле этого слова.

Часть этой востребованной современным все более усложняющимся обществом регулятивной задачи уже давно возложена законодателем на органы исполнительной власти, принимающие в год в несколько раз больше норм права, чем парламент любой страны. Другая же часть этой задачи везде в мире все более и более делегируется судам, в особенности высшим судам, с активным правотворчеством которых законодатели и исполнительная власть мирятся, сознавая неизбежность этого феномена в целом ряде сфер регулирования (например, частного или налогового права). И нередко не просто мирятся, а активно поощряют (особенно в частном праве), включая в законодательство оценочные понятия, которые легитимируют судебное усмотрение (добросовестность, разумность, справедливость, добрые нравы, публичный порядок и т. п.). Некоторые недавно принятые западные гражданские кодексы пошли еще дальше: например, ст. 6:2 ГК Голландии устанавливает, что суд вправе не применить любую норму данного Кодекса об обязательствах, если ее применение будет явно неразумно и несправедливо. И в этом российский законодатель не сильно отстает, расширяя охват действия принципов

добросовестности и недопустимости злоупотребления правом, вводя доктрину обхода закона, а также все чаще оговаривая в устанавливаемых законодательных нормах право суда решить спор по-иному, если это вытекает из природы обязательства (сделки, правоотношений и т. п.).

Так что интенсификация вовлечения ВАС РФ в процесс творческого развития права является феноменом, вполне объяснимым не только спецификой российского права, но и в контексте общемировых тенденций правового развития.

В то же время вряд ли можно сказать, что правотворческая деятельность ВАС РФ не имеет изъянов. Целый ряд институциональных барьеров мешают максимально эффективной реализации имеющегося у Суда экспертного и регуляторного потенциала.

Настоящая статья посвящена анализу проблем судебного правотворчества, осуществляемого ВАС РФ, и путям их решения.

В первом параграфе настоящей статьи мы вкратце обсуждаем вопрос об обязательности правовых позиций ВАС РФ. Во втором параграфе речь идет о функционировании в ВАС РФ системы фильтрации дел, передаваемых в Президиум. Третий параграф посвящен путям оптимизации практики издания постановлений Президиума в формате прецедентного нормотворчества. В четвертом параграфе детально разбирается проблематика мотивировки постановлений Президиума ВАС РФ и методика формирования прецедентных правовых позиций. В пятом параграфе проводится анализ практики абстрактного нормотворчества ВАС РФ в форме постановлений Пленума и информационных писем Президиума Суда. Наконец, в шестом параграфе речь идет о действии создаваемых ВАС РФ правовых позиций во времени.

§ 1. *Stare decisis* по-русски, или Являются ли правовые позиции ВАС РФ полноценным источником права

Существуют две основные модели влияния практики высшего суда на последующее разрешение нижестоящими судами аналогичных споров.

Во-первых, англосаксонская модель, в рамках которой в XIX в. была общепризнана формальная обязательность правовых позиций высшего суда и их статус в качестве полноценных источников права наравне с законом (так называемый *stare decisis*). В соответствии с этой моделью правовая позиция, закрепленная в решении вышестоящего суда (например, Верховного суда Великобритании), становится формально обязательной для нижестоящего суда.

Во-вторых, континентально-европейская модель, согласно которой статус правовых позиций высшего суда в качестве полноценного источника права, как правило, не признается столь же «официально», но нижестоящие суды в подавляющем числе случаев следуют им из страха пересмотра собственных решений. В рамках континентальной модели можно выделить две разновидности влияния судебной

практики высшего суда на решения судов нижестоящих. В таких странах, как Франция, где ежегодно выходят десятки тысяч решений, выносимых разными палатами высшего суда (Кассационного суда Франции), нередки противоречия в судебной практике высшего суда, а его решения очень краткие и нетранспарентные. Здесь обычно фактическую обязательность для нижестоящих судов правовая позиция высшего суда приобретает после того, как она несколько раз была применена в его практике (доктрина устоявшейся судебной практики, *jurisprudence constante*). В таких же странах, как Германия, где Верховный суд, как и в России, разбирает ограниченное число дел, ставящих вопросы особой правовой важности, и где решения являются пространными, доктринально ориентированными и исчерпывающими, ситуации повторного рассмотрения одного и того же вопроса редки и поэтому для пресечения попыток нижестоящих судов перечить правовым позициям высшего суда и, соответственно, для формирования условий для их «фактической обязательности» достаточно одного решения Верховного суда Германии.

Россия в полной мере может считаться примером уникального третьего пути. Попробуем этот вывод аргументировать.

В законе формальный *stare decisis* применительно к постановлениям Президиума ВАС РФ официально пока не закреплён. Такие постановления при наличии в них соответствующей ретроспективной оговорки могут стать основанием для пересмотра аналогичных дел по новым обстоятельствам (п. 3 ст. 311 АПК РФ), и этого уже достаточно, чтобы говорить о наличии в России явных признаков признания доктрины *stare decisis*, которых нет во многих континентально-европейских странах. Если закон допускает пересмотр вступивших в силу судебных решений из-за возникновения впоследствии новой правовой позиции ВАС РФ, то из этого явно, хотя и косвенно, вытекает, что та же правовая позиция должна быть взята на вооружение нижестоящими судами по новым делам. Перейти к прямому законодательному закреплению этой формальной обязательности пока наше законодательство не решилось. Согласно п. 4 ст. 170 АПК РФ нижестоящий суд лишь *вправе* мотивировать свое решение ссылкой на постановление Президиума ВАС РФ, но отнюдь *не обязан* это делать.

То, что прямо не признано законом, в принципе, может быть признано высшими судами. В конце концов, и в Англии строгий *stare decisis* не закреплён в законе, а существует в виде сложившегося к концу XIX в. обычая и конвенционального подхода судебной практики. Недавно Пленум ВАС РФ в п. 11 постановления от 30.06.2011 № 52 указал, что «правовая позиция Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, сформулированная в постановлении... *учитывается* (курсив наш. — *А.В., А.К., Ю.Т.*) судами со дня опубликования такого постановления при рассмотрении аналогичных дел». Здесь опять же ВАС РФ не указал прямо и недвусмысленно, что правовые позиции, сформулированные в конкретном постановлении Президиума, абсолютно обязательны и формируют строгую правовую норму, а решения нижестоящих судов, вынесенные с явным отступлением от правовых позиций ВАС РФ, будут очевидно неправосудными. Учитывать практику ВАС РФ как минимум в теории — не то же, что быть обязанным следовать ей непременно.

КС РФ в известном Постановлении от 21.01.2010 № 1-П признал возможность пересмотра ранее вынесенных судебных решений по новым обстоятельствам при появлении впоследствии иной правовой позиции ВАС РФ. Он не закре-

пил существование формальной обязательности постановлений Президиума ВАС РФ для нижестоящих судов, разбирающих аналогичные споры впоследствии, хотя это естественным образом вытекает из признанной им конституционной процессуальной ретроспективности новых правовых позиций. В то же время КС РФ остановился в шаге от признания *stare decisis*. Как указал Суд, «в российской судебной системе толкование закона высшими судебными органами оказывает существенное воздействие на формирование судебной практики. По общему правилу оно *фактически — исходя из полномочий вышестоящих судебных инстанций по отмене и изменению судебных актов — является обязательным для нижестоящих судов на будущее время* (курсив наш. — *А.В., А.К., Ю.Т.*)». Безусловно, тут есть некоторая логическая странность. КС РФ признал прямо «ретроспективную» формальную обязательность новых правовых позиций ВАС РФ, но при этом воздержался от столь же прямого признания «перспективной» формальной обязательности правовых позиций ВАС РФ на будущее. По его мнению, обязательность правовых позиций ВАС РФ на будущее не следствие наличия у Президиума формальной правотворческой компетенции, а явление лишь «фактическое», обусловленное рисками пересмотра решений нижестоящих судов, расходящихся с его правовыми позициями. В то же время очевидно, что невозможно не признавать «перспективную» формальную обязательность правовых позиций ВАС РФ, если мы признаем возможность такого куда более радикального явления, как «ретроспективная» формальная обязательность.

Как бы то ни было, прямое признание конституционности ретроспективной правотворческой компетенции ВАС РФ и указание на наличие «перспективной» фактической обязательности, по сути, окончательно легитимирует сложившийся *status quo*, согласно которому нижестоящие суды следуют за правовыми позициями Президиума ВАС РФ по конкретным делам. Что еще нужно для того, чтобы констатировать фактическое признание в российском праве принципа *stare decisis*?

Можно сказать, что процесс официального конституционного признания в нашем праве принципа строгого *stare decisis* если еще не завершен окончательно, то уж точно перешел ту черту, за которой можно уверенно говорить о наличии ключевого формального элемента прецедентного права.

Но имеет ли серьезное практическое значение признание или непризнание в российском праве правовых позиций Президиума ВАС РФ по конкретным делам в качестве полноценных прецедентов в современном англосаксонском понимании этого термина, т. е. в качестве источника права? Думается, что нет. В реальности нижестоящие суды в эффективных бюрократических иерархиях с четко настроенной системой субординации, обеспечивающей лояльность нижестоящих бюрократов регуляторной воле вышестоящих, будут как минимум в большинстве случаев следовать воле руководства независимо от того, провозглашен принцип *stare decisis* официально в законе, в постановлениях КС РФ или постановлениях Пленума ВАС РФ или нет. Как считают многие компаративисты, «коэффициент послушания» нижестоящих судов формально необязательной, но имеющей колоссальную убеждающую и неформально руководящую силу в практике высших судов в странах континентально-европейского права, возможно, вполне сопо-

ставим с тем, что мы можем наблюдать в странах общего права, где формальный *stare decisis* закреплён, а то и выше².

Форма закрепления идеи о следовании нижестоящими судами правовым позициям высшего суда (признание или непризнание правовых позиций высшего суда «источником права») — это в большей степени вопрос риторики. В действительности же положение вещей везде примерно одинаковое³.

Формальный *stare decisis* и полноценное признание правовых позиций высшего суда как источника права нужно таким странам, как Англия и США, в силу того, что их судебная система не выстроена по принципам столь же строгой бюрократической вертикали, которые реализованы во многих континентально-европейских странах (и в России в том числе), а судьями становятся зрелые и успешные юристы, привыкшие мыслить и вести себя независимо. В таких условиях для поддержания минимальной стабильности правового поля требуется нечто большее, чем просто опасения конкретного судьи в отношении рисков последующего пересмотра его решения и недовольства председателя соответствующего суда высоким коэффициентом отмен решений, вынесенных конкретным судьей. Здесь одной фактической обязательности может оказаться недостаточно для обеспечения приемлемого уровня предсказуемости правосудия. Отчасти именно этим можно объяснить закрепление в англосаксонских юрисдикциях принципа формального *stare decisis*.

В тех же континентально-европейских странах, в которых судебная власть построена по законам жесткой бюрократической вертикали, а судья, как правило, работает в рамках парадигмы классического карьерного чиновника, несет службу (в нейтральном смысле этого слова), формальное законодательное признание обязательности прецедентов высшего суда не является чем-то абсолютно необходимым для обеспечения единообразия судебной практики. Достаточно того, что непослушание со стороны нижестоящего судьи регулятивным сигналам из недр высшего суда будет расценено как повод для пересмотра его решения и, возможно, будет угрожать развитию карьеры данного конкретного судьи. При эффективной организации системы стимулов нижестоящие судьи будут следовать правовым позициям высшего суда даже в тех случаях, когда они носят формально только рекомендательный характер и имеют лишь фактическую убеждающую силу.

В случае информационных писем Президиума ВАС РФ работает примерно та же логика. Они формально ни в силу закона, ни в силу прямых разъяснений КС РФ или ВАС РФ не провозглашены источником права, являются чисто рекоменда-

² Ссылки на соответствующие цитаты из работ Рене Давида и других континентальных исследователей см.: Карапетов А.Г. *Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве*. М., 2011. С. 56.

³ Такого рода примеров лицемерного затушевывания реальности при помощи словесных формул в праве всегда было очень много. Так, римское самодержавие в имперский период часто сочеталось с сохранением ряда республиканских понятий и институтов, а римские императоры именовались принцепсами (всего лишь первыми среди равных), но это не заставит историка права квалифицировать римскую форму правления I–III вв. на основании этих формальных критериев.

тельными, но на практике обладают той же природой «фактической обязательности», что и постановления Президиума ВАС РФ по конкретным делам.

Наконец, как известно, согласно Федеральному конституционному закону от 28.04.1995 № 1-ФКЗ «Об арбитражных судах в Российской Федерации» (далее — Закон об арбитражных судах) формальная обязательность для нижестоящих судов на будущее официально признается за правовыми позициями, закрепленными в постановлениях Пленума ВАС РФ (подп. 1 п. 1 и п. 2 ст. 13 Закона об арбитражных судах). Если информационные письма Президиума и постановления Президиума ВАС РФ в теории не лишают нижестоящие суды свободы выбора, хотя фактически и обеспечивают их подчинение регуляторной воле Суда на практике, то абстрактное правотворчество в форме постановления Пленума ВАС РФ в силу закона есть уже полноценный источник права, которому нижестоящий суд обязан следовать без каких-либо колебаний.

Итак, очевидно, что мы (а) фактически вплотную подошли к окончательному закреплению *stare decisis* в отношении правовых позиций ВАС РФ по английской модели, но при этом (б) имеем классическую континентальную модель жесткой судебной иерархии, приспособленной к послушному следованию правовым позициям ВАС РФ, даже если бы они были выражены в виде рекомендаций, и одновременно сохранили абсолютно уникальный элемент советского наследия — активное абстрактное правотворчество, не характерное ни для классической континентально-европейской, ни для англосаксонской моделей судебного правотворчества и при этом в силу закона имеющее характер формальной обязательности для нижестоящих судов. С учетом этого российское право в том его виде, в котором оно предстает в реальности, оказывается правом более чем просто прецедентным. Среди развитых правовых порядков мы не знаем такого, в котором были бы все эти имеющиеся у нас элементы и условия активного судебного правотворчества.

Как оценить эту ситуацию? Тут могут быть разные точки зрения. Но в целом мы исходим из того, что следует признать принципиально допустимым наблюдаемое в России движение от классической континентально-европейской модели фактического прецедента к англосаксонской модели с формальным признанием *stare decisis* применительно к правовым позициям ВАС РФ по конкретным делам. При наличии жесткой вертикали судебной власти введение идеи о формальной обязательности правовых позиций Президиума ВАС РФ вряд ли является чем-то действительно необходимым. Но и против окончательного формирования в России концепции *stare decisis* мы бы не стали принципиально возражать. Главное, чтобы нормативные послания ВАС РФ как можно более оперативно и качественно удовлетворяли колоссальный регулятивный голод, наблюдающийся сейчас в нашей стране и значительно усиленный низким качеством правотворчества других уполномоченных на то субъектов государственной власти. В равной степени мы поддерживаем и сохранение на данном историческом этапе советского опыта издания абсолютно обязательного абстрактного правотворчества в форме постановлений Пленума ВАС РФ.

Другое дело, что целый ряд нюансов и особенностей методики и технологии судебного правотворчества, как в форме постановлений Президиума по кон-

кретным делам, так и в форме абстрактного правотворчества ВАС РФ, требует серьезного анализа, а зачастую и коррекции. Именно «технологическая» сторона судебного правотворчества ВАС РФ служит основным объектом нашего внимания в настоящей статье.

§ 2. Оптимизация практики отбора дел, передаваемых в Президиум ВАС РФ

2.1. Вводные замечания

Начать анализ прецедентного нормотворчества ВАС РФ стоит с изучения того, каким образом в Президиум попадает то или иное дело, необходимость разрешения которого может подвигнуть Суд на формирование важной правовой позиции, применяемой впоследствии в аналогичных спорах нижестоящими судами.

ВАС РФ, представляя собой вершину большой пирамиды арбитражных судов, сталкивается с несколько противоречивым сочетанием задач и целей, которые стоят перед высшими судебными органами любого государства. С одной стороны, ему необходимо унифицировать судебную практику и обеспечивать единообразие в разрешении правовых споров на территории страны на будущее и тем самым заниматься скорее *правотворчеством*. С другой же стороны, он, будучи все-таки *судебным* органом, выполняющим надзорные функции, должен исправлять ошибки нижестоящих судов и обеспечивать справедливое разрешение конкретного спора.

Этот конфликт двух функций высшего суда (регулятивной и непосредственно судебной), видимо, характерен для высшего суда любой развитой страны. При полном осознании невозможности игнорировать любую из этих задач в различных странах делается разный акцент на каждой из них.

В одних странах сильное желание обеспечить все возможные условия для исправления судебных ошибок подталкивает к тому, что сторона спора, проигравшая его в нижестоящих судах, *всегда* может обращаться в высший суд с просьбой о пересмотре решения. Эту систему пересмотра дел в высшей судебной инстанции мы условно называем «поточной». Такая модель функционирования высших судов была реализована во Франции, Италии и ряде других стран. Во многих странах она сохраняется и сейчас. В рамках такой модели обеспечивается равенство всех перед судом: каждый недовольный судебным решением может предстать перед высшим судом и получить равный шанс на исправление судебной ошибки и справедливое разрешение спора в наиболее авторитетной и квалифицированной судебной инстанции. Но при такой модели естественным образом возникает сильнейшая перегрузка высшего судебного органа (например, Кассационный суд Франции нередко разбирает более 30 тыс. дел в год). Это, в свою очередь, снижает регулятивный и унификационный потенциал практики высшего судебного органа. Высшему суду приходится вновь и вновь разрешать однотипные споры, так что времени и сил на детальную мотивировку и внимательную проработку формируемых правовых позиций, способных однозначно унифицировать судебную

практику на будущее, остается меньше, чем хотелось бы. Чтобы обеспечить эту работу, требуется значительное количество судей и их помощников. Кроме того, в рамках такой модели, как правило, неизбежно создание внутри высшего суда отдельных палат (а иногда и специальных коллегий из нескольких судей внутри таких палат), принимающих на себя основную нагрузку по рассмотрению и разрешению от имени всего суда тысяч заявлений о пересмотре судебных решений, с вытекающими отсюда издержками, в том числе в плане неизбежных внутренних противоречий в практике высшего суда.

В связи с этим многие страны, ранее предусматривавшие поточный метод загрузки высшего суда, пытаются ввести те или иные ограничения на доступ сторон в высший суд либо иным образом сузить его функции. Так, во Франции Кассационный суд строго следует принципу, согласно которому он не вдается в анализ и переоценку фактических обстоятельств дела и оценивает только применение нижестоящими судами вопросов права, а с 2001 г. начали вводиться определенные барьеры, когда на специальные коллегии судей Кассационного суда было возложено применение процедуры отсеечения «не имеющих серьезных оснований» или «недопустимых» кассационных заявлений (сейчас таким способом отсекается примерно 30% заявлений)⁴. Италия же начала предпринимать попытки ввести ту или иную систему фильтрации ради решения проблемы перегруженности Кассационного суда с 2006 г.⁵

Альтернативная селективная модель организации работы высшего суда также достаточно традиционна и функционирует в течение многих десятилетий в таких странах, как Германия, США, Англия и др. Она предполагает, что в высший суд передаются только наиболее сложные и принципиальные споры, выявляющие актуальные проблемы права, разрешение которых имеет большое значение для развития судебной практики. Например, согласно ст. 543 ГПК Германии, обжалование решения в Верховный суд возможно в случаях, когда затронутый делом вопрос права имеет существенное значение, стоит задача дальнейшего развития права или имеется потребность в унификации судебной практики. Иначе говоря, в странах с селективной моделью контроля (*discretionary review*) дело допускается до рассмотрения в высшем суде по специальному разрешению и при наличии необходимости задействовать регулятивный потенциал практики высшего суда.

Разрешение на обжалование (*leave to appeal*) существует, как правило, в форме согласия на принятие дела самим высшим судом по модели американского *writ of certiorari*. Но встречаются и более сложные варианты. Так, в Германии разрешение на оспаривание дела в Верховный суд дает апелляционный суд, но отказ в выдаче такого разрешения может быть оспорен в данном Суде, который, по сути, оставляет за собой последнее слово в этом вопросе о допустимости передачи дела на его рассмотрение по существу⁶.

⁴ Подробнее см. на сайте Кассационного суда Франции: http://www.courdecassation.fr/documents_traduits_2850/1088_1091_3584/1051_1068_16296.html.

⁵ Lupoi M.A. Recent Developments in Italian Civil Procedural Law (см.: http://www.academia.edu/655456/Recent_developments_in_Italian_civil_procedure).

⁶ Gottwald P. Review Appeal to the German Federal Supreme Court after the Reform of 2001 (см.: <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/c4got.pdf>).

В рамках селективной модели поток дел в высший суд резко спадает, его ограниченный экспертный ресурс начинает расходоваться в основном на споры, ставящие наиболее острые вопросы права. При таком сужении функций высшего суда его решения оказываются куда более развернутыми и точными, более эффективно и четко унифицируют судебную практику, а также снижают риски противоречий в практике высшего суда.

Иначе говоря, селективная модель работает главным образом на предотвращение судебной ошибки *ex ante* за счет более качественного нормотворчества, в то время как поточная модель в большей степени направлена на исправление уже допущенных ошибок *ex post*.

У каждой из этих моделей есть свои преимущества и недостатки, в рамках данной статьи мы не будем подробно их сравнивать. Подчеркнем лишь, что в нашей стране применительно к ВАС РФ на законодательном уровне реализована модель селективного контроля. В целом такое решение представляется нам вполне приемлемым.

Вопрос заключается в том, насколько эффективно в России работает система фильтрации.

2.2. Определения о передаче дел в Президиум ВАС РФ

Общее описание системы фильтрации

С 2002 г. более 50 судей ВАС РФ непрерывно работают в качестве весьма специфического правового института — фильтра, который должен отделить зерна от плевел, т. е. отделить дела, «достойные» рассмотрения на Президиуме ВАС РФ, от остальных, менее важных для формирования судебной практики на будущее. На этой стадии специально создаваемые коллегии из трех судей ВАС РФ в месячный срок на основе анализа материалов дела должны определиться, целесообразно ли его рассмотрение в Президиуме ВАС РФ. Эффективность такого фильтра во многом определяет и эффективность работы всей системы прецедентного нормотворчества при реализации надзорной функции ВАС РФ.

Если коллегии судей ВАС РФ не будут передавать в Президиум интересные, проблемные и актуальные дела, то Президиум не сможет на должном уровне выполнять возложенную на него функцию развития непротиворечивого правоприменения и устранения существующих проблем и противоречий в судебной практике. Если большая часть дел, передаваемых в Президиум, не имеет принципиальной важности для формирования будущей судебной практики по аналогичным делам, это означает, что регулятивная функция ВАС РФ не вполне действенна.

Ежегодно с 2002 г. в ВАС РФ обращаются с заявлениями о пересмотре примерно 20 тыс. дел. Почти все эти годы (2003–2012 гг.) с незначительными колебаниями коллегии из трех судей ВАС РФ (тройки), формируемые в рамках одного из шести

судебных составов Суда для решения задачи фильтрации, рассматривают примерно 16–17 тыс. заявлений и представлений о пересмотре судебных актов в порядке надзора, что составляет чуть менее 2% от общего количества дел, рассмотренных в судах первой инстанции. Таким образом, число обращений довольно стабильное. А вот количество передач дел в Президиум ВАС РФ растет: если в 2004 и 2005 гг. тройки передали 224 и 379 дел соответственно, то в 2011 и 2012 гг. — уже 508 и 477 дел соответственно. Следовательно, примерно в два раза выросла и вероятность того, что заявление стороны о передаче дела в Президиум ВАС РФ будет удовлетворено. В последние два года этот показатель колеблется в диапазоне 2,5–2,9%.

Чем же объясняется такое увеличение количества дел, передаваемых в Президиум ВАС РФ? Чтобы ответить на этот вопрос, нужно рассмотреть особенности его работы.

Президиум ВАС РФ, как правило, имеет возможность проводить по одному заседанию в неделю (обычно это вторник). Еще один день недели, как правило, посвящен обсуждению вопросов унификации судебной практики и решению организационных вопросов (проектов постановлений Пленума, информационных писем, вопросов назначения и др.). В остальные дни судьи и их помощники разбирают те самые 16–17 тыс. надзорных заявлений, анализируют материалы этих дел и подготавливают определения об их передаче (или отказе от передачи) в Президиум.

В итоге при нынешнем количестве дел, пропущенных через такой фильтр, Президиум ВАС РФ вынужден рассматривать по 10–13 дел за один рабочий день. С учетом специфики рассмотрения дел (предполагающей разрешение самых сложных и неоднозначных правовых проблем) это требует от членов Президиума более десяти часов непрерывной работы. Представляется, что это не может не сказываться на эффективности прецедентного нормотворчества ВАС РФ. Поэтому мы полагаем, что необходимо переломить складывающуюся тенденцию.

Видимо, число рассматриваемых Президиумом ВАС РФ дел в рамках существующей системы функционирования Суда и его структуры не может превышать 400 в год. Оптимальным же количеством мы считаем 200–300 дел в год. Рассмотрение существенно большего числа дел потребует создания (по примеру ряда зарубежных высших судов) внутри ВАС РФ отдельных судебных палат, на которые ляжет основная нагрузка по принятию постановлений, и переориентации самого Президиума на разрешение вопросов повышенной важности, вопросов конфликтующих правовых позиций разных палат и т. п. Другой теоретически возможный вариант состоит в полном освобождении членов Президиума от работы по фильтрации и введении дополнительных дней для рассмотрения дел в Президиуме ВАС РФ. Анализ перспектив, преимуществ и недостатков подобных структурных реформ мы в данной статье обсуждать не будем, а сосредоточимся на способах оптимизации работы ВАС РФ при сохранении нынешней его структуры.

Как известно, поступающие в ВАС РФ заявления о пересмотре дела в порядке надзора по общему правилу распределяются между судебными составами в соответствии с их специализацией. Действующие в рамках ВАС РФ судебные составы специализируются на рассмотрении споров в отдельных областях права (корпоративное, вещное, договорное, административное, налоговое право и др.). Особым

случаем является шестой (экспертный) состав, в который на основе случайной выборки передается по одному из дел, ежедневно распределяемых каждому из первых пяти специализированных судебных составов.

