

А. Я. КУРБАТОВ

**ЗАЩИТА ПРАВ И ЗАКОННЫХ
ИНТЕРЕСОВ В УСЛОВИЯХ
«МОДЕРНИЗАЦИИ»
ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ
РОССИИ**

Москва
ЮСТИЦИНФОРМ
2013

УДК 347+342.56
ББК 67.404
К93

Курбатов, А. Я.

К93 Защита прав и законных интересов в условиях «модернизации» правовой системы России / А.Я. Курбатов. — М.: Юстицинформ, 2013. — 172 с.

ISBN 978-5-7205-1191-3.

Книга посвящена проблемам защиты прав и законных интересов в современных российских условиях.

В первой главе книги рассматриваются теоретические и материально-правовые основы защиты прав и законных интересов, раскрывается содержание ключевых понятий, дается характеристика системе форм и способов защиты.

Во второй главе книги анализируются проблемы, возникающие в этой сфере в связи с проведением «модернизации» правовой системы России, в частности связанные с расширением правотворческих функций высших российских судов, в том числе Конституционного Суда РФ, внедрением в правоприменительную практику понятий «справедливость» и «прецедент» попытками заменить сложившиеся в теории права подходы экономическим анализом права.

При этом значительное внимание уделяется касающимся рассматриваемых вопросов решениям Конституционного Суда РФ, Верховного Суда РФ, Высшего Арбитражного Суда РФ.

Книга адресована всем, кто интересуется проблемами права: студентам, аспирантам, преподавателям, ученым, юристам-практикам.

Нормативные акты приводятся по состоянию на 1 апреля 2013 года.

УДК 347+342.56
ББК 67.404

ISBN 978-5-7205-1191-3

© ЗАО «Юстицинформ», 2013

Указатель сокращений

ФКЗ — федеральный конституционный закон

ФЗ — федеральный закон

РФ — Российская Федерация, Россия

ст. — статья

ч. — часть

п. — пункт

подп. — подпункт

абз. — абзац

см. — смотрите

ГК РФ — Гражданский кодекс РФ

НК РФ — Налоговый кодекс РФ

КоАП РФ — Кодекс РФ об административных правонарушениях

УК РФ — Уголовный кодекс РФ

АПК РФ — Арбитражный процессуальный кодекс РФ

ГПК РФ — Гражданский процессуальный кодекс РФ

Глава 1.

Теоретические и материально-правовые основы защиты прав и законных интересов

§ 1. Право на защиту

1.1. Значения понятия «право на защиту»

Если проанализировать случаи употребления понятия «право на защиту» в юридической литературе и в нормативных актах, то можно выделить следующие его значения.

1. Право на защиту как элемент правоспособности (правосубъектности).

Выделение данного значения связано с тем, что правовое регулирование осуществляется двумя путями:

1) через правоотношение, т. е. через установление взаимных субъективных прав и обязанностей сторон в конкретном правоотношении после его возникновения;

2) вне правоотношения, т. е. через установление возможности вступить в конкретное правоотношение и за счет этого реализовать свои интересы либо через установление обязанности действовать в чужих интересах при возникновении определенного правоотношения вне зависимости от воли и интересов субъекта.

Например, для того чтобы конкретный субъект мог реализовать свое право на осуществление предпринимательской деятельности (ч. 1 ст. 34 Конституции РФ), он должен вступить в правоотношение (в частности, подать документы на регистрацию в качестве предпринимателя).

Согласно ст. 57 Конституции РФ каждый обязан платить законно установленные налоги и сборы. Однако реально обязанность субъекта по уплате конкретного налога (т. е. правоотношение) возникает только при наступлении юридического факта и при наличии условий, определенных законом.

Данное деление находит выражение в принципе формального равенства (по сути, это равенство прав на вступление в правоотношения) и в принципе социальной справедливости, направленном на выравнивание фактических неравенств (возникают уже в рамках конкретных правоотношений).

Исходя из этого, можно сделать вывод, что право как элемент правоспособности (правосубъектности) представляет собой абстрактную возможность лица иметь права и нести обязанности.

Правоспособность возникает у физических лиц с момента их рождения, а у юридических лиц — с момента их создания.

Дееспособность, т. е. способность своими действиями приобретать и осуществлять права, а также создавать и исполнять обязанности, у физических лиц возникает с возраста, указанного в законе. Например, в отношении гражданских прав и обязанностей этот момент определяется моментом возникновения гражданской дееспособности (ст. 21, 26–28 ГК РФ РФ).

Момент создания юридических лиц действующее законодательство определяет днем внесения соответствующей записи в Единый государственный реестр юридических лиц (п. 2 ст. 51 ГК РФ РФ). С этого же момента у юридических лиц возникает дееспособность. Поэтому применительно к ним используется понятие правосубъектности как объединяющее правоспособность и дееспособность.

Право на защиту как элемент правоспособности (правосубъектности) закрепляется конституционно. В частности, в соответствии с Конституцией РФ каждый вправе защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом (ст. 45), каждому гарантируется судебная защита его прав и свобод (ст. 46).

2. Право на защиту как самостоятельное субъективное право.

Данное право существует в правоотношении и ему корреспондирует соответствующая обязанность другого субъекта (государства в лице определенного органа).

В общем, субъективное право можно определить как предоставленную конкретному субъекту юридическими нормами в целях удовлетворения его интересов меру возможного (дозволенного) поведения в правоотношении, обеспеченную корреспондирующей обязанностью другого субъекта правоотношения и гарантированную государством¹.

Причем в этом случае корреспондирующая обязанность может быть прямо и не предусмотрена. Прямое законодательное закрепление субъективного права подразумевает наличие этой обязанности.

Что касается правоотношения, то наиболее распространенным является определение, согласно которому под ним понимается возникающая на основе норм права индивидуализированная общественная взаимосвязь между лицами, характеризующаяся наличием субъективных юридических прав и обязанностей и поддерживаемая (гарантируемая) принудительной силой государства².

В правоотношении право на защиту существует, например, после обращения субъектов предпринимательской деятельности к органам, осуществляющим защиту прав; после применения в отношении них нормативного акта, ограничивающего их право на защиту; после издания в отношении указанных лиц актов ненормативного характера, затрагивающих данное право.

Как любое субъективное право, право на защиту подлежит самостоятельной защите, в частности, путем обжалования отказа суда в рассмотрении дела по существу путем обжалования актов нормативного или ненормативного характера, ограничивающих это право.

3. Право на защиту как правомочие, входящее в состав любого субъективного права.

Правомочие представляет собой юридическую возможность как составную часть субъективного права.

За счет правомочия на защиту реализуется возможность привести в действие аппарат государственного принуждения против обязанного лица в случае неисполнения им своих обязанностей либо защитить свои права самостоятельными действиями.

¹ См., например: *Протасов В. Н.* Что и как регулирует право. М., 1995. С. 10.

² См., например: *Алексеев С. С.* Общая теория права: в 2-х т. Т. 2. М., 1982. С. 82.

Этот аспект крайне важен по вопросу о том, переходит ли право на обращение в третейский суд (арбитраж) при уступке права требования по договору, в который включена третейская (арбитражная) оговорка. Практика российских третейских судов (арбитражей) свидетельствует о том, что при оценке указанного обстоятельства, т. е. замены стороны в третейском (арбитражном) соглашении, они исходят из того, что предъявление иска в защиту нарушенных прав представляет собой одно из составных частей содержания права требования, перешедшего к новому кредитору, и что к новому кредитору переходит условие об избрании определенного третейского суда (арбитража) для разрешения возможных споров между участниками договора. Этому во многом способствует аналогичный подход арбитражных судов (одним из первых было Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 17 июня 1997 г. № 1533/97).

Наряду с правомочием на защиту в состав любого субъективного права входит правомочие требования (т. е. возможность требовать исполнения обязанностями лицами их обязанностей). У вещных и исключительных имущественных прав традиционно выделяется еще и правомочие на активные действия (т. е. возможность совершать самостоятельные действия с объектом права).

4. Право на использование конституционных гарантий осуществления прав и исполнения обязанностей всеми субъектами.

Данное право вытекает из обязанностей государства обеспечить реализацию любым субъектом прав как элементов его правоспособности (правосубъектности). Однако при этом эти обязанности существуют не применительно к конкретному лицу, а в отношении всех потенциальных участников определенных общественных отношений.

В качестве примеров можно привести обязанности государства по созданию и обеспечению функционирования органа, осуществляющего государственную регистрацию предпринимателей, а также судебных органов, где можно защитить свои права и законные интересы, по обеспечению доступности судебной системы, по получению квалифицированной юридической помощи и т. д.

Отличительной чертой этих обязанностей государства является то, что его нельзя напрямую понудить к их исполнению. Напри-

мер, нельзя предъявить иск о понуждении государства принять какой-либо закон, создать какой-либо орган, установить определенный размер государственной пошлины и т. п.

Право на использование конституционных гарантий защищается через инициирование нормотворческой процедуры, а также через оспаривание затрагивающих это право нормативных актов.

Если выделить общие признаки понятия «право на защиту» во всех значениях, то его можно определить как возможность управомоченного лица использовать определенные меры (средства) для защиты своих прав и законных интересов³.

Правовая охрана является более широким понятием. Этим понятием охватывается не только защита, но и правовое признание определенных интересов, а также установление механизма и гарантий их реализации.

Следует отметить, что понятие защиты не тождественно понятию «осуществление правосудия». Во-первых, защита осуществляется не только в судебном порядке, но и в других формах, а также самостоятельными действиями управомоченного лица, во-вторых, общепризнанной точкой зрения является, что правосудие осуществляют только государственные суды, те же третейские суды (арбитражи) являются общественной формой защиты прав.

1.2. Объекты защиты

К объектам защиты традиционно относят права и законные интересы.

В данном случае прежде всего необходимо учитывать, что понятие «интерес» может употребляться для обозначения двух различных, хотя и взаимосвязанных явлений: интереса как явления общественного бытия людей (объективного интереса) и интереса как явления их сознания (субъективного интереса).

Объективный интерес фиксирует меры (средства), способствующие упрочению и позитивному изменению социального положения

³ Причем юридическое значение понятия «мера» охватывает оба основных филологических значения этого слова и соответственно обязательно подразумевает не только непосредственно само средство достижения цели, но и наличие четких пределов и границ его применения.

субъекта общественных отношений, а субъективный интерес представляет собой отношение данного субъекта к путям и способам достижения этой цели.

Интерес как явление сознания людей (субъективный интерес) не является объектом правовой охраны. Это связано с тем, что охрана интересов общества, отдельных граждан и их коллективов (групп) не может быть поставлена в зависимость от правильности и степени их осознания либо носителем интереса, либо субъектом, ущемляющим эти интересы.

Однако имеются правовые нормы, придающие существенное значение осознанности или неосознанности того, что действия одного субъекта противоречат интересам другого субъекта. В частности, осознанность проявляется в умысле, наличие которого говорит об умышленном характере административно или уголовно наказуемого правонарушения (преступления). Кроме того, понятие «умысел» употребляется и в ст. 169 ГК РФ, которая при установлении последствий недействительности сделок, совершенных с целью, противоречащей интересам государства и общества, ставит эти последствия в зависимость от того, обе стороны или только одна действовали с умыслом, т. е. осознанно нарушали публичные интересы.

Использование в законодательстве понятия «интерес» для обозначения объективного явления происходит в тех случаях, когда происходит его закрепление в праве, а также возникает необходимость ограничения интересов одних лиц с целью охраны и защиты интересов других лиц. В частности, в соответствии с ч. 3 ст. 55 Конституции РФ права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом в той мере, в какой это необходимо в целях защиты, в том числе прав и законных интересов других лиц.

Выявление указанных интересов осуществляется в рамках соблюдения процедур разработки, обсуждения и принятия Конституции, выбора депутатов, деятельности законодательного органа, разработки и принятия законов и т. д.

Тем самым правовые нормы всегда охраняют объективные интересы определенных лиц (предпринимателей, потребителей, общества в целом и т. д.) в пределах, в которых их проявление не ограничивается Конституцией и законами. Такие интересы обозначаются как законные (охраняемые законом). Основным критерием для уста-

новления пределов удовлетворения интересов определенного лица служат законные интересы других лиц.

Соответственно объективные интересы, реализация которых не ограничивается Конституцией и законами, приобретают характер объектов правовой охраны и защиты.

По степени выражения в нормах права можно выделить две группы таких интересов:

1) интересы, которые опосредуются субъективными правами. Именно они имеются в виду, когда речь идет о правах как объектах защиты;

2) интересы, не опосредствованные субъективными правами.

В качестве объектов защиты могут упоминаться и свободы. Применительно к конкретному человеку под свободой понимается его естественное состояние, «которое характеризуется возможностью действовать по своему усмотрению»⁴. Однако, учитывая, что объектами правовой охраны и защиты являются объективные интересы, реализация которых не ограничивается Конституцией и законами, можно говорить о том, что понятия «интересы, не опосредованные субъективными правами» и «свободы» с точки зрения их правовой охраны и защиты не различаются.

1.3. Порядок защиты интересов, опосредованных и не опосредствованных субъективными правами

Опосредствованный субъективным правом интерес — это такой интерес, реализация которого обеспечивается обязанностью другой стороны в конкретном правоотношении. Эта мера дозволенного поведения предоставляется управомоченному лицу именно для удовлетворения его интересов.

Обязанное лицо тоже имеет известную меру поведения. Однако в отличие от управомоченного лица оно строит свое поведение не в своих интересах, а в интересах носителя субъективного права.

Защита нарушенного субъективного права, по существу, означает защиту лежащего в его основе интереса.

⁴ См., например: *Баглай М. В.* Конституционное право Российской Федерации. М., 2001. С. 158.

Однако если степень охраны опосредствованного субъективным правом интереса характеризуется правом требования должного поведения от соответствующего обязанного субъекта, то не опосредствованные субъективным правом интересы в такой мере не гарантированы. А раз так, то нет и стороны, которая обязана совершить какие-либо конкретные действия (воздержаться от них) в пользу носителя интереса и которую можно напрямую к этому понудить. Поэтому их защита по инициативе их носителей возможна лишь строго определенными способами. В настоящее время для этого в зависимости от вида суда и процедуры используется требование о признании нормативного акта неконституционным либо недействующим. В таких случаях защита будет заключаться в устранении препятствий к реализации законных интересов, а также в устранении угрозы нарушения субъективных прав.

При издании акта ненормативного характера, адресованного конкретным лицам, либо при совершении в отношении них действий должностным лицом возникает правоотношение. Бездействие как неисполнение обязанности возможно тоже только в правоотношении. Поэтому при обжаловании данными лицами этого акта или действий (бездействия) речь уже будет идти об отказе от исполнения незаконно возложенных обязанностей либо об устранении препятствий к осуществлению субъективных прав.

Таким образом, защита может осуществляться как вне правоотношения, так и в рамках правоотношения.

Вне правоотношения защита осуществляется, когда это не запрещается законом. Примером является обжалование нормативных актов при отсутствии факта их применения к этому лицу.

В рамках правоотношения защита осуществляется путем применения мер, направленных на пресечение правонарушения и устранение его последствий, а также воздействующих на правонарушителя.

Поэтому, например, можно защищать интерес на осуществление предпринимательской деятельности, оспаривая нормативный акт, который ограничивает этот интерес, а можно обратиться в регистрирующий орган и уже обжаловать отказ в регистрации, поскольку он основан на норме права, противоречащей нормам более высокой юридической силы.

1.4. Принципы реализации права на защиту

Учитывая, что в настоящей работе право на защиту рассматривается как элемент правоспособности (правосубъектности) конкретного предпринимателя либо как принадлежащее ему субъективное право или правомочие, то в ней речь идет о праве на защиту частных интересов.

Соответственно правовое регулирование порядка реализации права на защиту в данном случае основывается на принципах частного права, к числу которых можно отнести:

- 1) свободу действий субъектов собственной волей;
- 2) действие субъектов в собственном интересе;
- 3) недопустимость произвольного установления пределов реализации их прав и законных интересов.

Исходя из этого, правовое регулирование порядка реализации права на защиту характеризуется преобладанием использования такого способа, как дозволение (предоставление субъектам прав на собственные активные действия), метода координации (субъекты действуют своей волей и в своем интересе) и общедозволительного типа правового регулирования (в основе которого лежит общее дозволение: «дозволено все, кроме того, что прямо запрещено»).

Поэтому представляется принципиально неверным напрямую связывать наступление каких-либо негативных юридических последствий для субъекта (например, беспорное взыскание задолженности⁵), если он не воспользуется правом на защиту. Установление санкций для случаев, когда не реализуется право, искажает суть правового регулирования, поскольку стирает грань между правами и обязанностями, между правомерными и неправомерными действиями, а также нарушает принципы частного права.

⁵ В частности, Конституционный Суд РФ связал возможность взыскания штрафов с юридических лиц в беспорном порядке с наличием их согласия с наложением штрафа, которое, в свою очередь, определяется через отсутствие факта обжалования этим юридическим лицом решения о наложении штрафа в суд (см., например, абз. 2 п. 5 мотивировочной части Постановления Конституционного Суда РФ от 30 июля 2001 г. № 13-П). Подробнее об этой проблеме см.: А. Курбатов «Порядок взыскания административных штрафов с юридических лиц» // «Хозяйство и право». 2003 г. № 10. С. 115.

Также необходимо учитывать, что частноправовое регулирование порядка реализации права на защиту проявляется только на стадии реализации конкретным лицом охранительных материальных норм (т. е. при решении вопроса стоит ли обращаться за защитой к компетентному органу или нет при выборе формы защиты и способа защиты).

Процессуальные отношения относятся уже к публично-правовым, поскольку регулирующие эти отношения нормы выражают интересы всех тех, чьи права и законные интересы могут быть нарушены, т. е. общественные интересы в обеспечении исполнения своих обязанностей всеми лицами, а в конечном итоге — в обеспечении правопорядка. И даже те нормы, которые устанавливают процессуальные права и обязанности сторон в процессе, также являются публичными, поскольку эти права и обязанности устанавливаются для любой из сторон, в том числе когда в ее качестве выступает государственный орган или его должностное лицо, участвующие в процессе в рамках выполнения своих законодательно закрепленных функций. Как следствие, правовое регулирование процессуальных отношений основано на разрешительном типе (стороны вправе делать только то, что предусмотрено процессуальными нормами и только в определенном порядке, а диспозитивность означает лишь выбор среди дозволенного).

То же самое касается и специально предусмотренных законом случаев, когда защита осуществляется специально уполномоченными государственными органами вне зависимости от воли субъектов, интересы и права которых нарушены. В качестве примера можно привести полномочия прокурора по оспариванию в судах различных актов, противоречащих закону (п. 3 ст. 22, п. 1 ст. 23 ФЗ «О прокуратуре Российской Федерации»).

Такое построение правового регулирования обусловлено тем, что порядок реализации права на защиту воплощает в себе как индивидуальный (частный) интерес, связанный с восстановлением нарушенных прав, так и публичный интерес, направленный на поддержание законности и конституционного правопорядка (абз. 3 п. 2 мотивировочной части определения Конституционного Суда РФ от 12 мая 2005 г. № 244-О).

§ 2. Формы защиты

2.1. Понятие и виды форм защиты

Каждый способ защиты реализуется в определенном порядке, который и именуется формой защиты.

Право на защиту может реализовываться как через специально уполномоченные государственные органы, так и самостоятельными действиями управомоченного лица. В зависимости от этого выделяют два вида форм защиты:

1) неюрисдикционную, когда право на защиту реализуется самостоятельными действиями управомоченного лица (самозащита прав, применение мер оперативного воздействия, досудебное урегулирование споров, неприменение норм при реализации права);

2) юрисдикционную, когда право на защиту реализуется через государственные и иные уполномоченные государством органы осуществлять защиту прав (третейские суды, нотариат).

В зависимости от вида органов, осуществляющих защиту, выделяются три разновидности юрисдикционной формы:

- 1) судебная;
- 2) административная, т. е. обращение в вышестоящий орган или к вышестоящему должностному лицу;
- 3) нотариальная.

Соответственно о процессуальном порядке защиты прав и законных интересов речь ведется, когда право на защиту реализуется через судебные органы, а о процедурном, — когда право на защиту реализуется через органы, не относящиеся к судебным.

Необходимо учитывать, что в процессуальном праве под формой защиты часто понимаются виды исков: о присуждении и о признании, что не охватывает полностью даже те способы защиты, которые реализуются в судебном порядке.

Нотариальная форма защиты применяется только в гражданско-правовых отношениях, да и то достаточно ограниченно (совершение исполнительных надписей, совершение протестов по векселям

и чекам). Поэтому в публичных отношениях права и законные интересы субъектов предпринимательской деятельности защищаются только в судебной и административной формах. Причем споры, возникшие в рамках публичных отношений, разрешаются только государственными судами.

2.2. Выбор формы защиты

Судебный порядок защиты (судебная форма защиты) носит универсальный характер, т. е. если какое-либо лицо считает свои права и интересы нарушенными, оно должно иметь возможность обратиться в суд за защитой.

Такой подход основан на ст. 46 Конституции РФ, в которой установлено следующее:

1. Каждому гарантируется судебная защита его прав и свобод.
2. Решения и действия (или бездействие) органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и должностных лиц могут быть обжалованы в суд.
3. Каждый вправе в соответствии с международными договорами РФ обращаться в межгосударственные органы по защите прав и свобод человека, если исчерпаны все имеющиеся внутригосударственные средства правовой защиты.

Кроме того, следует учитывать, что согласно ч. 3 ст. 56 Конституции РФ право на судебную защиту не подлежит ограничению даже в условиях чрезвычайного положения.

Особое значение судебной формы защиты обусловлено тем, что суды при рассмотрении дела должны исследовать по существу все фактические обстоятельства, а не ограничиваться только установлением формальных условий применения нормы (абз. 1 п. 3.2 мотивировочной части определения Конституционного Суда РФ от 12 июля 2006 г. № 267-О).

Защита прав в административном порядке в отличие от судебной формы осуществляется только в случаях, предусмотренных законом (см., например, п. 2 ст. 11 ГК РФ). При этом решение, принятое в административном порядке, может быть обжаловано в суд. Применение административного порядка требует, чтобы инстанция, куда обращаются за защитой, являлась вышестоящей, т. е. обладала

в отношении нижестоящей инстанции, на которую подается жалоба, административными полномочиями.

Выбор форм защиты осуществляется самим лицом, обращающимся за защитой.

Причем судебную и административную формы защиты, если иное не установлено законом, можно использовать одновременно (см., например, п. 1 ст. 138 НК РФ). В таком случае решения вышестоящих органов об отказе в удовлетворении жалоб оцениваются арбитражными судами наряду с другими документами, имеющимися в деле (см. п. 4 Обзора практики разрешения споров, возникающих в сфере налоговых отношений и затрагивающих общие вопросы применения налогового законодательства, являющегося приложением к письму Высшего Арбитражного Суда РФ от 31 мая 1994 г. № С1-7/ОП-373).

Однако в законе может быть установлено, что в случае, если жалоба поступила в суд и в вышестоящий орган (вышестоящему должностному лицу), жалобу рассматривает суд (см., например, п. 2 ст. 30.1 КоАП РФ) либо рассмотрение жалобы, поданной в административном порядке, приостанавливается. Так, принятие судом к рассмотрению заявления об оспаривании постановления, действий (бездействия) должностного лица службы судебных приставов приостанавливает рассмотрение жалобы, поданной в порядке подчиненности (п. 2 ст. 126 ФЗ «Об исполнительном производстве»).

Кроме того, как вариант в законе может предусматриваться обязательное досудебное рассмотрение жалобы в административном порядке. Таким примером является п. 5 ст. 101.2 НК РФ, согласно которому решение о привлечении к ответственности за совершение налогового правонарушения или решение об отказе в привлечении к ответственности за совершение налогового правонарушения может быть обжаловано в судебном порядке только после обжалования этого решения в вышестоящем налоговом органе. Данный пункт устанавливает исключение из упомянутого выше правила, закрепленного в п. 1 ст. 138 НК РФ.

2.3. Правовые позиции Конституционного Суда РФ о принципе универсальности судебной защиты

В качестве примеров применения принципа универсальности судебной защиты можно привести следующие правовые позиции Конституционного Суда РФ⁶:

1) содержащуюся в п. 1 резолютивной части Постановления от 12 марта 2001 г. № 4-П. Из этой позиции можно сделать общий вывод, касающийся не только процедуры несостоятельности (банкротства). Суть его заключается в следующем. Поскольку право на судебную защиту ограничению не подлежит, то, если какой-либо субъект считает свои права нарушенными, вопрос о том, предусмотрено ли прямо обжалование конкретного определения процессуальным кодексом, значения не имеет. Требование данного субъекта должно быть рассмотрено в соответствующем суде по существу⁷;

2) выраженную в абз. 5 п. 3 мотивировочной части Определения Конституционного Суда РФ от 1 марта 2001 г. № 67-О, согласно которой отсутствие в действующем законодательстве прямых указаний на возможность судебного рассмотрения дел по жалобам юридических лиц на действия (бездействие) органов государственной власти не может парализовать само это право, гарантированное непосредственно Конституцией РФ. Разрешение же вопроса о том, каким судам — арбитражной или общей юрисдикции — подведомственны такие жалобы, зависит от их конкретного содержания, в том числе от того, какие именно права были нарушены действиями (бездействи-ем) органов государственной власти;

3) закрепленную в абз. 3 п. 6 мотивировочной части Постановления Конституционного Суда РФ от 28 мая 1999 г. № 9-П, где указывалось, что право на судебную защиту предполагает охрану прав

⁶ Правовые позиции Конституционного Суда РФ являются общеобязательными на основании ст. 6, ч. 3 ст. 29 и ст. 71 ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации», что, в частности, было подтверждено в п. 3 мотивировочной части Постановления Конституционного Суда РФ от 15 июля 1999 г. № 11-П. При этом не имеет значения, в каком виде решения Конституционного Суда РФ (определении или постановлении) содержатся эти позиции.

⁷ О процедурах обжалования определений арбитражных судов см.: Курбатов А. Я. Правовое регулирование несостоятельности (банкротства) кредитных организаций // Приложение к журналу «Хозяйство и право». 2006. № 4. — (§ 5, гл. III).