После того, как заявления попадают в судебный состав, их распределение между конкретными судьями осуществляется его председателем (кроме экспертного состава, в котором распределение осуществляется электронным образом). После получения заявления и анализа дела судья формирует предварительное мнение о наличии или отсутствии оснований для передачи дела в Президиум ВАС РФ. Окончательное решение по этому вопросу принимает создаваемая внутри судебных составов коллегия из трех судей (тройка), в которую входит соответствующий судья, рассматривающий данное заявление. Персональный состав троек обычно стабилен, хотя и встречаются случаи ротации, вызванные болезнью или отпуском отдельного судьи или иными подобными причинами. В этих устоявшихся тройках при рассмотрении и принятии определения о передаче или отказе от передачи дела в Президиум ВАС РФ в качестве председательствующего выступает тот судья, которому данное заявление было изначально распределено.

Основная экспертная нагрузка ложится именно на председательствующего в коллегии судью. Именно он и его помощник готовят проект позитивного или негативного определения, а при вынесении определения о передаче в Президиум ВАС РФ именно председательствующий, как правило, выступает в качестве судьи-докладчика, отстаивает позицию коллегии перед лицом членов Президиума, а впоследствии пишет текст принятого постановления Президиума.

Критерии отбора

Основная проблема с фильтрацией дел в ВАС РФ состоит в том, что при общем достаточно высоком уровне транспарентности его деятельности у юристов (как практиков, так и теоретиков) нет полного понимания того, на основе каких критериев она в действительности осуществляется.

Формальные критерии, закрепленные в ст. 304 АПК РФ, хорошо известны, но при этом весьма расплывчаты. Согласно этой статье дело передается в Президиум ВАС РФ, если вынесенное нижестоящим судом решение (1) нарушает единообразие в толковании и применении арбитражными судами норм права, (2) нарушает права и свободы человека и гражданина согласно общепризнанным принципам и нормам международного права, международным договорам Российской Федерации, (3) нарушает права и законные интересы неопределенного круга лиц или иные публичные интересы.

Однако все прекрасно понимают, что на самом деле отбор осуществляется исходя не из дословного понимания ст. 304, а из неких иных критериев, далеко не всегда очевидных.

По нашему мнению, основанному на опыте изучения дел, которые передаются на рассмотрение Президиума ВАС РФ, можно выделить несколько таких критериев, которые следует признать разумными:

- 1) судебная практика применения по соответствующему вопросу крайне противоречива в разных судебных округах, причем количество дел этой категории весьма значительно, а сам вопрос очень важен для развития права (требуется заполнить некий пробел в законе, выбрать одну из нескольких интерпретаций законодательной нормы и т. п.);
- 2) судебная практика относительно некоего вопроса права единообразна, но при этом в корне ошибочна, а сам вопрос имеет большое значение для развития права;
- 3) судебной практики еще не очень много, а то и вовсе нет, однако вопрос имеет особое правовое значение (например, какая-то норма нового законодательства требует скорейшего разъяснения, поскольку ее ошибочное понимание может повлечь за собой массовые злоупотребления и нарушение фундаментальных прав широкого круга лиц);
- 4) необходимость уточнения правовой позиции, неудачно, неполно или двусмысленно выраженной Президиумом в прежнем решении;
- 5) в деле нет сложной правовой проблемы, но необходимо обеспечить дисциплинирующее воздействие на нижестоящие суды, которые почему-то в массовом порядке перестали применять некую ранее озвученную правовую позицию ВАС РФ⁷;
- 6) в деле не возникает какого-то сложного вопроса права, но нижестоящие суды стали систематически допускать откровенное нарушение действующего законодательства и основополагающих фундаментальных прав (права на судебную защиту и т. п.), исправление которого важно для формирования у нижестоящих судов понимания того, что столь серьезные случаи явного игнорирования закона не останутся безнаказанными.

Безусловно, указанная нами классификация, возможно, неполная и до некоторой степени условная. Но она охватывает многие случаи передачи дел в Президиум ВАС РФ и в целом фиксирует те основания, по которым дела, на наш взгляд, действительно *могут* передаваться в Президиум.

Первые четыре из указанных критериев реализуют нормотворческий ресурс ВАС РФ и, более того, ориентируют тройки на передачу в Президиум только тех дел, в которых возникают именно *важные* вопросы права. Пятый и шестой критерии образуют основания для передачи дел, в которых Президиум будет заниматься «всего лишь» исправлением ошибок в правоприменении, тем самым осуществляя только судебную функцию.

⁷ Так, в 2011 и 2012 гг. Президиум ВАС РФ на многочисленных заседаниях рассмотрел 20 дел по вопросу взыскания расходов, связанных с предоставлением льгот по перевозке отдельных категорий граждан. Причем значительная часть дел была рассмотрена после того, как нижестоящие суды отказались изменить свою позицию, даже несмотря на многочисленные «отказные» определения ВАС РФ с указанием возможности пересмотра по новым обстоятельствам нижестоящими судами. В этой ситуации Президиум ВАС РФ решил проявить принципиальность и отменить столь значительное число неправосудных судебных актов, дабы напомнить нижестоящим судьям об имеющейся судебной иерархии и необходимости соблюдения единообразного применения закона.

В идеале высшая судебная инстанция в рамках селективной модели должна рассматривать только дела первых четырех категорий. Именно тогда задача по унификации и развитию судебной практики будет реализована наиболее эффективно. Чем чаще дела, передаваемые в Президиум, будут соответствовать этим четырем критериям, тем больше судебных ошибок ВАС РФ сможет предотвратить в будущем, тем лучше и быстрее он сможет унифицировать судебную практику. Поэтому, с нашей точки зрения, лишь эти критерии следует считать в полной мере адекватными основной функции ВАС РФ. Должна быть признана презумпция оправданности передачи дела в Президиум ВАС РФ только при наличии указанных условий.

И тут возникает вопрос: можно и нужно ли совершенно исключать передачу в Президиум ВАС РФ дел по пятому и шестому основаниям и тем самым вовсе блокировать его деятельность по исправлению ошибок в применении ясных собственных правовых позиций и норм закона? Думается, что нет, но очевидно, что эти основания должны быть исключительными и могут применяться в опровержение общей презумпции только при наличии особых причин.

Если Президиум ВАС РФ станет систематически исправлять любые судебные ошибки в интерпретации правовых норм, то в рамках селективной модели контроля, реализованной в нашей стране в силу закона, это будет несправедливо и неэффективно. Селективная модель имманентно предполагает принципиальный отказ от исправления судебных ошибок и принятие к производству только тех дел, которые имеют особую важность с точки зрения развития права и судебной практики *на будущее*. В рамках этой модели не менее 97% заявителей в ВАС РФ неизбежно получают отказ в передаче их дела в Президиум. Думается, что как минимум в трети или даже в половине из этих случаев в соответствующих судебных решениях были допущены те или иные ошибки. Однако в случае пересмотра всех этих решений количество дел, которые будет вынужден рассмотреть Президиум, возрастет в десятки раз. Более того, с учетом неизбежного резкого роста количества заявлений о пересмотре дел, который произойдет в случае либерализации системы фильтрации, это будет означать еще больший рост нагрузки. По сути, это будет означать фактический переход к поточной модели контроля. При заданном экспертом ресурсе, количестве судей и организационной структуре ВАС РФ он окажется просто не в состоянии исправлять все ошибки нижестоящих судов.

Поэтому вряд ли разумно передавать в Президиум дела только для исправления отдельных ошибок в применении правовых норм, когда в то же самое время десятки и сотни таких же ошибок ВАС РФ исправлять не может и не собирается, а соответствующие заявители регулярно получают отказные определения. Такой случайный отбор судебных ошибок для пересмотра нарушает принцип равенства перед судом. Допуск в Президиум ВАС РФ по принципу игры «орлянка» недопустим.

Специфика селективной модели требует от нас смириться с тем, что по подавляющему числу дел, не представляющих принципиальной важности для развития российского права, де-факто последней судебной инстанцией является федеральный арбитражный суд соответствующего округа и шансы на исправление ошибки кассационного суда по таким делам ничтожны. Президиум же должен сосредоточиться в основном на тех делах, где возникают действительно важные вопросы права, разрешение которых способно унифицировать судебную практику и предотвра-

тить дальнейшие судебные ошибки. В рамках такой модели фильтрация осуществляется не произвольно, а опираясь на более или менее ясный критерий (не на основе случайной выборки, а с учетом критерия важности вопроса для развития судебной практики).

Если нас не устраивает такое положение вещей, то следует на манер Кассационного суда Франции переходить к поточной (де-факто кассационной) модели функционирования ВАС РФ со всеми ее недостатками. Если же мы не отходим от закрепленной у нас селективной модели, то остается только приложить все усилия к тому, чтобы регулятивный ресурс деятельности Президиума ВАС РФ по пересмотру дел, который в этой модели выдвигается на первый план, использовался максимально эффективно. Именно этим качественным правообразованием Суд может компенсировать издержки, связанные с лишением большинства участников процессов шанса на прямой доступ в ВАС РФ. Чем лучше, активнее и точнее Суд будет создавать ясные позиции по важным вопросам права, тем быстрее будет унифицироваться судебная практика нижестоящих судов и тем меньшей станет вероятность возникновения серьезных судебных ошибок.

В итоге возможность передачи дел по пятому и шестому основаниям нужно оставить для исключительных случаев, и только потому, что без этого рычага у кассационных судов ослабнут стимулы следовать ранее сформированным правовым позициям ВАС РФ или ясной норме закона в тех ситуациях, когда в деле нет сложной правовой проблемы. Кассационным судам время от времени необходимо напоминать, что над ними есть вышестоящая инстанция, которая может при желании пересмотреть их судебные акты, вынесенные откровенно вразрез с прежними правовыми позициями ВАС РФ или буквой закона.

Оправдать это отступление от общего правила, по которому ВАС РФ должен рассматривать вопросы *формирования и уточнения* важных правовых позиций, можно лишь тем, что с исчезновением в принципе какой-либо угрозы пересмотра явно незаконных решений будет снижаться авторитет и регуляторный потенциал тех постановлений Президиума, которые такие правовые позиции создают. Иногда, чтобы нижестоящие суды строго следовали правовым позициям ВАС РФ, Суд должен «для профилактики» наказывать нижестоящие суды за вынесение решений вопреки ясным правовым нормам.

Оценка реалити функционирования системы фильтрации

Теперь необходимо задаться вопросом, всегда ли система фильтрации функционирует в соответствии с этими принципами.

К сожалению, дать положительный ответ мы не можем.

Во-первых, в Президиум ВАС РФ вопреки описанному нами выше принципу экстраординарности рассмотрения Судом «правоприменительных дел» передается множество дел, в которых имеет место некая частная и банальная ошибка

нижестоящего суда при применении ясной нормы закона или правовых позиций самого ВАС РФ, не имеющая принципиального значения для развития судебной практики в целом или множества аналогов в практике других судов.

Во-вторых, в Президиум нередко передаются дела, в которых речь идет не о некоем вопросе права, а скорее о неправильной оценке судами фактических обстоятельств дела (о подложных накладных и т. п.). В таких делах ВАС РФ начинает действовать как вторая кассационная инстанция или даже апелляционная инстанция, возвращая дело на пересмотр с указанием о необходимости тщательнее разобраться в фактических обстоятельствах дела.

В подобных случаях цель передачи дела в Президиум ВАС РФ состоит скорее в том, чтобы исправить конкретную судебную ошибку. Но, как уже отмечалось, исправлять одну из сотен допускаемых судами ошибок — это сизифов труд. Гораздо эффективнее сформировать четкие правовые позиции, которые могли бы такие ошибки предотвращать, и обеспечивать подчинение судей этой регулятивной воле высшего суда.

В-третьих, в Президиуме часто оказывается множество споров, в отношении которых отдельные вопросы права если и встают, то носят второстепенный характер и намного уступают по своей важности правовым вопросам, возникающим в десятках вынесенных в тот же месяц «отказных» определений.

Нередко при анализе постановлений Президиума ВАС РФ за тот или иной месяц остается лишь недоумевать: зачем и ради формирования какой правовой позиции соответствующая тройка передала дело в Президиум? И особенно обидно видеть, как драгоценное время и экспертный ресурс Президиума зачастую растрачиваются по мелочам, в то время как крайне важные и принципиальные проблемы права из года в год отсеиваются на стадии фильтрации до тех пор, пока очередное заявление наконец не попадет к судье, который осознает важность правовой дилеммы и решится передать дело в Президиум.

Какие институциональные меры, помимо коренного изменения личных представлений конкретных судей ВАС РФ о целях передачи дел в Президиум, можно было бы предложить для оптимизации системы фильтрации?

Во-первых, несмотря на то, что формально определения троек обсуждаются и подписываются всеми тремя судьями, фактически основная нагрузка возлагается на председательствующего судью, поскольку он пишет текст определения, а после принятия, как правило, и сам текст постановления Президиума. Кроме того, он же является судьей-докладчиком на заседании Президиума. Поэтому представляется правильным вслед за странами англосаксонской правовой традиции четко указывать в тексте постановления Президиума судью, который сформулировал данную правовую позицию, отстоял ее и написал мотивировочную часть постановления. Роль конкретного судьи должна быть выделена более выпукло, а не затушевываться.

Идея эта возникла не на пустом месте. Даже судьи высших судов должны иметь сильную мотивацию для решения более амбициозных задач и осуществления бо-

лее эффективной деятельности. Здоровое тщеславие и понимание исторической ответственности могут, по нашему мнению, стимулировать передачу в Президиум дел принципиальной правовой важности.

Во-вторых, возможно, существует необходимость дополнительного тестирования определений о передаче дел в Президиум ВАС РФ судьей-содокладчиком, который, помимо собственного мнения по сути спора, мог бы подготовить письменное заключение по вопросу о том, существуют ли основания для передачи дела. Текст этого заключения должен зачитываться на открытой части заседания Президиума и публиковаться на сайте ВАС РФ, что позволит оказывать репутационное давление на тех судей, которые передают дела, не заслуживающие внимания Президиума и отвлекающие его от решения более важных вопросов права.

В-третьих, необходимо интенсифицировать практику, при которой в определениях о передаче дела в Президиум ВАС РФ прямо объясняется важность правовой проблемы, проявившейся в данном конкретном деле, даются альтернативные подходы к ее решению и формируется набросок правовой позиции, предлагаемой для закрепления в Президиуме. Необходимо чаще фиксировать в определениях расхождения в судебной практике. К сожалению, таких транспарентных определений, не оставляющих сомнений в том, что передается действительно важный вопрос права, пока меньшинство. Например, по нашим оценкам, в 2011 г. только 20 (!!!) из 498 определений о передаче дел в Президиум ВАС РФ содержали инвариантную позицию, т. е. судьи коллегии, передавая дела, изложили как минимум два возможных варианта решения. В том же году указания на конкретные примеры расхождений в судебной практике содержались лишь в 44 определениях.

Определения о передаче дела в Президиум ВАС РФ должны быть посвящены описанию не только сути спора и возможной ошибки нижестоящих судов, но и того, в чем состоит принципиальная важность возникающего в деле вопроса, делающая его достойным передачи. У юридического сообщества и коллег-судей по прочтении такого определения не должно возникать никаких сомнений в отношении важности вопроса и обоснованности его передачи на разрешение Президиума ВАС РФ.

Перечисленные меры могут создать дополнительные стимулы к снижению количества неоправданных передач, обеспечить большую транспарентность и легитимность работы фильтра и пресечь сомнения в отношении истинных причин передачи соответствующего дела в Президиум ВАС РФ.

Завершая, следует заметить, что, на наш взгляд, назрела необходимость обновить содержание ст. 304 АПК РФ, закрепляющей основания для передачи дела в Президиум ВАС РФ, или принять постановление Пленума ВАС РФ с детальным толкованием данной статьи с тем, чтобы соответствующие критерии были зафиксированы более четко и в большей степени соответствовали реальным основаниям отбора, а сами судьи и юридическое сообщество лучше понимали, в каких случаях допускается передача дела в Президиум.

Несбалансированность фильтрационной работы судей ВАС РФ

Позволим себе еще одно замечание, касающееся нынешней системы фильтрации дел: обращает на себя внимание значительная разница в количестве дел, которые передаются на рассмотрение Президиума ВАС РФ, причем как между судебными составами, так и, что самое удивительное, между судьями одного и того же состава. Различия в абсолютном количестве передач дел в Президиум при сопоставлении обобщенных показателей отдельных судебных составов, возможно, отчасти объясняются объективным различием в количестве обращений по той или иной категории споров (т. е. фактором, который от судьи не зависит).

Куда больше тревожит то, что наблюдаются принципиальные различия между составами в степени вероятности передачи дела в Президиум: так, в одном составе может передаваться в Президиум каждое 50-е, в то время как в другом — каждое 15-е. Более того, не могут удивлять и драматические расхождения в индивидуальных показателях фильтрационной работы отдельных судей одного и того же состава. Например, один судья состава может в качестве председательствующего «коллегии» за год передать в Президиум до 30 дел, а другой — всего лишь одно или даже ни одного!

Чем объясняется этот дисбаланс? Если он и может быть списан на разницу в количестве распределяемых на конкретных судей состава заявлений, то лишь отчасти. В соответствии с п. 1 ст. 18 и п. 2 ст. 299 АПК РФ распределение дел по судьям в пяти из шести составов осуществляется председательствующим с учетом необходимости сбалансировать нагрузку членов состава и специализации конкретных судей в вопросах соответствующего дела, в то время как в рамках шестого (экспертного) состава распределение дел, как уже отмечалось, происходит электронным способом. Представленный в приложении к настоящей статье статистический анализ показывает, что при расчете пропорции количества переданных в Президиум дел от общего числа приходящихся на конкретного судью заявлений (т. е. в рамках метода, исключающего влияние разницы в количестве рассматриваемых судьями заявлений) драматические расхождения в показателях различных составов и отдельных судей внутри составов не исчезают. Согласно законам статистики такая количественная несоразмерность передаваемых различными судьями ВАС РФ в Президиум дел не может быть объяснена тем, что в рамках одного и того же судебного состава одним судьям попадают дела, действительно достойные передачи в Президиум, а другим — все остальные.

Возможно также иное объяснение: указанная разница обусловлена административной нагрузкой председателя судебного состава, членством соответствующего судьи в Президиуме ВАС РФ и наличием соответствующей дополнительной нагрузки, участием в рассмотрении дел при вынесении Судом решений в качестве первой инстанции, участием в работе Дисциплинарного судебного присутствия или большой научной и педагогической активностью и т. п. Но и такое объяснение не находит подтверждения. По нашим оценкам, почти все судьи, имеющие указанные дополнительные направления деятельности, не только не являются статистическими аутсайдерами, но иногда выступают лидерами по числу передачи дел в Президиум ВАС РФ. Так, статистика, приведенная в приложении к настоящей статье, показывает, что судьи, являющиеся членами Президиума ВАС РФ, передают в Президиум дела значительно чаще, чем судьи, освобожденные от этой служебной нагрузки.

Объяснение, согласно которому одни судьи стараются передавать в Президиум ВАС РФ только дела с самыми принципиальными вопросами права, а другие передают массу недостойных рассмотрения дел, правдоподобно лишь отчасти. Трудно себе представить, что почти из трех-пяти сотен заявлений, ежегодно рассматриваемых конкретным судьей в качестве председательствующего тройки, только пара дел достойна передачи в Президиум ВАС РФ. Невероятность такой ситуации подтверждается и тем, что тройки под председательством того же судьи могут выпускать в год сотни определений об отказе в передаче дел в Президиум ВАС РФ по делам, в которых затрагиваются крайне важные правовые вопросы, и такие отказные определения в отсутствие полноценной практики Президиума по этим вопросам оказываются сенсациями, активно обсуждаются юридическим сообществом и нередко на практике учитываются нижестоящими судами.

Соответственно, остается признать, что основной причиной дисбаланса в передаваемых в Президиум ВАС РФ делах является пресловутый субъективный фактор. Одни судьи больше склонны брать на себя ответственность и стараются не проходить мимо споров, ставящих принципиальные вопросы права, а другие стремятся оставаться в тени и ограничивают свою работу вынесением отказных определений.

Как бы то ни было, тот факт, что многие судьи в течение года пропускают через фильтр всего одно-два из сотен попадающих к ним дел в год и сводят свою деятельность к написанию массы бесполезных для развития судебной практики и реализации основной функции ВАС РФ отказных определений, не может не настораживать.

Что же можно предложить, чтобы исправить эту не вполне нормальную ситуацию? Безусловно, вряд ли оправданным будет введение в ВАС РФ той или иной формализованной «палочной системы». Между тем без внешних стимулов вряд ли обойтись. Возможно, ключ к решению проблемы дисбаланса в работе судей по селекции дел для Президиума ВАС РФ состоит в транспарентности процедур. С учетом того, что для десятков судей ВАС РФ, не входящих в Президиум, рассмотрение заявлений и отбор дел для передачи в Президиум является основной задачей, информация о результативности их работы должна быть открытой и доступной не только для самих судей, но и для всей юридической общественности.

В приложении к настоящей статье приводятся соответствующая статистика и рейтинг активности судей с точки зрения передачи дел в Президиум ВАС РФ. Предлагаем читателям изучить эти материалы и сделать на их основе собственные выводы.

Кроме того, следовало бы увеличить срок для решения тройкой вопроса о передаче дела в Президиум ВАС РФ с одного месяца (п. 1 ст. 299 АПК РФ) как минимум до трех. Это будет способствовать разгрузке судей и более тщательному подходу к анализу оснований для передачи и подготовке текстов определений. При этом названная мера не сильно отразится на судьбе спорящих сторон, поскольку надзорное производство происходит в экстраординарном порядке и уже после вступления решения в законную силу.

2.3. Отказные определения

Как работает механизм отказа в передаче дела в Президиум ВАС РФ?

В случае если коллегия судей, рассмотрев заявление, решает не передавать дело в Президиум, она готовит отказное определение.

Сразу после принятия ныне существующей редакции АПК РФ судьи ВАС РФ в кратких определениях указывали только, что заявление о передаче дела в Президиум не отвечает критериям приемлемости, указанным в ст. 304 Кодекса. Тогда считалось, что в определении «не должно содержаться положений о том, что в оспариваемом судебном акте суд не находит ошибок или утверждений о правильных или неправильных аспектах этого судебного акта (например, таких, как «суд правомерно признал», «суд ошибочно посчитал» и т. п.), поскольку на стадии отбора, рассмотрения вопроса о приемлемости (ст. 299 АПК РФ) решается лишь вопрос о том, следует ли дело пересматривать, а не пересматривается дело по существу, что не одно и то же»⁸. Позднее, руководствуясь лучшими устремлениями (транспарентности) и желая, чтобы стороны точно знали, почему им отказали в передаче их дела в Президиум ВАС РФ, судьи изменили негласный подход к содержанию отказных определений.

Постепенно почти в каждом отказном определении достаточно подробно стали описываться суть дела, обстоятельства, на которые ссылались стороны, то, какие из доводов сторон были поддержаны или не поддержаны нижестоящими судами. Но главное — судьи ВАС РФ в отказных определениях стали давать правовую оценку позиций и решений нижестоящих судов. Вместо того чтобы подробно раскрывать причины, по которым дело не заслуживает передачи в Президиум в соответствии с критериями, закрепленными в ст. 304 АПК РФ, судьи начали подробно мотивировать отказ в передаче дела признанием законности решений, принятых нижестоящими судами. В итоге определения стали скорее похожи на текст постановлений Президиума ВАС РФ. Причины этого, думаем, состоят в следующем.

Во-первых, имеет место ложное понимание самой идеи такого судебного акта, как отказное определение. Некоторые судьи ВАС РФ, изучая дело, замечают очевидную ошибку нижестоящих судов, но не видят серьезных оснований для передачи его в Президиум или в силу описанной нами выше склонности оставаться в тени не желают передавать дело, в действительности этого достойное. В такой ситуации, чтобы отказ в передаче выглядел легитимным и аргументированным в глазах коллег и юридической общественности, судья вынужден зачастую находить искусственные правовые основания для признания правильным решения, вынесенного кассационной инстанцией. Всегда ли судьи ВАС РФ искренне верят в правильность поддержанных таким образом решений? Скорее всего, нет.

Во-вторых, альтернативный и единственно верный подход к мотивировке отказных определений, позволяющий избежать их «отписочного» характера, предполагает, что судья должен открыто излагать те резоны, по которым он признал дело

⁸ *Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации / под ред. В.Ф. Яковлева, М.К. Юкова. М., 2003. С. 775.*

недостойным передачи в Президиум ВАС РФ. Для этого судье необходимо высветить суть правовой проблемы и охарактеризовать ее в качестве непринципиальной для развития права. Такой способ транспарентной мотивировки, видимо, не очень комфортен для многих судей ВАС РФ.

Думается, что большинство судей предпочли бы писать отказные определения в прежнем стиле, который предполагает сухую констатацию отсутствия оснований для передачи дела в Президиум ВАС РФ. Это значительно разгрузило бы судей и их помощников. Но в условиях, когда существует неформальная установка на транспарентность и недопустимость отписок, судьи любыми способами стараются обосновать свой отказ правильностью решения нижестоящего суда.

В-третьих, нельзя исключать и того, что некоторые судьи и их помощники пытаются посредством отказных определений косвенно воздействовать на формирование судебной практики. Высказываясь по правовому существу спора, они, вероятно, стремятся наметить рамки желательной правовой позиции. В той степени, в которой эта гипотеза соответствует действительности, судьи реализуют правильную задачу неверными средствами. Если судья ВАС РФ желает спровоцировать возникновение однозначной правовой позиции и унифицировать судебную практику, ему следует сделать это единственно приемлемым способом, а именно передать дело в Президиум, отстаивать свою идею перед его членами и тщательно подготовить текст итогового постановления по делу. Безусловно, это более сложно и ответственно, чем написать отказное определение, не контролируемое никем, кроме двух коллег по тройке. Но именно такая работа соответствует поставленной задаче.

И тут мы подходим к вопросу о том, какова же роль таким способом мотивированных и опубликованных отказных определений.

Безусловно, определение об отказе в передаче дела в Президиум ВАС РФ не является полноценным судебным актом. Процесс фильтрации дел на уровне троек — это ни акт отправления правосудия, ни тем более инструмент формирования правовых позиций.

Во время фильтрации не соблюдаются почти все фундаментальные принципы и правила процесса. Так, очевидно, что на указанной стадии отсутствуют состязательность и равноправие сторон, поскольку другие лица, участвующие в деле, не извещаются ни о рассмотрении заявления, ни об отказе в передаче. Если они сами не следят с помощью электронных средств за дальнейшей судьбой вынесенного в их пользу, вступившего в силу и, возможно, уже исполненного решения, то и не узнают, что другая сторона подала заявление в ВАС РФ. В результате не обеспечивается их право быть выслушанными (*audiatur et altera pars*). Кроме того, на этой стадии не соблюдаются и иные условия, необходимые для признания процедуры фильтрации процессом вынесения полноценного судебного акта⁹. В арбитражном процессе существуют и другие процессуальные институты, которые отхо-

⁹ Коллегия судей на стадии фильтрации не имеет возможности истребовать доказательства, наложить штраф, давать судебные поручения, не может утверждать мировые соглашения, принимать отказ от иска или признание исковых требований ответчиком и т. п. Кроме того, любые определения коллегии нельзя обжаловать; они сами по себе не затрагивают ничьих прав и законных интересов, не разрешают спор, не вносят правовой определенности, не восстанавливают прав и законных интересов, а также не выполняют ни одной из задач, указанных в ст. 2 АПК РФ.

дят от общих процессуальных правил (например, при вынесении мер обеспечения, при применении упрощенной процедуры), но ни в одном другом случае нет столь большого количества исключений и отступлений от фундаментальных принципов арбитражного процесса.

Сказанное не означает, что механизм фильтрации порочный, но свидетельствует о том, что нельзя относиться к нему (а следовательно, и к определению коллегии судей) как к содержательному судебному акту, исходящему от высшей судебной инстанции и содержащему определенную правовую позицию.

Исходя из этого, казалось бы, у юридического сообщества не должно быть особого интереса к текстам таких определений. Однако на самом деле отказные определения публикуются, активно обсуждаются, влияют на поведение участников оборота и нередко учитываются судами. С чем это связано?

В российском праве существует колоссальный регулятивный голод. В силу слабости, а в ряде отраслей и фактического отсутствия сколько-нибудь серьезной научной доктрины, а также скудности и невысокого качества российского законодательства огромное число вопросов права не имеет однозначного и предсказуемого решения. Юристы-практики пытаются найти хоть какую-то опору в своих прогнозах исхода возможного судебного дела. Нижестоящие суды, по сути, тоже вовлечены в процесс прогнозирования, только в этом случае прогнозирования возможной оценки их решений вышестоящим судом. При отсутствии однозначной практики Президиума ВАС РФ единственной основой для прогнозов оказываются десятки тысяч регулярно публикуемых отказных определений, исходящих от ВАС РФ как от высшего органа судебной вертикали власти.

Безусловно, все понимают, что такие определения не отражают официальной позиции Суда и формально не связывают нижестоящего судью. Но при отсутствии иных ориентиров и в ситуации пробела или неясности в тексте закона судьи нередко их учитывают. Можно сколько угодно повторять, что эти определения не являются не только прецедентами, но и вообще полноценными судебными актами и что они ни к чему не обязывают нижестоящего судью, но в силу логики бюрократической вертикали некоторые судьи все равно видят в них правовые позиции, освященные статусом высшего суда. И совсем не случайно: эти определения позволяют судье надеяться, что при прочих равных вынесение решения в соответствии с ними несколько увеличит вероятность того, что это решение не будет пересмотрено вышестоящим судом. Таким же образом налоговые инспекции, осуществляя налоговый контроль, следуют ненормативным письмам Минфина с разъяснениями отдельных вопросов налогового права, сколько бы публично ни указывалось на отсутствие в этих письмах, подписанных отдельными сотрудниками аппарата министерства, обязательных нормативных предписаний.

Особенно большое убеждающее воздействие отказные определения оказывают на судей небольших судов с малым количеством сложных дел, а также в случаях, когда определение вынесено по делу между теми же сторонами (например, одно из дел в рамках серии связанных корпоративных споров).

В итоге отказные определения становятся важным элементом дискуссии в профессиональном сообществе и оказывают определенное регулятивное воздействие

на судебную практику. Иногда они даже создают правовые сенсации. Их обзоры даются в профессиональных журналах.

И хотя этот регулятивный потенциал отказных определений намного ниже, чем у постановлений Президиума ВАС РФ, а также значительно девальвируется при наличии отказных определений с прямо противоположной мотивировкой, вполне очевидно, что он есть. Более того, сами судьи ВАС РФ отчасти поддерживают это неоправданно серьезное отношение к регуляторному потенциалу отказных определений, когда ссылаются на них в новых определениях о передаче или об отказе в передаче дела в Президиум.

Почему же эта подмена истинного смысла мотивировки отказных определений является проблемой? Существует целый ряд очень веских причин.

Во-первых, практика отказных определений очень противоречива, поскольку по огромному числу правовых вопросов можно найти определения, как поддерживающие, так и отрицающие определенную правовую позицию. Подобные определения, вместо того чтобы унифицировать практику, зачастую лишь усугубляют разнобой и полностью дезориентируют стороны и судей.

Кроме того, разнобой в текстах отказных определений дискредитирует высшую судебную инстанцию: не секрет, что нередко прямо противоположные квазимотивировки, приводимые в пользу правильности решения нижестоящего суда только для того, чтобы искусственно обосновать отсутствие оснований для передачи дела в Президиум ВАС РФ, выходят за подписью одних и тех же судей, причем иногда на протяжении небольшого отрезка времени.

Во-вторых, отказные определения, вынесенные зачастую просто для того, чтобы завуалировать нежелание передавать дело в Президиум ВАС РФ, невольно придают вес часто глубоко ошибочным доводам нижестоящих судов. Тем самым они способствуют воспроизводству неверного решения, принятого одним конкретным нижестоящим судом, по аналогичным делам.

В-третьих, описанная регулятивная функция ВАС РФ де-факто спускается на уровень конкретных троек, у которых нет компетенции формировать практику от имени всего Суда. Это порождает серьезные сомнения как в легитимности подобной практики, так и в качестве правовых позиций, сформированных посредством отказных определений. Ведь экспертный потенциал трех отдельных судей ВАС РФ неизбежно уступает потенциалу Президиума.

В-четвертых, при принятии отказных определений тройка часто не истребует само дело, опираясь в своих суждениях исключительно на соответствующее заявление и анализ текстов судебных решений. Но заявитель может сообщить искаженную информацию, а тексты решений нижестоящих судов могут не вполне четко отражать доводы сторон, предъявленные доказательства и фактические обстоятельства дела. В таких условиях попытка коллегии дать *правовую* оценку решений нижестоящих судов и тем самым подтвердить ту или иную правовую позицию опасна, поскольку осуществляется на основе крайне одностороннего анализа вопроса.

В связи с этим, как мы полагаем, следует отказаться от лицемерной подмены истинного назначения данных определений и прекратить традицию (назовем ее так, поскольку это неписаное право), состоящую в подробном обосновании правильности позиции нижестоящего суда. За последнее время необходимость такого изменения стала активно и публично обсуждаться в профессиональном сообществе и встречает поддержку в литературе¹⁰.

Отказные определения могут содержать мотивы отказа, но эти мотивы должны быть целиком посвящены *только* причинам, по которым дело не подлежит передаче в Президиум ВАС РФ с точки зрения критериев, предусмотренных ст. 304 АПК РФ. Этому вопросу в тексте определения может быть уделена всего пара предложений, но такой подход будет свидетельствовать о честности и транспарентности мотивировки. Если отказные определения будут посвящены только вопросу о применении ст. 304 АПК РФ, то у судей нижестоящих судов и юристов (кроме непосредственных участников этого конкретного дела) пропадет желание их изучать и учитывать.

Положительная роль такого изменения будет также заключаться в послании четких сигналов о том, по каким делам стоит подавать заявления в ВАС РФ и каким образом соответствующие заявления нужно мотивировать. Юристы должны понять, что задача тройки состоит не в проверке законности решений нижестоящих судов, а в определении важности соответствующего вопроса права. Понимание этого подтолкнет юристов разворачивать аргументацию в сторону соответствия дела критериям допустимости передачи и раскрытия принципиальной важности данной проблемы для развития права в целом. Такой стиль аргументации в заявлениях, в свою очередь, значительно упростит коллегиям задачу по определению оснований для передачи или отказа в передаче дела в Президиум ВАС РФ. Сейчас, когда юристы видят огромный поток отказных определений с оценкой законности решений нижестоящих судов, они часто ошибочно считают, что задача заявителя состоит именно и только в том, чтобы продемонстрировать допущенную судебную ошибку. Далеко не все юристы четко понимают различие между фасадом текста отказных определений и истинными причинами таких отказов.

Понятно, что, по сути, мы предлагаем вернуться к прежней практике сухой мотивировки отказных определений, с тем лишь изменением, что коллегиям должны более открыто говорить об отсутствии в вопросе принципиальной правовой важности для унификации судебной практики, не прикрываясь простой ссылкой к ст. 304 АПК РФ. Но даже если в итоге судьи ВАС РФ полностью вернуться к старой манере написания отказных определений, то это в любом случае будет меньшим злом, чем наличие множества «истин», созданных под эгидой высшей судебной инстанции, но не являющихся при этом ее официальной позицией.

Кроме того, время, энергию и интеллектуальные усилия судей и их помощников, сэкономленные в связи с отсутствием необходимости писать сотни подробных отказных определений с правовой аргументацией, можно было бы направить на объ-

¹⁰ См.: Рожкова М.А. Об исключительности стадии надзора и основных свойствах надзорных определений ВАС РФ // Вестник ВАС РФ. 2012. № 11. С. 32–44.

яснение того, почему дела, которые все-таки передаются в Президиум ВАС РФ, этого заслуживают, и на более основательную проработку предлагаемых коллегией правовых позиций.

2.4. Другие проблемы фильтрации дел

В завершение этого параграфа обратим внимание на некоторые другие проблемы функционирования в ВАС РФ системы фильтрации.

Во-первых, на стадии рассмотрения тройкой заявления о передаче дела в Президиум ВАС РФ сторона, выигравшая спор в нижестоящей инстанции, не уведомляется о подаче и принятии его к рассмотрению. Указанная сторона, конечно, может узнать об этих обстоятельствах и своевременно направить в Суд свои пояснения, но только если использует систему «Электронный страж» и подписалась на онлайн-оповещения о совершении тех или иных процессуальных действий по выигранному делу. В противном случае она лишается возможности высказать свою позицию по вопросу о соответствии дела основаниям для пересмотра по ст. 304 АПК РФ.

Безусловно, процедура фильтрации и принятия тройками соответствующих определений не является процессом полноценного отправления правосудия. Как отметил КС РФ в своем постановлении от 05.02.2007 № 2-П, на процедуру фильтрации надзорных жалоб «не распространяются некоторые обязательные для иных судебных процедур процессуальные правила — об извещении и вызове сторон, о проведении судебного заседания и др.», что «обусловлено целью обеспечить баланс публичного и частного интересов, не допустить превращения суда надзорной инстанции в обычную (ординарную) судебную инстанцию». Тем не менее неуведомление стороны, выигравшей судебный спор в нижестоящей инстанции, о подаче заявления в ВАС РФ и фактическое ограничение ее возможностей высказаться по этому вопросу нам не вполне понятны.

Во-вторых, не стоит думать, что весь ресурс оптимизации деятельности по отбору дел для Президиума ВАС РФ состоит в тех или иных изменениях в работе самого Суда. Многие зависят и от того, как работают и какие стимулы имеют юристы, сопровождающие процесс подачи заявлений в ВАС РФ. Их задача должна заключаться в том, чтобы раскрыть перед судьями масштабность правовой проблемы, кристаллизованной в данном деле, и ее значение для развития права; продемонстрировать серьезный разрыв в судебной практике; представить адекватные политико-правовые и доктринальные аргументы в пользу желаемой правовой позиции. Такой способ мотивировки заявлений значительно облегчает для судей выбор достойных дел, поскольку аналитическая работа адвокатов согласуется с той логикой, которая руководит или должна руководить судьями при принятии решения о передаче дела в Президиум ВАС РФ.

По нашей информации, в настоящее время такая практика мотивирования «надзорных жалоб» не является распространенной. Юристы часто продолжают составлять заявления в том же стиле, что и кассационные или апелляционные жа-

лобы, забывая, что роль и функции ВАС РФ принципиально иные, а сам ВАС РФ является в меньшей степени судом и в большей степени регулятором, который вправе выбирать, на какие вопросы права расходовать свой ограниченный экспертный ресурс.

С чем это связано?

Прежде всего с юридической квалификацией и профессиональной готовностью работать с материалами дела на стадии надзора. Тут сказываются и качество российского юридического образования, как правило, не дающего никаких практических навыков, тем более касающихся сопровождения судебных дел на надзорной стадии; и тот факт, что большинство российских юристов и адвокатов в своей практической деятельности редко сталкиваются с надзорной инстанцией и не имеют опыта этой работы; и, наконец, отсутствие каких-либо профессиональных ограничений для работы на этой стадии.

В любом случае тревожат как не вполне адекватный задачам ВАС РФ стиль многих надзорных заявлений, так и отношение юристов, их составляющих, к надзорному рассмотрению дел. Показательно, что из 172 заседаний Президиума ВАС РФ с июля по ноябрь 2012 г. на 16 не присутствовали представители обеих сторон, а на 46 присутствовали представители лишь одной стороны.

ВАС РФ также должен активнее разъяснять юридическому сообществу специфику подачи и содержания надзорных заявлений. В конечном счете он заинтересован в том, чтобы юристы, составляющие заявления, не усложняли, а упрощали коллегиям задачу по отбору достойных Президиума дел.

Кроме того, порой ВАС РФ своей практикой сам сбивает юристов с толку. Если бы юристы видели, что отказные определения мотивируются со ссылкой на отсутствие принципиальной правовой проблемы, определения о передаче дела в Президиум опираются на детальный анализ как самого вопроса права, так и его актуальности для развития права на будущее, а постановления Президиума посвящены именно таким вопросам права, то они очень быстро осознали бы, по каким делам беспокоить ВАС РФ не стоит и как нужно мотивировать подаваемые заявления. Но на практике отказные определения, как уже отмечалось, представляют работу троек чуть ли не в качестве полноценной квазикассации. Постановления же Президиума ВАС РФ слишком часто посвящены переоценке фактических обстоятельств дела, исправлению банальной судебной ошибки или абсолютно неважному вопросу права. Как мы далее покажем, слишком часто постановление выглядит справедливо, однако из его текста не удастся понять, какова сформулированная Судом правовая позиция. В итоге юристы видят, что зачастую ВАС РФ не только занимается развитием права, но и функционирует как простая кассация. Поэтому реальная практика ВАС РФ мало способствует четкому пониманию юристами приоритетов в его работе. А с учетом того, что цена обжалования дела в ВАС РФ ничтожно мала, у юристов нет особых стимулов воздерживаться от направления в Суд заявлений по делам, не имеющим никакого принципиального значения для развития отечественного права. Почему бы им не попытаться использовать шанс на исправление судебной ошибки, если ВАС РФ демонстрирует, что порой это сбавывает?

Безусловно, многое в этом вопросе может изменить коренная реформа самой системы фильтрации и практики мотивировки соответствующих определений. Можно также предложить решение, которое состоит в том, чтобы обеспечить публикацию надзорных заявлений. В этом случае фактор репутации будет в некоторой степени блокировать попытки бомбардировать ВАС РФ абсолютно неадекватными его целям заявлениями.

Наконец, в качестве возможного инструмента изменения этой ситуации можно рассмотреть введение системы аккредитации при ВАС РФ юристов для работы по подаче и дальнейшему сопровождению надзорных заявлений. Насколько нам известно, нечто подобное реализовано в ряде зарубежных стран (например, во Франции). Это решение имеет свои преимущества и недостатки, которые требуют серьезного обсуждения.

В-третьих, работа судей ВАС РФ по фильтрации дел могла бы стать значительно более продуктивной и качественной, если бы количество их помощников выросло до двух-трех, а оплата их труда значительно повысилась, что создало бы дополнительные стимулы к привлечению на эту важнейшую работу талантливых молодых юристов. Так, роль помощника судьи высшего суда в таких странах как США колоссальна. Именно на них ложится значительная доля экспертно-аналитической работы как при отборе дел для рассмотрения Судом, так и при подготовке правовых позиций.

В-четвертых, следовало бы распространить практику шестого судебного состава по электронному распределению дел также на остальные пять судебных составов. Это может обеспечить более справедливое и равномерное распределение дел и исключить ситуации, когда в силу специализации судей в рамках одного судебного состава дела определенной категории попадают почти всегда к одному и тому же судье. Возможно, исключения из этого правила случайного распределения могут быть санкционированы *ad hoc* председателем состава в случаях, когда с учетом мнения судьи, к которому дело попало по итогам электронного распределения, очевидно, что оно имеет большую специфику и его адекватный анализ может осуществить другой судья того же состава, являющийся признанным экспертом в данной области.

В-пятых, функционирующая в ВАС РФ система фильтрации означает, что почти в 100% случаев кассационная инстанция соответствующего округа оказывается последней судебной инстанцией. Это требует от кассационных судов повышенной ответственности и осознания унификационной и регулятивной роли своей практики в округе. Кассационные инстанции должны во многих случаях делать окончательный выбор в вопросе формирования той или иной правовой позиции, т. е. выступать не только как суд в буквальном смысле, но и как своего рода регулятор. К сожалению, далеко не всегда судьи кассационных судов готовы примерить на себя такую роль и часто склонны выносить решения по сугубо формальным основаниям, избегать транспарентного анализа вопросов права и достаточно туманно выражать соответствующие правовые позиции. В связи с этим, видимо, имеет смысл расширить практику обмена опытом между судьями ВАС РФ и судьями нижестоящих инстанций, например, посредством стажировок будущих судей в ВАС РФ.

§ 3. Оптимизация практики подготовки и издания постановлений Президиума ВАС РФ

3.1. Вводные замечания

О передаче коллегией трех судей дела в Президиум ВАС РФ все стороны спора извещаются и тем самым получают возможность представить свои пояснения по сути дела. Далее назначается судья-содокладчик, который изучает дело и готовит свою позицию к представлению на заседании Президиума. По делам, передаваемым судьями первых пяти судебных составов, содокладчик обычно назначается из числа судей шестого (экспертного) судебного состава, а по делам, передаваемым в Президиум судьями шестого состава, содокладчик обычно назначается из того судебного состава, который специализируется в соответствующей области права. Затем готовится рассмотрение дела в Президиуме. Голосование членов Президиума и публикация мотивировочной части постановления завершает процесс рассмотрения спора в надзорной инстанции и означает возникновение правовой позиции, которой нижестоящие суды впоследствии должны будут следовать при рассмотрении аналогичных дел.

Существует ли ресурс оптимизации работы ВАС РФ на данном этапе? Безусловно, да. Далее мы рассмотрим некоторые проблемы, возникающие в процессе принятия постановлений Президиума ВАС РФ, и пути их решения.

3.2. *Amicus curiae*

Признавая, что решения высшей судебной инстанции становятся фактическими прецедентами, мы тем самым должны признать и то, что регулятивный эффект этих решений не только распространяется на участников процесса, но и касается неопределенного круга лиц. Следовательно, не только участники судебного разбирательства, но и другие лица, полагающие, что решение по делу может затрагивать их интересы, а также признанные эксперты в данной области должны иметь возможность довести свою позицию до сведения Суда.

Суду в силу специфики отрасли или иных обстоятельств нередко бывает трудно увидеть и объективно оценить все возможные последствия формирования той или иной правовой позиции. При этом сами стороны могут не довести эти риски до внимания Суда в силу низкой компетентности или отсутствия интереса (сам спор может быть разыгран именно для того, чтобы сформировать на будущее правовую позицию, нужную одной из сторон). Состязательность, без сомнения, представляет собой важнейший принцип процесса. Однако рассмотрение дела в высшей судебной инстанции является не только элементом осуществления правосудия, но и актом во многих случаях правотворческим. Творить правовую позицию необходимо на основе анализа мнений тех, кого эта позиция может затронуть, а не только непосредственных участников спора.

Поэтому очень важно, чтобы ученые и представители соответствующих отраслей экономики (отраслевые ассоциации, союзы или отдельные участники рынка), а также представители науки могли донести до высшей судебной инстанции

свое мнение по тому вопросу, который стал предметом конкретного надзорного разбирательства. Выступая в таком качестве, они становятся *amicus curiae* («друзьями суда»). Эту практику, давно укоренившуюся в судах общего права, в последние десятилетия все чаще берут на вооружение также некоторые суды романо-германских стран и особенно международные суды и арбитражи (Комиссия по урегулированию споров при ВТО, ЕСПЧ и Суд ЕС).

Допуская практику *amicus curiae*, необходимо предупредить возможные злоупотребления ею. Она представляет собой очень удобное средство лоббирования интересов и поэтому должна быть поставлена в известные рамки. Кроме того, избыток письменных мнений от третьих лиц может затруднить судебное разбирательство. В связи с этим можно предложить взять за основу следующие принципы:

- практика *amicus curiae* допустима только в ВАС РФ;
- мнения «друзей суда» могут касаться только вопросов права;
- мнения подаются только в письменном виде, устные выступления «друзей суда» не допускаются;
- «друг суда» должен доказать наличие существенного интереса в правовой позиции, которая проявилась в деле, или научной компетентности по вопросу, который будет рассмотрен судом;
- мнения публикуются заранее на странице карточки соответствующего дела в сети Интернет;
- в мнении должно быть на первой же странице указано, что соответствующее лицо не получало материального вознаграждения за его подачу; это условие призвано не допустить ситуации, когда «друг суда» продает свои знания и авторитет эксперта одной из сторон спора; лицо, предоставившее ложные сведения на этот счет, рискует попасть в черный список и получить запрет на предоставление аналогичных заключений в будущем;
- мнение не должно сводиться к банальному повторению доводов, которые были представлены сторонами на более ранних стадиях разбирательства и как таковые уже известны суду; поэтому на первой же странице мнения должно быть кратко сформулировано, какую дополнительную пользу при рассмотрении дела оно могло бы принести. Возможно, также следует тем или иным образом ограничить объем самого *amicus curiae brief*.

3.3. Публикация итогов голосования по постановлениям Президиума ВАС РФ

Дискуссионным является вопрос о публикации количества голосов за и против принятого постановления Президиума ВАС РФ.

При публикации результатов голосования участники оборота получают предупреждение о том, что позиция Суда была принята не единогласно и, соответственно,

имеется бóльшая или меньшая вероятность того, что установленное таким прецедентом правило может подвергнуться ревизии в последующей практике ВАС РФ. Когда решение принято единогласно, такая вероятность намного меньше, чем когда решение принято с перевесом в один голос. С учетом того, что изменения судебной практики происходят, как правило, ретроспективно, важнейшая задача юриста не только знать действующую судебную практику, но и предвидеть ее изменение и учитывать связанные с этим риски. Публикация результатов голосования помогает юристам прогнозировать тенденции развития судебной практики, делает судебное правотворчество более предсказуемым и создает доверие к нему в юридическом сообществе.

В итоге мы склоняемся к тому, что открытие информации о количестве проголосовавших за и против необходимо. Тот факт, что постановление было принято не единогласно, вряд ли ослабит его авторитет в глазах нижестоящих судов (правовые позиции ВАС РФ в любом случае сохраняют фактическую обязательную силу). Так что этого побочного эффекта, думаем, бояться не стоит. Не стоит и опасаться, что такая открытость подорвет «полусакральный» статус ВАС РФ как единого мозгового центра, имеющего монопольный доступ в «юридическую ноосферу». В эти мифы уже давно никто не верит. Ничто не обеспечит доверие к Суду в юридическом сообществе более надежно, чем честность и транспарентность.

Открытость деталей голосования практикуется во многих иностранных судах, в том числе в ЕСПЧ, чьи решения имеют прямое отношение к России, и до сих пор это не привело к каким-либо негативным последствиям.

3.4. Резолютивные части постановлений Президиума ВАС РФ

Коль скоро первоочередной задачей Президиума ВАС РФ в рамках действующей селективной модели контроля является разрешение вопросов права, а не факта, то необходимо на порядок сократить количество дел, отправляемых на новое рассмотрение в нижестоящие инстанции, и, соответственно, увеличить количество дел, в которых Президиум принимает окончательное решение. Разумеется, бывают случаи, когда толкование, данное Президиумом ВАС РФ какому-либо вопросу права, может потребовать нового изучения фактических обстоятельств дела. Такие случаи неизбежны даже при самом строгом ограничении задач Президиума вопросами права. Однако *рост* числа дел, отправляемых на новое рассмотрение, может быть косвенным свидетельством того, что фильтры, призванные сдерживать приток в Президиум дел, в которых нет сложной правовой проблемы, работают недостаточно хорошо.

Возможно, именно это и происходит в последние годы. Изучение практики Президиума ВАС РФ за период с 2005 по 2012 г. показывает, что процент постановлений, по которым Президиум ВАС РФ воздерживается от окончательного решения и отправляет дело на новое рассмотрение, стабильно высок и составляет приблизительно 27,9%. Думается, что этот показатель избыточно высок.

3.5. Работа по подготовке мотивировочной части постановления Президиума ВАС РФ

Нельзя не отметить, что по нашим подсчетам почти в 20% случаев Президиум ВАС РФ не поддерживает мнение коллегии, отраженное в определении о передаче дела. Но по сложившейся традиции работа по подготовке мотивировочной части постановления Президиума в таких случаях поручается тому судьё-докладчику, который безуспешно отстаивал позицию коллегии на заседании Президиума. Судья-докладчик должен разработать текст, выражающий противоположную его первоначальному мнению правовую позицию. На наш взгляд, такой подход не отвечает ни принципу процессуальной экономии, ни принципу судебской независимости, ни даже здравому юридическому смыслу. Зачем заставлять судью, который имеет альтернативную точку зрения на правовой вопрос (право все же не математика и не физика), обосновывать чуждую ему позицию? Не лучше ли стимулировать его к написанию особого мнения?

В указанном случае следует предоставлять такому судье выбор: если он под давлением убедительной аргументации коллег изменил свою точку зрения, то может написать и проект текста постановления Президиума ВАС РФ; если же остался при своем мнении, то ему следует написать особое мнение, а работа по написанию проекта мотивировочной части постановления поручается одному из членов Президиума, голосовавших за вынесенное постановление.