и законных интересов гражданина не только от произвола законодательной и исполнительной власти, но и от ошибочных решений суда. При этом эффективной гарантией такой защиты является и сама возможность пересмотра дела вышестоящим судом, которая в тех или иных формах (с учетом особенностей каждого вида судопроизводства) должна быть обеспечена государством;

4) содержащиеся в абз. 1 п. 3 мотивировочной части и п. 1 резолютивной части Постановления Конституционного Суда РФ от 17 января 2008 г. № 1-П, в соответствии с которыми установленное АПК РФ исключение обжалования в кассационном порядке вступивших в законную силу решений и определений Высшего Арбитражного Суда РФ, принятых по отнесенным к его подсудности делам об оспаривании нормативных правовых актов, не означает, что такие решения и определения вообще не подлежат обжалованию и судебной проверке. В целях реализации положений ст. 46 Конституции РФ они могут быть пересмотрены в порядке надзора Президиумом Высшего Арбитражного Суда РФ. При этом исключение обжалования в кассационном порядке решений Высшего Арбитражного Суда РФ, вынесенных им в качестве суда первой инстанции по делам об оспаривании нормативных актов, не противоречит Конституции РФ.

Установление в законе сроков для обжалования решений судов нижестоящих инстанций обусловлено необходимостью обеспечить стабильность гражданского оборота и также, по мнению Конституционного Суда РФ, не может рассматриваться как нарушение права на судебную защиту (абз. 2 п. 3 мотивировочной части Определения Конституционного Суда РФ от 21 декабря 2004 г. № 409-О).

§ 3. Способы защиты в системе мер правоохранительного характера

3.1. Понятие и выбор способов защиты

В способах защиты реализуется материально-правовое содержание права на защиту.

Под способами защиты понимаются не запрещенные законом меры (средства), за счет которых производится пресечение правонарушений и устранение их последствий, а также осуществляется воздействие на правонарушителя⁸.

Реализация способа защиты сводится либо к непосредственному применению мер правоохранительного характера, либо к предъявлению требований об их применении уполномоченным государством органам.

Согласно ч. 2 ст. 45 Конституции РФ каждый вправе защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом.

Общий открытый перечень способов защиты дан в ст. 12 ГК РФ. Согласно этой статье защита гражданских прав осуществляется путем:

- признания права;
- восстановления положения, существовавшего до нарушения права, и пресечения действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения;
- признания оспоримой сделки недействительной и применения последствий ее недействительности, применения последствий недействительности ничтожной сделки;
- признания недействительным решения собрания;
- признания недействительным акта государственного органа или органа местного самоуправления;
- самозащиты права;
- присуждения к исполнению обязанности в натуре;

⁸ Необходимо учитывать, что Конституционный Суд РФ иногда смешивает понятия «способ защиты» и «форма защиты», называя способом защиты саму судебную защиту (см., например, абз. 3 п. 3 мотивировочной части Определения Конституционного Суда РФ от 4 декабря 2007 г. № 966-О-П).

- возмещения убытков;
- взыскания неустойки;
- компенсации морального вреда;
- прекращения или изменения правоотношения;
- неприменения судом акта государственного органа или органа местного самоуправления, противоречащего закону;
- иными способами, предусмотренными законом⁹.

Однако потребность в применении этих способов защиты может возникать не только в рамках отношений, подпадающих в сферу гражданско-правового регулирования, но и в публичных отношениях.

По данному вопросу необходимо учитывать, что раз речь идет о защите частных интересов, то данные способы применимы вне зависимости от вида отношений, складывающихся между сторонами. Иными словами, выбор способа защиты не должен обуславливаться видом правоотношений, а зависит от существа нарушения (т. е. оно должно затрагивать частные интересы) и последствий этого нарушения.

Подобного подхода придерживается и Конституционный Суд РФ. Например, согласно его правовой позиции, выраженной в абз. 2 п. 2 мотивировочной части Определения от 6 июля 2001 г. № 131-О, конституционные гарантии частной собственности, закрепленные в ст. 35 Конституции РФ, распространяются как на отношения в публично-правовой сфере, так и на гражданско-правовые отношения.

Материально-правовое содержание права на защиту не следует смешивать с процессуальным содержанием этого понятия. В процессуальном праве этим понятием может обозначаться или право на обращение в суд, или комплекс прав на участие в исследовании обстоятельств дела.

Выбор способа защиты осуществляется управомоченным субъектом на стадии реализации охранительных материальных норм. Одна-

⁹ В связи с этим следует отметить противоречие ст. 12 ГК РФ и ч. 2 ст. 45 Конституции РФ. Защита прав может осуществляться любым способом, не запрещенным законом, а не только теми, которые прямо им предусмотрены. Особенно это становится важным применительно к реализации таких способов защиты, как самозащита и неприменение норм при реализации права.

ко в государственные органы, уполномоченные осуществлять защиту прав и законных интересов, субъект уже должен заявить в строго определенном порядке четко сформулированные требования, исходя из используемой формы защиты, существа правонарушения и тех его последствий, которые необходимо устранить.

Скорее всего именно это имел в виду Конституционный Суд РФ, утверждая, что конституционное право на судебную защиту, принципы состязательности и равноправия сторон не предполагают выбор по своему усмотрению любых способов и процедур судебной защиты (абз. 3 п. 2 мотивировочной части Постановления Конституционного Суда РФ от 16 июля 2004 г. № 15-П).

При этом право законодателя предусматривать различные способы компенсации имущественных потерь потерпевшей стороны с учетом особенностей ее правового положения и существа обязательства не может рассматриваться как нарушающее принцип равенства всех перед законом и судом (абз. 5 п. 2 мотивировочной части Определения Конституционного Суда РФ от 14 октября 2004 г. № 292-О).

Например, из перечисленных в ст.12 ГК РФ способов защиты в публичных отношениях субъекты предпринимательской деятельности могут применять только следующие способы защиты:

- возврат средств из бюджета как разновидность восстановления положения, существовавшего до нарушения права;
- признание недействительным (недействующим) акта государственного органа или органа местного самоуправления;
- самозащита права;
- возмещение убытков;
- неприменение судом акта государственного органа или органа местного самоуправления, противоречащего закону.

3.2. Классификация способов защиты

В зависимости от формы, в которой реализуются способы защиты, их можно разделить на две группы: реализуемые в неюрисдикционной и в юрисдикционной формах.

1. Способы защиты, реализуемые в неюрисдикционной форме.

В данном случае понятие «реализация способа защиты» совпадает с понятием «применение мер правоохранительного характера».

К этой группе относятся:

- 1) самозащита прав, подразделяющаяся на два вида: необходимая оборона и крайняя необходимость;
- 2) применение мер оперативного воздействия;
- 3) досудебное урегулирование споров;
- 4) неприменение норм при реализации права.

Под самозащитой прав в гражданском праве традиционно понимается совершение управомоченным лицом не запрещенных законом действий, направленных на защиту его прав либо прав других лиц.

При необходимой обороне в результате устранения нарушения прав либо угрозы их нарушения вред причиняется самому нарушителю.

При крайней необходимости опасность возникает не в результате действий тех лиц, которым причиняется вред, а из-за стихийный бедствий, аварий, в ходе задержания преступников и т. п.

Меры оперативного воздействия — это предусмотренные законом или договором меры, применяющиеся к нарушителю управомоченным лицом как стороной в правоотношении в одностороннем порядке. К числу таких мер относятся, например, меры отказного характера (п. 2 ст. 328 ГК РФ), удержание (ст. 359–360 ГК РФ). Данные меры применяются только в гражданско-правовых отношениях.

В отличие от самозащиты, которая направлена на фактическое устранение нарушения или угрозы нарушения прав, применение мер оперативного воздействия всегда связано с неисполнением каких-либо обязанностей в гражданском правоотношении и направлено либо на понуждение к исполнению этих обязанностей, либо на отказ от принятия ненадлежащего исполнения.

Сутью досудебного урегулирования спора является обращение к стороне в правоотношении с требованием об устранении нарушения права либо угрозы его нарушения. В гражданско-правовых отношениях в таких случаях используется понятие «претензионное урегулирование спора».

Выделение такого способа защиты, как неприменение норм при реализации права, обусловлено тем, что разрешение коллизий в праве для выработки варианта поведения может осуществляться не только на стадии применения права (т. е. правоприменительными

органами), но и на стадии реализации права (т. е. всеми субъектами права). Разница лишь в том, что результаты разрешения коллизий правоприменительные органы, как правило, выражают в актах применения права (индивидуальных предписаниях), а не только в действии (бездействии), как при реализации права другими субъектами.

2. Способы защиты, реализуемые в юрисдикционной форме.

Эти способы уже приобретают характер требований, которые можно адресовать уполномоченным государством органам, о применении мер правоохранительного характера.

Они делятся на две группы:

1) меры защиты, включающие в себя меры пресекательного характера и меры регулятивного характера;

2) меры ответственности.

Меры пресекательного характера направлены на устранение правонарушения с целью предупреждения более тяжелых его последствий. Данные меры не связаны с имущественным воздействием на правонарушителя. Например, в публичных отношениях субъектами предпринимательской деятельности применяются такие меры пресекательного характера, как оспаривание актов нормативного и ненормативного характера, обжалование действий (бездействия) должностных лиц, в частноправовых отношениях — это оспаривание сделок, признание недействительными решений органов управления юридических лиц, устранение препятствий к осуществлению права собственности и др.

Меры регулятивного характера направлены на упорядочение отношений между субъектами с целью восстановления имущественной сферы потерпевшего либо компенсации ему неимущественного вреда. Иными словами, эти меры всегда связаны с имущественным воздействием на правонарушителя. К числу таких мер относятся взыскание убытков, компенсация морального вреда, истребование имущества из чужого незаконного владения и все меры, направленные на взыскание долга.

Меры ответственности всегда связаны с воздействием на правонарушителя с целью создания для него дополнительных неблагоприятных последствий. Они могут быть связаны с имущественным воздействием на правонарушителя, но это обязательно воздействие дополнительное, не связанное с восстановлением имущественной

сферы потерпевшего либо компенсацией ему неимущественного вреда. Поэтому синонимами понятия «мера ответственности» являются понятия «наказание», «кара», «возмездие» (см. абз. 1 п. 3 и п. 4 мотивировочной части Постановления Конституционного Суда РФ от 4 апреля 2002 г. № 8-П). Их карательная природа предопределяет зависимость размера наказания от характера самого правонарушения (его тяжести, последствий, причин, степени вины нарушителя) (см. абз. 11 п. 3.3 мотивировочной части Постановления Конституционного Суда РФ от 18 июля 2008 г. № 10-П).

За нарушения в сфере осуществления государственного контроля (надзора) к должностным лицам государственных и муниципальных органов применяются меры дисциплинарной, административной и уголовной ответственности.

3.3. Соотношение понятия «меры правоохранительного характера» со смежными понятиями

Любые неблагоприятные последствия для правонарушителя, возникшие в результате применения к нему потерпевшим или уполномоченным государственным органом определенных мер правоохранительного характера, обозначаются понятием «юридическая ответственность» в широком его значении¹⁰. Соответственно претерпевание этих неблагоприятных последствий является обязанностью правонарушителя. При этом правонарушителями могут быть государственные и муниципальные органы, а также их должностные лица.

Меры, направленные на защиту прав и законных интересов и применяемые в отношении правонарушителей государственными органами, являются мерами государственного принуждения.

Тем самым понятие мер правоохранительного характера более широкое, чем меры государственного принуждения. Оно включает

¹⁰ Вместе с тем это понятие может использоваться и в узком значении — как синоним понятия «меры ответственности», в частности, когда Конституционный Суд РФ говорит о наличии вины как общем принципе применения юридической ответственности (см., например, абз. 3 п. 2 мотивировочной части Постановления Конституционного Суда РФ от 25 января 2001 г. № 1-П). В связи с этим определить, в каком значении употребляется понятие «юридическая ответственность» в каждом конкретном случае, можно только исходя из контекста.

не только меры государственного принуждения, применяемые государственными органами, но и иные меры, применяемые самим потерпевшим.

Меры государственного принуждения делятся на юридические санкции и профилактические (предупредительные) меры.

В общем виде юридические санкции представляют собой реакцию государства на факт противоправного поведения конкретного лица или органа и заключаются в государственном принуждении к соблюдению правовых требований¹¹.

При этом если применение юридических санкций всегда связано с правонарушением (в том числе за неоконченное преступление в уголовном праве), то профилактические (предупредительные) меры направлены на их предупреждение и соответственно применяются при наличии подозрения на правонарушение. К их числу относятся, например, личный досмотр, проверка документов, обыск, наложение ареста на имущество, принятие судами мер по обеспечению иска.

Деление способов защиты, реализуемых в юрисдикционной форме, на меры защиты (пресекательные и регулятивные) и меры ответственности совпадает с делением юридических санкций на право восстановительные и штрафные.

Меры защиты реализуются за счет применения к правонарушителю право восстановительных санкций, а меры ответственности — за счет санкций штрафного характера (см., например, абз. 2 п. 5 мотивировочной части Постановления Конституционного Суда РФ от 15 июля 1999 г. № 11-П).

Тем самым получается, что с точки зрения претерпевания нарушителем негативных последствий речь идет о юридической ответственности, а с точки зрения применения ее государством — о юридических санкциях.

В юридической литературе преобладает подход, что понятие государственного принуждения шире, чем понятие юридической ответственности. Однако нетрудно заметить, что претерпевание неблаго-

¹¹ Автор, так же как и Конституционный Суд РФ, исходит из общетеоретического понимания понятия «санкция», единого для всей системы права, и считает недопустимым выводить это понятие только из содержания одного акта, например, НК, создавая тем самым различную систему понятий для отдельных отраслей и даже подотраслей права.

приятных последствий правонарушителем возможно и в результате применения к нему мер правоохранительного характера самим потерпевшим (в частности, при необходимой обороне и применении мер оперативного воздействия). Поэтому более широким понятием является юридическая ответственность, которая включает в себя не только меры государственного принуждения, но и иные правоохранительные меры, применяемые к правонарушителю непосредственно потерпевшим.

3.4. Виды юридических санкций и порядок их применения

Юридические санкции делятся на две группы:

- 1) праввосстановительные санкции;
- 2) санкции штрафного характера (штрафные санкции).

Праввосстановительные санкции призваны устранить правонарушение и его последствия, а также принудить обязанное лицо к исполнению своих обязанностей.

Санкции штрафного характера состоят в дополнительных для нарушителя неблагоприятных последствиях (см., например, абз. 3 п. 3 мотивировочной части Постановления Конституционного Суда РФ от 30 июля 2001 г. № 13-П). К ним можно отнести дисциплинарные взыскания, основные административные и уголовные виды наказания.

Кроме того, исходя из практики Конституционного Суда РФ, примерами санкций штрафного характера (мер ответственности) являются:

- а) конфискация имущества за нарушение таможенных правил (см., например, абз. 2 п. 2 мотивировочной части Определения Конституционного Суда РФ от 10 января 2002 г. № 3-О¹²);

¹² В данном случае Конституционный Суд РФ пренебрег законодательным регулированием и допустил смешение понятий. Соответственно в результате принятия этого и еще целого ряда решений по конфискации становится непонятным, на каком основании эта мера и в административном, и в уголовном праве продолжает рассматриваться как дополнительное наказание (см. п. 2 ст. 3.3 КоАП РФ и гл. 15.1 УК РФ). На самом деле нужно было четко разграничить два случая, оба из которых охватывают гражданско-правовое понятие конфискации как основания прекращения права собственности (ст. 243 ГК РФ). Первый — изъятие государством имущества, незаконно приобретенного в результате

б) исполнительский сбор (п. 3 мотивировочной части Постановления Конституционного Суда РФ от 30 июля 2001 г. № 13-П);

в) принудительная ликвидация юридического лица (абз. 2 п. 3 мотивировочной части Постановления Конституционного Суда РФ от 18 июля 2003 г. № 14-П);

г) взыскание неустойки (абз. 2 п. 2.1 мотивировочной части Определения Конституционного Суда РФ от 24 января 2006 г. № 9-О).

В связи с этим следует отметить, что признание тех или иных мер способами обеспечения исполнения обязанностей не связано с их отнесением к одному из видов юридических санкций. Обеспечение исполнения обязанностей может быть связано как с применением праввосстановительных санкций (пени в налоговом праве), так и штрафных (неустойка в гражданском праве).

Деление юридических санкций на праввосстановительные и штрафные необходимо учитывать при применении этих видов санкций. Принципиальные различия между ними заключаются в следующем:

1) для применения санкций штрафного характера необходимо наличие вины, если иное не установлено законом (см., например, абз. 4 п. 1.1 мотивировочной части Постановления Конституционного Суда РФ от 27 апреля 2001 г. № 7-П). Под этой оговоркой имеются в виду меры гражданско-правовой ответственности, которые могут применяться вне зависимости от наличия вины должника, например при осуществлении предпринимательской деятельности либо за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства третьими лицами, на которых было возложено исполнение (см. соответственно п. 3 ст. 401 и ст. 403 ГК РФ).

или для совершения правонарушений. Такое изъятие является праввосстановительной санкцией и может в случаях, предусмотренных законом, производиться без предварительного судебного контроля, но у правонарушителей, а не у добросовестных приобретателей. Объективно эта мера может применяться только одновременно со штрафными санкциями (мерами ответственности). Именно о таком случае речь идет в п. 2 ст. 243 ГК РФ. Второй случай — это изъятие орудий правонарушения, которым правонарушитель владеет на законных основаниях, но использует в противоправных целях. Такое изъятие является штрафной санкцией (мерой ответственности), для применения которой необходимо решение суда. Оно должно производиться на безвозмездной основе и может являться только основным наказанием, поскольку правонарушитель лишается имущества значительной стоимости.

Для применения правосстановительных санкций достаточно факта объективно противоправного деяния. Так, в налоговом праве для взыскания пени наличия вины обязанного лица не требуется (см. п. 1 ст. 75 НК РФ), а для взыскания штрафов она необходима (ст. 106 НК РФ). Исключение здесь опять же составляет гражданское право, где при возмещении имущественного вреда и компенсации морального вреда может учитываться вина причинителя вреда (см. соответственно ст. 1064, абз. 2 ст. 151 ГК РФ);

2) две санкции штрафного характера за одно правонарушение применять нельзя (см., например, п. 1 резолютивной части Определения Конституционного Суда РФ от 5 июля 2001 г. № 130-О)¹³.

В зависимости от последствий правонарушения можно применять несколько правосстановительных санкций. Кроме того, они могут применяться одновременно с санкциями штрафного характера. Например, за неполную уплату сумм налога производится взыскание недоимки, пени, а также штрафа (п. 2 ст. 75 НК РФ). Исключение составляет соотношение убытков (правосстановительная санкция) с неустойкой и процентами за пользование чужими денежными средствами (штрафные санкции) в гражданском праве. По общему правилу они взыскиваются в части, не покрытой неустойкой или указанными процентами (п. 1 ст. 394, п. 2 ст. 395 ГК РФ)¹⁴;

3) размер санкций штрафного характера может изменяться судом (см., например, абз. 2 п. 2 мотивировочной части Определения Конституционного Суда РФ от 6 июля 2001 г. № 144-О).

В частности, согласно п. 3 и 4 ст. 114 НК РФ при наличии хотя бы одного смягчающего ответственность обстоятельства размер штрафа подлежит уменьшению не меньше, чем в два раза по сравнению

¹³ В связи с этим применение в уголовном праве штрафа как дополнительно наказанию (п. 2 ст. 45 УК РФ) производиться не должно. Имущественные потери государства от преступлений должны компенсироваться за счет взыскания с преступника убытков путем предъявления гражданского иска.

¹⁴ В связи с этим в гражданском праве провозглашается, что все меры гражданско-правовой ответственности носят компенсационный характер, что искажает общий смысл юридической ответственности. Такое большое количество исключений и противоречий является следствием длительного изоляционизма в развитии профилирующих отраслей права, что противоречит самой сути права как системного явления (подробнее об этом см.: Курбатов А. Я. Система права и проблемы правоприменительной деятельности // Закон. 2003. № 10. С. 108.

с размером, установленным соответствующей статьей НК РФ за совершение налогового правонарушения, а при наличии отягчающего обстоятельства размер штрафа увеличивается на 100%.

Конкретизация правосстановительных санкций судом производиться не должна;

4) при применении штрафных санкций обязательно требуется предварительный судебный контроль¹⁵.

Для применения иных мер государственного принуждения достаточно последующего судебного контроля.

Такое деление Конституционный Суд РФ провел на примере конфискации как меры юридической ответственности (см. абз. 2 и 3 п. 3 мотивировочной части Постановления Конституционного Суда РФ от 11 марта 1998 г. № 8-П).

В то же время нельзя не отметить непоследовательность Конституционного Суда РФ. В частности, рассматривая вопрос о такой мере, как перечисление в федеральный бюджет дохода, полученного в результате нарушения антимонопольного законодательства, он отнес ее к компенсаторным, применяемым наряду с мерами штрафного характера (т. е. к правосстановительным санкциям), но при этом оговорился, что для ее применения необходима вина (см. соответственно абз. 4 п. 3 и п. 4 мотивировочной части Постановления Конституционного Суда РФ от 24 июня 2009 г. № 11-П).

§ 4. Применение способов защиты, реализуемых в неюрисдикционной форме

4.1. Самозащита прав

Самозащита прав является институтом как гражданского, так и уголовного права.

¹⁵ Исключение, как уже отмечалось, составляет бесспорный порядок взыскания штрафов с юридических лиц, при применении которого, по мнению Конституционного Суда РФ, предварительный судебный контроль осуществляется по инициативе самого лица, привлекаемого к ответственности.

В гражданском праве основным вопросом данного института является возмещение вреда, причиненного при осуществлении самозащиты.

Решение этого вопроса основывается на принципе, суть которого заключается в том, что способы самозащиты при их реализации должны быть соразмерны нарушению и не выходить за пределы действий, необходимых для его пресечения (ст. 14 ГК РФ).

1. Необходимая оборона как форма самозащиты.

Соразмерность действий лица, действующего в состоянии необходимой обороны, нарушению определяется через оценку выбора средств защиты, своевременности и интенсивности их применения, а также через сопоставление размера причиненного и предотвращенного вреда.

В частности, такая самозащита не может быть признана правомерной, если она явно не соответствует способу и характеру нарушения и причиненный (возможный) вред является более значительным, чем предотвращенный (п. 9 Постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»).

Вред, причиненный в состоянии необходимой обороны, если при этом не были превышены ее пределы, не подлежит возмещению (ст. 1066 ГК РФ).

Соответственно если пределы необходимой обороны превышены, то вред возмещается.

Примером самозащиты, осуществляемой субъектами предпринимательской деятельности, в отношениях, связанных с осуществлением государственного контроля (надзора), является отказ допустить должностных лиц государственных органов к проведению проверки, если их полномочия надлежащим образом не оформлены.

Так, в соответствии со ст. 89 НК РФ выездная налоговая проверка проводится на основании решения руководителя (его заместителя) налогового органа. Данное решение обязательно должно быть оформлено по установленной форме и содержать целый ряд сведений.

В уголовном праве действуют правила, закрепленные в ст. 37 УК РФ.

Согласно этой статье превышением пределов необходимой обороны признаются умышленные действия, явно не соответствующие характеру и опасности посягательства. Причем это правило действует только при защите от посягательства, не сопряженного с насилием, опасным для жизни обороняющегося или другого лица, либо с непосредственной угрозой применения такого насилия.

Если посягательство было сопряжено с насилием, опасным для жизни обороняющегося или другого лица, либо с непосредственной угрозой применения такого насилия, то причинение посягающему любого вреда не признается преступлением.

2. Крайняя необходимость как форма самозащиты.

В отличие от необходимой обороны вред, причиненный в состоянии крайней необходимости, т. е. при устранении опасности, угрожающей самому причинителю вреда или другим лицам, если эта опасность при данных обстоятельствах не могла быть устранена иными средствами (например, при тушении пожара, устранении последствий аварий, при задержании преступника), по общему правилу подлежит возмещению.

Однако, учитывая обстоятельства, при которых был причинен такой вред, суд может возложить обязанность его возмещения на третье лицо, в интересах которого действовал причинивший вред, либо освободить от возмещения вреда полностью или частично как это третье лицо, так и причинившего вред (ст. 1067 ГК РФ).

Уголовное право в отличие от гражданского разделяет причинение вреда при задержании лица, совершившего преступление (ст. 38 УК РФ), и крайнюю необходимость (ст. 39 УК РФ).

Данные действия не признаются преступлениями, а превышение пределов указанных действий влечет за собой уголовную ответственность только в случаях умышленного причинения вреда.

4.2. Досудебное урегулирование споров

В качестве примера досудебного урегулирования споров в публичных отношениях можно привести налоговые отношения.

В случае несогласия с фактами, изложенными в акте выездной налоговой проверки, а также с выводами и предложениями проверяющих налогоплательщик вправе в двухнедельный срок со дня полу-

чения акта проверки представить в соответствующий налоговый орган письменное объяснение мотивов отказа подписать акт или возражения по акту в целом или по его отдельным положениям. При этом налогоплательщик вправе приложить к письменному объяснению (возражению) или в согласованный срок передать налоговому органу документы (их заверенные копии), подтверждающие обоснованность возражений или мотивы неподписания акта проверки (п. 6 ст. 100 НК РФ).

Следует учитывать, что сам по себе акт выездной налоговой проверки до принятия по нему решения руководителем налогового органа или его заместителем еще не влечет для налогоплательщика каких-либо правовых последствий. Поэтому в данном случае можно говорить о том, что подобным образом устраняется нарушение его интересов в том, чтобы платить только законно установленные налоги, а также угроза нарушения его прав.

Такой способ защиты применим и в отношениях с другими государственными и муниципальными органами в рамках административной формы защиты.

4.3. Неприменение норм при реализации права

Выбор правовой нормы для применения в случае ее противоречия с другими нормами (разрешение коллизий) осуществляется на основании общеправовых принципов разрешения коллизий в праве¹⁶. К ним относятся следующие принципы:

- 1) приоритет нормы, обладающей более высокой юридической силой;
- 2) приоритет специальной нормы перед общей;
- 3) приоритет нормы, принятой позднее.

В частности, указание на необходимость применения двух последних принципов содержится в абз. 3 п. 2 мотивировочной части Определения Конституционного Суда РФ от 5 октября 2000 г. № 199-О.

¹⁶ Подробнее об этом см.: Курбатов А. Я. Порядок разрешения коллизий в российском праве // СПС «КонсультантПлюс», раз. «Комментарии законодательства», 2006.

Причем следует особо подчеркнуть, что существует определенная последовательность применения перечисленных принципов, т. е. каждый последующий из них применяется только при невозможности применения предыдущего.

В первую очередь применяется принцип приоритета нормы, обладающей более высокой юридической силой.

Во вторую очередь применяется принцип приоритета специальной нормы перед общей. Специальный характер нормы определяется либо через наличие указания на возможность установления особенностей правового регулирования в других актах, либо через сравнение сферы действия норм (по субъекту и по объекту).

В третью очередь, если принцип приоритета специальной нормы перед общей применить невозможно, применяется принцип приоритета нормы, принятой позднее.

Лицо, отказавшееся от реализации тех или иных правовых норм, несет риск того, что при возникновении спорной ситуации с контролирующим органом по этому поводу его позиция не будет поддержана судом.

§ 5. Оспаривание нормативных актов

5.1. Признаки нормативных актов и общие вопросы их оспаривания

Основная проблема в правоприменительной деятельности по этому вопросу заключается в том, чтобы выделить признаки, характерные исключительно для такого явления, как нормативный правовой акт, через которые это понятие отделяется от смежных понятий (иных видов актов). Выделить эти признаки и означает дать определение этого понятия.

Такие признаки выработаны теорией: 1) общеобязательность содержащихся в нем правил поведения, что подразумевает возможность применения мер государственного правового принуждения к их соблюдению; 2) неограниченный круг лиц, кому они адресованы; 3) неоднократность применения во всех аналогичных ситуациях.

Общеобязательность правил поведения для неограниченного круга лиц и неоднократность применения при определении нормативного характера акта берут за основу и суды (см., например, п. 9 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29 ноября 2007 г. № 48 «О практике рассмотрения судами дел об оспаривании нормативных правовых актов полностью или в части»). Употребление в указанном Постановлении понятия «уполномоченные государством организации» связано с тем, что в настоящее время право издания нормативных актов наряду с государственными и муниципальными органами получили некоторые государственные корпорации. Упоминание должностных лиц в данном случае не требуется, поскольку Президент РФ и президенты (главы администраций) субъектов РФ одновременно являются единоличными государственными органами.

При этом, учитывая, что правовое регулирование осуществляется путем воздействия на поведение людей через предоставление им прав и возложение обязанностей, установление правил поведения означает установление либо обязанностей, либо ограничений осуществления прав.

Исходя из этого, принципиальный подход в судебной практике должен заключаться в том, что нормативный характер акта определяется не по субъекту, не по форме, не по процедуре принятия и т. д., а исключительно из содержания. Если акт содержит правила поведения, отвечающие указанным выше признакам, то такой акт является нормативным. Соответственно нарушения, касающиеся субъекта, формы, процедуры, являются основаниями для признания этого акта недействующим. Применение обратной последовательности меняет местами причину и следствие: нормативность (содержание) акта требует соблюдения требований к его принятию, а не процедура принятия, форма или субъект делают его нормативным (определяют содержание).

Такой подход уже выработан Конституционным Судом РФ (см., например, абз. 5 п. 3 мотивировочной части Определения от 2 марта 2006 г. № 58-О), и соответственно судебная практика должна исходить из него. Игнорировать правовые позиции Конституционного Суда РФ ни суды, ни арбитражные суды не вправе.

Поэтому если, например, письма Минфина России отвечают признакам нормативных актов, то они могут оспариваться как нор-

мативные акты. Принципиальным моментом при их оспаривании должно являться то, что обязанности и ограничения прав, о которых идет речь, в таких письмах прямо законами не установлены.

Также следует обратить внимание, что на подзаконном уровне акты могут носить смешанный характер, т. е. содержать положения как нормативного, так и ненормативного характера. Среди положений ненормативного характера можно выделить положения организационно-распорядительного характера (однократного применения, адресованные конкретным лицам или группе лиц), положения рекомендательного характера (не подразумевают возможности применения мер государственного принуждения). Есть и иные виды норм, которые могут закрепляться письменно, например технические. Соответственно такие акты оспариваются отдельно по пунктам и при условии, что они устанавливают юридические обязанности или ограничения прав.

При этом, исходя из принципа разделения властей (ст. 10 Конституции РФ), суды не вправе оценивать акты на предмет целесообразности их принятия, вносить изменения в эти акты, обязывать уполномоченные органы принимать такие акты или вносить в них изменения. Они вправе признавать их неконституционными или недействующими в силу противоречия актам, обладающим более высокой юридической силой (требования по форме и процедуре также устанавливаются такими актами), либо превышения полномочий органа или лица, издавших акт. Отсюда, например, и требования к содержанию резолютивных частей решений арбитражных судов по данной категории дел (п. 3 ст. 195 АПК РФ), где фиксируется только факт признания акта недействующим. При признании акта недействующим возникает обязанность органа или лица, издавшего этот акт, отменить этот акт или привести его в соответствие с актом более высокой юридической силы (см., например, абз. 5 и 6 п. 7 мотивировочной части Постановления Конституционного Суда РФ от 11.04.2000 № 6-П, п. 5 ст. 195 АПК РФ).

Если эта обязанность не исполняется, то теоретически возможно повторное обращение в суд (с заявлением о понуждении, об обжаловании бездействия и т. п.), но это юридически абсурдная ситуация (чтобы исполнить решение по одному делу, возбуждается другое, в рамках которого будет просто зафиксировано неисполнение

обязанности). В то же время есть уголовная ответственность должностных лиц за неисполнение решения суда (ст. 315 УК РФ), за такие нарушения могут быть распущены как законодательные органы субъектов РФ (п. 2 и 4 ст. 9 ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации»), так и представительные органы муниципальных образований (п. 1 ст. 73 ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»).

За счет обжалования нормативных актов могут защищаться не только субъективные права, но и интересы, не опосредованные субъективными правами. Это связано с тем, что законодательство не связывает возможность оспаривания нормативного акта с его применением к лицу, обращающемуся за защитой. Исключение составляет оспаривание актов в Конституционном Суде РФ.

Следствием этого является подход, что акт может быть оспорен в суде и в том случае, если издавшим его органом не соблюден порядок регистрации и опубликования таких актов (абз. 5 п. 3 мотивировочной части Определения Конституционного Суда РФ от 2 марта 2006 г. № 58-О).

В судах в настоящее время сложился подход, что нормативный характер акта вне зависимости от его формы должен определяться судом при рассмотрении дела (см. п. 10 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29 ноября 2007 г. № 48 «О практике рассмотрения судами дел об оспаривании нормативных правовых актов полностью или в части» и Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 19 сентября 2006 г. № 13322/04). Это связано с тем, что в ряде случаев государственные органы, издавая различные разъяснения, которые не могут напрямую оспариваться в суде, по сути, осуществляют правовое регулирование, поскольку создают новые правила поведения (обязанности), ранее не предусмотренные нормативными актами.

Общими основаниями для оспаривания нормативных актов (предъявления в суды требований о признании неконституционными или недействующими) являются их противоречие актам более высокой юридической силы, а по подзаконным нормативным актам — еще и принятие каким-либо органом с превышением его

компетенции, если это влечет нарушение прав и законных интересов гражданина или юридического лица (см., например, п. 6 Постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»).

При этом суд не может прекратить производство по делу об оспаривании нормативного акта, признанного по решению принявшего его органа или должностного лица утратившим силу после подачи в суд соответствующего заявления, если в процессе судебного разбирательства будет установлено нарушение данным актом прав заявителя (см., например, абз. 1 п. 3.3 мотивировочной части Определения Конституционного Суда РФ от 12 мая 2005 г. № 244-О)¹⁷. При этом в любом случае заявитель вправе оспорить в суде решения, действия (бездействие), основанные на таком нормативном правовом акте (см., например, абз. 6 п. 11 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29 ноября 2007 г. № 48 «О практике рассмотрения судами дел об оспаривании нормативных правовых актов полностью или в части»).

Оспаривание нормативных актов автоматически не приостанавливает их исполнение (п. 7 ст. 251 ГПК РФ, п. 3 ст. 193 АПК РФ).

5.2. Оспаривание нормативных актов в Конституционном Суде РФ

По мнению Конституционного Суда РФ, рассматривать вопрос о соответствии Конституции РФ и лишать юридической силы в силу их противоречия Конституции РФ федеральные законы, указы Президента РФ, постановления Правительства РФ, нормативные акты субъектов РФ, принятые по вопросам, не относящимся к их ведению, а также иные акты, перечисленные в ч. 2 ст. 125 Конституции

¹⁷ Этой правовой позиции противоречат разъяснения, содержащиеся в п. 6 информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 13 августа 2004 г. № 80 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при рассмотрении арбитражными судами дел об оспаривании нормативных правовых актов».

РФ, может только он сам (см. п. 1 резолютивной части Постановления Конституционного Суда РФ от 16 июня 1998 г. № 19-П).

Причем это касается и случаев, когда нормативный акт Правительства РФ принят во исполнение полномочия, возложенного на него непосредственно федеральным законом, по вопросу, не получившему содержательной регламентации в этом законе (делегированное регулирование). Судебная проверка такого нормативного акта Правительства РФ невозможна без установления соответствия его самого и федерального закона, на котором он основан, Конституции РФ с точки зрения установленных ею разделения властей и разграничения компетенции между федеральными органами законодательной и исполнительной власти (абз. 3 п. 3 Постановления Конституционного Суда РФ от 27 января 2004 г. № 1-П).

Такие полномочия иных судов могут устанавливаться только федеральным конституционным законом (абз. 4 п. 7 мотивировочной части Постановления Конституционного Суда РФ от 16 июня 1998 г. № 19-П). Такого закона в настоящее время нет.

Соответственно суд, придя к выводу о несоответствии Конституции РФ федерального закона или закона субъекта РФ, не вправе применить его в конкретном деле и обязан обратиться в Конституционный Суд РФ с запросом о проверке конституционности этого закона (см., например, п. 2 резолютивной части постановления Конституционного Суда РФ от 16 июня 1998 г. № 19-П, п. 3 ст. 13 АПК РФ)¹⁸.

В связи с этим Конституционный Суд РФ различает случаи лишения нормативного акта юридической силы в силу его отмены или признания неконституционным и признания нормативного акта недействующим.

¹⁸ Такой подход, по мнению автора, ограничивает прямое действие Конституции РФ и тем самым противоречит ее ч. 1 ст. 15. Исходя из этого, обращение с запросом в Конституционный Суд РФ не может являться обязанностью судов. Они имеют право воспользоваться такой возможностью, только если сами не смогут однозначно разрешить противоречие и только на уровне кассационных и надзорных инстанций. В остальных случаях суды обязаны напрямую руководствоваться Конституцией РФ. Такие действия суда не являются признанием законов неконституционными, а представляют собой применение отдельного способа защиты — неприменения судом нормативного акта, противоречащего акту более высокой юридической силы.

Например, решение суда общей юрисдикции, которым закон субъекта РФ признан противоречащим федеральному закону, по своей природе не лишает его юридической силы с момента издания, а означает лишь признание его недействующим и, следовательно, с момента вступления решения суда в силу не подлежащим применению. Лишение же указанного акта юридической силы возможно только по решению самого законодательного органа, издавшего акт, или в предусмотренном Конституцией РФ порядке конституционного судопроизводства (абз. 5 п. 7 мотивировочной части Постановления Конституционного Суда РФ от 11 апреля 2000 г. № 6-П)¹⁹.

По федеральным законам и законам субъектов РФ на основании ст. 96 ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» в Конституционный Суд РФ может обратиться любое лицо при наличии копии официального документа, подтверждающего применение обжалуемого закона при разрешении конкретного дела. При этом под конкретным делом Конституционный Суд РФ понимает дело, в связи с которым судом или иным правоприменительным органом в рамках юрисдикционной или иной процедуры и на основе норм соответствующего закона разрешается вопрос, затрагивающий права и свободы заявителя, а также устанавливаются и (или) исследуются фактические обстоятельства (абз. 2 п. 2 Определения Конституционного Суда РФ от 19 февраля 2004 г. № 33-О).

По остальным актам это могут сделать только лица, перечисленные в ч. 2 ст. 125 Конституции РФ. В связи с этим лицам, не подпадающим под этот перечень, в том числе субъектам предпринимательской деятельности, подзаконные нормативные акты целесообразно обжаловать в совокупности с теми законодательными нормами, где закрепляется право на их издание или содержится указание на необходимость применения (см., например, Постановление Конституционного Суда РФ от 28 октября 1999 г. № 14-П).

Такой же подход можно использовать для преодоления позиций, выраженных в актах высших судебных инстанций (например, постановлениях Пленума, постановлениях Президиума, обзорах или ин-

¹⁹ Это деление является абсолютно надуманным, за ним не стоит ничего, кроме желания сгладить негативные последствия ограничений полномочий судов Постановлением Конституционного Суда РФ от 16 июня 1998 г. № 19-П.

формационных письмах). В этом случае оспариваются нормы федеральных законов, на которых данные позиции основываются, в смысле, придаваемом им правоприменительной практикой (см., например, п. 1 резолютивной части Постановления Конституционного Суда РФ от 12 октября 1998 г. № 24-П).

5.3. Последствия введения в оборот понятия «признание нормативного акта недействующим»

К сожалению, введенное в оборот Конституционным Судом РФ понятие «признание нормативного акта недействующим», хотя оно касалось только оценки конституционности нормативных актов, было бездумно перенесено в процессуальные кодексы применительно ко всем иным случаям нормоконтроля.

Основное негативное последствие такого подхода заключается в том, что нормативные акты, противоречащие актам более высокой юридической силы, теперь, по общему правилу, признаются недействующими только с момента вступления в силу решения суда, а не с момента их издания (п. 3 ст. 253 ГПК РФ, п. 5 ст. 195 АПК РФ). Хотя должно быть наоборот.

Причем решения судов общей юрисдикции по этой категории дел вступают в силу по общим правилам (ст. 209 ГПК РФ), а решения арбитражных судов — немедленно после их принятия (п. 4 ст. 195 АПК РФ).

Соответственно иной момент, с которого нормативный акт не подлежит применению, может быть установлен только самими судами. Однако это право в законе предусмотрено только для судов общей юрисдикции (п. 2 ст. 253 ГПК, п. 28 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29 ноября 2007 г. № 48 «О практике рассмотрения судами дел об оспаривании нормативных правовых актов полностью или в части»). У арбитражных судов этого права в АПК РФ не предусмотрено. Оно вводится только Пленумом Высшего Арбитражного Суда РФ.

Такая ситуация затрудняет, а в большинстве случаев делает невозможным, обжалование решений и действий (бездействия), основанных на этих актах, за период с момента их издания до момента признания недействующим судом лицами, которые не участво-

вали в деле об оспаривании нормативного акта, а этот вопрос перед судом поставлен не был, или которым по какой-либо причине не удалось убедить суд признать акт недействующим с более раннего момента.

Дело в том, что в отличие от ненормативных актов признание судом недействующим нормативного правового акта или отмена такого акта в установленном порядке как не соответствующего закону не может рассматриваться в качестве вновь открывшегося обстоятельства, предусмотренного подп. 4 ст. 311 АПК РФ, за исключением случаев, когда данный нормативный правовой акт признан недействующим с момента его принятия (абз. 3 п. 7 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 12 марта 2007 г. № 17 «О применении Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при пересмотре вступивших в силу судебных актов по вновь открывшимся обстоятельствам»). Впоследствии указанное Постановление Пленума было признано утратившим силу в связи с принятием Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 30 июня 2011 г. № 52 «О применении положений Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при пересмотре судебных актов по новым или вновь открывшимся обстоятельствам», в абз. 3 п. 7 содержится аналогичное положение, но уже с указанием на невозможность рассматривать в качестве нового обстоятельства.

При этом остается неясным, на какой законодательной норме, по мнению Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ, основано право арбитражного суда признавать нормативный акт недействующим с момента издания.

Кстати, ранее в п. 4 информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 13 августа 2004 г. № 80 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при рассмотрении арбитражными судами дел об оспаривании нормативных правовых актов» разъяснялось, что арбитражный суд не может признавать нормативный акт недействующим с момента его принятия.

По ГПК РФ в перечень оснований для пересмотра дел по вновь открывшимся обстоятельствам признание акта недействующим или его отмена также не входят (п. п. 3 и 4 ст. 392).

Получается, что нормоконтроль судов общей юрисдикции и арбитражных судов в основном сводится только к созданию обязан-

ности органа, издавшего акт, по приведению признанного недействующим нормативного акта в соответствие с актом более высокой юридической силы.

Это помимо всего прочего умаляет значение судов общей юрисдикции и арбитражных судов. В административном порядке вышестоящие органы могут отменять (лишать юридической силы с момента издания) нормативные акты нижестоящих органов, а суды этого права Конституционным Судом РФ лишены.

5.4. Подведомственность и подсудность судебных дел об оспаривании нормативных актов

Общий подход к определению подведомственности дел об оспаривании нормативных актов заключается в следующем.

Судам общей юрисдикции подведомственны дела об оспаривании полностью или в части нормативных актов ниже уровня федерального закона по основаниям их противоречия иному, кроме Конституции РФ, нормативному акту, имеющему большую юридическую силу.

При этом судам неподведомственны дела:

1) об оспаривании по основаниям противоречия федеральным законам нормативных актов Президента РФ или Правительства РФ в случаях, когда проверка соответствия указанных нормативных актов федеральному закону невозможна без установления их соответствия Конституции РФ (следствие постановлений Конституционного Суда РФ от 16 июня 1998 г. № 19-П и от 27 января 2004 г. № 1-П);

2) об оспаривании конституций и уставов субъектов Российской Федерации, поскольку проверка соответствия учредительного акта субъекта РФ федеральному закону сопряжена с установлением его соответствия нормам Конституции РФ (следствие Постановления Конституционного Суда РФ от 18 июля 2003 г. № 13-П);

3) при наличии в субъекте РФ конституционного (уставного) суда — о проверке соответствия законов субъекта РФ, нормативных актов органов государственной власти субъекта РФ, органов местного самоуправления конституции (уставу) субъекта РФ, поскольку рассмотрение этих дел отнесено ч. 1 ст. 27 ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации» к компетенции конституционного (уставного) суда субъекта РФ.

Вместе с тем если в субъекте РФ такой суд не создан (т. е. отсутствует возможность осуществления иного судебного порядка оспаривания нормативных правовых актов на предмет соответствия их конституции или уставу субъекта РФ), то в целях реализации гарантированного ч. 1 ст. 46 Конституции РФ права на судебную защиту рассмотрение названных выше дел осуществляется судами общей юрисдикции. Исключения составляют случаи, когда рассмотрение таких дел передано Конституционному Суду РФ заключенными в соответствии со ст. 11 Конституции РФ договорами о разграничении предметов ведения и полномочий между органами государственной власти РФ и органами государственной власти субъектов РФ (подп. 7 ч. 1 ст. 3 ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации»).

Исходя из положений ст. 245 ГПК суды также не вправе рассматривать дела об оспаривании нормативных актов в случаях, когда федеральным законом их рассмотрение прямо отнесено к ведению арбитражных судов (п. 1 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29 ноября 2007 г. № 48 «О практике рассмотрения судами дел об оспаривании нормативных правовых актов полностью или в части»).

В связи с этим указанные дела подлежат рассмотрению в арбитражном суде только в тех случаях, когда арбитражный суд прямо назван в федеральном законе в качестве суда, компетентного рассматривать эти дела (абз. 2 п. 3 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 9 декабря 2002 г. № 11 «О некоторых вопросах, связанных с введением в действие Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации»).

При этом указание, содержащееся в подп. 1 п. 2 ст. 34 АПК РФ не может рассматриваться как такое указание, поскольку эта статья регулирует вопросы подсудности и подлежит применению только в отношении споров, уже отнесенных другими федеральными законами к компетенции арбитражных судов.

До 31.12.2012 г. по делам данной категории основное значение для разрешения вопросов подведомственности имело указание в законе, а не экономический характер спора (см. подп. 1 п. 1 и п. 2 ст. 29 АПК РФ, утратившие силу с 31.12.2012 г., хотя они в этой редакции действовали чуть более двух лет). Характер спора приобретал значение только тогда, когда в федеральном законе подведомственность установлена альтернативно: суд или арбитражный суд.

С 31.12.2012 г., когда вступил в силу Федеральный закон от 30 декабря 2012 г. № 317-ФЗ «О внесении изменений в статьи 29 и 194 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации», арбитражные суды рассматривают дела об оспаривании нормативных правовых актов, затрагивающих права и законные интересы заявителя в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности (подп. 1.1 ст. 29 АПК РФ)²⁰.

5.5. Оспаривание нормативных актов через прокурора

По вопросу об оспаривании нормативных актов субъекты предпринимательской деятельности могут обращаться к соответствующему уровню нормативного акта прокурору или его заместителю, которые на основании п. 3 ст. 22 и п. 1 ст. 23 ФЗ «О прокуратуре Российской Федерации» вправе обращаться с подобными заявлениями в суды в соответствии с установленной подведомственностью и подсудностью.

Порядок реализации данных полномочий применительно к законам субъектов РФ разъяснен Постановлением Конституционного Суда РФ от 11 апреля 2000 г. № 6-П.

Генеральный прокурор РФ вправе обращаться в Конституционный Суд РФ по вопросу нарушения конституционных прав и свобод граждан законом, примененным или подлежащим применению в конкретном деле (п. 6 ст. 35 ФЗ «О прокуратуре Российской Федерации»).

Кроме того, прокурор или его заместитель могут предварительно принести протест на противоречащий закону нормативный акт в орган или должностному лицу, которые издали этот акт, либо в вышестоящий орган или вышестоящему должностному лицу.

²⁰ Частые изменения правового регулирования по этому вопросу свидетельствуют о «борьбе за компетенцию» со стороны Высшего Арбитражного Суда РФ. Ярким примером этого процесса является Постановление от 13 ноября 2012 г. № 9007/12 по делу № А40-63017/11-23-510, в котором Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ в противоречие п. 4 ст. 22 ГПК РФ решил, что арбитражный суд вправе рассматривать спор, возникший из экономических правоотношений и связанный с предпринимательскими отношениями с участием основного должника (юридического лица) и поручителя (физического лица), к которым предъявлено имущественное требование о солидарной ответственности по договорным обязательствам.

5.6. Обжалование нормативных актов в административном порядке

В отдельных случаях обжалование нормативных актов может производиться в административном порядке.

Так, Президент РФ вправе приостанавливать действие актов органов исполнительной власти субъектов РФ в случае противоречия этих актов Конституции РФ и федеральным законам, международным обязательствам РФ или нарушения прав и свобод человека и гражданина до решения этого вопроса соответствующим судом (ч. 2 ст. 85 Конституции РФ).

Также Президентом РФ могут быть отменены акты Правительства РФ в случае их противоречия Конституции РФ, федеральным конституционным законам, федеральным законам и указам Президента РФ (ст. 33 ФКЗ «О Правительстве Российской Федерации»).

Правительство РФ вправе отменять акты федеральных органов исполнительной власти или приостанавливать действие этих актов (ч. 7 ст. 12 ФКЗ «О Правительстве Российской Федерации»).

Муниципальные правовые акты в части, касающейся осуществления органами местного самоуправления отдельных государственных полномочий, переданных им федеральными законами или законами субъектов РФ, могут быть отменены или их действие может быть приостановлено уполномоченным органом государственной власти РФ или субъекта РФ (п. 1 ст. 48 ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»).

§ 6. Применение иных мер пресекательного характера

6.1. Неприменение судом нормативного акта, противоречащего акту более высокой юридической силы

Данный способ защиты предусмотрен ч. 2 ст. 120 Конституции РФ, ст. 12 ГК РФ, п. 2 ст. 11 ГПК РФ и п. 2 ст. 13 АПК РФ.

Его суть заключается в том, что суд, установив при рассмотрении дела несоответствие нормативного акта иному акту, имеюще-

му большую юридическую силу, принимает судебный акт в соответствии с нормативным актом, имеющим большую юридическую силу.

По существу, в данном случае речь идет о выборе нормы права для применения в конкретном деле, что производится судебными органами исходя из общеправовых принципов разрешения коллизий в праве, о которых говорилось выше.

От признания нормативных актов недействующими данный способ защиты отличается тем, что, во-первых, требование стороны в деле о неприменении нормативного акта не является предметом спора и соответственно его удовлетворение или отказ в удовлетворении фиксируются в мотивировочной, а не в резолютивной части решения суда, во-вторых, неприменение судом нормативного акта не означает, что этот акт больше применению не подлежит²¹.

6.2. Оспаривание актов ненормативного характера государственных и муниципальных органов

В данном случае под оспариванием понимается предъявление требований о признании актов ненормативного характера недействительными, т. е. о лишении их юридической силы с момента издания.

К актам ненормативного характера относятся акты, содержащие требования организационно-распорядительного характера и адресованные конкретному лицу или группе лиц, подписанные руководителями государственных и муниципальных органов или их заместителями (см., например, абз. 3 п. 48 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 28 февраля 2001 г. № 5 «О некоторых вопросах применения части первой Налогового кодекса Российской Федерации»).

Как разновидность таких актов АПК РФ выделяет решения (к которым можно отнести, например, решения налоговых органов по актам выездных налоговых проверок).

²¹ Конституционный Суд РФ, установив обязанность судов обращаться в Конституционный Суд РФ с запросом о проверке конституционности нормативных актов во всех случаях, когда они придут к выводу об их несоответствии Конституции РФ, по сути, запретил им не только напрямую применять Конституцию РФ, но и официально констатировать факт такого противоречия.

Основаниями для оспаривания данных актов (решений) является их противоречие нормативным актам, принятие некомпетентным органом или с превышением компетенции, нарушение процедуры принятия²².

Отмена оспариваемого ненормативного акта или истечение срока его действия не препятствует рассмотрению по существу заявления о признании этого акта недействительным, если им были нарушены законные права и интересы заявителя (п. 18 информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 22 декабря 2005 г. № 99 «Об отдельных вопросах практики применения Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации»).