3.6. Особые мнения

Особое мнение судьи — показатель внутренней «плюралистичности» права. Судебное толкование отнюдь не всегда способно выявить единственный правильный ответ на сложный правовой вопрос, поскольку такого ответа может попросту не быть. В такой ситуации разногласия между судьями неизбежны. При этом позиция большинства судей становится судебным прецедентом, а позиция меньшинства отражается в особых мнениях. Однако при некоторых обстоятельствах эта позиция в будущем может сама стать прецедентом. Очень многие громкие особые мнения в английской или американской судебной практике впоследствии легли в основу позиции большинства по аналогичному делу.

Подробный анализ того, в чем состоит польза особых мнений и почему они должны быть доступны публике, содержится в статье А.Н. Верещагина¹¹. Здесь повторим лишь общие выводы. Прежде всего, очевидно, что вековая практика особых мнений в судах общего права отнюдь не сопровождалась подрывом авторитета судов. Напротив, она составляет часть общего климата открытости и интеллектуальной свободы, который и создает доверие публики к практике высшего суда. Кроме того, открытость особого мнения является средством поддержать авторитет и самоуважение самого судьи, иначе его репутация начинает зависеть от коллегиального решения, с которым он не согласен.

¹¹ См.: Верещагин А.Н. *Особые мнения в российских судах // Сравнительное конституционное обозрение. 2006. № 4 (см.: СПС КонсультантПлюс).*

Есть и более прагматическое соображение: особые мнения, в первую очередь открытые для публики, помогают значительно повысить качество тех судебных решений, которым они оппонируют. Не секрет, что прискорбными изъянами российского судопроизводства на всех уровнях являются избыточная краткость и неполнота текстов судебных решений. Обстоятельства дел излагаются недостаточно подробно, а существенные детали опускаются. Доводы сторон подчас игнорируются: аргументы, неудобные суду (а это нередко именно сильные аргументы), не находят в тексте своего отражения. Они не поддерживаются и не опровергаются — от них просто не остается и следа. Подлинные правовые проблемы, с которыми сталкивается суд, зачастую не выявляются, а, напротив, затушевываются в тексте судебного решения. Встречаются такие изъяны и в работе ВАС РФ. Если же допустимы особые мнения, к тому же публичные, то большинству судей и тому судье, который будет писать мотивировочную часть постановления Президиума ВАС РФ, приходится считаться с возможностью гласной критики, которой могут подвергнуться недостатки его решения.

Иначе говоря, возможность публичного возражения отдельного судьи дисциплинирует большинство, побуждая его всесторонне обсуждать и оценивать существенные нюансы конкретного спора, а главное — глубже анализировать и полнее отражать их в тексте постановления.

Кроме того, наличие особого мнения посылает участникам гражданского оборота важный сигнал о том, что в будущем прецедент может быть пересмотрен, так как практика ВАС РФ постоянно меняется. В контексте ретроспективности изменений судебной практики эта задача становится еще более актуальной. Наличие особых мнений, так же как и публикация результатов голосования, позволяет юристам лучше предвидеть изменения судебной практики и несколько снизить деструктивные последствия ее ретроспективного изменения.

Следуя, видимо, этим соображениям, в 2008 г. ВАС РФ снял запрет на доступ сторон к особым мнениям, а два года спустя особые мнения членов Президиума ВАС РФ начали официально публиковаться¹². Это решение следует всячески приветствовать.

В то же время следует признать, что данная возможность используется судьями ВАС РФ пока редко. По состоянию на март 2013 г. было опубликовано всего 16 особых мнений членов Президиума ВАС РФ. Насколько мы можем судить, это скромное число отнюдь не отражает реальной частоты разногласий в Президиуме. Вполне вероятно, что многие судьи ВАС РФ были бы не прочь писать особые мнения в два-три раза чаще, однако не могут себе этого позволить из-за недостатка времени. Некоторые предлагаемые в настоящей статье меры по разгрузке судей ВАС РФ и оптимизации их работы, возможно, могли бы способствовать расширению практики публикации особых мнений.

Мы считаем крайне важным расширение практики написания особых мнений. Особенно превращение в общее правило написания особых мнений судьями-докладчиками и судьями-содокладчиками, если они по итогам голосования сохраняют позицию, противоположную мнению большинства.

¹²

Благодаря дополнению, внесенному в ст. 303 АПК РФ Федеральным законом от 27.07.2010 № 228-ФЗ.

Кроме того, следовало бы приветствовать введение практики групповых особых мнений. Это облегчило бы их написание и при этом повысило бы их качество за счет комбинации коллективных усилий. Для этого достаточно инициативы судей, поскольку закон такую практику не запрещает.

§ 4. Оптимизация практики формирования правовых позиций в постановлениях Президиума ВАС РФ

4.1. Вводные замечания

Как отмечалось выше, с точки зрения эффективного использования ограниченного экспертного ресурса, которыми располагает ВАС РФ, на рассмотрение Президиума должны передаваться преимущественно те споры, в рамках которых возникают принципиальные для развития права и судебной практики правовые коллизии. Это должны быть такие дела, на основе которых Суд пытается сформировать правовые позиции, способные унифицировать судебную практику и внести порядок и определенность в хаос правоприменения. Такие правовые позиции должны решать действительно серьезные проблемы, в том числе заполнять пробелы в законодательстве, давать однозначные толкования спорным законодательным нормам, разрешать коллизии между ними, а иногда и де-факто корректировать смысл неудачных или устаревших норм.

При этом надо иметь в виду, что в рамках одного конкретного постановления Президиум ВАС РФ может создать сразу несколько правовых позиций¹³. Для рассмотрения дела может оказаться принципиальным толкование целого ряда законодательных норм. Кроме того, спор одновременно может поднять вопрос о пробелах как в материальном, так и в процессуальном законе. Нередко одно постановление создает две, три или даже четыре принципиальные правовые позиции, способные направлять и унифицировать судебную практику. Каждая из сформулированных в таком прецедентном деле правовых позиций может впоследствии применяться для разрешения других споров, похожих на прецедентное дело лишь в части гипотезы одной из этих правовых позиций.

Как мы уже упоминали, не всегда при разрешении спора Президиум ВАС РФ создает или меняет правовые позиции, в некоторых исключительных случаях его постановления могут быть сугубо правоприменительными. Но такие дела в рамках селективной модели контроля должны быть редкими исключениями.

Насколько эффективна та правотворческая работа, которую осуществляет Президиум ВАС РФ при рассмотрении конкретных дел в порядке надзора? Как представляется, назвать ее неэффективной нельзя. По сравнению с реалиями российского законодательства или на фоне очевидной правотворческой пассивности Верховного Суда РФ по некоторым категориям дел (в первую очередь частного

¹³ На такую возможность ВАС РФ вполне однозначно указал в п. 11 постановления Пленума от 23.03.2012 № 12.

права) надзорная практика ВАС РФ может считаться достаточно эффективной. Но по большому счету регуляторный ресурс, которым обладает Президиум ВАС РФ, используется максимум на 20–30%. Как уже отмечалось, связано это отчасти с тем, что значительная часть дел, которые попадают в Президиум ВАС РФ на пересмотр, не содержат спора о праве, а те из них, которые его содержат, нередко не отвечают критерию принципиальной важности. Соответственно, ограниченный ресурс ВАС РФ во многом расходуется на незначительные и непринципиальные для развития судебной практики коррекции частных судебных ошибок. Но более важная причина недостаточной эффективности работы Президиума ВАС РФ связана с тем, как мотивируются постановления по делам, очевидно соответствующим критерию принципиальной важности.

К сожалению, очень часто даже абсолютно верные с точки зрения итогового решения постановления Президиума ВАС РФ по конкретным делам мотивируются так, что шанс сформировать на их основе четкое и ясное правило для решения будущих споров оказывается упущен. В результате правовая неопределенность либо недостаточно устраняется, либо сохраняется, либо даже усугубляется.

Самый важный элемент надзорной деятельности ВАС РФ — это даже не голосование за то или иное решение на заседании Президиума, а процесс подготовки постановления. Иногда складывается впечатление, что судьи-докладчики, отстаившие свою позицию в Президиуме, к мотивировке постановления относятся как к вопросу менее важному. Это не может не беспокоить. Как уже отмечалось, нет особого смысла восстанавливать справедливость по одному из сотен неправильно решенных нижестоящими судами споров по принципу случайной выборки. Основная задача Суда состоит в том, чтобы на примере конкретного прецедента разработать четкие правовые позиции, которые помогут направить судебную практику в нужное русло и предотвратить повторение несправедливости в дальнейшем. От того, насколько четко и продуманно будут сформулированы правовые позиции Суда в тексте конкретного постановления, напрямую зависит реализация этой функции. Главным образом ради этого и существует Президиум ВАС РФ. Исходя из этого беспокоит тот факт, что аргументация постановлений Президиума нередко оказывается туманной, некорректной и неточной.

4.2. Аргументация в постановлениях Президиума ВАС РФ

Общий обзор проблем

В настоящий момент основная часть текста большинства постановлений Президиума ВАС РФ посвящена описанию хода рассмотрения дел в нижестоящих судах, аргументов сторон и мотивов принятия нижестоящими судами соответствующих решений. Когда же дело доходит до правовых мотивов, положенных в основу финального решения Президиума (т. е. формулировки самих правовых позиций), то зачастую они оказываются либо (1) крайне скудными и нетранспарентными, либо (2) не включающими в себя важнейшие фактические особенности дела, предопределившие вывод, либо, наоборот, (3) избыточными и включающими в гипотезу правовой позиции лишние фактические нюансы.

Первая проблема делает правовые позиции ВАС РФ менее убедительными и транспарентными: Суд затуманивает аргументацию. Вторая проблема приводит к тому, что правовая позиция оказывается чересчур широкой с точки зрения желаемого охвата ее гипотезы и провоцирует новые раунды споров, в которых Суду впоследствии приходится ограничивать охват своей прежней правовой позиции. Третья же проблема, напротив, провоцирует создание необоснованно узких по охвату правовых позиций и оставляет неопределенность в отношении множества по сути идентичных споров, в которых, однако, отсутствует тот или иной включенный в аргументацию Президиума фактический нюанс.

Скудность аргументации

Зачастую дошедшее до Президиума ВАС РФ дело требует разрешения актуального вопроса права, в рамках которого в прямой конфликт вступают важнейшие правовые принципы, доктрины или политико-правовые ценности. В такого рода случаях юридическое сообщество ждет от Суда аргументированного и убедительного обоснования принятого им решения. Вместо этого ВАС РФ порой ограничивается констатацией своего регулятивного выбора, но устраняется от необходимости приведения развернутой аргументации.

Вместо подробной аргументации можно встретить традиционную мантру о том, что такое решение вытекает из системного толкования закона или его смысла. Подобного рода эвфемизмами Суд заменяет кропотливую работу по раскрытию того хода анализа, который привел его к данному решению. В действительности в большинстве случаев решение принимается с учетом тех или иных общих политико-правовых аргументов (например, с опорой на соображения справедливости или экономической целесообразности) либо на основе интерпретации той или иной сложившейся в научной доктрине теории. Но следов этой логики аргументации в тексте постановления зачастую не оказывается.

В итоге формируется два слоя аргументации: первый — официальный, имеющий характер скорее формального прикрытия, второй — истинный, скрытый от глаз юридической общественности. Даже в тех случаях, когда решение по существу верное, использование нетранспарентной аргументации, принципиально отличающейся от того хода рассуждений, который на самом деле привел к принятию данного решения, или иное затуманивание аргументации являются очевидным дефектом.

Такой построенный на затуманивании тип аргументации судебного решения традиционно принят в тех странах, где функционирует система поточного контроля и в высшую судебную инстанцию попадает большинство дел, по которым подается заявление о пересмотре. В таких странах (например, во Франции) количество дел, которые рассматривает высший суд, настолько велико (исчисляется десятками тысяч), что суд не в состоянии снабдить каждое свое решение подробным и убедительным обоснованием. Поэтому в самом решении, как правило, приводится лишь резюме, а истинные аргументы, которые подвели суд к его принятию, опускаются. Желющие вскрыть истинную причину вынесения такого решения по конкретному делу могут обратиться к другим документам, сопровождающим его

рассмотрение (например, к докладу судьи-докладчика или докладу *avocat général*), в которых и политико-правовые, и доктринальные мотивы, и анализ релевантной судебной практики зачастую и приводятся¹⁴. В тех же странах, в которых, как и в России, действует система селективного контроля (например, Германия, Англия, США) и высший суд сам управляет своей нагрузкой, соразмерно снижению количества рассматриваемых дел растут качество и транспарентность мотивировки самих текстов принимаемых решений.

Цель такой транспарентности очевидна. Как уже отмечалось, юристы давно не верят в суд как в некий божественный институт, наделенный вселенской мудростью и имеющий эксклюзивный канал доступа в «юридическую ноосферу». Легитимность и авторитет решений, которыми высший суд формирует те или иные правовые позиции, опирается не на его сакральный статус, а на способность убеждать общественность и юридическое сообщество в первую очередь в содержательной правильности принимаемых решений. В странах, в которых высший суд в целом справляется с этой задачей, растет доверие не только к нему, но и косвенно ко всей судебной системе. Когда юрист видит ясно изложенные политико-правовые или доктринально-догматические мотивы судебного решения, он в состоянии адекватно оценить его правильность. Когда же ему просто говорят, что такое решение вытекает из смысла закона, и не удосуживаются объяснить детальнее, то оценить правильность (справедливость и законность) решения бывает трудно. Это, в свою очередь, рождает недоверие, различные конспирологические объяснения, а также мешает юристам разобраться, как именно работает правосудие в целом.

Кроме того, нетранспарентная манера аргументации значительно усложняет научную обработку этой практики, ее систематизацию. Ученые погружаются в бесконечные споры о том, что же на самом деле имел в виду ВАС РФ и какая доктрина или принцип должны выводиться из конкретного постановления Президиума. Это мешает плодотворному взаимодействию научной доктрины и судебной практики на благо развития отечественного права, подрывает правовую определенность и системную согласованность правового материала, а значит, и предсказуемость правоприменения.

Конечно, многие искушенные юристы видят истинные «приводные ремни» принятия соответствующего постановления или, во всяком случае, догадываются о них. Но подавляющее число юристов после появления тех или иных правовых позиций нередко оказываются в полном недоумении и не могут понять, почему ВАС РФ пришел к соответствующему выводу.

Как уже отмечалось, право, с точки зрения практикующего юриста, это прежде всего предсказывание того, как соответствующее дело будет разрешено в суде. Прогнозирование исхода возможного судебного дела — ключевой фактор успешной работы юриста-практика. Заключая договор, совершая иную сделку или принимая то или иное решение в сфере налогового планирования, компания должна как можно точнее предугадать, как эта практика будет оценена судом, если она окажется предметом судебного разбирательства. В этом плане транспарентная мо-

¹⁴ Подробнее об этом см.: Каранетов А.Г. Указ. соч. С. 63.

дель аргументации судебных решений снижает имманентно присущие судебному правотворчеству риски формирования правовой неопределенности.

Кроме того, транспарентность в аргументации играет важную дисциплинирующую роль, снижая риски принятия неоправданных судебных решений в силу коррупционных, политически мотивированных и других нелегитимных мотивов. Если на уровне практики высшего суда такие риски весьма незначительны, то на уровне нижестоящих судов они вполне реальны. Вынести явно неправосудное решение, прикрывшись эвфемизмом об истинном толковании закона, намного проще, чем транспарентно раскрыть весь ход анализа, возможные альтернативные выводы и причины, по которым суд ими пренебрег и выбрал данный вариант правовой позиции. Практика ВАС РФ в некотором смысле создает стандарт аргументации, реплицируемый нижестоящими судами в той мере, в которой это позволяют их сверхзагруженность и квалификация.

На наш взгляд, на начальном этапе практику более транспарентной мотивировки судебных решений должен начать использовать как минимум Президиум ВАС РФ. Впоследствии по мере постепенной разгрузки судов нижестоящих эта модель может быть воспроизведена и на других ступенях судебной иерархии.

Есть все основания считать, что Президиум ВАС РФ в последние несколько лет уже начал этот процесс. Стали появляться постановления с элементами искомой транспарентной мотивировки, в которых Президиум раскрывает экономические и этические аргументы, подтолкнувшие его к принятию соответствующей правовой позиции, более детально анализирует доктринальные проблемы и пытается соотносить формируемую правовую позицию с общей систематикой частного права в рамках некой регулятивной стратегии. Но этот процесс нужно ускорить и перевести такую модель мотивировки из редкого исключения в общее правило. К сожалению, сейчас на подобный подход к мотивировке решается далеко не каждый судья, готовящий текст принятого Президиумом ВАС РФ постановления.

Что конкретно мы хотим видеть в постановлениях Президиума ВАС РФ?

Во-первых, вскрытые политико-правовые основания принимаемых решений. Не секрет, что значительная часть принимаемых постановлений принимается с учетом соображений справедливости и экономической целесообразности. Дела, которые доходят до Президиума и действительно содержат актуальный и важный вопрос права, как правило, не могут быть разрешены механически с помощью дедукции из какой-либо ясной нормы закона. Они либо сопряжены с необходимостью неочевидного выбора того или иного толкования нормы, либо требуют восполнения пробела в законе или даже прямого уточнения или коррекции смысла законодательных норм в тех случаях, когда их буквальное применение приводит к неприемлемым с политико-правовой точки зрения результатам. Во всех таких случаях конечный выбор толкования в рамках соответствующей интерпретативной развилки, дизайн создаваемой Судом в пробельной зоне закона нормы, а равно готовность Суда вынести решение в отступление от буквального смысла законодательной нормы, как правило, представляют собой следствие некоего процесса соизмерения и балансирования разных и зачастую противоречащих друг другу ценностей. Среди них важнейшую роль играют соображения политики права

(справедливости, экономической эффективности и др.). Хотелось бы, чтобы Суд прямо приводил подобные аргументы в тексте судебного решения, сопоставляя с возможными конкурирующими ценностями и принципами.

В последние несколько лет такие постановления Президиума ВАС РФ стали появляться, что нужно только приветствовать. Если с 1995 по 2008 г. (за 14 лет) было всего десять постановлений Президиума ВАС РФ, в которых упоминались слово «справедливость» и производные от него, то за период с 2008 по 2012 г. (всего за пять лет) было опубликовано около 60 таких постановлений. Аналогичное изменение можно проследить и по индексу цитируемости слова «добросовестность» и производных от него. Правда, здесь резкое изменение произошло чуть раньше — с начала 2000-х гг., а затем с 2006 г. произошла еще большая интенсификация открыто заявленной в тексте вынесенных постановлений борьбы Суда с недобросовестным поведением. Если с 1995 по 2000 г. данное слово употреблялось всего в 20 постановлениях Президиума ВАС РФ, то за 2000–2005 гг. оно упоминается более чем в 80 постановлениях, а с 2006 по 2012 г. — более чем в 150 постановлениях! Таким образом, наблюдается все тот же рост по экспоненте упоминаемости не формально-догматических, а по сути политико-правовых, ценностных критериев, раскрывающих истинную логику принятия решения.

Неужели эта наглядная статистика означает, что ВАС РФ за последние несколько лет столь радикально изменил свое отношение к ценностям справедливости и добросовестности? Видимо, это действительно так, но лишь отчасти... Главное, что тексты постановлений Президиума ВАС РФ стали в большей степени транспарентными. Ранее эти соображения также достаточно часто принимались во внимание и предопределяли многие решения, но Суд предпочитал скрывать это ссылками на более точное прочтение смысла закона, создавая тем самым ложную видимость того, что он строго применяет некие четкие законодательные нормы и ни в коей мере не проявляет политико-правовое усмотрение.

Остается рассчитывать на то, что в ближайшее время это станет не редким исключением, а общим правилом и что помимо традиционных отсылок к таким исконным целям права, как справедливость, Суд чаще начнет раскрывать экономические и иные утилитарные факторы, влияющие на его решения. На данный момент такие постановления стали встречаться¹⁵, но пока их мало, что, насколько нам известно, не вполне отражает реальную роль утилитарных соображений, определяющих в ряде случаев формируемые Судом правовые позиции.

Во-вторых, далеко не всегда Президиум ВАС РФ принимает решение исключительно на основе баланса различных политико-правовых ценностей. Во многих

¹⁵

См., напр., постановление Президиума ВАС РФ от 06.09.2011 № 2929/11: «Чрезвычайно высокие риски утраты или ограничения корпоративного контроля могут привести к негативным последствиям для макроэкономики и инвестиционных процессов, которые в значительной мере развиваются посредством корпоративного участия в хозяйственных обществах». См. также постановление Президиума ВАС РФ от 05.03.2011 № 11680/10: «Необоснованное уменьшение неустойки судами с экономической точки зрения позволяет должнику получить доступ к финансированию за счет другого лица на нерыночных условиях, что в целом может стимулировать недобросовестных должников к неплатежам и вызывать крайне негативные макроэкономические последствия. Неисполнение должником денежного обязательства позволяет ему пользоваться чужими денежными средствами. Никто не вправе извлекать преимущества из своего незаконного поведения».

случаях основной спор возникает в области доктринально-догматической. Так, Суд зачастую оказывается перед вопросом о пределах судебного толкования закона в отступление от его буквального смысла. Ни в коем случае нельзя говорить о том, что суд может абсолютно свободно игнорировать верховенство закона во имя тех или иных политико-правовых ценностей (например, справедливости). Формальная определенность и структурная согласованность позитивного права не менее важные ценности, чем справедливость и экономическая эффективность. Эти часто конкурирующие ценности судвольно или невольно вынужден уравнивать. Хотелось бы, чтобы этот процесс был максимально прозрачным и Суд в тех случаях, когда он действительно отступает от буквального смысла законодательной нормы и дает ей далеко не очевидное толкование, продемонстрировал юридической общественности, что в данной ситуации он соизмерял разные ценности и выбрал одну из них по тем или иным причинам.

Иначе получается, что ВАС РФ выносит очевидное решение вопреки буквальному смыслу закона, но даже не удосуживается объявить это прямо, прикрываясь туманными фразами о том, что это вытекает из смысла или толкования закона.

Мы не против активного судебного правотворчества и даже признаем, что правотворчество *contra legem* всегда было и будет в ряде случаев неизбежно и оправданно (особенно учитывая нередко обескураживающее качество наших законов). Но это явление все-таки не должно быть общим правилом и Суд в таких случаях обязан прозрачно объяснить, в силу каких резонов он дает закону такое телеологическое толкование, которое принципиально расходится с его буквой. Иначе юристы, а также нижестоящие суды получают сигнал о том, что буква закона вовсе ничего не значит. Посылать такие сигналы, конечно, не входит в цели ВАС РФ. Поэтому важно, чтобы вопрос уравнивания политико-правовых соображений и соображений формальной законности при телеологическом толковании закона ставился в тексте постановлений прямо и разрешался открыто.

Не секрет, что именно так поступает иногда Верховный суд Германии. Когда он выносит решение *contra legem*, то часто прямо это признает и мотивирует такой отход тем, что в правовой системе помимо буквы закона существуют также принципиальные конституционные ценности и отраженные в них общие принципы общественной нравственности, которые в исключительных случаях могут перевесить по своей значимости ценность верховенства норм законодательства¹⁶. Аналогичным образом мотивируют такие решения и высшие суды многих других стран, в которых действует селективная модель контроля (Англия, США и др.).

В-третьих, желательно, чтобы по примеру, скажем, практики аргументации решений Верховного суда Германии, американских или английских высших судов в постановлениях Президиума ВАС РФ приводились ссылки на те доктринальные источники, которые служат обоснованием принимаемой правовой позиции. Считаем также оправданным упоминание научных воззрений, с которыми Суд не соглашается. В обоих случаях упоминание в тексте постановлений имен ученых

¹⁶ Примеры из практики Верховного суда Германии см.: Карпетов А.Г. Указ. соч. С. 164–176.

и их работ, в которых затрагивается обсуждаемый вопрос, делает постановление более авторитетным и убедительным.

Но не менее важно и то, что такая практика создавала бы важные стимулы для самой науки. Последняя в России находится в крайне удручающем состоянии. У юристов, имеющих интерес к научным изысканиям, зачастую не оказывается достаточных побуждений заниматься наукой. Деятельность эта почти не оплачивается. Нематериальные же цели, которые, по сути, и должны пробуждать научный интерес, у нас в стране туманны. Нередко труды ученых не прочитываются теми, кто влияет на формирование правового регулирования. Законодатель отечественные научные разработки в сфере права, как правило, игнорирует. В то же время ВАС РФ, сталкиваясь с проблемой, по которой есть интересные научные разработки, их зачастую использует. Желательно, чтобы в тех случаях, когда научные идеи действительно становятся частью истинной линии аргументации, этот факт не скрывался. Вероятность того, что вклад ученого будет честно признан в решении высшей судебной инстанции, повысит престиж академической работы и будет способствовать оживлению научных исследований. Так, в США авторитет научных теорий и школ регулярно измеряется по индексу цитируемости соответствующих статей и монографий в судебных решениях.

Известно, что Президиум ВАС РФ при мотивировке постановлений в качестве дополнительных убеждающих аргументов уже начал использовать ссылки на судебную практику зарубежных судов, как имеющих определенную взаимосвязь с российским правом (ЕСПЧ), так и не имеющих таковой (Суд ЕС)¹⁷. Странно, что в тексте постановлений Президиума ВАС РФ допускаются ссылки на практику иностранного суда, но только не на отечественную научную доктрину.

Стоит также напомнить, что ссылки на научную доктрину начинают встречаться в тексте особых мнений судей КС РФ¹⁸.

Мы не видим принципиальных возражений против использования этого весьма полезного зарубежного опыта и упоминания российской научной литературы в постановлениях Президиума ВАС РФ в качестве убеждающего довода, в порядке примера или аналогии, когда это оправданно по существу.

Избыточная широта гипотез правовых позиций

Как законодательная норма условно состоит из блока «Если...» (гипотеза) и блока «То...» (диспозиция) и может включать в блок «Если...» целый ряд обстоятельств, являющихся необходимыми условиями для запуска блока «То...», так и правовая позиция, создаваемая в рамках судебного правотворчества, для того, чтобы эффективно унифицировать и направлять судебную практику, должна содержать в своей гипотезе осмысленный и исчерпывающий набор фактических обстоятельств, определяющих применение диспозиции создаваемой нормы.