Заявления о признании ненормативных правовых актов недействительными рассматриваются в арбитражном суде, если их рассмотрение в соответствии с федеральным законом не отнесено к компетенции других судов. Такие заявления могут быть поданы в арбитражный суд в течение трех месяцев со дня, когда гражданину или организации стало известно о нарушении их прав и законных интересов, если иное не установлено федеральным законом. Пропущенный по уважительной причине срок подачи заявления может быть восстановлен судом (п. 3 и 4 ст. 198 АПК РФ).

Арбитражные суды рассматривают дела об оспаривании ненормативных актов, если они затрагивают права и законные интересы заявителя в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности (подп. 2 ст. 29 АПК РФ). При этом такие требования в отношении ненормативных правовых актов Президента РФ, Совета Федерации и Государственной Думы Федерального Собрания РФ, Правительства РФ подсудны Высшему Арбитражному Суду РФ (подп. 2 п. 2 ст. 34 АПК РФ).

²² В настоящее время процедура принятия актов ненормативного характера различными государственными органами при осуществлении ими государственного контроля (надзора) определяется отдельными федеральными законами или законами субъектов РФ об их деятельности, а также подзаконными актами, принимаемыми в развитие этих законов. Исключение составляет ФЗ «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля». Однако в силу ст. 1 этот Федеральный закон имеет достаточно ограниченную сферу действия.

По общему правилу обжалование акта (решения) не приостанавливает его исполнение. Исключение составляет обжалование предписания антимонопольного органа (п. 2 ст. 52 ФЗ «О защите конкуренции»). Однако приостановить действие оспариваемого акта может суд по ходатайству заявителя (см. информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 13 августа 2004 г. № 83 «О некоторых вопросах, связанных с применением части 3 статьи 199 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации», п. 29 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 12 октября 2006 г. № 55 «О применении арбитражными судами обеспечительных мер»). Исключения составляют решения Центрального банка РФ об отзыве у кредитных организаций лицензий на осуществление банковских операций, исполнение которых не может быть приостановлено даже судом (ч. 5 ст. 20 ФЗ «О банках и банковской деятельности»).

Решения арбитражного суда по делам об оспаривании ненормативных актов подлежат немедленному исполнению (п. 2 ст. 182, п. 7 ст. 201 АПК РФ). При этом если в п. 2 ст. 182 АПК РФ это правило сформулировано императивно, то в п. 7 ст. 201 АПК РФ содержится оговорка: если иные сроки не установлены в решении суда. Следует также учитывать, что в данном случае речь идет о требованиях организационного, а не имущественного характера. Соответственно при удовлетворении судом таких требований какие-либо выплаты из бюджета в пользу заявителя не предполагаются (см. информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 24 июля 2003 г. № 73 «О некоторых вопросах применения частей 1 и 2 статьи 182 и части 7 статьи 201 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации»).

В соответствии с ч. 1 ст. 130 АПК РФ требование о признании ненормативного правового акта недействительным и требование о возмещении вреда, основанное на ст. 1069 ГК РФ, могут быть соединены в одном исковом заявлении, если они связаны между собой по основаниям возникновения или представленным доказательствам и к участию в деле привлечены соответственно государственный орган, орган местного самоуправления, должностное лицо этих органов, а также публично-правовое образование, ответственное за возмещение вреда (п. 9 информационного письма Президиума Высше-

го Арбитражного Суда РФ от 22 декабря 2005 г. № 99 «Об отдельных вопросах практики применения Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации»).

Акты ненормативного характера государственных и муниципальных органов в большинстве случаев можно обжаловать в административном порядке. Примером служат акты (решения) налоговых органов (см. ст. 139–140 НК РФ).

6.3. Оспаривание действий (бездействия) должностных лиц государственных и муниципальных органов

В данном случае под оспариванием действий (бездействия) должностных лиц понимается предъявление требований об их признании незаконными.

О действиях (бездействии) государственных или муниципальных должностных лиц необходимо вести речь тогда, когда отсутствует письменный документ, принятый руководителем государственного или муниципального органа либо его заместителем в рамках выполнения функций, возложенных на этот орган.

В отношении оспаривания действий (бездействия) должностных лиц также действуют подход к подведомственности и срок, установленные п. 3 и 4 ст. 198 АПК РФ.

Требования субъектов предпринимательской деятельности о признании действий (бездействия) должностных лиц незаконными рассматриваются арбитражными судами (подп. 2 ст. 29 АПК РФ).

Четкое разграничение между актами ненормативного характера государственных и муниципальных органов и действиями их должностных лиц необходимо, во-первых, для решения вопроса о подсудности, поскольку дела о признании незаконными действий любых должностных лиц подсудны арбитражным судам субъектов РФ (п. 1 и 2 ст. 34 АПК РФ), во-вторых, для административного обжалования, поскольку действия, например, налогового инспектора необходимо обжаловать его непосредственному начальнику, а не в вышестоящий налоговый орган.

Решения арбитражного суда по делам об оспаривании действий (бездействия) должностных лиц также подлежат немедленному исполнению (п. 2 ст. 182, п. 7 ст. 201 АПК РФ). Исключение состав-

ляют случаи, когда заявитель предъявляет в суд требование о признании незаконным бездействия государственного органа (должностного лица), выразившегося в отказе возратить (возместить, выплатить) из бюджета определенную денежную сумму, и названное требование удовлетворяется. Такое решение суда приводится в исполнение по общему правилу, закрепленному в ч. 1 ст. 182 АПК РФ, т. е. после вступления его в законную силу (см. информационное письмо Высшего Арбитражного Суда РФ от 24 июля 2003 г. № 73 «О некоторых вопросах применения частей 1 и 2 статьи 182 и части 7 статьи 201 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации»).

Действия (бездействие) должностных лиц государственных и муниципальных органов также подлежат обжалованию в административном порядке вышестоящему должностному лицу. Например, действия (бездействие) должностных лиц налоговых органов обжалуются вышестоящим должностным лицам в том же порядке, что и решения налоговых органов в вышестоящие инстанции.

6.4. Обжалование постановлений и действий (бездействия) должностных лиц службы судебных приставов

Жалоба на постановление должностного лица службы судебных приставов, его действия (бездействие) подается в течение десяти дней со дня вынесения постановления, совершения действия либо бездействия, а лицом, не извещенным о времени и месте совершения действий, — в течение десяти дней со дня, когда это лицо узнало или должно было узнать об этом (ст. 122 ФЗ «Об исполнительном производстве»).

Заявление об оспаривании постановления должностного лица службы судебных приставов, его действий (бездействия), по общему правилу, подается в суд общей юрисдикции, в районе деятельности которого указанное лицо исполняет свои обязанности. Исключения составляют случаи, когда такое заявление подается в арбитражный суд. Это следующие случаи:

1) при исполнении исполнительного документа, выданного арбитражным судом;

2) при взыскании средств по требованиям контролирующих органов или административных штрафов с юридических лиц и индивидуальных предпринимателей;

3) при взыскании с указанных лиц расходов по совершению исполнительных действий, исполнительского сбора и штрафов, наложенных судебным приставом-исполнителем, если исполнительное производство возбуждено в связи с их предпринимательской деятельностью;

4) в иных случаях, установленных АПК РФ.

Рассмотрение заявления производится арбитражным судом в случаях, перечисленных в п. 2 ст. 128 ФЗ «Об исполнительном производстве», а в остальных случаях — судом общей юрисдикции в десятидневный срок.

Постановления и действия (бездействие) должностных лиц службы судебных приставов могут быть обжалованы в порядке подчиненности, т. е. в административном порядке (ст. ст. 123–127 ФЗ «Об исполнительном производстве»).

6.5. Обжалование отказа в государственной регистрации или уклонения от государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей

Согласно подп. 3 п. 1 ст. 33 АПК РФ арбитражные дела рассматривают дела по спорам об отказе в государственной регистрации или об уклонении от государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей. Данный способ защиты выделяется отдельно, поскольку используется либо физическими лицами, еще не имеющими статуса предпринимателей, либо учредителями юридических лиц.

В соответствии с п. 2 ст. 33 АПК РФ данные дела подлежат рассмотрению в арбитражных судах независимо от того, являются ли участниками правоотношений, из которых возник спор или требование, юридические лица, индивидуальные предприниматели или иные организации и граждане.

Однако судебной-арбитражная практика признает, что арбитражным судам подведомственны дела об отказе в государственной регистрации или уклонении от государственной регистрации только

коммерческих организаций, а также иных организаций, деятельность которых связана с осуществлением предпринимательской и иной экономической деятельности.

Дела по спорам об отказе в государственной регистрации или уклонении от государственной регистрации других организаций (некоммерческих организаций, в том числе общественных объединений и организаций, политических партий, общественных фондов, религиозных объединений и др.), не имеющих в качестве основной цели своей деятельности извлечение прибыли, не подлежат рассмотрению арбитражными судами (абз. 2 и 3 п. 5 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 9 декабря 2002 г. № 11 «О некоторых вопросах, связанных с введением в действие Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации»)²³.

Данную категорию дел необходимо отличать от дел, связанных с обжалованием отказа либо уклонения от государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним, а также от государственной регистрации выпуска и отчета об итогах выпуска эмиссионных ценных бумаг. Эти дела относятся к делам об обжаловании актов ненормативного характера государственных органов и действий (бездействия) их должностных лиц.

6.6. Обжалование постановлений о наложении административных штрафов

Данный способ защиты рассматривается отдельно, поскольку постановления о наложении административных штрафов могут выносить как должностные лица, так и коллегиальные органы и соответственно для данной категории дел установлены особенности рассмо-

²³ По мнению автора, такой подход Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ напрямую противоречит п. 2 ст. 33 АПК РФ. К тому же он основан на каких-то непонятных классификациях: юридических лиц (упоминаются коммерческие организации, иные организации и некоммерческие организации) и видов деятельности (предпринимательская деятельность и иные виды экономической деятельности отождествляются и признаются видами деятельности, направленными на получение прибыли). В то время как деление юридических лиц на коммерческие и некоммерческие — это двухчленная классификация, а иная экономическая деятельность (пассивная) как раз связана с любым использованием имущества и может быть не направлена на получение прибыли.

тения (см. Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 2 июня 2004 г. № 10 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях»).

Постановление по делу об административном правонарушении, совершенном субъектом предпринимательской деятельности, обжалуется в арбитражный суд в соответствии с арбитражным процессуальным законодательством (п. 3 ст. 30.1 КоАП РФ). При применении данной нормы необходимо иметь в виду, что в предусмотренном ею порядке подлежат обжалованию постановления, вынесенные уполномоченными органами или должностными лицами, но не судами общей юрисдикции по подведомственным им делам (абз. 2 п. 11 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ 27 января 2003 г. № 2 «О некоторых вопросах, связанных с введением в действие Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях»).

Заявления указанных субъектов рассматриваются арбитражными судами по правилам искового производства с учетом отдельных особенностей (ст. 207 АПК РФ).

Заявление (жалоба) на постановление по делу об административном правонарушении может быть подано в течение десяти суток со дня вручения или получения копии постановления (ст. 30.3 КоАП РФ, п. 2 ст. 208 АПК РФ).

Арбитражный суд может приостановить исполнение оспариваемого постановления по ходатайству заявителя (п. 3 ст. 208 АПК РФ). Причем Пленум Высшего Арбитражного Суда РФ рекомендует это делать всегда при наличии соответствующего ходатайства (абз. 2 п. 29 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 12 октября 2006 г. № 55 «О применении арбитражными судами обеспечительных мер»).

Постановления о наложении административных штрафов, вынесенные должностными лицами, могут быть обжалованы не только в судебном порядке, но и вышестоящему должностному лицу (подп. 3 п. 1 ст. 30.1 КоАП РФ).

6.7. Признание не подлежащим исполнению исполнительного или иного документа, по которому взыскание производится в бесспорном (безакцептном) порядке

Такие исковые требования субъектов предпринимательской деятельности рассматривают арбитражные суды (см., например, ст. 172 АПК РФ).

Необходимость предъявления подобного требования возникает, например, в случае частичного исполнения инкассового поручения налогового органа. Если налогоплательщик требует возврата из бюджета суммы, списанной с его расчетного счета, то в части, в которой инкассовое поручение еще не исполнено, он должен заявить требование о признании его не подлежащим исполнению.

С точки зрения арбитражного процесса такие требования относятся к имущественным и соответственно государственная пошлина по ним платится исходя из оспариваемой денежной суммы (подп. 2 п. 1 ст. 103 АПК РФ).

Следует также учитывать, что признание указанных документов не подлежащими исполнению может производиться в качестве обеспечительной меры, например, по требованию о признании ненормативного акта государственного или муниципального органа недействительным (подп. 5 п. 1 ст. 91 АПК РФ). Данная мера относится к числу профилактических (предупредительных) мер, а не к юридическим санкциям.

6.8. Опровержение сведений, порочащих деловую репутацию

Согласно ст. 152 ГК РФ гражданин вправе требовать по суду опровержения порочащих его деловую репутацию сведений, если распространивший такие сведения не докажет, что они соответствуют действительности.

Если такие сведения распространены в средствах массовой информации, они должны быть опровергнуты в тех же средствах массовой информации. Порядок опровержения для этого случая установлен ст. 44 Закона РФ «О средствах массовой информации».

Если указанные сведения содержатся в документе, исходящем от организации, такой документ подлежит замене или отзыву.

Порядок опровержения в иных случаях устанавливается судом.

Кроме того, гражданин, в отношении которого средствами массовой информации опубликованы сведения, ущемляющие его права или охраняемые законом интересы, имеет право на опубликование своего ответа в тех же средствах массовой информации.

Если установить лицо, распространившее сведения, порочащие деловую репутацию, невозможно, субъект предпринимательской деятельности, в отношении которого такие сведения распространены, вправе обратиться в суд с заявлением о признании распространенных сведений не соответствующими действительности.

Данный порядок применим и в отношении государственных и муниципальных органов, а также в отношении средств массовой информации, которые распространяют сведения, полученные от этих органов (см. п. 8 Обзора практики разрешения арбитражными судами споров, связанных с защитой деловой репутации, являющегося приложением к информационному письму Высшего Арбитражного Суда РФ от 23 сентября 1999 г. № 46).

Данные дела на основании подп. 5 п. 1 ст. 33 АПК РФ подведомственны арбитражным судам, если они связаны с предпринимательской или иной деятельностью истца (см. п. 13 указанного Обзора).

6.9. Освобождение имущества из-под ареста (исключение из описи)

В случае возникновения спора, связанного с принадлежностью имущества, на которое обращается взыскание по исполнительным документам, заинтересованные лица вправе обратиться в суд с иском об освобождении имущества от наложения ареста или исключении его из описи (п. 1 ст. 119 ФЗ «Об исполнительном производстве»).

Исполнительное производство в этом случае подлежит обязательному приостановлению (подп. 1 п. 1 ст. 39 ФЗ «Об исполнительном производстве»).

Кроме того, предъявление такого иска возможно при применении ареста как обеспечительной меры.

Ответчиками по таким искам являются: должник, у которого произведен арест имущества, и те организации или лица, в интересах которых наложен арест на имущество. Судебный пристав-исполнитель привлекается к участию в таких делах в качестве третье-

го лица, не заявляющего самостоятельных требований относительно предмета спора (п. 51 Постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав»).

Если речь идет о недвижимом имуществе, то в соответствии с п. 1 ст. 38 АПК РФ иски об освобождении имущества от наложения ареста или исключении его из описи как иски о правах на недвижимое имущество предъявляются в арбитражный суд по месту нахождения этого имущества (п. 1 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 12 октября 2006 г. № 54 «О некоторых вопросах подсудности дел по искам о правах на недвижимое имущество»).

Причем следует учитывать, что на имущество может налагаться несколько арестов одновременно. В этом случае каждый из арестов блокирует дальнейшее распоряжение имуществом (п. 6 Обзора практики принятия арбитражными судами мер по обеспечению исков по спорам, связанным с обращением ценных бумаг, являющегося приложением к информационному письму Высшего Арбитражного Суда РФ от 24 июля 2003 г. № 72).

§ 7. Применение мер регулятивного характера

7.1. Возврат средств из бюджета

Рассмотрение арбитражными судами дел о возврате средств из бюджета Арбитражным процессуальным кодексом РФ непосредственно не предусмотрено.

Однако в данном случае необходимо учитывать, что арбитражные суды рассматривают дела, возникающие из административных и иных публичных правоотношений, если федеральным законом их рассмотрение отнесено к компетенции арбитражного суда (подп. 5 ст. 29 АПК РФ). То же самое закреплено в отношении специальной компетенции арбитражных судов (подп. 6 п. 1 ст. 33 АПК РФ).

В ст. 78 и 79 НК РФ суд только вскользь упоминается.

Судебно-арбитражная практика исходит из того, что, принимая во внимание положения ст. 78 НК РФ, судам необходимо исходить из того, что обращение налогоплательщика в суд с иском о возврате излишне уплаченных сумм налогов и пеней возможно только в случае отказа налогового органа в удовлетворении упомянутого выше заявления либо неполучения налогоплательщиком ответа в установленный законом срок (см. п. 22 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 28 февраля 2001 г. № 5 «О некоторых вопросах применения части первой Налогового кодекса Российской Федерации»). Про излишне взысканные суммы ничего не говорится.

Следует учитывать, что в любом случае спорные ситуации с возвратом средств из бюджета в отношениях с государственными (муниципальными) органами субъекты предпринимательской деятельности могут разрешать, оспаривая либо их решения, либо действия (бездействие) должностных лиц этих органов.

7.2. Проведение зачета в публичных отношениях

Проведение зачета по решению суда допускается в налоговых отношениях по излишне уплаченным суммам.

Суммы излишне уплаченных налогов, сборов, а также пени подлежат зачету в счет предстоящих платежей плательщика по этому или иным налогам (сборам), погашения недоимки либо в счет возврата данных сумм налогоплательщику (п. 1 ст. 78 НК РФ).

По общему правилу зачет производится по решению налогового органа (подп. 4 и 5 ст. 78 НК РФ).

О решениях о зачете также упоминается в подп. 4 п. 3 ст. 45 НК РФ применительно к излишне уплаченным или излишне взысканным суммам налогов, пеней, штрафов.

О возможности предъявления таких требований в арбитражные суды, если решение налоговым органом не принято, см. п. 22 и 25 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 28 февраля 2001 г. № 5 «О некоторых вопросах применения части первой Налогового кодекса Российской Федерации».

Проведение зачета также возможно в отношении государственной пошлины (п. 19 информационного письма Президиума Высше-

го Арбитражного Суда РФ от 25 мая 2005 г. № 91 «О некоторых вопросах применения арбитражными судами главы 25.3 Налогового кодекса Российской Федерации»).

Кроме того, положения о зачете применимы налоговыми органами и по страховым взносам на обязательное пенсионное страхование (см. предпоследний абзац письма Министерства финансов РФ от 12 мая 2008 г. № 03-02-07/2-87).

В отношениях с другими государственными органами, когда проведение зачета прямо предусмотрено федеральными законами (см. например, п. 2 ст. 160.1 Бюджетного кодекса РФ), но нет указания на рассмотрение связанных с этим споров в арбитражном суде, они могут разрешаться через оспаривание решений данных органов либо действий (бездействия) их должностных лиц.

7.3. Взыскание процентов за нарушение срока возврата из бюджета излишне уплаченных или излишне взысканных сумм

Данные проценты призваны компенсировать имущественные потери от несвоевременного возврата средств из бюджета. Поэтому по правовой природе они являются праввосстановительной санкцией.

Их начисление предусмотрено для налоговых и таможенных платежей.

В частности, в случае, если возврат суммы излишне уплаченного или излишне взысканного налога (сбора, авансового платежа, пени, штрафа) осуществляется налоговым органом с нарушением месячного срока, на эти суммы начисляются проценты за каждый календарный день просрочки, исходя из ставки рефинансирования Центрального банка РФ, действовавшей в дни нарушения срока возврата (п. 10 ст. 78 и п. 5 ст. 79 НК РФ).

При этом при возврате излишне уплаченных сумм проценты начисляются по истечении месячного срока, а при возврате излишне взысканных сумм — со дня, следующего за днем взыскания.

Взыскание этих процентов в судебном порядке может производиться в рамках дел о возврате средств из бюджета. Кроме того, возможно оспаривание решений налоговых или таможенных органов либо действий (бездействия) их должностных лиц.

Из ранее сложившейся судебной-арбитражной практики по данной категории дел необходимо отметить два момента:

1) при возврате средств из бюджетов (внебюджетных фондов) не может применяться ст. 395 ГК РФ (п. 2 Постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»);

2) сначала признавалось, что указанные проценты не начисляются при возмещении сумм налога на добавленную стоимость, уплаченного поставщикам (см. Постановление Президиума Высшего Арбитражного суда РФ от 6 июня 2000 г. № 9107/99). Однако впоследствии Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ свою позицию изменил (см., например, Постановление от 21 декабря 2004 г. № 10848/04).

7.4. Взыскание убытков, их отличие от судебных расходов

Согласно ст. 53 Конституции РФ каждый имеет право на возмещение государством вреда, причиненного незаконными действиями (или бездействием) органов государственной власти или их должностных лиц.

Как следствие, на основании ст. 16 и 1069 ГК РФ вред, причиненный гражданину или юридическому лицу в результате незаконных действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления либо должностных лиц этих органов, в том числе в результате издания не соответствующего закону или иному нормативному акту акта государственного органа или органа местного самоуправления, подлежит возмещению. Вред возмещается за счет соответственно казны РФ, казны субъекта РФ или казны муниципального образования.

В соответствии с п. 2 ст. 15 ГК РФ под убытками понимаются расходы, которые лицо, чье право нарушено, произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права, утрата или повреждение его имущества (реальный ущерб), а также неполученные доходы, которые это лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено (упущенная выгода).

Тем самым убытки — это денежное выражение ущерба и упущенной выгоды.

Если говорить о соотношении понятий «убытки» и «вред», то это пересекающиеся понятия. Понятием вреда обозначаются отрицательные последствия деликта, включающие в себя имущественный вред, вред жизни и здоровью, а также моральный вред (см. гл. 59 ГК РФ). За счет взыскания убытков возмещается имущественный вред, но при этом убытки могут взыскиваться не только во внедоговорных, но и в договорных, а также в публичных отношениях.

Как видно из приведенного выше определения, взыскание убытков призвано восстановить имущественную сферу потерпевшего. Поэтому по своей правовой природе взыскание убытков относится к мерам регулятивного характера.

Для взыскания убытков требуется:

1) наличие неправомерного действия, если в федеральном законе для данного случая не предусмотрено возмещение убытков, причиненных правомерным действием;

2) доказать размер убытков. При этом следует учитывать, что арбитражный суд не может полностью отказать в удовлетворении требования о возмещении убытков только на том основании, что размер убытков не может быть установлен с разумной степенью достоверности (см. Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 6 сентября 2011 г. № 2929/11 по делу № А56-44387/2006).

Такой подход должен касаться всех случаев взыскания убытков, а не только причиненных обеспечительными мерами. Об этом свидетельствует предполагаемое включение данного правила в новую редакцию ГК РФ²⁴;

3) наличие причинной связи между действием причинителя вреда и убытками²⁵;

²⁴ См.: п. 5 ст. 393 в редакции проекта федерального закона № 47538-6 «О внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации, отдельные законодательные акты Российской Федерации и о признании утратившими силу отдельных законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации» (подп. 196 ст.1).

²⁵ О гражданско-правовых понятиях неправомерности, причинной связи и вины см.: Курбатов А. Я. Субсидиарная ответственность руководителей при несостоятельности (банкротстве) возглавляемых ими кредитных организаций // Хозяйство и право. 2007. № 7. С. 3.

4) наличие вины причинителя вреда, если иное не установлено законом (п. 2 ст. 1064 ГК РФ)²⁶.

В качестве примера безвиновного взыскания убытков можно привести п. 1 ст. 1070 ГК РФ, согласно которому вред, причиненный гражданину в результате незаконного осуждения, незаконного привлечения к уголовной ответственности, незаконного применения в качестве меры пресечения заключения под стражу или подписки о невыезде, незаконного наложения административного взыскания в виде ареста или исправительных работ, возмещается в полном объеме независимо от вины должностных лиц органов дознания, предварительного следствия, прокуратуры и суда в порядке, установленном законом.

А вот вред, причиненный гражданину или юридическому лицу при осуществлении правосудия, возмещается в случае, если вина судьи установлена приговором суда, вступившим в законную силу (п. 2 ст. 1070 ГК РФ).

При этом закрепленное в п. 2 ст. 1070 ГК РФ положение не может служить основанием для отказа в возмещении государством вреда, причиненного при осуществлении гражданского судопроизводства в иных случаях (а именно, когда спор не разрешается по существу) в результате незаконных действий (или бездействия) суда (судьи), в том числе при нарушении разумных сроков судебного разбирательства, — если вина судьи установлена не приговором суда, а иным соответствующим судебным решением (п. 1 резолютивной части Постановления Конституционного Суда РФ от 25 января 2001 г. № 1-П)²⁷.

²⁶ По мнению автора, этот законодательный подход является принципиально неверным. Поскольку взыскание убытков по правовой природе является правовосстановительной санкцией, то наличие вины причинителя вреда не должно иметь юридического значения.

²⁷ Этот подход Конституционного Суда РФ является абсолютно неработающим, поскольку иных процедур установления вины судьи, кроме уголовного судопроизводства, не существует. В связи с этим на основании решений Европейского суда по правам человека были приняты ФЗ «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок» и Постановление Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 23 декабря 2010 г. № 30/64 «О некоторых вопросах, возникших при рассмотрении дел о присуждении компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок».

Наличие указанных статей ГК РФ говорит о том, что в публичных отношениях взыскание убытков производится также в соответствии с гражданским законодательством.

Помимо этого в федеральных законах могут устанавливаться специальные положения об ответственности государственных и муниципальных органов и их должностных лиц в виде возмещения убытков (см., например, подп. 14 п. 1 ст. 21, ст. 35, ст. 37, подп. 1–3 ст. 103 НК).

Субъекты предпринимательской деятельности, в отношении которых распространены сведения, порочащие их деловую репутацию, вправе наряду с опровержением таких сведений требовать возмещения убытков, причиненных их распространением (п. 5 и 7 ст. 152 ГК РФ).

Согласно ст. 330 АПК РФ вред, причиненный судебным приставом-исполнителем в результате неисполнения или ненадлежащего исполнения своих обязанностей по исполнению исполнительного листа, выданного арбитражным судом, подлежит возмещению в порядке, предусмотренном гражданским законодательством.

В случае предъявления гражданином или юридическим лицом требования о возмещении убытков, причиненных в результате незаконных действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления или должностных лиц этих органов, необходимо иметь в виду, что ответчиком по такому делу должны признаваться РФ, соответствующий субъект РФ или муниципальное образование (ст. 1071 ГК РФ) в лице соответствующего финансового или иного уполномоченного органа.

Предъявление гражданином или юридическим лицом иска непосредственно к государственному органу или к органу местного самоуправления, допустившему соответствующее нарушение, не может служить основанием к отказу в принятии искового заявления либо к его возвращению без рассмотрения. В этом случае суд привлекает в качестве ответчика по делу соответствующий финансовый или иной уполномоченный орган (абз. 2 п. 12 Постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»).

Следует также учитывать, что взыскание средств из бюджетов в виде возмещения убытков осуществляется только на основании су-

дебного решения и по особым правилам (см. ст. 242.1 и 242.2 Бюджетного кодекса РФ и письмо от 17 сентября 2008 г. Министерства финансов РФ № 08-00-02-89) и Федерального казначейства (№ 42-7.1-15/9.2-423). Установление этих правил перенесено на законодательный уровень в связи с Постановлением Конституционного Суда РФ от 14 июля 2005 г. № 8-П).

От взыскания убытков следует отличать взыскание судебных расходов. Те же расходы на оплату услуг представителя, понесенные лицом, в пользу которого принят судебный акт, взыскиваются арбитражным судом с другого лица, участвующего в деле, в разумных пределах (п. 2 ст. 110 АПК РФ) и Определением Конституционного Суда РФ от 21 декабря 2004 г. № 454-О).

Одним из основных моментов является то, что эти расходы должны быть фактически понесены (см., например, п. 4 информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 5 декабря 2007 г. № 121 «Обзор судебной практики по вопросам, связанным с распределением между сторонами судебных расходов на оплату услуг адвокатов и иных лиц, выступающих в качестве представителей в арбитражных судах»).

При этом размер оплаты услуг представителя нельзя ставить в зависимость от решения суда, которое будет принято в будущем (см. Постановление Конституционного Суда РФ от 23 января 2007 г. № 1-П).

Также следует учитывать, что к судебным расходам (издержкам) относятся расходы на оплату услуг представителя в процессе осуществления исполнительного производства (см. Постановление Президиума Высшего Арбитражного суда РФ от 15 июля 2010 г. № 4735/09 по делу № А53-13016/2006).

7.5. Компенсация морального вреда

Индивидуальные предприниматели, в отношении которых распространены сведения, порочащие их деловую репутацию, вправе наряду с опровержением таких сведений и возмещением убытков требовать возмещения морального вреда, причиненного распространением таких сведений (п. 5 и 7 ст. 152 ГК РФ)²⁸.

²⁸ Рассмотрение подобных дел, возникающих в сфере публичных отношений, прямо не отнесено ни к компетенции судов общей юрисдикции, ни к компетен-

Под моральным вредом понимаются физические или нравственные страдания (п. 1 ст. 151 ГК РФ). Тем не менее Верховный Суд РФ считает, что правила, регулирующие компенсацию морального вреда в связи с распространением сведений, порочащих деловую репутацию гражданина, применяются в случаях распространения таких сведений не только в отношении индивидуального предпринимателя, но и юридического лица (п. 5 Постановления Верховного Суда РФ от 20 декабря 1994 г. № 10 «Некоторые вопросы применения законодательства о компенсации морального вреда»). Конституционный Суд РФ называет это взысканием нематериального вреда (см. Определение от 4 декабря 2003 г. № 508-О). По мнению Европейского суда по правам человека, понесенный компаниями моральный вред может включать в себя потерю репутации компании, неопределенность в принятии решений, раскол в руководстве компании (для которого нет точного способа подсчета последствий), беспокойство и неудобство, причиненные членам и руководству компании (п. 35 постановления от 6 апреля 2000 г. «Дело Комингерсолл С.А.» (Comingersoll S.A.) против Португалии).

По общему правилу, при определении размеров компенсации морального вреда суд принимает во внимание степень вины нарушителя (п. 2 ст. 151 ГК РФ). Однако следует учитывать, что компенсация морального вреда, причиненного распространением сведений, порочащих деловую репутацию, является исключением и осуществляется независимо от вины причинителя вреда (ст. 1100 ГК РФ).

Степень нравственных или физических страданий оценивается судом с учетом фактических обстоятельств причинения морального вреда, индивидуальных особенностей потерпевшего и других конкретных обстоятельств, свидетельствующих о тяжести перенесенных им страданий.

При рассмотрении дел о компенсации причиненных нравственных или физических страданий необходимо учитывать, что мораль-

ции арбитражных судов. По мнению автора, основанному на методе исключения (см. подп. 5 ст. 29 АПК РФ), такие дела должны рассматривать суды общей юрисдикции. Однако бесконечное возникновение подобных вопросов свидетельствует об отсутствии объективных критериев для разграничения гражданского и арбитражного процессов и, как следствие, системного подхода по этому вопросу при правовом регулировании.

ный вред признается законом вредом неимущественным, несмотря на то, что он компенсируется в денежной или иной материальной форме.

В силу действующего законодательства ответственность за причиненный моральный вред не находится в прямой зависимости от наличия имущественного ущерба и может применяться как наряду с имущественной ответственностью, так и самостоятельно (подп. 8–10 Постановления Верховного Суда РФ от 20 декабря 1994 г. № 10 «Некоторые вопросы применения законодательства о компенсации морального вреда»).

Если не соответствующие действительности порочащие сведения распространены в средствах массовой информации, суд, определяя размер компенсации морального вреда, должен учесть характер и содержание публикации, а также степень распространения недостоверных сведений. При этом подлежащая взысканию сумма компенсации морального вреда должна быть соразмерна причиненному вреду и не должна вести к ущемлению свободы массовой информации (абз. 2 п. 15 Постановления Верховного Суда РФ от 24 февраля 2005 г. № 3 «О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц»).

Глава 2. Проблемы защиты прав и законных интересов, связанные с проведением «модернизации» правовой системы России

§ 1. Вопрос о правотворчестве высших судов как индикатор состояния правовой системы России

1.1. Проявление вопроса о правотворчестве высших судов в российской правоприменительной практике

К вопросу о правотворчестве российских высших судов (прежде всего Высшего Арбитражного Суда РФ, в меньшей степени Конституционного Суда РФ и Верховного Суда РФ) приходится возвращаться вновь и вновь, поскольку он наиболее наглядно отражает нынешнее состояние правовой системы России.

По мнению автора, в результате бессистемной «модернизации» в последние годы одновременно всех ее элементов (доктрины, системы права и законодательства, правовых учреждений, правовых взглядов) российская правоприменительная практика приобрела целый ряд ярко выраженных негативных признаков. К числу таких признаков можно отнести:

- 1) бессистемное и некорректное использование правовых понятий;
- 2) пренебрежение юридическими (формальными) логикой и доктриной;
- 3) игнорирование норм позитивного права (Конституции РФ и законов);

4) схоластичность рассуждений.

Рассмотрим эти признаки более подробно.

1. Бессистемное и некорректное использование правовых понятий.

Данный признак проявляется в том, что большинство споров и мотивировок принимаемых решений основываются на подмене или смешении понятий либо на использовании подходов, действующих в зарубежных правовых порядках и отсутствующих в российском праве.

Например, применительно к российским высшим судам достаточно часто понятия «правотворчество» и «нормотворчество» употребляются как синонимы. Это, в свою очередь, ведет к смешению понятий «толкование нормы права» и «создание нормы права», «общеобязательное решение» и «пример из юридической практики», «нормативный акт» и «акт применения права».

На этой основе широко используется характерное для англосаксонской правовой семьи понятие «прецедент» без всякого пояснения, в каком смысле оно употребляется и что конкретно имеется в виду: новая норма права; результат толкования нормы права; решение суда по конкретному делу; разъяснение суда, явившееся результатом обобщения практики; значимый пример из правоприменительной практики. При этом споры о правотворчестве высших судов сводятся к вопросу о создании ими прецедентов, как будто без создания прецедентов правотворческие полномочия данных судов никаким образом реализованы быть не могут.

Вопрос о том, какие судебные акты могут носить общеобязательный характер, тут же переводится в спор о признании судебных актов высших судов источниками права, хотя, во-первых, это одно из самых неопределенных правовых понятий, зависящее исключительно от особенностей национальной правовой системы, к которым относятся, в частности, и особенности построения судебной системы, во-вторых, этот вопрос уводит спор в сторону, поскольку отнесение судебных решений к источникам права — это не ключевой вопрос различия моделей судебного правотворчества в англосаксонской и континентальной правовых семьях.

Это, в свою очередь, приводит к тому, что попытки что-то обсудить или оспорить тут же переходят в разряд схоластических споров

о понятиях. Вместо сущностного анализа ученые соревнуются в придумывании новых названий для одного и того же явления — результатов толкования правовых норм высшими судами: интерпретационные акты, судебное право, судейская норма, правовая позиция, прецедент и т. д. Можно, конечно, назвать постановления пленумов интерпретационными актами, а решения по конкретным делам — прецедентами. Однако разве это меняет их правовую природу, а самое главное, дает основания судам как-то по-иному относиться к толкуемым нормам права?

Вместе с тем о понятиях не спорят, о них договариваются, и это служит лишь предпосылкой для дальнейшего анализа, а не сутью вопроса. Если нет легального определения понятия, основное значение приобретают доктринальные подходы. При этом непреложным правилом является то, что, прежде чем употреблять какое-либо понятие (тем более новое), надо определиться с его исключительными признаками, которыми оно отличается от смежных понятий, совпадающих с этим понятием по отдельным признакам, а также с его местом в системе понятий.

2. Пренебрежение юридической (формальной) логикой и доктриной.

Этот признак выражается в том, что повсеместными стали нарушения логики рассуждения, когда меняются местами причины и следствия, когда в качестве аргумента используется довод, доказывающий прямо противоположное тому, в обоснование чего этот аргумент приводится, когда фактическое положение выдается за юридическое.

В качестве подтверждающих это примеров можно привести:

1) утверждения, что особые правотворческие полномочия высших судов вытекают из их особого статуса, без всякого объяснения, почему тогда полномочия всех остальных органов государственной власти (Президента РФ, Федерального Собрания, Правительства РФ) исчерпывающим образом перечисляются в Конституции РФ и законах и зачем тогда приняты федеральные конституционные законы «О Конституционном Суде Российской Федерации», «О судах общей юрисдикции в Российской Федерации», «Об арбитражных судах в Российской Федерации». Также возникает вопрос, зачем тогда высшим судам предоставлено право законодательной инициативы

(ч. 1 ст. 104 Конституции РФ), что логически доказывает отсутствие у них права изменять законодательное регулирование;

2) заявления, что для признания решений высших российских судов источниками права не требуется изменения Конституции РФ и законов с одновременным приведением в качестве примеров выдержек из конституций и кодифицированных актов, регулирующих этот вопрос в европейских государствах, аналогов которым нет в российском праве. При этом также умалчивается о том, что в большинстве этих государств данный вопрос как раз прямо регулируется законодательством — и совершенно по-разному;

3) аргументы, что раз высшие суды фактически создают новые обязательные правила, т. е. нормы права, то судебные решения являются источниками права. Более извращенную юридическую логику представить себе трудно, поскольку получается, что раз, например, преступления фактически совершаются и даже не все раскрываются, то они юридически разрешены;

4) подходы, когда нормы права, а то и напрямую условия договоров оцениваются на предмет справедливости, что приводит либо к обходу порядка оценки конституционности законодательных норм, либо к их полному игнорированию.

Игнорирование приемов юридической (формальной) логики тут же создает замкнутый круг, поскольку в праве появляется огромное количество оценочных категорий, не имеющих однозначного понимания в праве, например добропорядочность, справедливость и др. Для этого используются «расплывчатые» понятия типа политико-правовых оснований (а на самом деле речь идет о прикрытии использования неправовых факторов). Однако через какое-то время возникнет необходимость введения ограничений субъективного усмотрения судей и придется возвращаться к применению нормативных ограничителей. Тем более бессистемное «нагромождение» судебных решений все равно рано или поздно потребует систематизации выраженных в них позиций.

Так, может, вместо того, чтобы безрезультативно терять время на «бег по кругу», лучше сразу применять существующие нормативные ограничители, прежде всего в виде общеправовых и отраслевых принципов права. Тем более, что изменить содержание правовых принципов (выше институциональных) одномоментным внесением из-

менений в законы достаточно трудно, поскольку необходимо изменить целую систему норм.

Кроме того, нельзя не напомнить, что выработанные наукой приемы формальной логики позволяют упорядочить мыслительный процесс, сделать принимаемые решения понятными для сторонних участников.

3. Игнорирование норм позитивного права.

Указанный признак проявляется в том, что создается какой-то параллельный правопорядок в виде набора судебных решений, никак не согласующийся с действующими нормами Конституции РФ и законов.

Например, заявление о введении в России прецедентного права первоначально прозвучало от некоторых судей Конституционного Суда РФ и руководителя Высшего Арбитражного Суда РФ, т. е. «явочным» порядком. С тех пор тот же Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ настойчиво внедряет это в жизнь.

При этом вопрос о соответствующем изменении ряда положений Конституции РФ и федеральных конституционных законов даже не поднимался. Соответственно вопрос о том, как подобные заявления и последующая деятельность Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ согласуются с этими положениями, так и остался открытым.

Приведу три из нескольких десятков таких положений Конституции РФ:

1) Конституция Российской Федерации и федеральные законы имеют верховенство на всей территории Российской Федерации (ч. 2 ст. 4);

2) Конституционный Суд РФ разрешает дела о соответствии Конституции РФ, разрешает споры о компетенции, дает толкование Конституции РФ (ст. 125);

3) Высший Арбитражный Суд РФ является высшим судебным органом по разрешению экономических споров и иных дел, рассматриваемых арбитражными судами, осуществляет в предусмотренных федеральным законом процессуальных формах судебный надзор за их деятельностью и дает разъяснения по вопросам судебной практики (ст. 127).

Как из этих положений можно вывести возможность принятия высшими судами норм права — остается загадкой.

В то же время в силу того, что согласно ч. 1 ст. 3 Конституции РФ носителем суверенитета и единственным источником власти в Российской Федерации является ее многонациональный народ, любые властные полномочия должны предоставляться либо Конституцией РФ, принимаемой на референдуме, либо законами, принимаемыми представительными органами власти либо Президентом РФ в пределах его полномочий. Соответственно не могут несколько назначаемых судей менять решения, принимаемые всенародным голосованием и выборными органами власти. Это одна из основ конституционного строя Российской Федерации.

В качестве оценки сложившейся ситуации приведу цитату из недавно вышедшего комментария к Конституции РФ под редакцией председателя Конституционного Суда РФ: «Любая попытка пересмотра или новации Конституции в нарушение или в обход установленного действующей Конституцией порядка есть узурпация власти, которая должна повлечь установленные законом правовые последствия»²⁹.

4. Схоластичность рассуждений.

Названный признак выражается в том, что реальный правовой и всесторонний анализ заменяется общими теоретическими рассуждениями не только об источниках права, но и об особой роли судов, о сближении правовых систем, о концепциях правопонимания. Можно подумать, что позиция по этим вопросам освобождает от обязанности соблюдения Конституции РФ и законов.

В то же время суды являются органами государственной власти (ст. 11 Конституции РФ) и должны подчиняться конституционным принципам разграничения полномочий между этими органами.

Сближение правовых систем не ликвидирует их национальные особенности. Создание того же Европейского союза не означает, что право одного государства автоматически применяется на территории другого. Наднациональным органам делегируются лишь отдельные полномочия.

²⁹ Комментарий к Конституции Российской Федерации (постатейный). 2-е издание, пересмотренное / Под ред. В. Д. Зорькина. М.: Норма, Инфра-М, 2011 (цитируется по электронному варианту в СПС «КонсультантПлюс», разд. «Комментарии законодательства». С. 25).

Любая теоретическая конструкция не существует в идеальном виде. Невозможно построить оптимальную правовую систему, основываясь исключительно, например, на позитивистском или естественно-правовом подходе. Речь может идти только о преобладании того или иного подхода, о формах проявления других подходов. И в данном случае основное значение имеют исторические предпосылки, которые в праве прежде всего выражаются в видах правовых семей и особенностях национальных правовых систем, а также логика исторического развития.

Применительно к логике исторического развития можно привести слова Т. Г. Морщаковой: «Чтобы стать прецедентной страной, нужно избавиться от статутов, т. е. законов, а это невозможно, потому что противоречит историческому развитию правовых систем. Дело в том, что развитие правовых систем (не только российской) идет по определенной линии — от прецедентного права к статутному, и наоборот не бывает»³⁰.

1.2. Отсутствие нормотворческих функций у высших российских судов

Отсутствие нормотворческих функций у высших российских судов доказывается не только через анализ норм позитивного права, но и доктринально.

В частности, согласно общепризнанному в теории права подходу правовое регулирование осуществляется путем воздействия на поведение людей как участников общественных отношений через предоставление им прав и возложение обязанностей. Учитывая, что для реализации прав не требуется обязательное их закрепление в правовых нормах права, основополагающее значение при правовом регулировании (выработке правил поведения) имеет установление ограничений осуществления прав в целях защиты интересов других лиц.

Под прямыми ограничениями прав в контексте Конституции РФ можно понимать четыре вида абстрактных обязанностей, существующих вне правоотношений и являющихся элементами правового статуса субъекта:

³⁰ Бодрягина О. Прецедент: подсказка или указка? Интервью с Т. Г. Морщаковой // ЭЖ-Юрист, 2010. № 15. С. 1, 8–9.

1) вытекающие из запретов в рамках общедозволительного или общего запрета в рамках разрешительного типа правового регулирования. Эти запреты устанавливаются с целью охраны общественных (публичных) интересов;

2) обязанности действовать в чужих интересах при возникновении определенного правоотношения вне зависимости от воли и интересов субъекта. К этому виду обязанностей относятся, например, налоговые обязанности или обязательства вследствие причинения вреда, т. е. такого рода обязанности могут быть установлены как в публичных, так и в частных интересах;

3) определенные требования (обязанности), выполнение которых является необходимым условием возникновения правоотношения. Эти обязанности являются публичными, но носят разовый характер. Примером являются требования о предоставлении определенных документов для выполнения регистрационных действий либо для заключения договора;

4) обязанности по выполнению публичных функций, возложенных на юридических лиц. В качестве примеров можно привести функции кредитных организаций как агентов валютного контроля и как организаций, осуществляющих противодействие легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма³¹.

Права устанавливать подобные абстрактные обязанности у российских судов нет, поскольку согласно ч. 3 ст. 55 Конституции РФ права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены только федеральным законом.

Толкование норм права, применение правовых принципов, восполнение пробелов в праве не является нормотворчеством, поскольку в этом случае новых ограничений не устанавливается, суд применяет уже существующие правовые нормы, в том числе регулирующие сходные отношения (например, при аналогии закона), или руководствуется принципами, выражающими общие начала и смысл законодательства, т. е. основами, положенными в систему норм права и систему нормативных актов (например, при аналогии права). Прин-

³¹ Курбатов А. Я. Правосубъектность кредитных организаций: теоретические основы формирования, содержание и проблемы реализации. М.: Юриспруденция, 2010. С. 15.

ципы права (шире институциональных), как правило, не закрепляются прямо в конкретных нормах права, они выводятся из системы норм, поскольку определяют их построение.

Если это игнорировать, мы можем прийти к абсурдному выводу, что нормотворчеством занимаются все, например налоговый орган, оценивая экономический смысл сделки; сторона договора, учитывая принцип добросовестности или недопустимости злоупотребления правом; любой субъект, применяя аналогию права или руководствуясь каким-нибудь правовым принципом. Это связано с тем, что, не уяснив смысл нормы, применять ее невозможно. Именно поэтому применительно к правотворчеству судов речь можно вести только о результатах обязательного (официального) толкования.

В то же время нельзя забывать и ряд других моментов, доказывающих отсутствие у российских высших судов нормотворческих функций:

1) любая норма права — это плод политического компромисса. Решения судов в континентальной правовой семье предполагаются политически нейтральными, поскольку статус судей исключает их членство в политических партиях. Поиск политического компромисса в задачи российских судов не входит;

2) отличительными признаками норм права от других норм являются их обязательность и распространение на неограниченный круг лиц. При разделении судебной системы на независимые ветви судебной власти эти признаки неизбежно отсутствуют, поскольку, например, правовое обоснование, данное Высшим Арбитражным Судом РФ, для Верховного Суда РФ обязательным не будет. Если данное обстоятельство игнорировать, то это означает создание «параллельной» законности. Однако согласно правовой позиции Конституционного Суда РФ, выраженной в абз. 4 п. 2.2 мотивировочной части Постановления от 31 января 2011 г. № 1-П, однородные по своей юридической природе отношения в силу принципа юридического равенства должны регулироваться одинаковым образом;

3) любую норму права можно обжаловать в суд. Процедур прямого обжалования решений высших судов нет. Одно это говорит о необходимости ограничения их полномочий.

На самом деле вопрос об активности судов не несет в себе ничего нового. Еще в начале XX в. И. А. Покровским была подмечена цикличность развития этого вопроса:

«XVIII век... был веком наибольшего подъема этого естественно-правового настроения. Пестрота положительного права, его отсталость от требований жизни... в высокой степени способствовали установлению чрезвычайно свободного представления судов о своей роли.

... Таким путем достигалось, в известной мере, приспособление старого права к новым условиям жизни, но, с другой стороны, такая широкая свобода судов приводила к развитию безграничного судейского субъективизма, к самым произвольным решениям и вместе с тем к еще большему усилению той неопределенности права...

... Чем далее, тем сильнее стали раздаваться жалобы на произвол судов... и к концу века окрепла тенденция усилить зависимость судов от закона, устранить возможность судейского субъективизма, даже если бы для этого понадобилось лишить их прав толкования вовсе. Эта тенденция сказалась одинаково во всех ведущих государствах континентальной Европы»³².

Это как раз то, что имелось в виду выше под понятием «бег по кругу». Однако стоит задать риторический вопрос: может, не стоит опять «шарахаться из крайности в крайность», а основываться на том, что уже давно выработано в доктрине права и в правоприменительной практике?

Активное «муссирование» в России вопроса о прецедентном праве не свидетельствует ни о чем, кроме как о «слабости» законодательной власти и о некачественном состоянии законодательной базы. Этому способствует и достаточно серьезная деградация юридического образования и науки, в результате чего ранее наработанный опыт оказался во многом забытым.

1.3. Правотворчество судов

Учитывая доктринальные подходы, а также указанные выше положения Конституции РФ, российские суды помимо оценки доказательств и фактических обстоятельств осуществляют толкование

³² Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. Изд. 3-е, стереотип. М., 2001. С. 91–92.

норм права (выявление смысла и порядка применения, конкретизацию применительно к конкретным обстоятельствам дела).

Кроме того, осуществляя разрешение споров и судебный контроль, суды выявляют проблемы и противоречия законодательства. Соответственно, осуществляя толкование норм права, они одновременно могут разрешать коллизии между нормами права³³ и восполнять пробелы.

Помимо этого Конституционный Суд РФ может признавать нормы права недействительными, в иные суды — недействующими.

Также суды выявляют потребности изменения законодательства. Право законодательной инициативы, которое предоставлено высшим судам, теория права также относит к стадии правотворчества.

В этих случаях можно говорить о правотворческих функциях, но никак не о нормотворческих. Разделение понятий «правотворчество» и «нормотворчество» является следствием разделения понятий «право и закон».

Иными словами, решения высших судов можно назвать источниками права не в формальном смысле как официальные документы, содержащие нормы права, а в материальном смысле — как факторы, оказывающие влияние на формирование права.

При этом необходимо подчеркнуть три обстоятельства:

- 1) правотворчеством является только деятельность высших судов;
- 2) к источникам права можно отнести только результаты обязательного (официального) толкования;
- 3) правотворчеством должно признаваться нормативное (абстрактное) толкование, а не каузальное (в рамках конкретных дел), чтобы не оказывать давление на судей в оценке фактических обстоятельств.

Придавать результатам толкования общеобязательный характер при рассмотрении конкретных дел в рамках российской правовой системы просто недопустимо.

Во-первых, общеобязательное толкование должно осуществляться системно, в частности с учетом того, как толкование норм права будет соотноситься с конституционным и законодательным регулированием. В выработке результатов толкования должны принимать

³³ Подробнее об этом см.: Курбатов А. Я. Порядок разрешения коллизий в российском праве // СПС. 2006.

участие все заинтересованные стороны и на федеральном уровне. Иначе нарушаются принципы единства экономического пространства и разделения властей, закрепленные соответственно в ст. 8 и 10 Конституции РФ, поскольку общеобязательные правила для государственных органов принимаются без их участия и на основании рассмотрения конкретной ситуации в отдельно взятом регионе³⁴;

Во-вторых, доктринальное понимание понятия правосудия, осуществление которого согласно ч. 1 ст. 118 Конституции РФ является исключительной компетенцией судов, не включает в себя правотворчество.

Однако в противоречие с доктринальными подходами и конституционным регулированием в настоящее время законодательно закреплена возможность придания общеобязательного характера результатам толкования норм права Президиумом в решениях по конкретным делам, которые рассматриваются как новые обстоятельства (см., например, ст. 311 АПК РФ в редакции ФЗ от 23 декабря 2010 г. № 379-ФЗ). При этом прослеживается явное нарушение логики: результаты каузального толкования по конкретным делам, содержащиеся в постановлениях Президиума, являются новыми обстоятельствами, а результаты абстрактного толкования при обобщении судебной практики, содержащиеся в информационных письмах, — нет.