¹⁷ См., напр.: постановление Президиума ВАС РФ от 24.04.2012 № 16404/11.

¹⁸ См., напр.: Особое мнение судьи Г.А. Гаджиева к определению КС РФ от 17.01.2012 № 174-О-О.

Проблема состоит в том, что в мотивах постановления Президиума ВАС РФ далеко не всегда отражаются принципиальные фактические обстоятельства, из которых состоит диспозиция закрепляемого им правила. Например, в описательной части постановления, где приводятся значимые обстоятельства дела, могут быть указаны обстоятельства Ф1, Ф2, Ф3, Ф4, Ф5. Но далее, когда в тексте формируется правовая позиция, в ее гипотезе зачастую не выделяются четко те обстоятельства, которые и оказали решающее влияние на сделанный вывод. Сама диспозиция кристаллизуемого правила вытекает из обстоятельств Ф1, Ф2 и Ф3. Но это прямо при мотивировке правовой позиции не фиксируется. Текст может создавать видимость того, что в гипотезу правовой позиции включается лишь одно из указанных обстоятельств (например, Ф1), в то время как на самом деле Суд не вынес бы такое решение, если бы в деле не было обстоятельств Ф2 и Ф3.

В результате правовая позиция, которую нижестоящие суды и практикующие юристы могут выделить из постановления при первом прочтении, в ряде случаев оказывается избыточно широкой по охвату гипотезы. ВАС РФ не имел в виду, что диспозиция создаваемого им правила должна применяться при наличии в аналогичном споре одного лишь обстоятельства Ф1 и в отсутствие обстоятельств Ф2 и Ф3. Но суды могут сделать из прецедента ВАС РФ именно такой вывод и начать применять его в тех случаях, которые высший суд вовсе не предполагал.

Это, в свою очередь, приводит к тому, что впоследствии Президиуму ВАС РФ приходится брать на рассмотрение аналогичные споры, разрешенные нижестоящими судами на основе неверного прочтения правовой позиции Суда, и уточнять самого себя, указывая, что его ранее вынесенное постановление на самом деле может применяться только при наличии в деле еще и обстоятельств Ф2 и Ф3. Такие дела в последнее время все чаще появляются в надзорной практике ВАС РФ. Притом что такое уточнение может последовать и по прошествии нескольких лет и применяться с обратной силой, возникает абсолютно неоправданная и необязательная правовая неопределенность. Ведь всех этих проблем ВАС РФ мог бы избежать, будь он точнее в обозначении релевантных фактических обстоятельств, входящих в гипотезу правовой позиции в качестве *необходимых* ее условий.

Кроме того, многие действительно определяющие обстоятельства вовсе не упоминаются в тексте постановления. Например, в ряде случаев важнейшее значение для принимаемого решения имело то, что Суд на основе анализа представленных документов и выступлений представителей сторон в ходе заседания Президиума усмотрел в поведении одной из сторон недобросовестность. Однако это обстоятельство в тексте постановления иногда вовсе не упоминается. В результате формируется правовая позиция, которая впоследствии начинает применяться нижестоящими судами по аналогичным делам и приниматься во внимание юристами-практиками, но при этом не в полной мере соответствует цели и замыслу Президиума. Суд не имел в виду, что такое же решение должно приниматься по аналогичным делам, в которых нет злоупотребления правом, пусть даже налицо все иные значимые фактические обстоятельства прецедентного дела. Нижестоящие суды, введенные в заблуждение этим умолчанием, впоследствии реплицируют по аналогичным делам тот формат правовой позиции, который лежит на поверхности в тексте постановления, далеко не всегда догадываясь об истинной регулятивной воле Президиума ВАС РФ.

Иногда Суд, осознавая эту проблему, не включает в текст постановления оговорку о возможности пересмотра аналогичных дел по новым обстоятельствам. Основная цель такого шага, как мы далее покажем, заключается в том, что ВАС РФ пресекает процессуальную ретроспективность новой правовой позиции, опасаясь возможного подрыва правовой определенности. Однако нередко отсутствие такой оговорки свидетельствует о том, что Суд как бы пытается дать сигнал судам и юристам о том, что правовая позиция, зафиксированная в данном деле, носит своего рода характер *ad hoc*, неразрывно связана с фактами этого конкретного дела и может применяться в аналогичных случаях крайне осторожно. Суд тем самым намекает нижестоящим судам, что эта правовая позиция имеет меньшую убеждающую силу, чем позиция, закрепленная в постановлении Президиума, которое содержит оговорку о ретроспективном действии.

Такая практика является в корне неверной. Правосудие *ad hoc* недопустимо, равно как и недопустимо правотворчество *ad hoc*. Когда ВАС РФ разрешает дело, он должен быть готов применять тот же подход ко всем аналогичным делам. Иначе подрываются фундаментальные принципы правового государства. Если Суд видит тесную связь формируемой правовой позиции с уникальными фактическими обстоятельствами разрешаемого дела, он просто должен максимально сузить гипотезу правовой позиции, включив в нее прямо соответствующий уникальный набор фактических обстоятельств (например, недобросовестность одной из сторон, наличие признаков обхода закона и т. п.). Безусловно, это требует более вдумчивого подхода к определению формулировок соответствующих правовых позиций в тексте постановлений Президиума ВАС РФ, чем такой простой вариант, как исключение оговорки о ретроспективности. Но именно этот подход является единственно легитимным способом избежать рисков применения формируемой правовой позиции по делам, в отношении которых следование данной правовой позиции Суд считает неприемлемым. Ведь отсутствие в тексте постановления Президиума ретроспективной оговорки отнюдь не означает, что правовая позиция, закрепленная в данном акте, теряет значение «фактической обязательности» для нижестоящих судов *на будущее*.

Резюме напрашивается само собой. Судьям, ответственным за подготовку текста постановления Президиума ВАС РФ, следует очень внимательно относиться к тому, как выглядит гипотеза формируемой правовой позиции, ясно и недвусмысленно выделяя в тексте те фактические обстоятельства прецедентного дела, которые являются *необходимыми* условиями для выдвигаемой диспозиции формируемого правила, и ограничивая их от всех прочих.

При этом в ряде случаев сформировать идеальное содержание гипотезы правовой нормы в правотворческом акте сложно: нормы законодательства или судебного правотворчества оказываются иногда неоправданно широкими по охвату. И тогда суды при разрешении дел на основе данных норм вынуждены впоследствии уточнять их смысл. Применительно к нормам закона это происходит путем ограничительного толкования и формирования исключений для ситуаций, в которых имеются фактологические нюансы, не упомянутые в гипотезе законодательной нормы. Это часть естественного судебного развития и толкования законодательных норм. Все предвидеть невозможно. Отсюда и постоянная динамика развития и изменения права. Такая же история происходит регулярно и с прецедентами высших судебных инстанций, которые сами же эти инстанции, а иногда и нижестоящие суды вынуждены уточнять и ограничивать в своей последующей практи-

ке по мере того, как выявляется изначально неочевидная избыточность гипотезы прецедентной правовой позиции. Но по меньшей мере в тех случаях, когда этого проявления имманентно присущей любому правотворчеству «открытости текстуры» можно избежать, более тщательно подойдя к формированию гипотезы нормы, следует так и делать.

Избыточность аргументации и неоправданная ограниченность гипотез правовых позиций

Еще более остро стоит противоположная проблема — избыточность аргументации. Иногда Президиум ВАС РФ перечисляет в качестве оснований для сделанного вывода слишком много фактических обстоятельств, отчего гипотеза правовой позиции оказывается неоправданно узкой по своему охвату. Ключевым признаком такой модели аргументации являются слова «кроме того».

Например, в разбираемом споре ВАС РФ выявил десять более или менее значимых фактических обстоятельств (Ф1, Ф2, Ф3, Ф4... Ф10). Все эти обстоятельства упоминаются в тексте постановления при описании фабулы дела. Но далее, когда Суд переходит к изложению правовых аргументов собственного решения, он в качестве доводов, обосновывающих выводимую им правовую позицию, приводит избыточное количество этих обстоятельств. Скажем, данная правовая позиция (ПП) на самом деле может быть выведена Судом всего лишь из двух обстоятельств (допустим, Ф2 и Ф3). Уже при наличии этих элементов гипотеза формируемой правовой позиции будет достаточна точной по охвату. Вместо этого Суд приводит в качестве дополнительных доводов еще и обстоятельства Ф4 и Ф5. В итоге создаваемая правовая позиция вместо «Если Ф2 и Ф3, то ПП», выглядит так: «Если Ф2, Ф3, Ф4 и Ф5, то ПП». Добавление двух этих лишних «фактологических» аргументов (Ф4 и Ф5) в гипотезу является избыточным, так как обстоятельства Ф2 и Ф3 уже составляют необходимую и *достаточную* основу для сделанного вывода.

Чем грозит такая аргументационная избыточность? Ответ очевиден. То правило, которое в данном постановлении считают нижестоящие суды и юристы-практики, оказывается необоснованно узким по охвату гипотезы и потому применимым далеко не во всех ситуациях, когда это действительно оправданно. Тем самым формируется избыточный правовой вакуум. Впоследствии Суду приходится, разбирая аналогичные по своей сути споры, уточнять свою прежнюю правовую позицию и расширять сферу ее применения. С учетом того, что такой шанс может представиться нескоро, а новое уточняющее постановление Президиума ВАС РФ, как правило, будет иметь обратную силу, создается ненужная правовая нестабильность.

Высший суд должен очень аккуратно относиться к мотивировке собственных решений и включать в мотивы формируемой позиции те аргументы, которые являются не только необходимыми, но и *достаточными*. Фактологические аргументы со ссылкой на те обстоятельства конкретного дела, без наличия которых Суд все равно пришел бы к данному правовому выводу, не должны приводиться в тексте в качестве мотивов принимаемого решения. В этом и состоит задача по формированию так называемого *ratio decidendi*.

Здесь опять же не стоит предаваться иллюзиям и рассчитывать на то, что Суд всегда *ex ante* абсолютно уверен, какие из используемых им при обосновании позиции аргументов «от фактов конкретного дела» являются достаточными. Проблема избыточности гипотез правовых позиций имманентно свойственна судебному правотворчеству, в рамках которого ВАС РФ формирует правило на будущее на основе разбора вполне конкретного кейса, переполненного фактическими нюансами. Действительно, заранее, не видя фабулы какого-то похожего гипотетического спора, в котором присутствуют все фактические элементы разбираемого прецедентного дела за вычетом одного или двух, достаточно сложно просчитать готовность распространять действие формируемого правила за рамки «фактологического» состава прецедентного дела. Поэтому, как это принято считать в английском праве, то, что является *ratio decidendi* конкретного прецедентного решения, определяется не только самим судом, данный прецедент создающим, но и нижестоящими судами, которые впоследствии этот прецедент интерпретируют, примеряя к фабуле нового похожего дела. Такая же ситуация сложилась и в судебной практике континентальной Европы, на что справедливо указал в недавней статье Л.В. Головки¹⁹. Нижестоящие суды при помощи ученых, комментирующих соответствующий прецедент, или без таковой неминуемо вовлекаются в процесс поиска истинного нормативного заряда прецедента, при очевидной политико-правовой необходимости прибегая к расширению *prima facie* его гипотезы.

Это неудивительно. Правовые позиции высшего суда равно так же, как и законодательные нормы, не могут применяться автоматически, без толкования. Накопление практики толкования правовой позиции высшего суда повышает шансы на то, что такого рода споры вновь попадут на его рассмотрение, и формирует условия для того, чтобы сам высший суд впоследствии уточнил содержание *ratio decidendi* своего прежнего прецедента, расширив гипотезу соответствующей правовой позиции. Таким же образом плавная эволюция судебной практики постепенно уточняет и смысл законодательных норм, при необходимости прибегая к их расширительному толкованию или применению по аналогии к смежным фактическим ситуациям.

«Открытая текстура» правовых норм (как ее называл Герберт Харт) имманентно свойственна любому виду нормотворчества и проявляется время от времени как в избыточной широте, так и в недостаточности охвата гипотезы нормы. Но в то же время возникает вопрос о степени этой правовой неопределенности. Чем аккуратнее высший суд (или законодатель) подходит к формированию правовой нормы, чем лучше он продумывает ее желаемый регулятивный охват и четче отражает свой замысел в тексте, тем меньше правовая неопределенность и реже у судов в дальнейшем возникают вопросы об истинных границах действия данной нормы.

В чем же причина того, что в практике ВАС РФ отмечается множество примеров отступления от описанной выше желательной модели мотивировки? Думается, что дело отчасти в нечетком понимании функциональных приоритетов. Если за-

¹⁹ См.: Головки Л.В. Судебный прецедент как ненормативный способ легитимации судебных решений // Вестник гражданского права. 2010. № 6. С. 6–34.

дача высшего суда сводится только к тому, чтобы исправить ошибку нижестоящих судов и восстановить справедливость и законность, то действительно все, о чем нужно заботиться Суду, — это объяснить сторонам дела и всему юридическому сообществу, почему именно такое решение *данного дела* является обоснованным. И чем больше аргументов будет использовать суд для оправдания своего решения и с учетом конкретных обстоятельств дела, тем более обоснованным будет выглядеть это решение. При таком «правозащитном» функциональном акценте вполне оправданно выделять при обосновании решения как можно больше фактических обстоятельств, указывающих на то, какую сторону надо защитить, а какую наказать. Часто именно так поступают нижестоящие суды, пытающиеся максимально защитить свое решение от возможного пересмотра за счет введения в текст решения как можно большего количества аргументов, способных в той или иной степени повысить его легитимность с точки зрения оценки этого решения вышестоящими судами.

Если же основная задача, стоящая перед Президиумом ВАС РФ, заключается не столько в том, чтобы правильно разрешить конкретное дело, сколько в том, чтобы на его примере одновременно с восстановлением справедливости еще и сформировать некую правовую позицию по аналогичным делам на будущее и создать условия для того, чтобы столь же справедливо разрешались тысячи похожих дел, которые не попадут в Президиум, то подход к аргументации должен быть совсем другой. В таком контексте принцип «чем больше аргументов, тем лучше» может быть вреден. Избыточная аргументация со ссылкой на множество уникальных фактических обстоятельств конкретного дела хотя и делает решение чуть более убедительным, но приводит к тому, что его прецедентная сила значительно снижается за счет сужения охвата гипотезы создаваемой нормы. Иначе говоря, правозащитная функция надзорного производства начинает на первый взгляд мешать осуществлению регулятивной функции.

Однако на самом деле этот конфликт лишь видимость. Если Суд готов признать, что в отношении всех будущих аналогичных дел при применении диспозиции создаваемого правила достаточно наличия лишь части принципиальных фактических обстоятельств, имеющих в прецедентном деле, то и в контексте последнего наличия этих обстоятельств вполне *достаточно* для вынесения данного решения. Соответственно, приведение дополнительных аргументов со ссылкой на факты данного спора не может ничего изменить и является избыточным не только в плане нормотворческой задачи деятельности Президиума ВАС РФ, но и в контексте отправления правосудия в буквальном смысле этого слова (т. е. справедливого разрешения конкретного прецедентного спора). Получается, от таких дополнительных аргументов, привязанных к фабуле конкретного прецедентного дела, нет пользы даже для непосредственно *судебной* функции ВАС РФ, в то время как применительно к его *нормотворческой* функции эти «аргументационные довески», без сомнения, вредны.

Чем больше судьи ВАС РФ и их помощники, ответственные за подготовку мотивировочной части постановлений Президиума ВАС РФ, будут думать о том, как текст постановления будет воспринят нижестоящими судами и использоваться в дальнейшем при разрешении аналогичных споров, тем лучше.

Obiter dictum

Наконец, нельзя не обратить внимания и на еще одну важную особенность судебного правотворчества. *Ratio decidendi* включает в себя те фактические обстоятельства, наличие которых *необходимо и достаточно* для кристаллизации его диспозиции. Но иногда высший суд любой страны, в которой принята практика транспарентной мотивировки, позволяет себе попутные замечания по вопросам права, которые не имеют решающего значения для принятия решения по данному конкретному делу, но отражают нормативные представления Суда по смежным вопросам. В англосаксонском праве (а вслед за ним и в международной юридической практике) такие правовые выводы принято называть *obiter dictum/dicta* («попутно сказанное»).

Например, суд может указать в решении, что если бы в деле были несколько иные фактические обстоятельства, то он бы сформировал на этот случай иную правовую позицию. Или же суд может не признать свою компетенцию по разрешению спора либо отказать в иске по формальным основаниям (скажем, по причине истечения срока давности), но при этом позволить себе сделать те или иные правовые выводы по существу спора. Суд также может, толкуя принципиальную для разрешения конкретного спора законодательную норму, попутно дать интерпретацию и смежной норме, которая не касается данного дела непосредственно, но может оказаться применимой в схожих делах.

В англосаксонской традиции такие попутные правовые позиции высшего суда не рассматриваются как обязательные для нижестоящих судов. Применительно к указанным правовым позициям принцип *stare decisis* (формальной обязательности прецедентов) не действует. В то же время такие позиции часто становятся авторитетной убеждающей силой (*persuasive power*): нижестоящие суды не обязаны следовать этой попутной правовой позиции формально, но стараются ориентироваться на них.

В чем отличие *obiter dictum* от избыточной аргументации, о которой мы писали выше? Ответ на этот вопрос заключается в том, что в рамках попутных правовых замечаний суд при мотивировке принятого решения создает правовые позиции, избыточные с точки зрения задачи разрешения конкретного спора. Тем самым он осознанно заглядывает в будущее и дает ответы на те *вопросы права*, которые связаны с сутью разбираемого спора, но непосредственно на его исход повлиять не могут. Создание попутных правовых позиций имеет очевидный практический смысл, хотя и следует признать, что такое отвлечение от сути спора должно быть скорее исключением.

В случае же избыточной аргументации «от фактов дела» суд занимается тем, что для большей убедительности своего решения конкретного спора связывает сделанные выводы с избыточным количеством наличествующих в его фабуле фактических обстоятельств, без которых он все равно пришел бы к тому же самому выводу. Тем самым высший суд дезориентирует нижестоящие суды. В отличие от *obiter dictum* избыточная аргументация является очевидным дефектом, которого высшему суду лучше не допускать.

Может ли использовать *obiter dictum* Президиум ВАС РФ? Думается, что да. Потребность в этом возникает в том случае, когда Президиум в тексте постановления пытается сформулировать некий многоэлементный правовой режим или создать с нуля серьезную правовую доктрину, в которых лишь один из элементов имеет непосредственное отношение к сути спора. Нередки и ситуации, когда Суд отвергает притязания одной из сторон по тем или иным основаниям, но одновременно делает важные правовые выводы о другом основании, которое в данном деле не имелось или не использовалось, но в похожих делах может иметься или быть востребованным. Хороший недавний пример — постановление от 24.04.2012 № 16404/11 по громкому делу «Парекс банка», где Президиум ВАС РФ впервые прямо назвал применимой доктрину «срывания корпоративной вуали», хотя и не стал ее использовать в этом деле вследствие некоторых его специфических обстоятельств.

Если формируемое Судом правило имеет простую структуру и точечное действие, то потребности в попутном нормативном «послании», как правило, не возникает. Но допустим, что Суд при рассмотрении дела о продаже заложенного имущества столкнулся с тем, что залогодержатель, настаивая на сохранении залога, указывал в качестве доказательств недобросовестности приобретателя как на его аффилированность с залогодателем, так и на наличие подозрительно низкой цены, косвенно свидетельствующей о том, что приобретатель знал о залоге и заложил риск его сохранения в цену. При этом Суд приходит к выводу, что цена вопреки доводам залогодержателя была рыночной и не указывала на наличие признаков недобросовестности, но в то же время признает убедительным тезис об аффилированности. Может ли Суд при мотивировке постановления указать на то, что, если бы в данном деле цена покупки действительно вопиюще отличалась от рыночного уровня, этого основания было бы достаточно для формирования аналогичной презумпции о сохранении залога? Безусловно, да. Более того, если этот вывод очевиден Суду, нет причин воздерживаться от формирования этой попутной правовой позиции в данном постановлении. Ждать поступления в Президиум ВАС РФ аналогичного дела, в котором этот фактор цены окажется ключевым и сможет войти в *ratio decidendi*, можно годами, в то время как потребность в унификации судебной практики может быть весьма острой. В данном деле фактор цены не становится элементом *ratio decidendi* (в отличие от тезиса об аффилированности), но на будущее нижестоящие суды получают сигнал о том, что при наличии подозрительно низкой цены недобросовестность покупателя может также предполагаться.

Может ли *obiter dictum* в нашей правовой системе восприниматься как обязательная правовая позиция или такой правовой вывод, как и в Англии, должен носить лишь рекомендательный характер?

Думается, что с учетом катастрофического нормативного голода острой потребности судов и участников оборота в правовых позициях высшего суда, способных стабилизировать и унифицировать практику, проводить какую-либо дифференциацию между *ratio decidendi* и *obiter dictum* по их руководящей силе в отечественном праве не следует. Кроме того, мы не видим причин, почему ВАС РФ, имеющий право на абстрактное нормотворчество в форме постановлений Пленума, при разрешении конкретного спора не может сформулировать попутную правовую позицию, связанную с фабулой дела, но несколько выходящую за ее рамки.

4.3. Соотнесение правовых позиций с прежней судебной практикой

Общее описание проблем

Одна из бед судебного правотворчества ВАС РФ — отсутствие устоявшейся практики согласования создаваемых правовых позиций с прежней практикой самого же Суда.

Судебная практика любого высшего суда меняется и уточняется по мере развития социально-экономического контекста, доктринальных воззрений и культурных установок общества. Просматривая практику Президиума ВАС РФ второй половины 1990-х гг., любой цивилист наверняка увидит множество постановлений, которые Президиум ВАС РФ сейчас разрешил бы совсем иначе. Шанс на обновление правовой позиции появляется, когда аналогичное дело передается на Президиум для разрешения. Иногда процесс обновления старой практики ускоряется за счет принятия комплексных постановлений Пленума или информационных писем ВАС РФ.

Как уже отмечалось, практикующие юристы вынуждены не только следить за актуальной судебной практикой, но и просчитывать риски ее изменения для того, чтобы составить настолько точный прогноз правовых последствий соответствующего шага клиента или работодателя, насколько это возможно в заданных условиях, учитывая при этом, что *абсолютных* гарантий и стабильности в праве не бывает.

Президиум ВАС РФ, меняя и уточняя свои старые правовые позиции или создавая правовые позиции по смежным вопросам, должен делать все, чтобы облегчить юристам эту работу. Это очень важно для обеспечения приемлемого уровня *относительной* правовой определенности и предсказуемости. Основная часть этой работы заключается в том, чтобы транспарентно увязывать новую правовую позицию с теми позициями, которые Суд ранее создавал в своей надзорной практике, информационных письмах или постановлениях Пленума.

В тексте постановлений Президиума ВАС РФ необходимо активнее и более развернуто приводить ссылки на прежнюю судебную практику. В последнее время такая техника стала встречаться в постановлениях Президиума, и это надо приветствовать. Но все же пока ВАС РФ делает это далеко не всегда, когда имеется релевантная прежняя практика Президиума, и почти никогда не делает, когда старая практика противоречит новой правовой позиции.

В большинстве случаев, меняя свои прежние правовые позиции и очень часто уточняя их, Суд делает это скрыто, что в корне неверно, так как опять же является признаком нетранспарентности, усложняет понимание нижестоящими судами и юристами-практиками правотворческой воли высшего суда и регуляторной среды в целом и в конечном счете дестабилизирует судебную практику. Суд не должен скрывать, когда, как и почему он отходит от своей прежней практики. Этот вывод актуален и для тех случаев, когда ВАС РФ уточняет старую правовую позицию, расширяя или ограничивая охват ее гипотезы (в том числе путем создания исключений), а равно меняя или детализируя саму ее диспозицию.

Техника отличия

Зачастую Суд сталкивается с ситуацией, которая формально подпадает под гипотезу его прежней правовой позиции, но в силу политики права требует иного регулирования. Как уже отмечалось, не следует питать иллюзий, будто бы ВАС РФ (как и законодатель) в состоянии идеально сформулировать охват гипотезы создаваемой правовой позиции. Многие нюансы сложно предугадать и учесть в формируемом правиле. Суд должен стремиться к точности гипотезы правовой позиции, но не может избежать ситуации, когда сферу действия правовой позиции потребуется ограничить или создать необходимое исключение из данного правила.

В таких случаях с точки зрения транспарентной техники судебного правотворчества ВАС РФ должен прямо и ясно указывать на то, какие фактические обстоятельства нового дела являются настолько значимыми, что это отличает данную ситуацию от общей гипотезы прежней правовой позиции. Допустим, ранее в одном из дел суд давал защиту того или иного интереса стороне договора, а в новом деле сложилась аналогичная ситуация, но такую защиту Суд считает неоправданной в силу определенного поведения этого лица, которое он характеризует как недобросовестное. В такой ситуации ВАС РФ должен прямо указать в новом постановлении на существование старого прецедента, тем самым признав сохранение в целом его актуальности. В то же время Суду необходимо уточнить сферу действия гипотезы старого прецедента за счет введения соответствующего исключения применительно к той или иной форме недобросовестности, выявленной в новом деле. При этом ВАС РФ следовало бы одновременно указать на то, какой набор фактических обстоятельств будет квалифицироваться как недобросовестность и исключать применение общего правила.

Иначе говоря, данный случай служит примером отличия через исключение, когда суд отличает новое дело от гипотезы старого прецедента за счет усечения ее охвата и создания исключения.