1.4. Толкование судами норм права, его отличие от нормотворчества

Толкование не может рассматриваться как нормотворчество по следующим причинам:

1) потребность в уяснении смысла нормы возникает, когда решаются проблемы с применением уже существующей нормы права;

2) в качестве субъекта толкования может выступать любое лицо. Однако нормотворчеством любое лицо заниматься не может;

3) даже осуществление нормоконтроля не означает, что осуществляется нормотворческая функция. Суд лишь признает норму не подлежащей применению либо отменяет ее и не вправе создавать новую;

³⁴ Подробнее об этом см. приложение № 1 к «Комментарии к Постановлению Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 25 января 2011 г. № 8624/10 по делу № А07-22553/2009».

4) даже при официальном нормативном толковании суды не дают оценок толкуемым законам с точки зрения их эффективности, целесообразности существования и т. д., которые неизбежны в ходе нормотворчества.

В этой части следует обратить внимание на правовую позицию Конституционного Суда РФ, согласно которой он решает исключительно вопросы права и, следовательно, не оценивает политическую и экономическую целесообразность (см. абз. 3 п. 2, абз. 4 п. 2.3, абз. 1 п. 5.1 мотивировочной части Постановления от 9 июля 2012 г. № 17-П).

Соответственно логически это в полной мере касается и других российских высших судов. Если, по мнению Верховного Суда РФ или Высшего Арбитражного Суда РФ, требуется отмена или изменение правовых норм, но это не входит в их функции по нормоконтролю, данные суды могут воспользоваться правом на обращение с запросом в Конституционный Суд РФ или правом законодательной инициативы.

Это также означает, что суды, осуществляя толкование права, не вправе изменять заданные Конституцией РФ или законодателем элементы правового регулирования. В частности, сферу действия нормы по территории, во времени, по субъектам, приемы правового регулирования, объект правоотношения, содержание прав и обязанностей и др. Исключение составляет аналогия закона в частноправовых отношениях.

Если эти элементы не выражены четко в нормах права, они определяются путем использования различных способов толкования. Важным моментом является то, что выбор способов толкования осуществляется по усмотрению суда.

Например, очень часто, пытаясь обосновать нормотворческие функции высших судов, ссылаются на такой способ, как расширительное толкование. Однако, во-первых, такое толкование вправе осуществлять любой суд, во-вторых, этот вид толкования, по сути, является следствием телеологического и системно-логического толкования. Если рассматривать норму изолированно и в ее буквальном смысле, может получиться один результат, а если в системе норм с учетом цели их принятия — другой.

Причем это не частное мнение автора. Наиболее четко доктринальные подходы по поводу полномочий судов при применении норм права выражены в Особом мнении судьи Конституционного Суда РФ Г. А. Гаджиева к Определению от 2 ноября 2006 г. № 444-О, в частности:

— «...суды путем использования различных способов толкования должны добиваться достижения установленной данной нормой цели — устранения противоречий и неясностей...» (абз. 2 п. 3);

— «...все способы толкования для устранения неясности должны применяться в совокупности, что не исключает случаев, когда правоприменительный орган отдает предпочтение одному из них» (абз. 2 п. 4);

— «...правоприменительные органы могут прибегнуть к таким способам (методам) толкования, как буквальное толкование, телеологическое толкование, системно-логическое толкование и т. д.» (абз. 2 п. 4);

— «В правовых системах ряда стран следование административным органам рассматривается в качестве самостоятельного способа толкования. Суды могут придерживаться толкования закона, данного административными органами» (абз. 1 п. 5);

— «...телеологическое толкование, т. е. уяснение смысла нормы в контексте целевых установок законодателя, когда правоприменитель учитывает не только исторически обусловленное намерение законодателя, но и цель, которую он ставил перед собой» (абз. 1 п. 6).

Представляет особый интерес следующий факт, отмеченный судьей Конституционного Суда РФ:

«В большинстве стран Содружества, в частности в Великобритании, доминирующим подходом при толковании норм налогового законодательства является метод буквального толкования налоговых законов, основанный на том, что правоприменительные органы, не применяя телеологическое или системно-логическое толкование, предпочитают строгое следование тексту закона. Понятия и термины, используемые в тексте налогового закона, при этом используются в контексте самого этого закона (внутренний контекст).

В российском законодательстве о налогах и сборах, которое по степени разработанности и детализации уступает праву стран Содружества, кроме толкования понятий и терминов с учетом внутреннего контекста широко применяется толкование с учетом внешнего контекста» (абз. 4 и 5 п. 4).

Этот факт позволяет по-новому взглянуть на то, что рассказывается в российской юридической литературе по поводу полномочий судов в англосаксонской правовой семье.

Из указанного Особого мнения следует, что у российских судов достаточно много возможностей в части применения права, но в любом случае они связаны рамками существующих правовых принципов и выражающих их системы норм права.

Также следует отметить, что у результатов толкования норм права не может быть собственного времени действия. Они действуют в том же временном промежутке, что и толкуемая норма.

Результаты официального толкования в силу их сущности предполагают возможность их применения в том же временном промежутке и на тех же условиях, что и толкуемая норма права. Специальных оговорок для этого не требуется. Здесь могут быть ограничения только в части пересмотра ранее принятых решений, в том числе судебных актов.

Важное значение для решения данного вопроса имеют правовые позиции Конституционного Суда РФ, выраженные в Постановлении от 8 ноября 2012 г. № 25-П:

— «...после вступления в силу решения Конституционного Суда Российской Федерации применение судами общей юрисдикции или арбитражными судами в ходе рассмотрения конкретного дела, в том числе дела, производство по которому было начато до вступления в силу данного решения Конституционного Суда Российской Федерации, норм, признанных им не соответствующими Конституции Российской Федерации, равно как и придание нормам, получившим в решении Конституционного Суда Российской Федерации конституционно-правовое истолкование, смысла, расходящегося с их конституционно-правовым смыслом, исключаются...» (абз. 2 п. 5 мотивировочной части);

— «...такое решение Конституционного Суда Российской Федерации влечет пересмотр (изменение или отмену) основанного на данных нормативных положениях судебного акта только в тех случаях, когда он либо не вступил в законную силу, либо вступил в законную силу, но не исполнен или исполнен частично...» (абз. 5 п. 3 мотивировочной части);

— «...суды общей юрисдикции и арбитражные суды, независимо от того, в какой процессуальной стадии находится на рассмотрении конкретное дело, с момента вступления в силу постановления Конституци-

онного Суда Российской Федерации, содержащего конституционно-правовое истолкование нормы (примененной или подлежащей применению в данном деле), опровергающее прежнее ее истолкование, в том числе приданное ей разъяснениями высших судебных инстанций, не вправе не исполнять постановление Конституционного Суда Российской Федерации...» (абз. 6 п. 6 мотивировочной части).

Эти правовые позиции подтверждают, что результаты толкования Конституционным Судом РФ норм Конституции РФ подлежат применению и к правоотношениям, возникшим до вступления в силу соответствующего решения Конституционного Суда РФ.

1.5. Виды толкования судами норм права

Действующие Конституция РФ и федеральные конституционные законы устанавливают в отношении Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ, что они дают разъяснения по вопросам судебной практики (ст. 126 и 127 Конституции РФ, п. 5 ст. 19 и п. 5 ст. 23 ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации»). Данные полномочия подразумевают прежде всего разъяснения по поводу применения правовых норм. Это, в свою очередь, дает основания говорить о полномочиях по толкованию норм права.

Применительно к Конституционному Суду РФ прямо указывается, что он осуществляет толкование Конституции РФ (ч. 5 ст. 125 Конституции РФ).

Европейский суд по правам человека (ЕСПЧ) осуществляет толкование Конвенции о защите прав человека и основных свобод и протоколов к ней (п. 1 ст. 32 этой Конвенции).

Различие употребляемых понятий имеет важное значение: прямое указание на полномочия по толкованию (как у Конституционного Суда РФ и ЕСПЧ) говорит о том, что это официальное (обязательное) толкование, а употребляемое понятие «разъяснения» подразумевает, что толкование может быть как официальным, так и неофициальным и соответственно требуется дополнительное правовое регулирование.

Официальный характер толкования или его возможность в данном случае выводятся логическим путем, поскольку закрепленные полномочия по осуществлению неофициального толкова-

ния не требуется. Например, нижестоящие суды не вправе осуществлять официальное толкование, но объективно осуществляют неофициальное.

По своей правовой природе решения по конкретным делам являются актами применения права (индивидуальными актами), адресованными конкретным лицам (носят относительный характер). Именно поэтому любое судебное решение обязательно только для лиц, участвующих в деле, а также для тех, от кого зависит их исполнение (п. 8 ст. 5 ФКЗ «О судах общей юрисдикции в Российской Федерации», ст. 7 ФКЗ «Об арбитражных судах в Российской Федерации»).

Через принятие решений по конкретным делам реализуются и функции судов по нормоконтролю. Решения о признании недействующими нормативных актов, по сути, адресованы органам, издавшим эти акты.

Решения вышестоящих судов по конкретным делам обязательны для нижестоящих судов, вновь рассматривающих эти дела как акты, принятые надзорным органом. Поэтому здесь нет противоречий с Конституцией РФ, прямо закрепляющей полномочия Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ по осуществлению судебного надзора (ст. 126 и 127).

В системе арбитражных судов только Пленум Высшего Арбитражного Суда РФ может давать разъяснения, обязательные для нижестоящих судов (см. подп. 1 п. 1 и п. 2 ст. 13 ФКЗ «Об арбитражных судах в Российской Федерации»), т. е. осуществлять официальное толкование. Следует обратить внимание на то, что в отношении постановлений Пленума Верховного Суда РФ уже не установлено, что они носят обязательный характер (см. п. 4 ст. 14 ФКЗ «О судах общей юрисдикции в Российской Федерации»).

Все остальные случаи являются неофициальным толкованием.

Толкование (как официальное, так и неофициальное) подразделяется на:

- 1) казуальное, которое дается применительно к отдельному случаю (казусу). Такое толкование осуществляется судами при рассмотрении конкретных дел;
- 2) нормативное (абстрактное), которое дается применительно к рассмотрению всех дел определенной категории. Такое толкова-

ние осуществляется при обобщении практики, результатом которого могут быть информационные письма Президиума и постановления Пленумов.

Можно, конечно, придумывать для обозначения перечисленных видов толкования новые названия, но это все равно не более чем создание параллельной системы понятий, поскольку от изменения названия суть явления не меняется.

1.6. Источники права

Споры об отнесении решений судов к источникам права в определенной степени носят вторичный и схоластический характер, поскольку касаются только содержащихся в судебных актах результатов толкования, носящих общеобязательный характер, и зависят от значения, вкладываемого в понятие «источник права», и от подхода к признанию источником права в национальной правовой системе, в частности, требуется ли для этого легитимация государством.

По мнению автора, легитимация источников права требуется в любом случае. Например, в некоторых правовых семьях к источникам права относятся религиозные нормы. Однако то, что возможно в монорелигиозном государстве, недопустимо в многоконфессиональном.

К обычаям в разных правовых семьях также различное отношение. В англо-саксонской правовой семье к источникам права относится доктрина и как раз особые полномочия судов во многом основываются именно через доктрину. В то же время в континентальной правовой семье преобладает подход, согласно которому право органа государственной власти принимать обязательные решения, а тем более нормативные акты, что неизбежно влечет ограничение прав и свобод, должно прямо закрепляться в нормах права. Система органов государственной власти в каждом государстве индивидуальна.

Приоритет общепризнанных принципов и норм международного права над нормами национальных законов опять же закрепляется нормативно (пример — п. 4 ст. 15 Конституции РФ).

Практическая действительность показывает, что права и свободы человека и гражданина, которые согласно ст. 2 и 18 Консти-

туции РФ являются высшей ценностью и определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и обеспечиваются правосудием, также понимаются в различных государствах и религиях по-разному. Например, вопрос о том, на каком основании в России навязывается понимание прав человека, сложившееся в Западной Европе и США и противоречащее православным и мусульманским традициям, все настойчивее требует ответа.

Опять же можно сколько угодно рассуждать о суверенитете личности, о ее правах и свободах, но реально реализовать их можно, только если правовая система государства их признает, а также гарантирует их соблюдение и защиту с установлением реального правового механизма.

Можно вспомнить, что Конвенция о защите прав человека и основных свобод и протоколы к ней начали действовать на территории Российской Федерации после того, как были ратифицированы парламентом.

1.7. О пределах полномочий судов

Помимо того, что российские суды не вправе создавать новых обязанностей, рассматривают только вопросы права, не дают оценок толкуемым законам с точки зрения их эффективности, целесообразности существования, о чем говорилось выше, пределы их полномочий определяются принципами верховенства закона и верховенства права.

Верховенство закона — это один из признаков понятия правового государства, которым провозглашается и Российская Федерация (ч. 1 ст. 1 Конституции РФ). Принцип верховенства закона действует даже в англосаксонском праве. Правда, там законы восполняют пробелы в прецедентах, в России же так называемыми прецедентами (на самом деле, как уже отмечалось, речь идет о результатах толкования норм права) пытаются заменить законодательное регулирование.

Именно соблюдение законов позволяет подчинить механизм принятия юридически значимых решений строго определенным пра-

вилам, в частности те же правовые принципы, имеющие огромное значение при судебном толковании, выводятся из системы правовых норм, среди которых основное значение имеют нормы законов. Это, в свою очередь, создает определенность права, предсказуемость правоприменительной практики, стабильность имущественного оборота.

Это не означает ограничение деятельности высших судов жесткими рамками формализма. Как уже отмечалось, полномочия по толкованию дают судам достаточно обширные возможности. Другое дело, что в этом они всегда должны соотносить свои выводы с положениями законов и правовыми принципами. Это как раз то, о чем говорил И. А. Покровский. С одной стороны, *«основным принципом толкования является правило, что только закон может быть источником судебного решения»*. С другой стороны, что деятельность судьи *«всегда имеет творческий элемент, и игнорировать этот последний значит также создавать себе вредную фикцию, закрывать глаза перед неустранимой реальностью»*.

В то же время указанный ученый подчеркивал, что *«допустить свободу судебного усмотрения contra legem (против закона — Прим. авт.) значило бы в корне подорвать силу законодательства»*³⁵.

Вопреки насаждаемому в России подходу, что естественное право сильнее позитивного, принципы верховенства права и верховенства закона не противоречат друг другу. Принцип верховенства права проявляется в наличии некоторых полномочий судов в отношении норм законов, в частности по лишению их юридической силы в силу неконституционности (в России это полномочия исключительно конституционных судов), по осуществлению их системно-логического толкования с учетом общеправовых принципов, по восполнению пробелов в праве (это могут осуществлять все суды).

Юридический анализ должен осуществляться в системе четких координат, иначе все превращается в схоластику или абсурд. Можно сколько угодно спорить о подходах по конкретным вопросам, но должно быть четкое осознание основ, на которых строится правовое регулирование, например, что решения выборного органа всег-

³⁵ Покровский И. А. Указ. соч. С. 93, 95, 97.

да выше по юридической силе, чем назначенного, что полномочия делегируются, а не присваиваются и т. д.

Исходя из этого, следует сделать несколько важных выводов:

1) суды не вправе изменять юридическую силу (иерархию) применяемых норм без признания их недействительными или недействующими.

В связи с этим представляются неправомерными встречающиеся в практике Конституционного Суда РФ случаи изменения норм законов без признания их неконституционными. Это, по мнению автора, одна из серьезных проблем конституционного законодательства;

2) недопустимым является рассмотрение высшими судами вопросов о своей компетенции. Начало этой негативной практике положено Постановлением Конституционного Суда РФ от 16 июня 1998 г. № 19-П, согласно которому суд общей юрисдикции или арбитражный суд, придя к выводу о несоответствии Конституции РФ федерального закона или закона субъекта РФ, не вправе применить его в конкретном деле и обязан обратиться в Конституционный Суд РФ с запросом о проверке конституционности этого закона (п. 2 резолютивной части). Такой подход нарушает и правило о прямом действии Конституции РФ (ч. 1 ст. 15 Конституции РФ), поскольку надо различать неприменение судом нормы закона в конкретном деле и официальную оценку ее конституционности, а также общеправовой принцип «никто не может быть судьей в собственном деле», поскольку такие вопросы могут решаться только путем изменения Конституции РФ и федеральных конституционных законов.

Отсутствие осознания наличия каких-то рамок неизбежно приводит к появлению необоснованных и неправовых решений. Из арбитражной практики яркими примерами этого являются два решения Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ по третейским судам (постановления от 24 мая 2011 г. № 17020/10 по делу № А55-11220/2010 и от 22 мая 2012 г. № 16541/11 по делу № А50-5130/2011), которыми было отказано в выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений двух третейских судов. Причиной таких решений послужило то, что дела были рассмотрены третейскими судами, созданными при коммерческих организациях, в

отношении которых выигравшие дела истцы выступали аффилированными лицами³⁶.

Вряд ли можно предположить, что судьи — члены Президиума — не знают, что такое аффилированность и каково значение этого понятия; не понимают, что споры разрешают третейские судьи (арбитры), а не третейские суды; никогда не слышали ничего о сущности третейского разбирательства и обеспечении беспристрастности судей. По мнению автора, это следствие ощущения вседозволенности.

Все подобные перекосы пытаются объяснить борьбой со злоупотреблениями, экономической целесообразностью, необходимостью снижения экономических издержек, улучшением инвестиционного климата и т. д., забывая при этом непреложное правило правового регулирования об обеспечении баланса интересов. В любом правоотношении участвуют две стороны, любые действия затрагивают чьи-то интересы, в том числе публичные. Поэтому то, что создает благо для одних, неизбежно влечет дополнительные обязанности и потери для других. Например, ситуация, когда в ответ на отдельные злоупотребления в третейских судах ломается вся система самих судов и исполнения их решений, неизбежно приводит к тому, что страдают прежде всего добросовестные участники оборота, которым по причинам, от них не зависящим, отказывают в выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов.

1.8. Негативные последствия нынешнего состояния вопроса о правотворчестве высших российских судов

Нынешнее состояние вопроса о правотворчестве высших российских судов влечет следующие негативные последствия.

1. Без достаточного внимания остаются ключевые вопросы о способах и видах судебного толкования, о пределах полномочий судов при его осуществлении, о действии результатов толкования во вре-

³⁶ Подробнее об этом см.: Курбатов А. Я. Аффилированность как средство борьбы с третейскими судами // Предпринимательское право, 2013. № 1. С. 17–24, а также приложение № 2 к «Комментарии к постановлениям Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 24 мая 2011 г. № 17020/10 по делу № А55-11220/2010 и от 22 мая 2012 г. № 16541/11 по делу № А50-5130/2011».

мени и т. д. Можно вспомнить упоминаемые выше вопросы о сути расширительного толкования, о его соотношении с аналогией права, о пределах полномочий судов при осуществлении толкования. Данные вопросы так и остаются пока открытыми.

2. Появился подход, что те факторы, которые должны учитываться в конституционном и законодательном процессах, в частности эффективность, целесообразность, справедливость и др., должны учитывать все суды, что создает базу для «размывания» конституционного и законодательного процесса, для игнорирования положений Конституции РФ и законов, для появления решений высших судов, противоречащих друг другу. В результате разрушается единство системы права и правовой системы в целом.

3. Все судебные решения уравниваются, хотя правовая природа и последствия решений Конституционного Суда РФ и иных высших судов, пленумов и президиумов, вышестоящих и нижестоящих инстанций — различные.

4. Смешиваются понятия «толкование права» и «нормотворчество», что проявляется в приравнивании действия результатов толкования во времени к нормам права. В то же время не может одна и та же норма права до даты появления результатов ее толкования применяться одним образом, а после — по-другому без возможности ее применения к более ранним периодам. А уж тем более парадоксальная ситуация возникает, когда сам высший суд определяют обязательность и действие во времени результатов своего толкования.

5. Судебный надзор заменяется управлением, т. е. дачей нижестоящим судам общих указаний в оценке обстоятельств, что влечет умаление независимости судей.

6. Неспособность использования приемов юридической (формальной) логики порождает неверие в возможность применения формально-определенных правил и «живучесть» всяких идей о том, что все проблемы могут решить «принципиальные и справедливые судьи», что является в юридической науке аналогом того, что в исторической науке называют верой в «доброту царя или барина».

Кроме того, это порождает «юридический инфантилизм» (особенно у молодых юристов), когда пробелы в собственных знаниях и навыках объясняются несовершенством законодатель-

ства и отсутствием вразумительных разъяснений от судов. Ожидание и поиск таких разъяснений становятся сутью юридической профессии.

7. Право превращается в бессистемный набор судебных решений, суть которых сводится к субъективному мнению отдельных судей, плохо согласованных даже с ими же ранее принятыми решениями, а судебная реформа сводится к игнорированию всех «ограничителей» полномочий судов.

8. Научные споры переносятся в судебную практику. При этом основной задачей юридической науки становится подведение научной базы под уже принятые решения высших судов. Вопрос о прецедентном праве является негативным примером соглашательства российской юридической науки с весьма сомнительными предложениями.

§ 2. Прецедентное право в России: пренебрежение к законам и усугубление проблем правоприменения

2.1. Прецедент в правовой системе России

В настоящее время все чаще приходится слышать заявления о необходимости введения в России прецедентного права, под которым подразумевается придание обязательности любого решения вышестоящих судов для нижестоящих судов.

По мнению автора, это свидетельствует о деградации российской правовой системы и юридической мысли, поскольку такие заявления основаны на искажении целого ряда понятий, пренебрежении к законам как основным источникам права и в конечном итоге не могут привести ни к чему, кроме как к усугублению проблем правоприменения.

Самое прискорбное в этой ситуации, что подобные заявления исходят от высших должностных лиц судебных органов и их реали-

зуют в своих актах и Высший Арбитражный Суд РФ, и Конституционный Суд РФ.

В современной юридической литературе проблема введения в России прецедентного права в основном сводится к подмене понятий, когда случаи официального толкования законодательства судами рассматриваются как примеры существования в России прецедентного права, хотя, как уже отмечалось, суть данной проблемы совершенно не в этом.

Прецедентное право в его истинном значении, употребляемом в государствах англосаксонской правовой семьи, — это не просто общеобязательность решений судов, как это пытаются часто представить, это система права и, если хотите, особая система правового мышления. При разветвленной системе законов такой системы права быть не может.

Принципиальные различия между моделями судебного право творчества в англосаксонской и континентальной правовых семьях сводятся не к признанию судебных решений источниками права, а к следующему:

1) в англосаксонской правовой семье суды, разрешая уже возникший спор, создают нормы для его разрешения (для оправдания этого казуса придумали теорию, что не создают, а выявляют уже существующие, что тут же опровергает тезис о нормотворчестве этих судов). В континентальной правовой семье обязательно применяются нормы, уже существующие на момент возникновения правоотношения;

2) в континентальной правовой семье отсутствует обязательность толкования норм одним судьей для другого. В обоснование этого можно привести слова Л. В. Головки:

«Континентальное право, запретив судье прямо ссылаться на правовое решение, предложенное другим судьей, в силу принципа «относительной законной силы судебного решения» стало размышлять о том, как далеко простирается данная „относительность“. В результате родилась теория преюдиции: фактические обстоятельства, установленные одним судом, могут восприниматься без доказывания другим судом. Подчеркнем, что речь идет об обстоятельствах исключитель-

но фактических, но не правовых, поскольку суд не связан толкованием правовых норм, предложенным другим судом»³⁷.

Поэтому в российском праве можно говорить лишь о специальном значении понятия «прецедент» — как прецедента толкования или примера из практики, а еще лучше это понятие вообще не употреблять, поскольку оно искажает или смешивает сущности обозначаемых явлений. Введение в оборот понятия «административный прецедент» также показывает, что понятием «прецедент» в российской правоприменительной практике пытаются обозначить не принятие судами норм права, а прикрыть придание общеобязательной силы актам применения права.

Искажение смысла понятия «прецедент», а также то, что значение решений высших судов для правоприменительной практики никак не зависит от того, назовем ли мы их прецедентами или нет, доказывают, что суть вопроса, выразившаяся в признании решений президиумов новыми обстоятельствами, сводится к тому, чтобы заставить суды следовать решениям вышестоящих инстанций.

В связи с этим следует полностью поддержать еще один вывод, сделанный Л. В. Головки:

«... Не надо путать «судебный прецедент» и элементарную политическую борьбу за обладание нормативными полномочиями, т. е. борьбу за дополнительный источник власти. За «теоретическими изысканиями» многих российских апологетов прецедента скрывается желание получить право издавать циркуляры и ничего более. Собственно, такие циркуляры и так уже существуют в достаточном количестве (постановления пленумов, информационные письма и др.), но какое отношение к ним имеет прецедентное право?»³⁸.

³⁷ Головки Л. В. Судебный прецедент как ненормативный способ легитимации судебных решений // Вестник гражданского права. 2010. № 6 (цитируется по электронному варианту в СПС «КонсультантПлюс», разд. «Комментарии законодательства». С. 12).

³⁸ Головки Л. В. Указ. соч. (цитируется по электронному варианту в СПС «Консультант Плюс», разд. «Комментарии законодательства». С. 18).

2.2. Особенности прецедентного права

Как известно, родиной прецедентного права является Англия. К ее основным источникам права относятся общее право и право справедливости — системы прецедентов (судебных решений), исторически сложившиеся в процессе нормотворческой деятельности судов.

Общее право возникло в XIII–XIV в. из практики английских королевских судов. В то время в Англии действовало несколько видов судов, в частности местные суды, применявшие обычное право, церковные суды, руководствовавшиеся каноническим правом. Обратиться в королевский суд можно было только на основании особого предписания (приказа) короля. Постепенное накопление таких приказов составило основу общего права. Однако с конца XIII в. новые судебные приказы больше не могли издаваться и соответственно процесс расширения компетенции королевских судов был остановлен.

Право справедливости начало формироваться с конца XV в. из деятельности суда лорда-канцлера как реакция на ограниченность компетенции судов общего права, неполноту правовых средств защиты, крайний формализм.

В 1873–1875 г. в Англии была проведена судебная реформа, в результате которой суды общего права и права справедливости были слиты в единую судебную систему. Однако деление прецедентного права на две отрасли не утратило своего значения до настоящего времени³⁹.

Для системы прецедентного права Англии характерны следующие основные особенности:

- прецеденты носят общеобязательный характер;
- отсутствие какого-либо нормативного акта общего характера.