Но в ряде случаев транспарентное отличие требует не создания исключения из старой правовой позиции, а просто проведения четкой демаркационной линии между различными фактическими обстоятельствами. Например, если ранее ВАС РФ заявлял о том, что проценты годовых могут начисляться на сумму просроченного денежного долга, включая НДС, то у участников оборота возникают определенные основания ожидать, что такой же подход может применяться и в отношении ситуации начисления процентов годовых или пеней на цену просроченного неденежного исполнения (например, процентов годовых, взыскиваемых с продавца за просрочку в передаче предоплаченного товара). Если впоследствии ВАС РФ решил при рассмотрении спора о начислении пеней за просрочку в перевозке в виде некоего процента от цены услуг перевозчика (тарифа) зафиксировать невозможность начисления пеней на часть цены, выделенную в качестве НДС, то ему следует провести четкую разделительную линию между гипотезами старой и новой правовых позиций и указать на принципиальное отличие в их существе, обосновывающее столь разное отношение Суда (либо обосновать спецификой тарифного регулирования или тем фактом, что должник в новом деле в отличие от старого прецедента нарушил неденеж-

ное обязательство)²⁰. Такие транспарентность и комплексность не потребуют от Суда значительных интеллектуальных усилий в ситуации, когда он действительно осознает ключевой критерий отличия, но при этом значительно упростят правоприменение в дальнейшем, создадут комплексное и системно — согласованное регулирование, предотвратят лишние споры и необходимость впоследствии делать всё новые уточнения.

Методика отличия (в английском праве — *distinguishing*) является краеугольным камнем хорошо налаженного судебного правотворчества. При этом в практике ВАС РФ она используется, хотя и зачастую в неявной форме, как самим Судом в отношении своей прежней практики, так и нижестоящими судами при определении применимости прецедентов ВАС РФ в отношении разбираемого ими спора.

Могут ли нижестоящие суды создавать исключения из сферы действия правовой позиции ВАС РФ или сужать ее за счет ограничительного толкования? Безусловно, да.

Даже в странах, где действует строгий *stare decisis*, это происходит постоянно. В Англии или США нижестоящий суд не может по общему правилу прямо отвергнуть прецедент, созданный судом более высокой инстанции, но может выделить в рассматриваемом споре те значимые фактические обстоятельства, которые отсутствовали в прецедентном деле, и на этой основе отличить свое дело от сферы действия прецедента, вывести спор за границу «гравитационной силы» прецедента и разрешить его на основе собственных представлений о должном правовом регулировании. Именно этот важный фактор, который часто не замечают российские юристы, считающие английскую систему прецедента системой абсолютного подчинения нижестоящих судов практике вышестоящих судов, предопределяет гибкость английского и американского права. Если бы не техника отличия, английское право не способно было бы столь принципиально видоизменяться за последние 200 лет. Отметим, что право суда осуществлять прямую отмену прецедента было зафиксировано в Англии только в 1960-е гг. и лишь применительно к палате лордов (сейчас — Верховному суду), которая использовала все последние годы эту возможность довольно редко и крайне осторожно (всего несколько десятков раз). Остальные же английские суды до сих пор не могут отменить старые прецеденты, вынесенные ранее этими же судами, не говоря уже о прецедентах, созданных судами более высокой инстанции. В этих условиях развитие общего права во многом шло и продолжается именно за счет отличий и создания исключений.

Что касается стран, в которых не действует строгий *stare decisis* и подчинение нижестоящих судов правовым позициям вышестоящих судов есть в большей степени элемент культуры функционирования бюрократической вертикали (та самая пресловутая фактическая обязательность), то в их случае тем более странно говорить об абсолютной невозможности создания нижестоящими судами исключений из прецедентов высшего суда или ограничительного толкования содержащихся в них правовых позиций. Единственный сдерживающий фактор — это боязнь пересмот-

²⁰

К сожалению, именно в отношении этого вопроса практика ВАС РФ последних нескольких лет демонстрировала отсутствие искомой ясности (см.: постановления Президиума ВАС РФ от 22.09.2009 № 5451/09 и от 11.09.2012 № 5328/12), что в итоге привело к отсутствию четкого понимания у юристов зафиксированного Судом подхода к решению этой проблемы.

ра вынесенного решения. Ведь когда нижестоящий суд использует отличие, он меняет правила игры не *erga omnes* (т. е. для всех), а только *ad hoc* применительно к одному конкретному спору. Когда судье вполне очевидно, что охват гипотезы прецедента ВАС РФ слишком широкий, а в разбираемом деле имеется принципиальная фактическая особенность, отсутствовавшая в прецедентном деле, но явным образом вызывающая к иному регулированию, он может решиться на отличие. В этом случае он указывает, в силу каких отличий в фактических обстоятельствах правовая позиция ВАС РФ не применима в данном деле, и выводит ситуацию из-под действия прецедента, получая возможность сформулировать применительно к этому делу новую правовую позицию. Вышестоящий суд, в который решение будет, скорее всего, обжаловано, станет проверять наличие достаточных оснований для такого отличия. И поэтому чем убедительнее будет суд в описании существенности отличий этих дел, тем больше шансов на то, что вышестоящие суды решатся его поддержать. Если это произведенное судом отличие будет признано вышестоящим судом, а затем, возможно, и Президиумом ВАС РФ, то окажется, что судья первой инстанции своей смелостью поспособствовал тому, что ВАС РФ уточнил свою прежнюю правовую позицию *erga omnes*.

Бояться возможного хаоса в практике нижестоящих судов не стоит в силу того, что конкретный судья, как правило, совершает такой смелый шаг, только когда налицо *очевидная* специфика фактических обстоятельств. Если риск просчитаться в прогнозах для конкретного судьбы первой инстанции достаточно высок, он вряд ли решится на произвольное отличие. В ситуации, когда судья по известным причинам готов вынести явно неправомерное решение, ему вряд ли что-то может помешать. Поэтому страх того, что практика использования отличий может стать инструментом в руках недобросовестных судей, вряд ли оправдывает введение абсолютного запрета на ее использование и блокирование самой возможности эволюционного развития судебной практики «снизу».

Ключевой аспект методики отличия состоит в нахождении таких фактических особенностей нового дела, которые с точки зрения политики права оправдывают создание исключения. Такого рода случаи нужно отличать от искусственного отличия, прикрывающего попытку нижестоящего суда осознанно проигнорировать правовую позицию ВАС РФ. Например, если в некоем прецедентном деле в отношении взыскания неустойки с ОАО был закреплен принцип, согласно которому снижение неустойки возможно только по заявлению должника, а впоследствии нижестоящий суд обосновал отличие и снижение неустойки *ex officio* тем, что в разбираемом им споре речь идет о взыскании неустойки с ООО, то вполне очевидно, что суд положил в основу отличия нерелевантную с политико-правовой точки зрения фактическую особенность нового спора и, по сути, просто выискал формальное прикрытие для неподчинения правовой позиции высшего суда. Вместе с тем в несколько ином правовом контексте (например, в отношении некоего корпоративного спора) проведение подобного отличия с опорой на специфику организационно-правовой формы стороны спора может оказаться вполне оправданным с политико-правовой точки зрения.

Безусловно, каждое дело уникально, и в новом споре всегда найдется некоторое число отличий от прецедентного дела. Вопрос в том, чтобы нижестоящий суд не пытался класть в основу отличия иррелевантные с политико-правовых позиций различия. Противоядием от практики неоправданных отличий могут послужить

формирование культуры транспарентной мотивировки, более точная фиксация высшим судом гипотез создаваемых им правовых позиций, а также активная работа инструментов вертикальной лояльности (пересмотр таких решений и связанных с этим формальных и неформальных санкций в отношении конкретного судьи, решившегося прямо перечить правовым позициям высшего суда). Иначе говоря, чем лучше ВАС РФ будет аргументировать собственные решения, чем транспарентнее и честнее методика отличений будет использоваться нижестоящими судами, и чем эффективнее Суд будет контролировать ее применение, тем более качественно и предсказуемо будет работать российское правосудие. Президиум ВАС РФ на своем примере должен постоянно демонстрировать нижестоящим судам образцы качественного применения такой методики в собственной практике, а также своевременно пресекать искусственные и неоправданные отличия, совершаемые нижестоящими судами.

Мы уверены, что при отсутствии институциональных потрясений в деятельности системы арбитражных судов рано или поздно культура применения отличия сложится и в России. Не стоит забывать, что зарубежные подходы к этой методике также возникали и кристаллизировались постепенно. Однако в ситуации догоняющего правового развития нет нужды ждать столетия, чтобы такая методика сложилась в нашей стране эволюционно в автономном режиме. Этот процесс следует ускорить за счет привлечения опыта ведущих зарубежных стран, более пристального научного осмысления судебной практики ВАС РФ и ускоренного формирования консенсуса по данному вопросу внутри судейского сообщества в целом. Но начинать нужно с осознанной оптимизации практики мотивировки постановлений Президиума ВАС РФ и более пристального внимания судей ВАС РФ к подготовке проектов постановлений Президиума²¹.

Техника телеологического расширения сферы действия старой правовой позиции

Другой аспект проблемы проявляется тогда, когда Суд сталкивается с ситуацией, прямо не охваченной гипотезой своей старой правовой позиции, но в силу политико-правовых соображений делает вывод об отсутствии необходимости выработки применительно к данной ситуации нового правила и о наличии условий применения диспозиции ранее принятого прецедента.

Мы не будем подробно говорить о том, можно ли в данном случае говорить о применении старой правовой позиции по аналогии или в силу расширительной ее интерпретации. В науке до сих пор нет однозначного и общепризнанного ответа на вопрос об отличиях аналогии закона и расширительного толкования как инструментов заполнения пробелов в законе. Такая же неясность существует и в отношении судебного правотворчества. Как бы мы ни называли этот прием заполнения пробела, очевидно, что он практикуется часто и оправданно.

²¹

К сожалению, формат настоящей статьи не позволяет детально разобрать конкретные неудачные примеры мотивировки постановлений Президиума ВАС РФ. Читатель может ознакомиться с анализом некоторых таких примеров (см.: постановления Президиума ВАС РФ от 27.11.2012 № 9021/12 и от 30.10.2012 № 8983/12) в блоге А.Г. Каранетова на портале Закон.ру: http://zakon.ru/Blogs/pochталон_zvonit_dvazhdy_prezidium_vas_prosrochka_kreditora_i_yasnost_pravovykh_pozicij/5666; http://zakon.ru/Blogs/ten_na_pleten_ili_nachislenie_procentov_na_budushhee_pri_dosrochnom_vozvrate_kredita/5555).

Основным условием транспарентного применения этого метода формирования правовой позиции является, во-первых, готовность Суда прямо указывать реквизиты соответствующего старого прецедента. Суд должен стремиться обеспечивать структурную согласованность своих правовых позиций настолько, насколько это возможно в рамках судебного правотворчества. Важно напоминать юристам и судам о том, что старый прецедент сохраняется в силе, особенно если он был принят достаточно давно. Убеждающая сила (фактическая обязательность) старых прецедентов и их способность направлять и контролировать волю конкретного нижестоящего суда плавно снижается по мере того, как уходит в прошлое та эпоха, в которой они создавались. Конечно, в условиях фактического признания в России *stare decisis* нижестоящий суд вряд ли решится прямо отвергнуть релевантный фабуле дела, но очевидно содержательно устаревший прецедент ВАС РФ. Но в таких условиях у нижестоящих судов появляется больше смелости в вопросе допустимости более активного отличия и ограничительного толкования прецедента. Чем свежее прецедент, тем больше его убеждающая сила; чем он старше, тем эта сила меньше. Чем очевиднее содержательная устарелость прецедента для нижестоящего суда, тем меньше риск того, что кассационная инстанция накажет суд за столь активное усечение гипотезы прецедента ВАС РФ, и тем выше шанс, что, когда дело попадет в Президиум, тот на его основе ограничит или полностью пересмотрит свой старый прецедент, тем самым поддержав смелого судью. В связи с этим в случае, когда Президиум ВАС РФ при разрешении дела осознает сохранение актуальности гипотезы и диспозиции старого прецедента в рамках фабулы последнего, его упоминание применительно к несколько иной, но похожей ситуации будет небесполезным. Помимо того, что ВАС РФ демонстрирует системную согласованность своей практики, он посылает нижестоящим судам сигнал о сохранении в силе правовой позиции старого прецедента, как бы освежает его гравитационную силу и снижает шансы на то, что нижестоящие суды в ближайшее время посмеют от него отступить.

Еще одно условие качественной мотивировки такого расширения охвата гипотезы старой правовой позиции состоит в четком и ясном выведении в тексте постановления того сходства в природе правоотношений, которое и предопределяет расширение. Суд должен продемонстрировать, что такой перенос был оправдан с доктринальной и политико-правовой точек зрения, а отнюдь не произволен, так же как и при применении аналогии закона суд должен транспарентно раскрыть основания для признания именно данной, а не какой-либо иной законодательной нормы, применимой для заполнения пробела в законах. Это повышает легитимность и авторитет решений высшей судебной инстанции.

Техника преодоления старой судебной практики

В ситуации, когда ВАС РФ не уточняет сферу действия своей старой правовой позиции (путем усечения или расширения), а принципиально ее отвергает, происходит то, что юристы стран общего права называют отменой прецедента (*overruling*).

При этом следует отличать обновление диспозиции старого прецедентного правила от отличия в форме создания исключений и усечения ее гипотезы. В первом случае правовая позиция обновляется в части самого нормативного решения, а во втором — в части сферы его применения. Граница между двумя этими инструментами, разумеется, не похожа на Берлинскую стену. Так, можно фактически дезавуировать старые правовые позиции, прямо их не отменяя, а постоянно и последова-

тельно усекая сферу покрытия гипотезы за счет введения дополнительных условий и создания исключений.

Вопрос о том, могут ли нижестоящие суды не просто осуществить отличие, но и прямо отступить от правовых позиций ВАС РФ, нами уже комментировался в параграфе о *stare decisis*. Так что далее речь пойдет о случаях отступления ВАС РФ от своих *собственных* правовых позиций.

Право ВАС РФ на прямой отход от его прежних правовых позиций нами не оспаривается. В большинстве известных нам стран высшие суды могут отступать от своих прежних прецедентов. В Англии это право палаты лордов, как уже отмечалось, было признано в 1960-х гг.

Основная проблема заключается в том, что такие резкие изменения еще более, чем при усечении гипотезы ранее сформулированной правовой позиции, нарушают регулятивные ожидания участников оборота и снижают авторитет и легитимность судебной практики высшего суда. Это та цена, которую всегда приходится платить за желание улучшить прецедентное право. Кроме того, проблема усугубляется тем, что в силу специфики судебного правотворчества во всех странах общим правилом является ретроспективность такого рода изменений, о которой более подробно речь пойдет далее.

Все эти издержки изменения и отмены старых правовых позиций требуют от Суда внимательного отношения к такого рода практике. Мы отнюдь не выступаем против реформ в сфере прецедентного права. Но вполне очевидно, что ВАС РФ должен, проводя такую реформу, придерживаться следующих принципов.

Во-первых, пересмотр прежних правовых позиций должен быть транспарентным. Суд должен прямо называть вещи своими именами и не стесняться того факта, что он раньше выработал не самое лучшее или со временем устаревшее правовое решение и сейчас готов его изменить. К сожалению, Президиум ВАС РФ до сих пор скрывает такого рода реформы. Он меняет свои прежние правовые позиции и делает это очень часто, но никогда даже не упоминает о том, что ранее придерживался иного взгляда. По крайней мере, нам примеры обратного неизвестны.

Судьи, видимо, опасаются, что прямое признание того, что на самом деле происходит, привлечет внимание к тому факту, что ВАС РФ не есть некий непогрешимый источник истины и может ошибаться, менять свое мнение. Эти опасения вряд ли оправданы. Первый закон судебного правотворчества и в целом легитимной практики высшего суда состоит в полной транспарентности и честности. От профессионалов не ускользнет то обстоятельство, что Суд изменил свою практику, а тот факт, что сделано это было скрыто, как если бы не было многих лет применения нижестоящими судами прежней и теперь фактически отмененной правовой позиции ВАС РФ, лишь подорвет доверие к нему.

Практика скрытой отмены старых правовых позиций не только дезориентирует менее искушенных юристов и в целом подрывает доверие к авторитету высшего суда, но и создает неопределенность в отношении актуальности старой правовой позиции. Если она прямо не признана утратившей фактическую обязательность, нижестоящие суды могут по ошибке интерпретировать новый прецедент ограничительно и вопреки истинной воле ВАС РФ увидеть в нем не отмену старой право-

вой позиции, а всего лишь исключение, основанное на специфике данного дела. При отсутствии у нас разработанной методологии точного обозначения ключевых фактических обстоятельств, входящих в *ratio decidendi*, высок риск того, что найдется повод для квалификации новой правовой позиции в качестве результата отличия, а не прямого опрокидывания старой практики.

С учетом всех этих замечаний остается призвать Президиум ВАС РФ перейти от модели скрытого пересмотра своих правовых позиций к практике честного и транспарентного признания этого факта.

Во-вторых, Суд должен быть осторожным и чувствительным к возможным негативным последствиям изменения своей прежней судебной практики, соизмеряя преимущества от принятия, возможно, более совершенного правила, с одной стороны, и издержки от подрыва доверия участников оборота к устоявшейся судебной практике, а также реальные экономические издержки, которые такое изменение, осуществляемое ретроспективно, может породить у тех участников оборота, которые на протяжении многих лет полагались на прежнюю практику ВАС РФ, с другой стороны. При ретроспективности судебного правотворчества каждое такое изменение — потрясение для правовой системы и серьезное поправление базовых принципов права. Если в ситуации правового вакуума ретроспективность в создании новой правовой позиции не столь болезненна, так как у участников оборота не могло быть надежных оснований для тех или иных ожиданий, то в ситуации изменения устоявшейся практики самого ВАС РФ ретроспективность при изменении правовой позиции высшего суда означает серьезный удар по идее правовой определенности и доверию к Суду.

В развитых странах прямые отмены старых прецедентов высшей судебной инстанции, безусловно, происходят, но, по нашим наблюдениям, гораздо реже, чем в практике ВАС РФ. Конечно, частота пересмотра прежней практики в нашей стране может в некоторой степени объясняться спецификой момента и динамикой социально-экономических изменений в стране, осуществляющей или пытающейся осуществить транзит к состоянию развитого экономического государства. Но ничто не может объяснить тот факт, что Президиум ВАС РФ часто меняет свои правовые позиции по одному и тому же вопросу (и делает это скрытно, даже не упоминая свои старые решения по аналогичным делам) хоть каждый год. Такого легкомысленного отношения высшей судебной инстанции к собственному нормотворчеству, по нашему мнению, следует избегать.

В связи с этим одним из следствий предлагавшегося нами перехода к практике более открытого изменения старых правовых позиций будет более осторожное отношение Президиума ВАС РФ к таким изменениям. С точки зрения психологии для судей высшего суда куда сложнее каждый год менять свою правовую позицию, если им необходимо каждый раз это прямо признавать и объяснять мотивы такого шага, чем когда можно делать вид, что на самом деле якобы с чистого листа формируется справедливое правило, о возможности ретроспективного введения которого участники процесса и нижестоящие судьи должны были якобы и так догадываться.

В-третьих, с учетом того, что судебное правотворчество ВАС РФ выражается не только в форме постановлений Президиума по конкретным делам, но и в форме абстрактного нормотворчества (строго обязательных в силу закона постановлений Пленума ВАС РФ и формально рекомендательных информационных писем Пре-

зидиума ВАС РФ), встает вопрос о возможности отмены и изменения правовой позиции, сформулированной ранее в акте другого характера, чем тот, в рамках которого такое изменение происходит. Например, может ли постановление Президиума отменить правовую позицию, закрепленную в постановлении Пленума или информационном письме, и наоборот?

Проблема эта уникальна в мировой практике, так как в большинстве развитых стран у высшего суда, как правило, имеется лишь один канал доведения до публичности и нижестоящих судов своих правовых позиций — решения по конкретным делам (если не считать существующую в некоторых странах практику формирования правовых позиций в ответ на преюдициальные запросы нижестоящих судов). В силу того, что мы признаем полезность сохранения на данном историческом этапе советского опыта осуществления высшим судом абстрактного нормотворчества, возникает необходимость согласовать судебное правотворчество в его абстрактной и прецедентной формах.

Для начала рассмотрим ситуацию, когда постановлением Пленума ВАС РФ отменяется правовая позиция, ранее закрепленная в постановлении Президиума по конкретному делу. Такая возможность, думается, не должна вызывать особых возражений. Единственный недостаток этой модели обновления судебной практики ВАС РФ состоит в том, что в силу абстрактного характера нормотворчества Пленума Суду достаточно сложно привести в тексте детальное обоснование осуществленного *overruling*. Более того, на практике в постановлениях Пленума ВАС РФ, в которых Суд отступает от своей прежней надзорной практики, не встречаются упоминания реквизитов прежних постановлений Президиума, в которых ранее использовалась иная правовая позиция.

И если с отсутствием мотивировки такого рода изменения мы можем в целом смириться с учетом специфики абстрактного судебного нормотворчества, то отсутствие ссылок на собственную практику, содержащую отменяемые правовые позиции, — дело поправимое при наличии воли. Было бы разумно, если бы такие ссылки на прежнюю отличную практику (если таковая имелаась) выделялись в тексте постановления Пленума ВАС РФ в сносках к соответствующим пунктам или иным образом.

Что же до ситуации, когда правовые позиции из надзорных постановлений отменяются или меняются в рамках информационных писем Президиума ВАС РФ, тут вопрос не столь очевиден. На первый взгляд более поздний акт абстрактного нормотворчества должен отменять более ранний акт правотворчества прецедентного. Однако сейчас однозначно признано, что при наличии в постановлении Президиума ВАС РФ ретроспективной оговорки выраженная в данном постановлении правовая позиция является основанием для пересмотра вынесенных ранее решений. Вопрос же о принципиальной допустимости включения подобных оговорок в информационные письма Президиума до сих пор открыт и прямо не разрешен ни в законе, ни в разъяснениях самого ВАС РФ. Это создает логические препятствия на пути к кажущемуся оправданным выводу о возможности опрокидывания правовых позиций из постановлений Президиума ВАС РФ за счет более поздних информационных писем. Ведь получается, что рекомендательное информационное письмо отменяет действие правовых позиций по меньшей мере из тех постановлений Президиума ВАС РФ, которые содержат ретроспективную оговорку и могут в отличие от этих писем стать полноценным правовым основанием не только для

разрешения аналогичных дел в будущем, но и для пересмотра вынесенных ранее решений. Следовало бы так или иначе разрешить это противоречие.

Наконец, вполне очевидно, что не должна допускаться отмена в более поздних постановлениях Президиума ВАС РФ по конкретным делам правовых позиций, выраженных ранее в постановлениях Пленума, имеющих в отличие от первых формальную обязательность для нижестоящих судов. При наличии необходимости обновления или отмены таких формально обязательных правовых позиций логичнее вносить соответствующие изменения в сам текст постановления Пленума ВАС РФ.

Сказанное вряд ли может означать, что правовые позиции, выраженные в рамках конкретного дела в постановлении Президиума ВАС РФ в отступление от текста более раннего постановления Пленума ВАС РФ, представляют собой что-то априори незаконное. Однако появление таких примеров ввергнет участников оборота и нижестоящих судей в полную неопределенность. Формально неотменное постановление Пленума ВАС РФ будет сохранять свой статус полноценного источника права и в части того пункта, правило из которого сам же Суд впоследствии прямо обновил при разборе конкретного дела. Соответственно, регулятивный заряд нового прецедента оказывается крайне сомнительным. В связи с этим следует призвать Суд воздерживаться от такого рода практики. Справедливости ради необходимо сказать, что, судя по всему, ВАС РФ старается не допускать этого противоречия, либо обновляя явно устаревшие или очевидно ошибочные собственные правовые позиции, ранее закрепленные в постановлениях Пленума, либо прямо отменяя сами постановления в целом или в части за счет принятия нового постановления Пленума, либо активно используя при вынесении постановлений Президиума по конкретным делам методику отличия.

Вопрос о возможности отступления от информационных писем в более поздней практике Президиума ВАС РФ по конкретным делам менее однозначен в силу того, что статус информационных писем не до конца прояснен. Тем не менее в целом нежелательно, чтобы прецедентное нормотворчество Президиума вступало в прямое противоречие с ранее принятым актом абстрактного нормотворчества в форме информационных писем. Но степень неприемлемости такой практики здесь значительно меньше, чем в случае с формально обязательными постановлениями Пленума ВАС РФ. Исходя из этого неудивительно, что в практике ВАС РФ встречаются случаи прямой отмены правовых позиций из информационных писем за счет новых постановлений Президиума по конкретным делам²². Думается, что при особой необходимости и остроте вопроса такая форма отмены старых правовых позиций может быть допущена в качестве исключения. Но в целом ее следует признать нежелательной с точки зрения системной согласованности прецедентного права, а желание обновить позиции, закрепленные в информационных письмах Президиума ВАС РФ, лучше реализовывать более адекватным способом: внося в него изменения (по крайней мере, если ВАС РФ намерен продолжать издавать информационные письма).

²² Например, в постановлении Президиума ВАС РФ от 13.01.2011 № 11680/10 судам было запрещено снижать неустойку по собственной инициативе. Причем на тот момент не был отменен п. 1 информационного письма Президиума ВАС РФ от 14.07.1997 № 17 «Обзор практики применения арбитражными судами статьи 333 ГК РФ», согласно которому за судом было признано право снижать неустойку по собственной инициативе.

§ 5. Абстрактное нормотворчество ВАС РФ

5.1. Общее описание абстрактного нормотворчества ВАС РФ

Как уже не раз отмечалось, судебное нормотворчество ВАС РФ осуществляется также в форме абстрактных разъяснений — постановлений Пленума и информационных писем Президиума.

Постановления Пленума ВАС РФ имеют формально обязательный для нижестоящих судов характер (ч. 2 ст. 13 Федерального конституционного закона от 28.04.1995 № 1-ФКЗ «Об арбитражных судах в Российской Федерации»), а информационные письма Президиума ВАС РФ имеют на словах рекомендательное значение. Тем не менее на практике они обладают «фактической обязательностью», которой обладают и постановления Президиума по конкретным делам. Неизбежность этого очевидна, поскольку Президиум ВАС РФ — инстанция, выпускающая эти рекомендации, — является в то же время надзорной инстанцией по рассмотрению конкретных дел. Судья, отказывающийся следовать ее рекомендациям, не может не сознавать, что его решение будет с большей вероятностью пересмотрено. Поскольку судьи естественным образом стремятся любой ценой минимизировать количество отмен своих решений, следование этим рекомендациям становится для них неизбежным.