Законы (статуты) носят фрагментарный характер. Если в правовых системах континентального права судебная практика восполняет пробелы в законодательстве, то в английском праве скорее наоборот, — законодательство восполняет пробелы прецедентного права⁴⁰;

³⁹ Гражданское и торговое право капиталистических государств / Отв. ред. Е. А. Васильев. — 3-е изд., перераб. и доп. М., 1993. С. 47–49, 53.

⁴⁰ Гражданское и торговое право зарубежных государств / Отв. ред. Васильев Е. А., Комаров А. С. 4-е изд., перераб. и доп.: В 2-х т. Т. 1. М. 2008. С. 68.

– отсутствие деления права на частное и публичное, а также на отрасли права;

– суды обязаны принимать во внимание более ранние решения и следовать им, если нет определенных оснований для их неприменения;

– количество прецедентов крайне велико. В настоящее время в английском праве насчитывается более 350 тыс. действующих прецедентов⁴¹.

Английская правовая модель с расширением Британской империи получила прямое распространение на целый ряд государств Америки, Африки, Австралии и Океании, попавших в зависимость от Великобритании. Это предопределило возникновение системы общего права (англосаксонской правовой семьи), в которой суды одного государства могут использовать прецеденты другого государства.

Система прецедентного права, сложившаяся в Англии, в XVII в. была перенесена на территорию Северной Америки английскими переселенцами и в современной правовой системе США приобрела определенные особенности. Например, Верховный суд США и верховные суды штатов не связаны своими предыдущими решениями и не обязаны им следовать, суды одного штата не связаны решениями судов других штатов, общее право — это право каждого отдельного штата⁴². Данные особенности являются наглядными примерами того, что происходит с прецедентным правом в условиях государства с федеративным устройством.

При этом и в Англии, и в США, и в других государствах, входящих в систему общего права (англосаксонской правовой семьи), в настоящее время отчетливо прослеживается тенденция увеличения числа законов среди источников права, нормы которых имеют преимущество перед нормами прецедентного права (действует принцип верховенства закона).

Тем самым можно сделать вывод, что возникновение прецедентного права и принятие его другими государствами — это следствие

⁴¹ Гражданское и торговое право зарубежных государств / Отв. ред. *Васильев Е. А.*, *Комаров А. С.* 4-е изд., перераб. и доп.: В 2-х т. Т. 1. М. 2008. С. 68. С. 56

⁴² Гражданское и торговое право зарубежных государств / Отв. ред. *Васильев Е. А.*, *Комаров А. С.* 4-е изд., перераб. и доп.: В 2-х т. Т. 1. М. 2008. С. 68. С. 76–77.

отсутствия необходимых законов в определенные периоды исторического развития, характеризующиеся раздробленностью территорий или зависимостью от других государств, а также неразвитостью либо отсутствием институтов представительной демократии.

Поэтому призывы к введению прецедентного права в правовой системе, относящейся к континентальной правовой семье, с исторической точки зрения — это призывы вернуться назад в эпоху феодализма и колониальной зависимости.

С правовой точки зрения такие призывы в рамках правовой системы России, являющейся государством с федеративным устройством, в условиях наличия разветвленной системы федеральных законов, в том числе кодифицированных актов, являются нечем иным как призывами к игнорированию норм Конституции РФ и законов и, как следствие, к нарушению принципов разделения властей, единства экономического и правового пространства.

2.3. Полномочия судов в англосаксонской и континентальной правовых семьях

Полномочия судов в англосаксонской и континентальной правовых семьях существенно различаются. Можно отметить следующие основные моменты.

1. Согласно существующим правилам суды в государствах, входящих в англосаксонскую правовую семью, при решении какого бы то ни было вопроса являются формально связанными решениями по аналогичным вопросам, вынесенными вышестоящим судом или судом той же инстанции. Однако фактически в процессе выбора соответствующего прецедента, его толкования, принятия или непринятия под предлогом значительного отличия обстоятельств вновь рассматриваемого дела от ранее рассмотренного и ставшего прецедентом суд в целом и отдельные судьи обладают значительной свободой. Признание прецедента источником права дает возможность суду фактически творить право⁴³.

В правовой системе России, относящейся к континентальной правовой семье, основные правовые нормы принимаются народом по-

⁴³ Общая теория государства и права: академический курс. В 2-х томах / Под ред. проф. М. Н. Марченко. Том 2: Теория права. М., 1998. С. 100.

средством референдума и законодательным органом, формируемым путем прямых выборов. Остальные нормотворческие органы (Президент РФ, Правительство РФ, министерства и ведомства, Банк России, иные организации) получают такие полномочия только в пределах, определенных Конституцией РФ и законами.

Исходя из принципа разделения властей, российские суды нормы права не создают.

В частности, Конституционный Суд РФ в соответствии с подп. 4 ч. 1 ст. 3 ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» дает толкование Конституции РФ. При этом в настоящее время сложилась практика, что результаты такого толкования в виде правовых позиций выражаются не только в решениях по делам о толковании Конституции РФ, но и в мотивировочных и резолютивных частях решений по другим категориям дел.

Правовые позиции Конституционного Суда РФ являются общеобязательными на основании ст. 6, ч. 3 ст. 29 и ст. 71 ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации», что, в частности, было подтверждено еще в п. 3 мотивировочной части Постановления Конституционного Суда РФ от 15 июля 1999 г. № 11-П.

При этом не имеет значения, в каком виде решения Конституционного Суда РФ (определении или постановлении) содержатся правовые позиции, закрепленные в мотивировочных частях. В связи с этим сложилась и продолжается порочная практика, когда, не рассматривая поставленный перед ним вопрос по существу, Конституционный Суд РФ тем не менее дает разъяснения по применению отдельных статей федеральных законов⁴⁴. К сожалению, этот подход активно внедряется в жизнь и Высшим Арбитражным Судом РФ, что приводит к наличию огромного количества отказных определений, разобраться в которых уже невозможно даже с помощью справочных правовых систем.

Кроме того, Конституционный Суд РФ вправе давать официальные (т. е. обязательные для исполнения всеми) разъяснения своих решений. Эти полномочия Конституционного Суда РФ реализуются в пленарном заседании или заседании палаты, принявшей разъ-

⁴⁴ Этот вопрос поднимался автором еще в 2004 г., см. Курбатов А. Я. Компетенция Конституционного Суда Российской Федерации // «Закон». 2004. № 6. С. 75.

ясняемое решение (ст. 83 ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации»).

Также толкуют для применения нормы права и другие суды. Однако, во-первых, их полномочия по толкованию различны, во-вторых, полномочия высших судов реализуются через определенные их органы. Это предопределяет выделение различных видов толкования, о которых речь пойдет ниже.

2. В государствах, входящих в англосаксонскую правовую семью, как уже отмечалось, выбор прецедента осуществляется судами на основании сопоставления фактов, лежащих в основе рассматриваемого дела, и фактов ранее рассмотренных дел.

Российские суды обязаны руководствоваться нормами права, регулируемыми соответствующие правоотношения. Соответственно ими прежде всего выявляются квалифицирующие признаки, позволяющие дать юридическую квалификацию фактическим отношениям между сторонами в целях выбора подлежащих применению норм права. При противоречии между выбранными нормами права им необходимо руководствоваться общеправовыми принципами разрешения коллизий в праве (приоритет нормы, обладающей более высокой юридической силой; приоритет специальной нормы; приоритет нормы, принятой позднее).

3. При обнаружении пробела в праве суд в государствах, входящих в англосаксонскую правовую семью, создает прецедент и применяет его к ситуации, которая уже имела место, т. е., по сути, придает ему обратную силу. Отсюда попытки подвести доктринальную базу под этот юридический парадокс.

В настоящее время в английской правовой системе существует общепризнанная доктрина, что «судья не создает новую норму права. Нормы права существуют независимо от воли и сознания людей, так же как и законы природы. Судья же является инструментом познания правовой нормы, которую он «открывает», и свое открытие объявляет или декларирует в судебном решении, являющемся авторитетным свидетельством объективного существования той или иной нормы. Это учение получило название деклараторной теории права...»⁴⁵.

⁴⁵ Гражданское и торговое право зарубежных государств / Отв. ред. Е. А. Васильев, А. С. Комаров. 4-е изд., перераб. и доп. В 2-х томах. Т. 1. М., 2008. С. 64.

Суды в России при обнаружении пробела в праве должны руководствоваться принципами права (начиная с институциональных и заканчивая общеправовыми) либо там, где это возможно, применять аналогию права или закона либо обычаи делового оборота. При этом учитываются только нормы (в том числе в которых выражаются принципы права), существовавшие на момент возникновения правоотношения.

Тем самым полномочия судов в России, относящейся к континентальной правовой семье, более ограничены по сравнению с судами государств, входящих в англосаксонскую правовую семью, поскольку они находятся в жестких рамках конституционных и законодательных норм права и не вправе сами создавать нормы права. Их полномочия, как говорилось выше, сводятся к толкованию правовых норм.

2.4. Правовое закрепление обязательности актов вышестоящих судов для нижестоящих в России

Действующие Конституция РФ и законодательство достаточно четко регулируют вопрос, кто дает обязательные разъяснения по вопросам судебной практики, не связанным с конституционным судопроизводством.

Такие разъяснения дают только Верховный Суд РФ (ст. 126 Конституции РФ, п. 5 ст. 19 ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации») и Высший Арбитражный Суд РФ (ст. 127 Конституции РФ, п. 5 ст. 23 ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации»). Иные суды такими полномочиями не наделены.

Причем данные полномочия Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ реализуются через их пленумы. Только Пленум Верховного Суда РФ и Пленум Высшего Арбитражного Суда РФ могут давать разъяснения, обязательные для нижестоящих судов (см. соответственно подп. 1 ст. 58 и абз. 3 ст. 56 Закона РСФСР «О судоустройстве РСФСР», подп. 1 п. 1 и п. 2 ст. 13 ФКЗ «Об арбитражных судах в Российской Федерации»). Это и есть полномочия по официальному нормативному толкованию законодательства. При этом во вступившем в силу с 14 марта 2011 г. ФКЗ «О судах общей юрисдикции в Российской Федерации» уже

нет указаний об обязательности даже разъяснений Пленума ВС (см. п. 4 ст. 14).

Если говорить о президиумах, то в соответствии со ст. 62 ранее действовавшего в этой части Закона РСФСР «О судостроительстве РСФСР» Президиум Верховного Суда РФ:

– в пределах своих полномочий рассматривает судебные дела в порядке надзора и по вновь открывшимся обстоятельствам (т. е. принимает решения по конкретным делам);

– рассматривает материалы изучения и обобщения судебной практики, анализа судебной статистики.

В настоящее время эти полномочия закреплены в п. 1 ст. 16 ФКЗ «О судах общей юрисдикции в Российской Федерации».

На основании ст. 16 ФКЗ «Об арбитражных судах в Российской Федерации» Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ:

– рассматривает в порядке надзора дела по проверке вступивших в законную силу судебных актов арбитражных судов в Российской Федерации (т. е. тоже принимает решения по конкретным делам);

– рассматривает отдельные вопросы судебной практики и о результатах рассмотрения информирует арбитражные суды в Российской Федерации.

Обязательность актов президиумов, принимаемых при реализации данных полномочий, для нижестоящих судов не установлена. Единственное исключение содержится в п. 3 ст. 305 АПК РФ, согласно которому указания Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ, в том числе на толкование закона, изложенные в постановлении об отмене решения, обязательны для арбитражного суда, вновь рассматривающего данное дело. Аналогичное по содержанию положение содержится в п. 2 ст. 390 ГПК РФ. Тем самым в части толкования правовых норм это можно назвать официальным казуальным толкованием.

По своей правовой природе решения по конкретным делам (кроме упомянутых результатов толкования) являются актами применения права (индивидуальными актами), адресованными конкретным лицам. Именно поэтому любое судебное решение обязательно только для лиц, участвующих в деле, а также для тех, от кого зависит их исполнение (п. 8 ст. 5 ФКЗ «О судах общей юрисдикции в Российской Федерации», ст. 7 ФКЗ «Об арбитражных судах в Российской Федерации»).

Федерации»). Решения вышестоящих судов по конкретным делам обязательны для нижестоящих судов, вновь рассматривающих эти дела, как акты, принятые надзорным органом. Через принятие решений по конкретным делам реализуются и функции судов по нормоконтролю. Решения о лишении юридической силы подзаконных нормативных актов (по законам это вправе делать только Конституционный Суд РФ), по сути, адресованы органам, издавшим эти акты.

Результаты рассмотрения Президиумом отдельных вопросов судебной практики не носят обязательного характера и являются неофициальным толкованием законодательства.

Тем самым четко закрепляется два вида разъяснений по результатам обобщения судебной практики, осуществляемого Верховным Судом РФ и Высшим Арбитражным Судом РФ:

- 1) рекомендательного характера — на уровне президиумов;
- 2) обязательного характера — на уровне пленумов.

При этом с 14 марта 2011 г. все разъяснения Верховного Суда РФ, в том числе даваемые его Пленумом, должны носить рекомендательный характер.

Поэтому позиция, что любое решение вышестоящего суда должно быть обязательным для нижестоящих судов, напрямую противоречит перечисленным нормам законов.

2.5. Судебная практика об обязательности актов вышестоящих судов для нижестоящих

К сожалению, и Конституционный Суд РФ, и Высший Арбитражный Суд РФ игнорируют указанные выше положения законов. Причем следует обратить внимание, что речь идет и о федеральных конституционных законах.

Возьмем наиболее яркий пример.

Так, в п. 5.1 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 12 марта 2007 г. № 17 «О применении Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при пересмотре вступивших в законную силу судебных актов по вновь открывшимся обстоятельствам» разъясняется, что в соответствии с п. 1 ст. 311 АПК РФ может быть пересмотрен по вновь открывшимся обстоя-

тельствам также судебный акт, оспариваемый заявителем в порядке надзора и основанный на положениях законодательства, практика применения которых после его принятия определена Высшим Арбитражным Судом РФ в постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ или в постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ, в том числе принятого по результатам рассмотрения другого дела в порядке надзора. При этом прямо указывается, что суд апелляционной или кассационной инстанции учитывает правовую позицию Высшего Арбитражного Суда РФ при оценке наличия оснований для изменения или отмены обжалуемого судебного акта.

Тем самым все виды актов Высшего Арбитражного Суда РФ по своей обязательности для нижестоящих судов уравниваются.

Конституционный Суд РФ признал данное толкование не противоречащим Конституции РФ (п. 1 резолютивной части Постановления от 21 января 2010 г. № 1-П). При этом применение выработанного Высшим Арбитражным Судом РФ порядка было оговорено рядом условий, в частности, что пересмотр по вновь открывшимся обстоятельствам вступившего в законную силу судебного акта допускается только при условии наличия в соответствующем постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ или Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ прямого указания на придание сформулированной в нем правовой позиции обратной силы применительно к делам со схожими фактическими обстоятельствами.

Во-первых, если Высший Арбитражный Суд РФ смешал разные по правовой природе акты и различные виды толкования, то Конституционный Суд РФ смешал их еще и с нормативным регулированием, превратив тем самым выработанный порядок в практически нереализуемый, поскольку теперь требуется, чтобы в постановлениях Пленума, информационных письмах, постановлениях Президиума по конкретным делам Высший Арбитражный Суд РФ делал прямые указания на обратную силу содержащихся в них правовых позиций. А он этого никогда не делал и, судя по всему, не собирается делать. И в этом его нужно поддержать. Не может одна и та же норма права до даты появления результатов ее толкования применяться одним образом, а после по-другому. Это юридический абсурд.

Результаты официального нормативного толкования в силу их сущности предполагают возможность применения в том же времен-

ном промежутке и на тех же условиях, что и толкуемая норма права. Специальных оговорок для этого не требуется.

Во-вторых, в данном случае искажается суть понятий. Вновь открывшиеся обстоятельства должны обязательно существовать на момент рассмотрения дела, которое пересматривается.

Являющиеся основаниями для пересмотра судебных решений постановления Высшего Арбитражного Суда РФ, по-иному толкующие правовые нормы, на момент рассмотрения дела не существуют. Они могут являться основанием для пересмотра дел в порядке надзора, если закрепляют результаты официального нормативного толкования, поскольку во времени эти результаты должны действовать вместе с толкуемой нормой. Неправильное истолкование закона нижестоящими судами прямо названо в качестве оснований для пересмотра судебных актов и в апелляционном порядке, и в кассационном порядке, и в порядке надзора (см. соответственно п. 2 ст. 270, п. 1 ст. 304, п. 2 ст. 288 АПК РФ). Как уже было сказано, из актов Высшего Арбитражного Суда РФ результаты официального (обязательного) нормативного толкования закрепляют только постановления Пленума.

В-третьих, за счет придания в нарушение закона актам Президиума обязательного характера для нижестоящих судов:

– принижается значение Пленума, который уравнивается с Президиумом;

– упрощается процедура принятия актов, сужается круг лиц, участвующих в принятии такого рода решений, и, как следствие, происходит снижение качества принимаемых актов;

– решения, влияющие на правоприменительную практику в масштабах всей России, принимаются на основании анализа одного судебного дела;

– сужаются пределы судейского усмотрения у судей нижестоящих судов. Здесь можно сослаться на мнение Т. Г. Морщаковой, которая отмечала, что если обеспечить юридическими средствами какую-либо степень авторитетности истолкования закона, осуществляемого высшими судами, то это будет посягательством на принцип независимости судьи, закрепленный в ст. 120 Конституции РФ⁴⁶.

⁴⁶ Интервью с заместителем Председателя Конституционного Суда РФ Морщаковой Т. Г. // Законодательство, 1999. № 5. С. 3.

Искажаются и принципы осуществления судебного надзора. В судебной практике уже возник вопрос, а нельзя ли решения кассационных и апелляционных инстанций также рассматривать как вновь открывшиеся обстоятельства, раз это возможно в отношении решений по конкретным делам Высшего Арбитражного Суда РФ?

Следует отметить, что по указанному Постановлению Конституционного Суда РФ двое его судей (Г. А. Жилин, М. И. Клеандров) высказали особое мнение. К сожалению, напрашивается вывод, что остальные судьи Конституционного Суда РФ нормотворчество и толкование права, а также результаты толкования права и акты применения права не различают.

По мнению автора, таким способом в обход Конституции РФ и законов идет изменение принципов функционирования судебной системы по примеру судов системы прецедентного (общего) права. Для России, где существуют три формально независимые ветви судебной власти, целый ряд видов судопроизводства, по четыре судебные инстанции в арбитражных судах и в судах общей юрисдикции, более восьмидесяти субъектов Российской Федерации, это будет иметь катастрофические последствия. Для примера можно взять достаточно непростые проблемы разрешения коллизий между нормами российского права⁴⁷. Судя по всему, сторонникам введения в России прецедентного права не терпится создать параллельный порядок разрешения коллизий уже между судебными решениями.

В настоящее время вряд ли можно найти ярых противников сближения правовых систем и усиления роли судов в механизме правового регулирования. Однако непонятно: почему это нужно делать в обход Конституции РФ и законов, ломая систему сложившихся юридических понятий?

⁴⁷ См.: Курбатов А. Я. Порядок разрешения коллизий в российском праве. // СПС. 2006.

§ 3. Конституционный Суд РФ: проблемы с компетенцией требуют решения

3.1. Проблемные вопросы компетенции Конституционного Суда РФ

С момента создания в 1991 г. при осуществлении своей деятельности Конституционный Суд Российской Федерации (далее в параграфе — Конституционный Суд) периодически выходит за пределы компетенции.

В частности, изначально это проявлялось в том, что Конституционный Суд:

- разрешал вопросы, требующие законодательного урегулирования, т. е. вмешивался в компетенцию законодателя;
- давал толкование норм федеральных законов, а не Конституции РФ;
- осуществлял абстрактное толкование Конституции РФ, т. е. без учета сложившегося правового регулирования;
- разрешал коллизии между конкретными нормами федеральных законов, т. е. производил выбор нормы закона, подлежащей применению в конкретном случае иными судами;
- давал оценку конкретных судебных решений, т. е. действовал как вышестоящая судебная инстанция⁴⁸.

А ведь подобные проявления являются прямым нарушением ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» (далее в параграфе — ФКЗ о КС).

В соответствии со ст. 68 ФКЗ о КС Конституционный Суд прекращает производство по делу в случаях, если вопрос, разрешаемый законом, иным нормативным актом, договором между органами государственной власти или не вступившим в силу международным договором РФ, конституционность которых предлагается проверить, не получил разрешения в Конституции РФ или по своему характеру и значению не относится к числу конституционных.

Согласно ч. 3 ст. 74 ФКЗ о КС Конституционный Суд принимает постановления и дает заключения только по предмету, указанно-

⁴⁸ Курбатов А. Я. Компетенция Конституционного Суда Российской Федерации // Закон. 2004. № 6. С. 75–79.

му в обращении, и лишь в отношении той части акта или компетенции органа, конституционность которых подвергается сомнению в обращении.

Уже на протяжении двадцати лет парламент никак на эти проблемы не реагирует. Например, в ФКЗ о КС за этот период восемь раз вносились поправки. Однако ни одного принципиального изменения, направленного на изменение сложившейся ситуации, внесено не было.

Единственным небольшим исключением является вступление в силу с 9 февраля 2011 г. ч. 5 ст. 79 ФКЗ о КС в редакции ФКЗ от 3 ноября 2010 г. № 7-ФКЗ, из которой (и то путем толкования) можно сделать вывод, что позиции Конституционного Суда теперь должны содержаться только в его постановлениях.

В остальном вносимые поправки только усугубляют проблемы, поскольку противоречат сущности деятельности Конституционного Суда и правовой природе его позиций как результатов официального толкования Конституции РФ (подп. 4 ч. 1 ст. 3 ФКЗ о КС).

Так, в упомянутой ч. 5 ст. 79 ФКЗ о КС установлено, что позиции Конституционного Суда подлежат учету правоприменительными органами с момента вступления в силу соответствующего постановления, т. е. к позициям Конституционного Суда применен подход, характерный для нормативных актов. В то же время у результатов толкования норм права не может быть собственного времени действия. Они действуют в том же временном промежутке, что и толкуемая норма. Момент вступления в силу постановлений имеет значение для определения даты прекращения действия норм права, признанных Конституционным Судом не соответствующими Конституции РФ.

Поэтому в целом проблемы, связанные с превышением Конституционным Судом своей компетенции, имеют тенденцию к расширению.

В настоящее время дело дошло до того, что Конституционный Суд:

- 1) полностью игнорирует законодательное регулирование, искажая сложившиеся правовые понятия и подходы, и, по сути, сам осуществляет правовое регулирование, создавая новые права и обязанности;

2) насаждает в России подходы, характерные для системы общего права (англосаксонской правовой семьи).

Причем эти негативные тенденции распространились и на деятельность Высшего Арбитражного Суда РФ.

Основной причиной такого положения является отсутствие законодательно закрепленных критериев отнесения вопросов, касающихся защиты прав, к числу конституционных.

На сегодняшний день, вопросы конституционности обращений решаются самим Конституционным Судом через оценку допустимости запроса, ходатайства или жалобы (ст. 85, 89, 93, 97, 102, 108 ФКЗ о КС). Исходя из этих статей, основным критерием допустимости является мнение лица, обращающегося в Конституционный Суд, о наличии нарушения Конституции РФ. Однако это должно иметь значение для определения права на обращение в Конституционный Суд, а не критериев конституционности вопроса.

Поэтому получается, что вопрос о критериях конституционности в ФКЗ о КС никак не урегулирован и полностью отдан на откуп самому Конституционному Суду, который на стадии принятия указанных обращений решает, насколько они обоснованы. Усугубляет ситуацию то, что в основном отказы в принятии обращений принимаются не в заседании Конституционного Суда, а его Секретариатом (см. п. 2 и 3 § 23 Регламента Конституционного Суда РФ).

3.2. Примеры превышения Конституционным Судом своей компетенции

Количество примеров превышения Конституционным Судом своей компетенции исчисляется десятками. Причем в большинстве случаев выработанные им подходы впоследствии закрепляются законодательно, хотя носят более чем сомнительный характер.

Начнем с примеров изменения системы правовых понятий и законодательного регулирования. В дополнение к примерам, указанным выше, необходимо привести еще ряд таких выводов Конституционного Суда, которые доказывают, что это не случайные огрехи, а принципиальный подход.

1. Суд, придя к выводу о несоответствии Конституции РФ федерального закона или закона субъекта РФ, не вправе применить его в конкретном деле и обязан обратиться в Конституционный Суд с запросом о проверке конституционности этого закона (см., например, п. 2 резолютивной части Постановления Конституционного Суда РФ от 16 июня 1998 г. № 19-П).

Как уже отмечалось, такой вывод ограничивает прямое действие Конституции РФ и тем самым противоречит ее ч. 1 ст. 15, согласно которой в таких случаях суды обязаны напрямую руководствоваться Конституцией РФ. Подобные действия суда не являются признанием законов неконституционными, а представляют собой использование отдельного способа защиты — неприменение судом нормативного акта, противоречащего акту более высокой юридической силы.

Несмотря на это, данный подход впоследствии был закреплен п. 3 ст. 13 АПК РФ. ГПК подобная участь миновала.

2. Решение суда общей юрисдикции, которым закон субъекта РФ признан противоречащим федеральному закону, по своей природе не лишает его юридической силы с момента издания, а означает лишь признание его недействующим и, следовательно, с момента вступления решения суда в силу не подлежащим применению. Лишение же указанного акта юридической силы возможно только по решению самого законодательного органа, издавшего акт, или в предусмотренном Конституцией РФ порядке конституционного судопроизводства (абз. 5 п. 7 мотивировочной части Постановления Конституционного Суда РФ от 11 апреля 2000 г. № 6-П).

Это деление является абсолютно надуманным, за ним не стоит ничего, кроме желания сгладить негативные последствия ограничения полномочий судов упомянутым выше Постановлением Конституционного Суда РФ от 16 июня 1998 г. № 19-П.

К сожалению, введенное в оборот Конституционным Судом понятие «признание нормативного акта недействующим» было перенесено в процессуальные кодексы применительно ко всем иным случаям нормоконтроля.

Основное негативное последствие такого подхода заключается в том, что нормативные акты, противоречащие актам более высокой юридической силы, теперь признаются недействующими только с

момента вступления в силу решения суда, а не с момента их издания (п. 5 ст. 195 АПК РФ). Тем самым создается ситуация, что незаконный акт надо применять, пока суд не признает его недействующим.