Подготовкой текстов проектов информационных писем Президиума ВАС РФ и нормотворческих постановлений Пленума ВАС РФ обычно занимаются сотрудники аппарата, работающие в тех или иных профильных управлениях. Далее эти проекты обычно публикуются на сайте ВАС РФ. На них любой желающий может прислать отзыв в формате, похожем на *amicus curiae*. В дальнейшем эти проекты проходят публичное обсуждение (иногда неоднократное) в стенах ВАС РФ с приглашением ведущих ученых и юристов-практиков, дорабатываются разработчиками с учетом поступивших отзывов и проведенных дискуссий, а затем принимаются (а порой и отвергаются) Президиумом или Пленумом ВАС РФ.

Издание абстрактных разъяснений не является собственно судебной деятельностью. Здесь суд откровенно выступает как дополнительный (субсидиарный) законодатель, устраняющий погрешности, которые допустили основной (парламентский) законодатель или органы исполнительной власти в своей правотворческой деятельности. С точки зрения принципа разделения властей, понимаемого буквально, подобное положение вещей уязвимо для критики. Однако эта критика уместна здесь не более, чем в случае с прецедентным судебным нормотворчеством. Последнее точно так же противостоит догме разделения властей, как и абстрактное нормотворчество Пленума или Президиума ВАС РФ, но удобно прикрывается маской отправления правосудия — процессом разрешения конкретных споров. Это либо позволяет создавать иллюзию, будто в данном случае нормотворчества нет вовсе, либо дает основание считать, что оно, хотя и имеет место, является всего лишь побочным и почти случайным продуктом разрешения конкретного спора. Абстрактные же разъяснения не имеют такого оправдания и представляют собой судебное нормотворчество в чистом виде, а потому являются более легкой мишенью для критики. Именно поэтому у ряда теоретиков права возникает ощущение, что в данном случае переступается какая-то важная черта дозволенного. Ведь одно дело «творить» право потому, что к этому обязывает необходимость разрешить конкретный спор сторон в условиях невозможности отказать в правосудии, несмо-

тря на пробел в законе или его неясность, и совсем другое — делать то же самое без такой необходимости, а исключительно по собственной инициативе.

Однако эта критика касается лишь формы, а не сути: строгая догма разделения властей одинаково нарушается в обоих случаях, поскольку судебное нормотворчество в принципе неизбежно, а оно в любой форме несовместимо с этой догмой. Следовательно, если признается развитие права в форме прецедентов, то нет причин отрицать его развитие в форме абстрактных разъяснений.

Но существует ли практическая необходимость в таком разнообразии форм судебного правотворчества и чем такое разнообразие объясняется? Исторически оно было вызвано стремлением найти какую-то замену развитию права путем прецедентов, так как последнее не одобрялось советской доктриной. К тому же это позволяло сделать деятельность по развитию права более централизованной, системной и подконтрольной. Последующий отказ от советского наследия в целом ряде областей права не привел к отказу от абстрактных разъяснений. Они не только продолжили существовать, но и сохранили статус едва ли не основной формы судебного нормотворчества — статус, поколебленный лишь в последние годы в связи с ростом правотворческой значимости надзорных постановлений Президиума ВАС РФ.

Безусловно, сохранение практики издания абстрактных разъяснений объясняется отчасти привычкой. Эта форма судебного нормотворчества является уникальной и, как правило, не имеющей аналогов в системах западного права. Но сохранение этого института в настоящих условиях на долгий срок требует ясного оправдания, доказательств его полезности. Такое оправдание можно найти в том, что в настоящее время в стране существует колоссальный регулятивный голод, который практика Президиума ВАС РФ по конкретным делам может удовлетворить лишь отчасти. Качество законотворчества в России нередко крайне низкое, а ждать появления нужных прецедентов Президиума ВАС РФ можно годами. Все это в совокупности вынуждает Суд ускорять процесс формирования необходимой судебной практики за счет издания абстрактных разъяснений, устраняя накопившиеся пробелы, противоречия и неясности.

Кроме того, абстрактные разъяснения, в отличие от решений по конкретным делам, готовятся без давления процессуальных сроков, с привлечением ученых и практиков и проходят нередко не одно публичное обсуждение.

Наконец, абстрактные разъяснения имеют еще одно преимущество: они располагают к системному и комплексному подходу, поскольку, в отличие от конкретных кейсов, имеют дело не с одной-двумя нормами, а с совокупностью норм, логически связанных между собой. Хорошим примером могут служить недавние обширные постановления Пленума ВАС РФ, посвященные залогу, поручительству, аренде и другим вопросам частного права.

Практическое значение абстрактных разъяснений колоссально, а их эффект в целом следует признать очень полезным. Трудно себе представить, насколько сложнее участникам оборота было бы работать и предугадывать позицию судов по тем или иным вопросам, если бы не десятки и сотни информационных писем Президиума и постановлений Пленума ВАС РФ по вопросам частного права, налогового права и др.

С учетом всех этих аргументов считаем, что на данном историческом этапе этот уникальный институт судебного правотворчества следует сохранить.

5.2. Формы абстрактного нормотворчества

Как уже отмечалось, абстрактное нормотворчество ВАС РФ осуществляется в форме постановлений Пленума и информационных писем Президиума ВАС РФ. Мы считаем, что последняя форма должна исчезнуть из практики Суда. Думается, было бы разумнее свести абстрактное нормотворчество ВАС РФ к одной-единственной форме — постановлениям Пленума. Какие резоны обосновывают этот вывод?

Пленум ВАС РФ, хотя и состоит из судей, не занимается отправлением правосудия, поскольку не решает конкретные дела. Поэтому считать его судебной инстанцией можно лишь формально. В действительности он играет роль субсидиарного законодателя, который исправляет огрехи закона, дает ему толкование и заполняет пробелы. Но тот же самый подход означает, что аналогичные функции, осуществляемые Президиумом ВАС РФ — инстанцией, призванной отправлять правосудие по конкретным делам, выглядят с институциональной точки зрения более дискуссионными, поскольку в данном случае обязанности прямого правотворчества берет на себя структурная единица Суда, выполняющая прежде всего надзорную функцию.

Думается, в этих резонах есть доля здравого смысла. В то же время можно возразить, что формирование абстрактных правовых позиций высшим судом, если оно допустимо в целом, с точки зрения формальной логики может вполне осуществляться и той структурной единицей высшего суда, первоочередной целью которой является разрешение дел в порядке надзора. В конечном счете Президиум и Пленум ВАС РФ не отдельные органы власти, а всего лишь структурные единицы одного и того же судебного органа.

Против практики издания информационных писем можно выдвинуть и другие аргументы. На наш взгляд, не вполне понятно, зачем одну и ту же задачу по абстрактному нормотворчеству необходимо реализовывать в двух конкурирующих формах. Это разнообразие форм должно быть как-то обоснованно. Однако убедительных оснований для этого мы не видим. Причины, по которым абстрактное нормотворчество ВАС РФ осуществляется в одних случаях в форме информационных писем Президиума, а в других — постановлений Пленума, нигде не объяснены.

Возможно, это разнообразие форм абстрактного нормотворчества продиктовано различием в содержании? Попробуем разобраться.

В настоящий момент существует три стиля содержательного наполнения информационных писем Президиума ВАС РФ. Первый состоит в фиксации абстрактных общих правил, оторванных от каких-либо фактов судебных дел (в таком же стиле пишутся постановления Пленума ВАС РФ по вопросам судебной практики). Второй стиль выражается в форме кратких вопросов и ответов. Третий же предстает в форме обзоров судебной практики и состоит в фиксации общей правовой позиции, ниже иллюстрируемой фактурой некоего спора или ряда споров, реквизиты которых, впрочем, не приводятся.

Первые два стиля являются абстрактным нормотворчеством *par excellence*, которое внешне ничем не отличается от постановлений Пленума ВАС РФ. Здесь Суд фиксирует абстрактные правовые позиции, которые он «рекомендует» нижестоящим судам. А вот третий стиль (обзоры судебной практики) представляет собой дико-

винный гибрид. Информационные письма такого рода (а их большинство) вроде бы фиксируют абстрактную правовую позицию, но выводят ее из гипотетического спора. Сама фабула этого спора нередко не совпадает ни с одним реальным делом, рассмотренным арбитражными судами, а в ряде случаев является творческой модификацией фабулы какого-то конкретного спора или вовсе придумывается разработчиками.

В рамках публичных обсуждений проектов информационных писем часто встает вопрос о том, что выводимая в заглавии соответствующего пункта проекта правовая позиция не вполне соответствует фабуле иллюстративного кейса, который за ней следует, и разработчикам предлагается несколько видоизменить фабулу. По сути, никто не скрывает, что иллюстративные фабулы порой изобретаются *ex post facto* не столько для того, чтобы указать и поддержать реальный кассационный суд, вынесший правильное, на взгляд ВАС РФ, решение, сколько для того, чтобы просто наглядно показать ту правовую позицию, которую разработчики желают закрепить в информационном письме в целях унификации судебной практики. Фактически ВАС РФ в рамках таких информационных писем пытается выдать собственное абстрактное нормотворчество за удачные находки кассационных инстанций, которых в реальности часто попросту не было.

Эта практика представляется нам не совсем честной и транспарентной. То, что называется *обзором судебной практики*, таковым в буквальном смысле нередко либо не является, либо является лишь отчасти. Юристы, воспринимающие такие «обзоры» за чистую монету, пытаются безуспешно найти конкретные дела, приведенные в качестве иллюстрации указанной в информационном письме правовой позиции. Это, как представляется, не красит высший судебный орган.

Кроме того, информационные письма с таким содержанием создают серьезные практические проблемы. Судьи нижестоящих инстанций и юристы нередко оказываются перед дилеммой в отношении интерпретации таким образом зафиксированной правовой позиции. Сама эта позиция, выведенная в заглавии соответствующего пункта письма, может быть четкой и ясной и содержать в своей гипотезе набор фактических обстоятельств («Если...»). Но при анализе этой позиции в сочетании с иллюстративной фабулой одного, а в ряде случаев и нескольких дел, приводимых в рамках того же пункта, нередко возникает двусмысленность. В фабуле дела и в мотивах якобы вынесенного неким кассационным судом решения может возникать множество фактических нюансов, которые не отражены в абстрактной правовой позиции, выведенной в начале пункта. В результате при применении данного пункта судами возникает неопределенность в отношении того, намеревался ли Суд включать эти фактические нюансы в гипотезу создаваемой правовой позиции или их следует игнорировать и воспринимать в качестве нормы только абстрактное правило, выведенное в заглавии соответствующего пункта. Иначе говоря, такой стиль содержательного наполнения информационных писем неоправданно перегружает абстрактное нормотворчество лишними фактологическими аргументами, с которыми, как мы показали выше, следует бороться даже в рамках нормотворчества прецедентного.

Желательно, чтобы ВАС РФ перестал издавать такого рода гибридные информационные письма в форме обзоров судебной практики с фабулами то ли реальных, то ли выдуманных дел. Но в таком случае еще сильнее обострится вопрос о целесообразности сохранения в целом практики издания информационных писем.

Если они содержат лишь абстрактные разъяснения, то содержательно перестают чем-то отличаться от постановлений Пленума ВАС РФ.

Если же содержательно информационные письма Президиума ВАС РФ перестают отличаться от постановлений Пленума ВАС РФ, то еще актуальнее становится вопрос о том, по каким критериям одни абстрактные разъяснения оказываются заслуживающими внимания Пленума ВАС РФ, а другие — Президиума. Это как если бы закон принимался то одной палатой парламента, то другой в зависимости от желания разработчиков законопроекта.

Наконец, последняя причина отказаться от издания информационных писем Президиума ВАС РФ заключается в неясности их статуса. Провозглашенный в законодательстве прямо информационный статус таких писем сочетается с фактической (в силу высокого риска пересмотра решений, идущих вразрез с их содержанием) обязательностью для нижестоящих судов и при этом с отсутствием ясности в вопросе о возможности ретроспективного применения новых информационных писем в качестве оснований для пересмотра уже вынесенных решений по новым обстоятельствам²³.

Безусловно, мы понимаем, что правотворчество в форме информационных писем легче для Суда, особенно в таких сферах, где преломляются оценочные понятия и принципы (например, добросовестность). На конкретных примерах ВАС РФ проще продемонстрировать нижестоящим судам правильный подход к применению этих принципов. Именно такой аргумент нередко приводится сторонниками сохранения практики издания информационных писем Президиума.

Однако этот аргумент может быть опровергнут следующим образом. Во-первых, не стоит забывать, что это преимущество покупается за счет меньшей четкости и ясности публикуемых таким образом правовых позиций, а также сложностей в определении взаимоотношений данной формы судебного правотворчества с другими его формами. Во-вторых, большинство информационных писем (в том числе в форме обзоров судебной практики) не касается применения оценочных понятий, а фиксирует такие правовые позиции, которые можно было бы легко закрепить и в форме чистого абстрактного нормотворчества в постановлениях Пленума ВАС РФ. В-третьих, даже когда речь идет о правовых позициях, кристаллизация которых действительно затруднительна без привязки к фабулам дел, лучшим способом развития практики по таким вопросам является отбор подобных кейсов при фильтрации заявлений, передача их в Президиум и качественная мотивировка принимаемых постановлений. Суд в форме информационных писем на примере зачастую выдуманных кассационных решений пытается продемонстрировать нижестоящим инстанциям, как им следует применять такие оценочные понятия, как «добросовестность», «обход закона», «злоупотребление правом», «необоснованная налоговая выгода», тем самым как бы компенсируя недостатки в функционировании системы прецедентного нормотворчества. Но не лучше ли все-таки оптимизировать работу Суда по формированию прецедентных правовых позиций?

23

Характерным примером этого «когнитивного диссонанса» является постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 21.08.2007 по делу № А33-4101/07-Ф02-5595/07, в котором суд пришел к выводу, что информационные письма Президиума ВАС РФ носят рекомендательный и вместе с тем нормативный и общеобязательный характер для арбитражных судов.

§ 6. Проблема темпорального действия правовых позиций ВАС РФ

Пожалуй, самая драматическая особенность судебного правотворчества (как абстрактного, так и прецедентного) состоит в имманентно присущей ей ретроспективности.

С точки зрения принципов справедливого и предсказуемого правотворчества государство должно заранее объявлять своим гражданам правовые нормы, обеспечивающие применение машины государственного принуждения в результате судебного решения. Но, к сожалению, законодательный орган и органы исполнительной власти не в силах справиться с задачей продуцирования и 10% всего необходимого современному сверхсложному обществу правового материала, способного четко урегулировать общественные отношения *ex ante*.

В результате, как уже отмечалось нами во введении, регулятивная функция судов получает везде в мире все большую актуальность. Но это крайне обостряет проблему границ действия создаваемых судом *ex post* правовых норм во времени. Трудно продолжать не замечать крайне неудобный для классической теории права факт судебного ретроспективного правотворчества и стыдливо отводить глаза от того, что в реальности суды часто создают в контексте конкретного спора *ad hoc* правовые нормы и применяют их *ex post* к отношениям сторон, которые складывались до того, как данная норма была создана. Любой суд, так или иначе участвующий в правотворчестве (даже в форме самого безобидного расширительного или ограничительного толкования), определяет или уточняет правила игры ретроспективно, как минимум применительно к сторонам конкретного спора. Эту ретроспективность в отношении участников конкретного спора, видимо, стоит признать ценой, которую мы платим за неспособность изобрести другой способ абсолютно полно, актуального современным реалиям и ясного *ex ante* правового регулирования. Но когда речь заходит о правовых позициях высшего суда, проблема становится значительно серьезнее. Ведь те правовые позиции, которые в контексте конкретного надзорного дела или в форме абстрактного нормотворчества закрепляет высший суд, либо в силу формальной обязательности, либо в рамках обычной логики бюрократической вертикали («фактической обязательности») реплицируются в дальнейшем нижестоящими судами. По сути, это означает, что после издания соответствующего нормотворческого акта ВАС РФ появляется новое правило на будущее, на которое будут опираться все нижестоящие судьи. Но беда в том, что в отличие от принятия новой нормы в рамках законодательного процесса или нормы подзаконного акта судебное правотворчество влечет распространение нового правила на любые отношения, в том числе и на складывавшиеся до появления этой правовой позиции. И здесь ретроспективность затрагивает интересы не только сторон конкретного дела, но и тысяч, а зачастую и миллионов граждан нашей страны.

При этом нормативная ретроспективность имеет два проявления: процессуальное и материальное.

Процессуальная ретроспективность

Процессуальный аспект ретроспективности состоит в том, что решения, вынесенные судом в период до появления новой правовой позиции ВАС РФ, могут быть

пересмотрены со ссылкой на возникновение впоследствии новой правовой позиции. Это подрывает принцип правовой определенности (особенно когда решение уже вступило в силу). Неудивительно, что в контексте российского права такая процессуальная ретроспективность, которая работает благодаря институту пересмотра уже вступивших в силу решений по новым обстоятельствам, несколько ограничена. С одной стороны, ограничение задается путем установления максимально возможной глубины процессуальной ретроспективности сроком на подачу заявления о пересмотре дела по новым обстоятельствам после появления новой правовой позиции ВАС РФ: согласно п. 3 ст. 312 АПК РФ заявления о пересмотре дела по новым обстоятельствам отвергаются, если они поданы позднее чем через шесть месяцев после вступления в силу финального решения по данному делу. С другой стороны, ограничение связано с тем, что процессуальная ретроспективность придается только тем постановлениям Президиума ВАС РФ, в которых есть соответствующая ретроактивная оговорка (п. 3 ст. 311 АПК РФ). Последнее означает, что ВАС РФ, осознавая возможный деструктивный потенциал придания своему акту процессуальной ретроспективности, может не вставить в текст акта указание на возможность пересмотра аналогичных дел по новым обстоятельствам и тем самым ограничить нарушение принципа правовой определенности.

По сути, из этого следует, что в России закрепилась презумпция процессуальной перспективности, опровергаемая только тогда, когда в тексте постановления делается ретроспективная оговорка.

В целом надо признать, что такой подход вполне оправдан, проблема издержек процессуальной ретроспективности осознанна и находит свое более или менее приемлемое решение. Но насколько оправданно ВАС РФ выбирает случаи, когда, по его мнению, можно отойти от презумпции процессуальной перспективности. Пока складывается ощущение, что включение ретроспективной оговорки в текст постановлений Президиума ВАС РФ стало стандартной практикой, а ее отсутствие — редким исключением. В подавляющем числе постановлений Президиума ВАС РФ по конкретным делам эта оговорка имеется. Соответственно, фактически процессуальная перспективность вопреки своему формальному статусу общей презумпции остается скорее исключением, а ретроспективность — общим правилом.

Мы не готовы критиковать такое положение вещей, не проанализировав все вынесенные за это время постановления Президиума ВАС РФ. Возможно, в контексте конкретных рассмотренных Судом споров процессуальная ретроспективность в большинстве случаев являлась вполне оправданным шагом. Остается лишь призвать Суд в дальнейшем серьезно взвешивать все аргументы за и против процессуальной ретроспективности каждого из принимаемых им актов и все-таки прояснить, возможна ли процессуальная ретроспективность информационных писем Президиума ВАС РФ.

Материальная ретроспективность

Куда более сложная проблема, которая долгое время игнорировалась, заключается в материальной ретроспективности. Эта проблема встает в случаях, когда новая правовая позиция ВАС РФ начинает применяться к тем *отношениям*, которые

складывались задолго до ее появления, но еще не успели перейти в плоскость судебного спора. Так, ВАС РФ нередко меняет свои правовые позиции, и новое правило начинает применяться к отношениям, складывавшимся в период, когда участники оборота ориентировались на старую правовую позицию Суда, что неизбежно подрывает доверие участников оборота к практике самого ВАС РФ. Столь же сильно острота проблемы проявляется и в ситуации, когда ВАС РФ дает норме закона не очевидное из ее буквального смысла и труднопрогнозируемое телеологическое толкование. В этом случае при материальной ретроспективности норм правовых позиций подрывается доверие сторон к букве закона.

Иногда издержки такой материальной ретроспективности не столь чувствительны (например, когда Суд отменяет какое-либо введенное им ранее ограничение свободы договора). Но в ряде случаев применение новой правовой позиции ко всем отношениям, которые складывались между миллионами участников оборота ранее, может создать очень серьезные проблемы для оборота и подорвать его стабильность. Кроме того, как уже отмечалось, это снижает доверие к практике самого ВАС РФ и закону как источникам права, претендующим на упорядочивание отношений в экономике и обществе в целом. Как можно всерьез воспринимать эту практику или закон, если завтра Суд может легко изменить свои старые прецеденты или изменить смысл закона посредством вольного толкования и сделать это ретроспективно? Такая материальная ретроспективность в ряде случаев наказывает участников оборота за то, что они наивно полагались на действовавшие в тот период времени разъяснения самого же Суда или буквальное толкование закона.

Классический пример — изменение практики ВАС РФ применительно к договорам аренды части конструктивного элемента здания. В 2002 г. в рамках информационного письма Президиума ВАС РФ в силу доктринальных соображений договор между собственником здания и другим лицом, на основании которого последнее использует отдельный конструктивный элемент этого здания для размещения рекламных и иных подобных конструкций, был признан Судом непоименованным договором²⁴. В результате обрадованные участники оборота спокойно стали заключать долгосрочные (на срок больше года) договоры о предоставлении части крыши или фасада здания под размещение рекламных конструкций или иных подобных конструкций, не проводя их через государственную регистрацию, а судебная практика вслед за ВАС РФ стала относиться к этому положительно. Но в 2009 г. в рамках постановления Пленума Суд, хотя и подтвердил непоименованный статус такого договора, указал на то, что к нему применяются по аналогии все правила об аренде, в том числе и о государственной регистрации долгосрочной аренды недвижимости²⁵. В результате все договоры такого рода, заключенные в период с 2002 по 2009 г. на срок, равный году или более, без государственной регистрации, оказались под угрозой ничтожности и соответствующий рынок был ввергнут в хаос.

Другой пример — введенные в 2011 г. в рамках информационных писем Президиума ВАС РФ запреты множества банковских комиссий в потребительском

²⁴ См.: п. 1 информационного письма Президиума ВАС РФ от 11.01.2002 № 66 «Обзор практики разрешения споров, связанных с арендой».

²⁵ См.: п. 7 постановления Пленума ВАС РФ от 23.07.2009 № 64 «О некоторых вопросах практики рассмотрения споров о правах собственников помещений на общее имущество здания».

кредитовании и некоторые ограничения оных в корпоративном кредитовании. Эти введенные Судом ограничения свободы договора²⁶, возможно, отчасти были оправданы определенными политико-правовыми соображениями (в основном в отношении потребительских кредитов), но вполне очевидно, что они далеко не всегда напрямую и недвусмысленно вытекают из текста закона и старой судебной практики, а применительно к корпоративным кредитам и вовсе были неприятным сюрпризом. При этом обратная сила новой правовой позиции означала ретроспективную ничтожность соответствующих условий тысяч кредитных договоров и возникший вал исков о возврате уплаченных заемщиками за несколько последних лет банковских комиссий с процентами.

Подобных примеров в практике ВАС РФ десятки. Нередко такие изменения ранее зафиксированных Судом правовых позиций ухудшают положение участников оборота в контексте их взаимоотношений с органами государственной власти.

В результате мы оказываемся перед сложнейшей дилеммой. Судебное правотворчество, привыкшее притворяться истинным толкованием уже существующего где-то в «юридической ноосфере» права, традиционно было ретроспективным. Пытающаяся затуманить эту неудобную реальность мифологема, которую иногда повторяют некоторые представители ВАС РФ и ряда зарубежных высших судов (к счастью, все реже), следующая: высший суд не создает право, а лишь декларирует его более точный смысл. Как уже отмечалось, теперь, в эпоху рационального взгляда на правовые реалии, это притворство воспринимается в юридическом сообществе как некий словесный ритуал, к которому никто всерьез не относится. Все юристы прекрасно понимают, что ВАС РФ именно *творит* право. Однако зарубежное и тем более российское право еще не вывело из факта очевидно правотворческого характера деятельности высших судов необходимость обращения к принципу перспективности, характерному для любого официально признанного, а не проводимого из-под полы правотворчества.

Если бы юристы были готовы к этому шагу, окончательно стирающему границу между настоящим правотворчеством и правовыми позициями высших судов, перед ними встала бы серьезная задача примирения имманентной *ad hoc* ретроспективности применительно к участникам конкретного процесса, дошедшего до высшего суда, с одной стороны, и желательности придания сформированной на основе данного дела правовой позиции сугубо перспективного эффекта — с другой.

В действительности выбор тут невелик. Вариант не применить новую правовую позицию к фактам рассмотренного спора, спровоцировавшего появление этого прецедента, вряд ли стоит рассматривать. Если сторона процесса поймет, что ее усилия, направленные на улучшение права, связанные с этим судебные расходы и потраченные нервы приведут лишь к тому, что высший суд примет ее правовую позицию за основу, но распространит сугубо на будущее, отказавшись применить новое правило в отношении самой этой стороны, у нее исчезнут необходимые стимулы. Высший суд должен вознаграждать упорных участников оборота, выдвинувших в ходе рассмотрения спора правовую позицию, которая, по мнению Суда, и является наиболее справедливой в качестве общего правила, и не может не распространять ее действие на прецедентный спор. Если такого рода усердие

²⁶

См.: информационные письма Президиума ВАС РФ от 13.09.2011 № 146 и 147.

конкретной стороны и ее юристов оказывается общественно полезным (не только приносит выгоду выигравшей стороне, но и создает так называемые позитивные общественные «экстерналии» в виде улучшения права для всех), оно должно быть обязательно вознаграждено.

Соответственно, оптимальный и, пожалуй, единственно возможный вариант перспективного судебного правотворчества может выглядеть так. Правовая позиция по конкретному спору распространяется на фабулу прецедентного спора, а также на все отношения, которые будут возникать после публикации данного акта высшего суда. К отношениям же иных (не считая сторон прецедентного дела) участников оборота, складывавшимся до появления новой правовой позиции, она не применяется.

Это решение может порождать некоторые возражения, поскольку создает правовое неравенство. Получается, что из числа тех, чьи отношения формировались до появления новой правовой позиции, под действие усовершенствованной нормы подпадут только избранные, оказавшиеся настолько удачливыми и упорными, что довели дело до высшего суда и своими аргументами подвигли его к принятию нового правила. Остальные же участники оборота оказываются выведены из-под действия нового правила и подчинены старому, признанному менее совершенным правилу.

Отвечая на это возражение, заметим, что это неравенство, как нам представляется, может быть признано оправданным все той же логикой поощрения активных. А тот факт, что вторая сторона в деле, которая в итоге проигрывает от введения нового правила, оказывается единственной, кто страдает от попадания под ретроспективное действие такого правила, может быть объяснен тем, что поощрение выигравшей стороны должно осуществляться за счет кого-то. В силу того, что вариант выплаты из бюджета премий победителям, спровоцировавшим улучшение права, вряд ли стоит рассматривать всерьез, а без выгоды для себя и только ради улучшения регулирования на будущее почти никто не будет месяцами сражаться в судебных баталиях, источником поощрения победителя оказывается ретроспективное применение нового правила в отношении проигравшей данное прецедентное дело стороны.

Так что концептуальная схема возможного функционирования перспективного судебного правотворчества в рамках постановлений Президиума ВАС РФ (с элементами ретроспекции — в отношении участников прецедентного дела) в целом вполне понятна. Что же до постановлений Пленума ВАС РФ, то тут ситуация и того проще, так как это абстрактное правотворчество и проблемы ретроспективности при желании можно вовсе избежать.

И тем не менее мы не готовы признать, что любое судебное правотворчество может быть в отношении лиц, не участвовавших в прецедентном споре, только перспективным. Равно как и законодательство по воле законодателя может быть введено ретроспективно, если на то будет прямо указано в законе (за рядом известных конституционных ограничений в области введения административной и уголовной ответственности или иного ухудшения положения участников оборота в их отношениях с государством). Весь вопрос в том, какую презумпцию установить и в каких случаях ее опровергать.

Думается, что по крайней мере в настоящее время трудно решиться на столь радикальный шаг, как установление презумпции перспективности и идеи о том, что для придания новой правовой позиции материальной обратной силы необходима прямая оговорка об этом в тексте соответствующего акта ВАС РФ (как это произошло недавно применительно к процессуальной ретроспективности). Во-первых, это очень резкая перемена, к которой российская судебная система пока вряд ли готова. Во-вторых, в очень большом числе случаев материальная ретроспективность вполне адекватна и не вызывает катастрофических последствий. С точки зрения экономии усилий презумпцию нужно устанавливать с тем содержанием, которое соответствует большему количеству подпадающих под правило случаев с точки зрения политико-правовых соображений. Но беда в том, что у нас сейчас недостаточно материала, чтобы утверждать, что случаи, когда ретроспективность несомненно вредна, отмечаются чаще, чем случаи, когда от нее будет больше пользы. В такой ситуации, видимо, разумнее в качестве презумпции оставить традиционное правило, т. е. материальную ретроспективность, но предусмотреть возможность отхода от нее в качестве исключения и зафиксировать хотя бы в самом общем виде критерии, наличие которых оправдывает использование перспективной оговорки.

Предлагаемое решение проблемы ретроспективности/перспективности вполне традиционно. В большинстве известных нам стран, где в принципе допускается распространение новых правовых позиций высшего суда исключительно на будущее (например, в США), применяется именно такое решение. В качестве общего правила сохраняется идея ретроспективности, а перспективность вводится только тогда, когда высший суд, оценив общественные издержки ретроспективного право творчества в конкретном случае, на это прямо указал в тексте решения.

В последние несколько лет на эту тему стали говорить, хотя прежде она была незаслуженно вытеснена бурными дискуссиями о менее принципиальном вопросе — о процессуальной обратной силе (особенно в свете выхода постановления КС РФ от 21.01.2010 № 1-П). Но в последнее время ситуация начала меняться. Так, недавно вопрос о материальной ретроспективности резких изменений судебной практики ВАС РФ был негативно оценен в постановлении КС РФ от 05.03.2013 № 4-П).

Надо отдать должное ВАС РФ, он услышал призывы к обеспечению большей гибкости при определении темпоральных границ действия своих правовых позиций и совсем недавно предоставил Пленуму и Президиуму возможность включения в текст принимаемых ими постановлений оговорки, определяющей временные границы применения новой правовой позиции (см. постановление Пленума ВАС от 23.03.2012 № 12).

Согласно данной идее Суд вправе указать временные границы отношений, к которым новая правовая позиция будет применяться, если постановление не содержит оговорки о процессуальной обратной силе. Иначе говоря, если ВАС РФ побоялся давать постановлению процессуальную обратную силу, он может заодно лишиться новую правовую позицию и материальной ретроспективности. Если же Суд прямо допускает процессуальную ретроспективность, то ограничение материальной ретроспективности, как это вытекает из постановления Пленума ВАС РФ от 23.03.2012 № 12, становится невозможным. Тем самым Суд лишил себя воз-

возможности принять компромиссное решение, допустив процессуальную обратную силу (т. е. пересмотр ранее вынесенных решений), но ограничив материальную (т. е. исключив применение нового правила к отношениям, которые еще не успели перейти в судебную плоскость). Мы считаем, что такое комбинированное решение в ряде случаев, возможно, могло бы быть оправданным, но полагаем, что на сегодня это не вопрос первейшей важности. Для начала нужно наработать практику использования перспективной оговорки.

Опция, признанная Судом в марте 2012 г., пока практически не использовалась. Одним из редких, если не единственным исключением является постановление Президиума ВАС РФ от 24.04.2012 № 16848/11. Остается надеяться, что такая практика рано или поздно начнет использоваться чаще.

При каких условиях Суду стоит отказываться от презумпции материальной ретро-спективности?

Во-первых, в ситуации, когда до появления новой правовой позиции у участников оборота сложились четкие ожидания в отношении дизайна регулирования. Эти ожидания могли быть сформированы буквальным смыслом закона, ранее поддерживавшимся в судебной практике. Но они могли быть спровоцированы и прежними правовыми позициями самого высшего суда. В таких случаях ретроспективное изменение правил игры может быть крайне нежелательным с точки зрения доверия участников оборота к практике Суда и закону.

Однако фактор наличия обоснованных ожиданий сам по себе недостаточен. Новая правовая позиция может быть полным сюрпризом для оборота, но при этом не вызывать серьезных негативных последствий.

Поэтому, во-вторых, нужно учитывать также качество и степень влияния новой правовой позиции на ранее имевшие место отношения. Если новая правовая позиция способна не просто стать большой неожиданностью для тех, кто полагался на закон или прежнюю судебную практику ВАС РФ, но и оказать значительное деструктивное воздействие на правовую определенность и стабильность оборота, это серьезный повод задуматься об отходе от презумпции ретро-спективности. Причем если такой сюрприз неприятен для обеих сторон, это существенно усиливает аргумент в пользу оговорки о перспективности. Но если изменение серьезно ухудшает положение лишь одной стороны соответствующих отношений, это также не повод по определению исключить вариант отказа от материальной ретро-спективности. Деструктивное воздействие ретроспективного правотворчества на интересы одной из сторон некоего экономического взаимодействия (например, договора) может быть настолько серьезным, что этого фактора будет достаточно.

В-третьих, ВАС РФ должен соизмерять возможные негативные последствия с позитивными результатами такой ретро-спективности. В частности, негативные эффекты могут оказаться на одной стороне отношений, а позитивные — на другой. В этом случае Суд должен, взвесив все издержки и выгоды ретро-спективности, определить, какой интерес перевешивает, и либо включить в текст акта оговорку о перспективности, либо нет.

В-четвертых, выбор между ретроспективностью и перспективностью может предопределяться отраслью права. Например, в публичных отношениях куда больше оснований для ретроспективности новых правовых позиций, улучшающих положение частных лиц и компаний в их отношениях с государством, и наоборот — оснований для включения перспективной оговорки в ситуации, когда новая правовая позиция так или иначе ухудшает их положение. Логика здесь простая. Государство — более сильная сторона, которая к тому же контролирует и законодательство, и судебную систему. Соответственно, на наш взгляд, вполне разумно заявить, что в случае ужесточения, например, режима налоговых отношений по отношению к налогоплательщику в рамках принятия того или иного постановления Президиума или Пленума ВАС РФ включение в текст постановления перспективной оговорки должно по меньшей мере презюмироваться. На эти соображения справедливо указывал КС РФ в упоминавшемся выше Постановлении от 21.01.2010 № 1-П²⁷.

* * *

Безусловно, в рамках данной статьи нам не удалось обсудить все вопросы судебного правотворчества ВАС РФ (например, проблему целесообразности введения института преюдициального запроса, вопросы правотворческого взаимодействия ВАС РФ и других высших судов России и др.). Тем не менее, как нам представляется, мы рассмотрели наиболее актуальные вопросы оптимизации методологии судебного правотворчества ВАС РФ.

Надеемся, что реализация на практике приведенных нами рекомендаций может способствовать повышению качества регулятивной составляющей его функций. Данная статья могла бы стать отправной точкой для обсуждения и решения накопившихся в практике судебного правотворчества ВАС РФ проблем.

²⁷

КС РФ в этом постановлении указал: «Исходя из конституционных принципов равенства и справедливости, а также формальной определенности правовых норм и допустимых пределов придания закону обратной силы положения статьи 311 АПК Российской Федерации — в их истолковании Высшим Арбитражным Судом Российской Федерации — не могут не предполагать дифференцированный подход к оценке возможности придания обратной силы правовой позиции, содержащейся в постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации или в постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, — в зависимости от характера спорных правоотношений. Во всяком случае недопустимо придание обратной силы толкованию правовых норм, ухудшающему положение подчиненной (слабой) стороны в публичном правоотношении, — иное означало бы нарушение общих принципов правового регулирования и правоприменения, вытекающих из статей 19 (части 1 и 2), 46, 54 (часть 1) и 55 (часть 3) Конституции Российской Федерации. При этом не исключается возможность пересмотра вступивших в законную силу судебных актов на основании правовой позиции, впоследствии сформулированной в постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации или в постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, если это необходимо для восстановления и защиты таких прав и интересов, которые в силу их конституционно-правового значения не допускают сохранение судебного акта в силе, в том числе если в результате нового толкования улучшается положение лиц, привлекаемых к налоговой, административной или иной публично-правовой ответственности, а также в исключительных случаях по делам, вытекающим из гражданских правоотношений, если этого требуют — по своему существу публичные — интересы защиты неопределенного круга лиц или заведомо более слабой стороны в правоотношении».

Приложение. Статистика передач дел в Президиум отдельными судьями ВАС РФ*

Общая статистика

№	1-й состав		2-й состав		3-й состав		4-й состав		5-й состав		6-й состав		2011		2012		
	Иванникова Н.П. (ПС)**	Весенева Н.А.	Маковская А.А. (ПС)	Борисова Е.Е.	Козлова О.А. (ПС)	Бондаренко С.П.	Александров В.Н.	Юхней М.Ф. (ПС)	Башиев В.В. (ПС)	Зарубина Е.Н.	Сарбаш С.В. (ПС)	Валви-на Е.Ю. (06.10.2011 переведена в 6-й состав из 1-го)	Сарбаш С.В. (ПС)	14	17	9	10
2													6	10	13	14	
3	Лобко В.А.	7	Козырь О.М.	10	8	Балахничева Р.Г.	4	Андреев Е.И.	6	0	Завьялова Т.В.	15	15	1	11		
4	Новоселова Л.А.	18	Куликова В.Б.	8	7	Воронцова Л.Г.	3	Березий А.Е.	7	6	Зорина М.Г.	8	11	24	17		
5	Киреев Ю.А.	15	Гросул Ю.В. (12.05.2011 переведен во 2-й состав из 5-го)	2	5	Ксенофонтова Н.А.	3	Гвоздильдина О.Ю.	19	13	Мурина О.Л. (отставка с 01.03.2012)	6	0	9	10		
6	Разумов И.В.	17	Моисеева Е.М.	15	14	Марамышкина И.М.	0	Кирюшина В.Г.	5	10	Петрова С.М.	15	19	16	1		
7	Хачикян А.М.	6	Медведева А.М.	12	4	Пронина М.В.	4	Чистяков А.И.	2	6	Першуров А.Г.	14	15	9	7		
8	Валви-на Е.Ю. (06.10.2011 переведена в 6-й состав)	2	Пауль Г.Д.	2	5	Харчикова Н.П.	15				Поповченко А.А.	9	12	4	9		

№	1-й состав		2-й состав		3-й состав		4-й состав		5-й состав		6-й состав	
	2011	2012	2011	2012	2011	2012	2011	2012	2011	2012	2011	2012
9	Абсаямов А. В. (зам. Председателя ВАС РФ, назначен 18.04.2012)	—	1	Полубенина И. И. (отставка с 13.08.2012)	7	2	Шилохвост О. Ю.	12	9	Тумаркин В. М.	9	13
10	Вавилин Е. В. (назначен 26.09.2012)	—	0	Попов В. В.	4	6	Павлова Н. В.	12	13	Гросул Ю. В. (12.05.2011 переведен во 2-й состав)	3	—
11	Мифтахудинов Р. Т. (назначен 27.06.2012)	—	6	Попова Г. Г.	9	11						
12				Иванов А. А. (Председатель ВАС РФ)	—	3						

* Статистические данные основаны на анализе опубликованных в 2011–2012 гг. в СПС КонсультантПлюс определений ВАС РФ. Статистика приводится по судьям, указанным в тексте определений в качестве председательствующего в судебной коллегии. Цифры, которые были получены нами посредством анализа данных СПС КонсультантПлюс, могут отличаться от внутренней статистики ВАС РФ. В то же время с учетом того, что внутренняя статистика индивидуальных показателей работы судей ВАС РФ не опубликована, мы считаем возможным анализировать статистику, основанную на данных СПС КонсультантПлюс.

ПС — председатель судебного состава.

Детализированная статистика передач дел в Президиум ВАС РФ по судебным составам

1-й судебный состав	2011			2012		
	количество определений о передаче дел в Президиум	общее количество определений, вынесенных по существу заявлений	частота вынесения определений о передаче дел в Президиум	количество определений о передаче дел в Президиум	общее количество определений, вынесенных по существу заявлений	частота вынесения определений о передаче дел в Президиум
Иванникова Н.П. (пс)	3	429	1 из 143	3	497	1 из 166
Весенева Н.А.	2	380	1 из 190	7	425	1 из 61
Лобко В.А.	7	439	1 из 63	5	539	1 из 108
Новоселова Л.А.	18	566	1 из 31	9	499	1 из 55
Киреев Ю.А.	15	460	1 из 31	16	409	1 из 26
Разумов И.В.	17	516	1 из 31	17	520	1 из 31
Хачикян А.М.	6	433	1 из 71	5	460	1 из 92
Валявина Е.Ю. (в 1-м составе до 06.10.2011)	2	29	1 из 15	—	—	—
Абсалямов А.В.	—	—	—	1	89	1 из 89
Вавилин Е.В.	—	—	—	0	53	0 из 53
Мифтахутдинов Р.Т.	—	—	—	6	239	1 из 40
Итого	70	3252	1 из 47 (в среднем по составу)	69	3730	1 из 54 (в среднем по составу)

2-й судебный состав	2011			2012		
	количество определений о передаче дел в Президиум	общее количество определений, вынесенных по существу заявлений	частота вынесения определений о передаче дел в Президиум	количество определений о передаче дел в Президиум	общее количество определений, вынесенных по существу заявлений	частота вынесения определений о передаче дел в Президиум
Маковская А.А. (пс)	11	365	1 из 33	11	289	1 из 26
Борисова Е.Е.	17	508	1 из 30	13	399	1 из 31
Козырь О.М.	10	433	1 из 43	8	346	1 из 43

2-й судебный состав	2011			2012		
	количество определений о передаче дел в Президиум	общее количество определений, вынесенных по существу заявлений	частота вынесения определений о передаче дел в Президиум	количество определений о передаче дел в Президиум	общее количество определений, вынесенных по существу заявлений	частота вынесения определений о передаче дел в Президиум
Куликова В.Б.	8	455	1 из 57	7	339	1 из 48
Гросул Ю.В. (во 2-м составе с 12.05.2011)	2	182	1 из 91	5	324	1 из 65
Моисеева Е.М.	15	365	1 из 24	14	301	1 из 22
Медведева А.М.	12	440	1 из 37	4	351	1 из 88
Пауль Г.Д.	2	446	1 из 223	5	404	1 из 81
Полубенина И.И.	7	444	1 из 63	2	194	1 из 97
Попов В.В.	4	168	1 из 42	6	449	1 из 75
Попова Г.Г.	9	438	1 из 49	11	474	1 из 43
Иванов А.А. (Председатель ВАС РФ)	—	—	—	3	11	1 из 4
Итого	97	4244	1 из 44 (в среднем по составу)	89	3881	1 из 44 (в среднем по составу)

3-й судебный состав	2011			2012		
	количество определений о передаче дел в Президиум	общее количество определений, вынесенных по существу заявлений	частота вынесения определений о передаче дел в Президиум	количество определений о передаче дел в Президиум	общее количество определений, вынесенных по существу заявлений	частота вынесения определений о передаче дел в Президиум
Козлова О.А. (ПС)	30	360	1 из 12	29	413	1 из 14
Бондаренко С.П.	2	482	1 из 241	0	462	0 из 462
Балахничева Р.Г.	12	482	1 из 40	4	436	1 из 109
Воронцова Л.Г.	3	482	1 из 161	3	546	1 из 182
Ксенофонта Н.А.	2	448	1 из 224	3	455	1 из 152
Марамышкина И.М.	3	477	1 из 159	0	205	0 из 205
Пронина М.В.	6	524	1 из 87	4	422	1 из 106
Харчикова Н.П.	19	491	1 из 26	15	667	1 из 44

3-й судебный состав	2011			2012		
	количество определений о передаче дел в Президиум	общее количество определений, вынесенных по существу заявлений	частота вынесения определений о передаче дел в Президиум	количество определений о передаче дел в Президиум	общее количество определений, вынесенных по существу заявлений	частота вынесения определений о передаче дел в Президиум
председательствующий судья						
Шилохвост О.Ю.	12	489	1 из 41	9	583	1 из 65
Павлова Н.В.	12	121	1 из 10	13	411	1 из 32
Итого	101	4356	1 из 43 (в среднем по составу)	80	4600	1 из 58 (в среднем по составу)

4-й судебный состав	2011			2012		
	количество определений о передаче дел в Президиум	общее количество определений, вынесенных по существу заявлений	частота вынесения определений о передаче дел в Президиум	количество определений о передаче дел в Президиум	общее количество определений, вынесенных по существу заявлений	частота вынесения определений о передаче дел в Президиум
председательствующий судья						
Юхней М.Ф. (пс)	10	292	1 из 29	8	205	1 из 26
Александров В.Н.	7	413	1 из 59	5	537	1 из 107
Андреев Е.И.	6	316	1 из 53	0	194	0 из 194
Березий А.Е.	7	391	1 из 56	6	382	1 из 64
Гвоздилина О.Ю.	19	453	1 из 24	13	350	1 из 27
Кирюшина В.Г.	5	127	1 из 25	10	480	1 из 48
Чистяков А.И.	2	388	1 из 194	6	381	1 из 64
Итого	56	2380	1 из 43 (в среднем по составу)	48	2529	1 из 53 (в среднем по составу)

5-й судебный состав	2011			2012		
	количество определений о передаче дел в Президиум	общее количество определений, вынесенных по существу заявлений	частота вынесения определений о передаче дел в Президиум	количество определений о передаче дел в Президиум	общее количество определений, вынесенных по существу заявлений	частота вынесения определений о передаче дел в Президиум
председательствующий судья						
Бациев В.В. (пс)	14	202	1 из 14	17	293	1 из 17

5-й судебный состав	2011			2012		
	количество определений о передаче дел в Президиум	общее количество определений, вынесенных по существу заявлений	частота вынесения определений о передаче дел в Президиум	количество определений о передаче дел в Президиум	общее количество определений, вынесенных по существу заявлений	частота вынесения определений о передаче дел в Президиум
Зарубина Е.Н.	6	231	1 из 39	10	310	1 из 31
Завьялова Т.В.	15	197	1 из 13	15	303	1 из 20
Зорина М.Г.	8	214	1 из 27	11	293	1 из 27
Мурина О.Л.	6	209	1 из 35	0	30	0 из 30
Петрова С.М.	15	204	1 из 14	19	370	1 из 19
Першутов А.Г.	14	220	1 из 16	15	321	1 из 21
Поповченко А.А.	9	172	1 из 19	12	335	1 из 28
Тумаркин В.М.	9	256	1 из 28	13	324	1 из 25
Гросул Ю.В. (в 5-м составе до 12.05.2011)	3	60	1 из 20	—	—	—
Амосов С.М.	—	—	—	0	5	0 из 5
Итого	99	1965	1 из 20 (в среднем по составу)	112	2584	1 из 23 (в среднем по составу)

6-й судебный состав	2011			2012		
	количество определений о передаче дел в Президиум	общее количество определений, вынесенных по существу заявлений	частота вынесения определений о передаче дел в Президиум	количество определений о передаче дел в Президиум	общее количество определений, вынесенных по существу заявлений	частота вынесения определений о передаче дел в Президиум
Сарбаш С.В. (ПС)	9	164	1 из 18	10	187	1 из 19
Бабкин А.И.	13	194	1 из 15	14	213	1 из 15
Валявина Е.Ю. (в 6-м составе с 06.10.2011)	1	23	1 из 23	11	220	1 из 20
Горячева Ю.Ю.	24	206	1 из 9	17	206	1 из 12
Дедов Д.И.	9	222	1 из 25	10	200	1 из 20
Нещатаева Т.Н.	16	134	1 из 8	1	7	1 из 7
Никифоров С.Б.	9	187	1 из 21	7	172	1 из 25

6-й судебный состав	2011			2012		
	количество определений о передаче дел в Президиум	общее количество определений, вынесенных по существу заявлений	частота вынесения определений о передаче дел в Президиум	количество определений о передаче дел в Президиум	общее количество определений, вынесенных по существу заявлений	частота вынесения определений о передаче дел в Президиум
Панова И.В.	4	151	1 из 38	9	212	1 из 24
Слесарев В.Л.	—	—	—	0	2	0 из 2
Итого	85	1281	1 из 15 (в среднем по составу)	79	1419	1 из 18 (в среднем по составу)

Сводная статистика по ВАС РФ

2011				2012			
количество определений о передаче дел в Президиум	общее количество определений, вынесенных по существу заявлений	частота вынесения определений о передаче дел в Президиум	процент передач	количество определений о передаче дел в Президиум	общее количество определений, вынесенных по существу заявлений	частота вынесения определений о передаче дел в Президиум	процент передач
508	17 478	1 из 34	2,9	477	18 743	1 из 39	2,5

Некоторые оговорки о значении данной статистики

Безусловно, статистика, представленная в таблицах, является достаточно условным показателем активности судей ВАС РФ в этом основном для судей, не входящих в Президиум ВАС, направлении работы. Так, высокие показатели отдельных судей могут объясняться тем, что в силу тех или иных причин они посчитали необходимым передать в Президиум целую серию однотипных дел, чтобы переломить практику игнорирования нижестоящими судами некоей ранее сформулированной правовой позиции ВАС РФ (такие примеры встречались в практике). Кроме того, мы отнюдь не утверждаем, что большое количество передач дел в Президиум является безусловным достижением и должно считаться единственным или главным показателем оценки работы судей ВАС РФ по фильтрации дел. Работа судьи, инициировавшего передачу в Президиум 10 крайне важных для развития права дел, очевидно, более продуктивна и соответствует целям и задачам ВАС РФ, чем работа судьи, который передал в Президиум 20 непринципиальных споров об оценке фактических обстоятельств или очевидных судебных ошибок, разрешение которых не может серьезно влиять на унификацию судебной практики и развитие права.

Тем не менее указанная статистика не теряет своего значения и весьма ярко высвечивает различия в работе отдельных судей и составов по фильтрации дел и в конечном счете позволяет лучше понять работу всего фильтра.

Выводы и наблюдения по итогам изучения представленной статистики

1. Статистика подтверждает выдвинутый в нашей статье тезис о несбалансированности в работе системы фильтрации. Судебные составы четко делятся на две группы. Судьи пятого и шестого составов в среднем передают дела в Президиум ВАС РФ гораздо легче, чем судьи других составов. Если заявление попало в пятый или шестой судебные составы, то шансы на передачу дела в Президиум ВАС РФ фактически в два-три раза выше, чем у заявлений, попавших в четыре других состава.
2. При этом характерно, что значительно более высокий коэффициент передач у пятого и шестого судебных составов коррелирует с тем, что в эти судебные составы поступает в полтора-два раза меньше заявлений и, соответственно, нагрузка по рассмотрению заявлений на одного судью значительно меньше. Думается, что отчасти это объясняется следующим. Чем больше времени у судьи на рассмотрение поступающих заявлений, тем больше у него возможностей выявить в деле серьезную правовую проблему и решиться передать дело в Президиум ВАС РФ. Чрезмерная нагрузка в условиях сжатых сроков на рассмотрение заявлений способствует механизации работы судьи и лишает его деятельность творческого начала.
3. Любопытно, что личные показатели судей в пятом и шестом составах довольно похожи: разброс числа дел, переданных в Президиум ВАС РФ, невелик. В то же время в остальных четырех судебных составах различия в паттернах поведения отдельных судей по вопросу о передаче дел в Президиум могут быть очень значительными (иногда в десятки раз).
4. Члены Президиума ВАС РФ передают в него дела в среднем чаще остальных судей. Судья, имеющую дополнительную нагрузку в виде постоянного заседания в Президиуме, примерно в два раза чаще, чем судьи первого, второго, третьего и четвертого судебных составов, передают дела в Президиум. Это подтверждает наш тезис о том, что различия в работе судей по передаче дел в Президиум не коррелируют с более высокой дополнительной служебной нагрузкой (в данном случае в виде работы в Президиуме).
5. Статистика демонстрирует, что готовность судей ВАС РФ передавать дела в Президиум зависит от устойчивых личных паттернов поведения: большинство из тех судей, которые редко передавали в Президиум дела в 2011 г., как правило, не проявляли активности и в 2012 г., и наоборот. Это еще раз подчеркивает роль субъективного фактора в формировании столь драматических расхождений в числе дел, пропускаемых отдельными судьями ВАС РФ в Президиум.