При этом опять надо отдать должное Верховному Суду РФ. Ему удается сохранять соответствие ГПК РФ юридическим принципам. Согласно п. 2 ст. 253 ГПК РФ нормативный правовой акт признается недействующим полностью или в части со дня его принятия или иного указанного судом времени.

3. Конституционный Суд связал возможность взыскания штрафов с юридических лиц в бесспорном порядке с наличием их согласия с наложением штрафа, которое, в свою очередь, определяется через отсутствие факта обжалования этим юридическим лицом решения о наложении штрафа в суд (см., например, абз. 2 п. 5 мотивировочной части Постановления Конституционного Суда РФ от 30 июля 2001 г. № 13-П).

В то же время представляется принципиально неверным напрямую связывать наступление каких-либо негативных юридических последствий для субъекта (в данном случае — бесспорное взыскание задолженности), если он не воспользуется правом на защиту. Установление санкций для случаев, когда не реализуется право, искажает суть правового регулирования, поскольку стирает грань между правами и обязанностями, между правомерными и неправомерными действиями.

4. Статьи 29 и 150 АПК РФ во взаимосвязи со ст. 137 и 138 НК не препятствуют обжалованию в арбитражном суде актов Министерства финансов РФ (речь идет о нормативных актах), если эти акты порождают право налоговых органов предъявлять требования к налогоплательщикам (абз. 4 п. 2 Определения Конституционного Суда РФ от 20 октября 2005 г. № 442-О).

Полное искажение правового регулирования. Во-первых, говоря о Министерстве финансов РФ, делаются ссылки на статьи НК РФ, в которых речь идет о налоговых органах, во-вторых, ст. 29 АПК РФ предполагала, что должен быть не запрет, а, наоборот, прямое указание на подведомственность таких дел арбитражному суду (см. подп. 1 п. 1 ст. 29 в первоначальной редакции).

К сожалению, практика Высшего Арбитражного Суда РФ свидетельствует о рассмотрении им дел об оспаривании нормативных

актов Министерства финансов РФ сразу, не дожидаясь изменений в АПК РФ (см., например, решение от 24 января 2008 г. № 16720/07). А ведь дело идет не о защите прав и свобод граждан, а о распределении компетенции между государственными органами.

5. Юридическое последствие решения Конституционного Суда, которым выявляется конституционно-правовой смысл нормы, — прекращение ее действия (а значит, и применения) в неконституционном истолковании и, следовательно, утрата ею силы на будущее время в любом ином, расходящемся с выявленным конституционно-правовым смыслом, допускавшемся ранее понимании (п. 5 мотивировочной части Определения Конституционного Суда РФ от 11 ноября 2008 г. № 556-О-Р).

При этом Конституционный Суд продолжает давать разъяснения обязательного характера конституционно правового смысла норм законов в определениях, не рассматривая обращений по существу (см., например, п. 1 резолютивной части Определения от 18 января 2011 г. № 8-О-П). Будет ли он применять упомянутую выше ч. 5 ст. 79 ФКЗ о КС, пока не ясно.

Что касается вывода, то он основан опять на искажении правового регулирования. Вместо того чтобы оценивать нормы права или смысл, придаваемый им правоприменительной практикой, на предмет соответствия Конституции РФ, Конституционный Суд сам занялся определением их конституционно-правового смысла. Таких полномочий в ФКЗ о КС у него нет. Толкование законов осуществляют пленумы Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ.

Нельзя не отметить и абсурдность постановки вопроса, а также сделанного вывода.

Во-первых, нормы законов должны соответствовать Конституции РФ, а не сами содержать конституционно-правовой смысл. Согласно ст. 18 Конституции РФ смысл, содержание и применение законов определяют права и свободы человека и гражданина.

Во-вторых, выяснение иного смысла нормы означает не утрату этой нормы юридической силы, а изменение порядка ее применения.

6. И, наконец, самый яркий пример.

Сначала Конституционный Суд отнес признание примененной судом нормы не соответствующей Конституции РФ к основа-

ниям для пересмотра дел по вновь открывшимся обстоятельствам (см., например, п. 2 мотивировочной части Определения от 14 января 1999 г. № 4-О).

Затем этот подход был закреплен в подп. 6 ст. 311 АПК РФ (в первоначальной редакции).

Впоследствии Пленум Высшего Арбитражного Суда РФ расширил этот подход, распространив его на акты Пленума и Президиума. Причем без признания норм права недействующими. Так, в п. 5.1 действующего на тот момент Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 12 марта 2007 г. № 17 «О применении Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при пересмотре вступивших в законную силу судебных актов по вновь открывшимся обстоятельствам» было разъяснено, что может быть пересмотрен по вновь открывшимся обстоятельствам также судебный акт, оспариваемый заявителем в порядке надзора и основанный на положениях законодательства, практика применения которых после его принятия определена Высшим Арбитражным Судом РФ в постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ или в постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ, в том числе принятого по результатам рассмотрения другого дела в порядке надзора.

Конституционный Суд признал данное толкование не противоречащим Конституции РФ, хотя и оговорил его применение рядом условий, по сути, приравняв к нормативным актам (п. 1 резолютивной части постановления от 21 января 2010 г. № 1-П).

Очередное смешение понятий. Конституционный Суд говорит о нормоконтроле, искажая понятие «вновь открывшиеся обстоятельства», а Высший Арбитражный Суд РФ — о толковании, не различая его видов.

И это все происходит в то время, когда неправильное истолкование закона нижестоящими судами прямо названо в законе в качестве оснований для пересмотра судебных актов и в апелляционном порядке, и в кассационном порядке, и в порядке надзора (см. соответственно п. 2 ст. 270, п. 1 ст. 304, п. 2 ст. 288 АПК РФ).

В связи с этим авторы изменений в АПК РФ, которые, судя по всему, знают, что такое вновь открывшиеся обстоятельства, были вынуждены применительно к данной ситуации ввести еще одно поня-

тие — «новые обстоятельства» (см. ст. 311 АПК РФ в редакции ФЗ от 23 декабря 2010 г. № 379-ФЗ).

Таким образом, вместо того, чтобы выступать с законодательной инициативой по вопросам своего ведения (подп. 6 ч. 1 ст. 3 ФКЗ о КС). Конституционный Суд сам изменяет законодательное регулирование и по любым вопросам. При этом он связывает законодателя своими решениями, поскольку их преодолеть нельзя.

Что касается насаждения подходов, характерных для системы общего права (англосаксонской правовой семьи), то этот вопрос возникает в связи с тем, что Конституционный Суд не признает границ своей деятельности и фактически действует как суд государства, право которого относится к этой правовой семье.

В частности, в этих государствах обязательное применение судебного прецедента предполагает наличие в судебном решении правового элемента. Эта часть решения получила название *ratio decidendi* (сущность решения). В одном судебном решении может содержаться несколько таких частей. Их выделение необходимо для применения прецедента и признается одной из сложнейших задач для судей⁴⁹.

Кроме того, первоначальная выработка правил через судебную практику, а уже затем ее закрепление в законодательных актах — это тоже подход, который порожден американской теорией экономического анализа права. Один из основных постулатов этой теории заключается в том, что общее право развивается в сторону повышения эффективности регулирования и соответственно судья не связан никакими формальностями⁵⁰.

Нетрудно заметить, что по этому же принципу построено применение и решений Конституционного Суда. Арбитражные суды также настойчиво двигают к тому, что таким же образом им надо применять и решения Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ по конкретным делам.

⁴⁹ Гражданское и торговое право зарубежных государств / Отв. ред. Васильев Е. А., Комаров А. С. 4-е изд., перераб. и доп. В 2-х т. Т. 1. М., 2008. С.63

⁵⁰ Подробнее об этой теории и почему она не получила распространения в Европе см.: *Грехениг К., Гелтер М.* Трансатлантические различия в правовой мысли: американский экономический анализ права против немецкого доктринализма // Вестник гражданского права. 2010. № 6.

Однако даже в государствах системы общего права (англосаксонской правовой семьи) действует принцип верховенства закона. Как видно из приведенных примеров, в России он нарушается и Конституционным Судом, а при его попустительстве — и Высшим Арбитражным Судом РФ. А соответственно нарушается и принцип разделения властей.

Одной из причин такой ситуации является то, что правовые позиции Конституционного Суда как результаты официального толкования Конституции РФ могут содержаться в любой части его решения. Хотя главной причиной, конечно, является фактическое осуществление Конституционным Судом законотворческой деятельности.

Государственной Думе и Совету Федерации уже давно следует обратить внимание на то, что их функции осуществляет другой орган государственной власти.

3.3. Критерии отнесения вопросов к числу конституционных

Безусловно, к числу конституционных относятся вопросы, касающиеся основ конституционного строя, федеративного устройства, органов государственной власти и местного самоуправления.

Сложившаяся ситуация говорит о том, что критерии отнесения вопросов, касающихся защиты прав, к числу конституционных должны быть закреплены в ФКЗ о КС.

Можно попробовать их выработать, если взглянуть на ситуацию с точки зрения механизма правового регулирования.

Конституционные права и свободы составляют элементы правоспособности граждан (правосубъектности юридических лиц⁵¹) и представляют собой абстрактные возможности этих лиц вступать в правоотношения для их фактической реализации. На конституционном уровне такие возможности закладываются через общие дозволения и общие запреты, действующие в рамках этих дозволений (общедозволяющий тип правового регулирования). Кроме того, существует достаточно большое количество общих запретов как га-

⁵¹ По моему мнению, термин «правосубъектность» следует употреблять только в отношении юридических лиц. Подробнее об этом см.: Курбатов А. Я. Правосубъектность кредитных организаций: теоретические основы формирования, содержание и проблемы реализации. М., 2010. С. 9–10.

рантий реализации прав и свобод (разрешительный тип правового регулирования).

Примерами общих дозволений являются права и свободы человека и гражданина (гл. 2 Конституции РФ).

Примером общего запрета, действующего в рамках этих дозволений, является положение, согласно которому осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц (ч. 3 ст. 17 Конституции РФ).

В качестве примеров общих запретов как гарантий реализации прав и свобод можно привести:

– запрет любых форм ограничения прав граждан по признакам социальной, расовой, национальной, языковой или религиозной принадлежности (ч. 2 ст. 19 Конституции РФ);

– запрет пропаганды социального, расового, национального, религиозного или языкового превосходства (ч. 2 ст. 29 Конституции РФ);

– положение, согласно которому права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства (ч. 3 ст. 55 Конституции РФ) и др.

Государство также обязано обеспечить механизм реализации и защиты любым субъектом прав как элементов его правоспособности (правосубъектности). Однако эти обязанности государства существуют не применительно к конкретному лицу, а в отношении всех потенциальных участников определенных общественных отношений. В качестве примеров можно привести обязанности государства по созданию и обеспечению функционирования органа, осуществляющего государственную регистрацию предпринимателей, судебных органов, где можно защитить свои права и законные интересы, по обеспечению доступности судебной системы, по получению квалифицированной юридической помощи и т. д. Отличительной чертой этих обязанностей государства является то, что его нельзя напрямую понудить к их исполнению. Например, нельзя предъявить иск о понуждении государства принять какой-либо закон, создать какой-либо орган, установить определенный размер

государственной пошлины и т. п. В данном случае возможно только последующее оспаривание принятых по данным вопросам нормативных актов, если они не в полной мере обеспечивают реализацию прав и свобод или ограничивают их.

От прав и обязанностей как элементов правоспособности (правосубъектности) необходимо отличать субъективные права и субъективные обязанности, которые существуют в правоотношении, и им корреспондируют соответствующие обязанности и права конкретных субъектов, в том числе государства в лице определенного органа.

Таким образом, к конституционным вопросам следует отнести оценку механизма реализации и защиты прав и свобод, а также ограничений этих прав и свобод на предмет компетенции государственных органов по их установлению, обоснованности (целей), соразмерности.

Вопросы регулирования в рамках правоотношений к конституционным относиться не должны, правовое регулирование по этим вопросам является прерогативой законодателя.

Возьмем для примера несколько дел, рассмотренных Конституционным Судом по существу в 2011 г.

Постановлением от 25 апреля 2011 г. № 6-П Конституционный Суд признал не соответствующим Конституции РФ ч. 2 ст. 8.28 КоАП РФ, которая во взаимосвязи с ч. 1 ст. 3.7 этого Кодекса допускала конфискацию орудия совершения административного правонарушения, принадлежащего на праве собственности лицу, не привлеченному к административной ответственности за административное правонарушение и не признанному виновным в его совершении. В данном случае речь идет о претерпевании административной ответственности, которая влечет прекращение права собственности, являющегося конституционно закрепленным правом (ст. 35 Конституции РФ). Соответственно это конституционный вопрос.

Постановлением от 31 марта 2011 г. № 3-П Конституционный Суд признал положение ч. 3 ст. 138 УК РФ, предусматривающее уголовную ответственность за незаконные производство, сбыт или приобретение специальных технических средств, предназначенных для негласного получения информации, не противоречащим Конституции РФ. Вопросы применения уголовной ответственности — конституционные вопросы (ст. 49 Конституции РФ).

Постановлением от 11 апреля 2011 г. № 4-П Конституционный Суд признал не соответствующим Конституции РФ ст. 7 ФЗ «О введении в действие Жилищного кодекса Российской Федерации». Право на жилище также гарантируется Конституцией РФ (ч. 1 ст. 40).

Постановлением от 22 апреля 2011 г. № 5-П Конституционный Суд признал соответствующим Конституции РФ положение п. 3 ст. 15 ФЗ «О безопасности дорожного движения» о запрете регистрации транспортных средств без документа, удостоверяющего их соответствие установленным требованиям безопасности дорожного движения. В данном случае речь идет о проведении технической регистрации транспортных средств, необходимой для их эксплуатации. Данная регистрация не влияет на право собственности владельца транспортного средства. Поэтому данный вопрос не относится к числу конституционных и не должен был рассматриваться Конституционным Судом по существу.

3.4. Иные предложения об изменении законодательства

В ФЗ о КС необходимо закрепить следующее.

1. Разделить вопросы, касающиеся права на обращение в Конституционный Суд, и определения конституционности поднимаемых в этих обращениях вопросов (допустимости обращений).

Отказ в принятии запроса, ходатайства или жалобы по причине отсутствия права на обращение в Конституционный Суд или в силу неконституционности вопроса (отсутствия допустимости) должен производиться исключительно в заседании Конституционного Суда. Секретариат Конституционного Суда вправе проверять только формальные требования к оформлению таких обращений.

2. В определениях об отказе в принятии запроса, ходатайства или жалобы решаются только вопросы недопустимости обращения или неконституционности вопроса.

Определения, выносимые при разрешении дел без проведения слушания (ст. 47.1 ФЗ о КС), могут содержать исключительно ссылки на уже высказанные позиции.

Никаких обязательных позиций эти и другие определения Конституционного Суда содержать не могут.

3. Позиции Конституционного Суда как результаты официального толкования Конституции РФ могут содержаться только в его постановлениях. Они должны являться основанием для пересмотра судебных дел, рассмотренных до их появления, в кассационном порядке и в порядке надзора. Для этих случаев необходимо предусмотреть, что сроки для обжалования исчисляются с момента вступления в силу постановления Конституционного Суда.

В остальном момент вступления в силу постановлений может иметь значение только для определения дат, с которых утрачивают силу нормы законов, признанные не соответствующими Конституции РФ.

4. Позиции Конституционного Суда как обязательные для исполнения должны выноситься в резолютивную часть постановления. В мотивировочной части постановлений может содержаться только обоснование этих позиций, которое не носит обязательного характера.

5. Конституционный Суд не может давать официальное толкование Конституции РФ, изменяющее законодательное регулирование, без признания законодательных норм или смысла, придаваемого им правоприменительной практикой, неконституционными. Без такого признания толкование, данное Конституционным Судом, не должно считаться обязательным.

В связи с этим Конституционному Суду следует предоставить право признания законодательных норм или смысла, придаваемого им правоприменительной практикой, неконституционными по своей инициативе, если этого требует рассмотрение обращения по существу, т. е. требуется изменение ч. 3 ст. 74 ФКЗ о КС.

§ 4. Справедливость в российском праве: подмена понятий, субъективизм и неопределенность

4.1. Справедливость как многоаспектное явление

Справедливость представляет собой многоаспектное явление, которое является предметом изучения многих наук, прежде всего философии, социологии, политологии, экономики, права. В каждой из этих наук вырабатываются подходы к пониманию справедливости, выводятся свои определения, производится классификация ее на виды.

В исследованиях, затрагивающих вопросы права, справедливость рассматривается либо в качестве морально-этической, ценностной категории, либо в качестве правового принципа. Причем здесь сразу необходимо разграничить континентальное и англосаксонское право с иными правовыми семьями, поскольку, например, в государствах исламского и индуистского права справедливость вообще не связывается с применением права судами.

Однако в континентальном и англосаксонском праве понимание справедливости также различается и зависит от особенностей национальной правовой системы и главенствующих в ней подходов к пониманию права, к соотношению права и справедливости. Причем точки зрения по последнему вопросу разнятся от полного разделения до отождествления.

При рассмотрении справедливости в качестве морально-этической, ценностной категории ей может придаваться значение либо внешнего фактора, влияющего на право, либо некоего качества или свойства права, либо воплощения (цели) права.

На это «накладываются» проблемы, связанные с тем, что справедливость можно понимать по-разному в зависимости от того, какие ценности ставятся на первое место — духовные или материальные. В связи с этим понятия «справедливость» и «социальная справедливость» также могут либо отождествляться, либо, наоборот, противопоставляться.

В качестве примера противопоставления можно привести позицию В. С. Нерсесянца. Он, признавая справедливость правовым

принципом, говорил, что ей (формальной справедливости) противостоит социальная справедливость как множество разнородных неправовых притязаний, которые обусловлены различными (индивидуальными, групповыми, коллективными, партийными, классовыми и т. п.) интересами.

Справедливость как принцип права (формальная справедливость) не сливается с самими этими притязаниями и не является нормативным выражением и генерализацией какого-либо одного из таких частных интересов, а оценивает их формально-равным, а потому и одинаково справедливым для всех правовым мерилом⁵².

При этом, несмотря на многообразие точек зрения, если справедливости придавать правовое значение, то можно выделить два основных подхода к ее пониманию: субъективный и объективный.

При субъективном подходе справедливость рассматривается как добропорядочность (добросовестность) какого-либо лица. Данный подход сформировался в английском праве. Исходя из того, что в прецедентном праве норма права создается судьей, вопрос определения недобросовестности относится к категории установления факта несоответствия поведения лица требованиям добропорядочности, определяемым исходя из совести судьи (конструкция недопущения несправедливости). В связи с этим в данном случае основополагающее значение приобретают моральные качества, независимость и компетентность судьи.

В объективном смысле справедливость понимается как соответствие праву. Данный подход характерен для государств романо-германской правовой семьи. В государствах этой правовой семьи добросовестность является самостоятельным правовым принципом.

В праве Европейского союза действует объективный подход. В частности, существует Директива Европейского совета от 5 апреля 1993 г. № 93/13/ЕЕС «О несправедливых условиях в потребительских договорах», в соответствии с которой несправедливым может быть признано условие договора с потребителем, которое не было предметом специального согласования с ним, в частности при использовании стандартных форм договоров.

⁵² Нерсесянц В.С. Философия права. М., 2005. С. 30–31.

Согласно Директиве несправедливым будет условие, вызывающее в нарушение требования добросовестности (категория, через которую обосновывается неправомерность поведения организации, заключившей договор с потребителем. — *Прим. авт.*) значительное несоответствие в правах и обязанностях сторон, вытекающих из договора, в ущерб потребителю (п. 1 ст. 3). Кроме того, список несправедливых условий содержится в приложении к Директиве. При этом несправедливость договорного условия — это вопрос не факта, а права, который суд должен решить самостоятельно, опираясь на правовые нормы.

В связи с этим английское право также постепенно переходит на объективное понимание справедливости.

В российской правовой системе тоже нет единых подходов к пониманию справедливости ни в доктрине права, поскольку здесь все зависит от субъективного подхода, который исповедует тот или иной ученый, ни в законодательстве, которое отражает состояние в научной сфере.

Учитывая это, логичней было бы предположить, что понятие справедливости не может использоваться в прикладных целях.

Тем не менее в последние годы, следуя современной тенденции активного, но не всегда осмысленного заимствования российским правом зарубежных подходов, появляется все больше законодательных и судебных актов (прежде всего Конституционного Суда РФ и Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ), в которых делаются ссылки на справедливость или принцип справедливости без какой-либо конкретизации, что еще более усугубляет ситуацию правовой неопределенности и заставляет обращаться к этому вопросу вновь и вновь.

4.2. Основное значение справедливости в праве

Если попытаться выявить общую сущность многочисленных позиций по поводу справедливости в континентальном и англосаксонском праве, то можно сделать вывод, что основное значение справедливости в праве — это ограничение монополии государства на принятие законов и на осуществление правосудия. Наличие некоей системы общечеловеческих, моральных, религиозных ценностей, су-

существующих в сознании людей, позволяет подчинить процесс разработки и принятия конституций и законов, а также вынесения судебных решений идеальным представлениям о справедливом обществе, где эти ценности не вступают друг с другом в противоречие и полностью соблюдаются.

Получается, что справедливость является неким идеалом, который никогда недостижим, но к которому необходимо стремиться, иначе позитивное право неизбежно начинает отражать только интересы отдельных группировок, имеющих влияние на конституционный и нормотворческий процесс.

Однако следует учитывать, что представления о справедливом обществе, существующие в сознании конкретных людей, во-первых, объективизируются при принятии правовых установлений, во-вторых, не дают права нарушать существующие правовые установления. Соответственно здесь происходит взаимовлияние, предопределяющее тесную взаимосвязь: субъективные представления влияют на содержание правовых установлений в процессе их выработки и принятия, а принятые правовые установления влияют на формирование субъективных представлений. Как раз это обстоятельство и порождает бесконечное смещение объективных и субъективных начал в праве, права и справедливости, а также общесоциальных ценностей и общеправовых принципов.

По рассматриваемым вопросам основная подмена понятий происходит именно в связи с тем, что явление сознания людей признается правовым принципом, носящим объективный характер.

Справедливость является общесоциальной ценностью, которая определяет сознание людей через отражение в нем объективно необходимых им духовных, социальных, материальных и других видов благ. Естественно, общесоциальные ценности переходят в юридические категории, но это происходит не через простое признание или провозглашение их правовыми принципами, а через объективизацию в праве (юридизацию). При этом, поскольку полного перечня благ, составляющих понятие справедливости на все времена и для всех обществ, дать невозможно, в праве закрепляются лишь отдельные составляющие этой системы ценностей как требования, соблюдение которых должно способствовать достижению идеальной цели — справедливости. В качестве таких требований могут выступать и дру-

гие правовые принципы, предопределяющие построение системы правовых норм и их применение. Именно через выражение в позитивном праве отдельных составляющих понятия справедливости и происходит объективизация этого понятия.

Ярчайшим примером является ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, являющаяся составной частью российской правовой системы, где закрепляется право на справедливое судебное разбирательство и выделяются элементы этого понятия:

а) публичное разбирательство дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона (п. 1);

б) действие правила, что каждый обвиняемый в совершении уголовного преступления считается невиновным до тех пор, пока его виновность не будет установлена законным порядком (п. 2);

в) установление минимального набора прав обвиняемых в совершении уголовного преступления (п. 3).

В данном случае достаточно четко проявляется обозначенный выше подход: соблюдение определенных требований способствует справедливости судебного разбирательства.

Исходя из изложенного, можно сделать вывод: справедливость в праве — это категория прежде всего конституционного и законодательного процессов. В иных процедурах она может использоваться только в строго определенных случаях, когда речь идет об исполнении нормативно закрепленных отдельных требований, составляющих ее содержание. Просто закреплять обязанность соблюдать требования справедливости — бессмысленно, поскольку это юридически не определенная обязанность, способствующая проявлению субъективизма в правоприменительной деятельности.

В связи с этим следует категорически возразить против активно развивающихся в последнее время идей противопоставления естественного права, где идеи справедливости играют основополагающую роль, и позитивного права, являющегося атрибутом государства. Даже ярые сторонники естественного права признают, что природные законы общественной жизни волей определенной части людей закрепляются в позитивном праве. И это объективное явление, поскольку требуются обеспечение баланса интересов, применение принуждения или защитных мер в отношении той части лю-

дей, которые не желают соблюдать законы общества. Естественное и позитивное право должны рассматриваться как две части единого целого.

4.3. Подходы к соотношению права и справедливости в доктрине права

Краткое, но емкое обобщение существующих по этому вопросу в доктрине права подходов проведено В. В. Ралько. Он выделяет четыре подхода, отдавая приоритет психологической теории права.

Первый подход (наиболее яркий представитель — Г. Кельзен) выражает идеи юридического позитивизма. Согласно этому подходу понятие справедливости носит сугубо моральный характер и поэтому неприменимо к правовым вопросам.

Второй подход (В. С. Нерсесянц) в основном связан с различными теориями, предполагающими существование не только позитивного, но и естественного права. Разделение права и закона служит основой для выделения справедливости как сущностной характеристики права, с одной стороны, и соответственно как одного из критериев соответствия закона праву. Вопрос о справедливости или несправедливости закона — это, по существу, вопрос о правовом или неправовом характере закона, его соответствии или несоответствии праву.

Третий подход (О. Э. Лейст) основывается на понимании права как системы норм, однако признается, что данная система норм испытывает на себе влияние других сфер жизни общества, в том числе и моральной (т. е. внешних по отношению к праву факторов. — *Прим. авт.*). Справедливость же трактуется как моральная (не юридическая) категория, которая, однако, тесно связана с правом и активно влияет на его содержание, формирование и применение.

Четвертый подход основан на психологической теории права (Л. И. Петражицкий), в которой справедливость признается тождественной интуитивному праву, т. е. когда правовые эмоции переживаются непосредственно, основываясь исключительно на самостоятельных внутренних установках субъекта. Соответственно справедливость представляет собой именно психическое явление. Это такое

свойство «чувства справедливости», как стремление вести себя определенным образом не для достижения какой-либо цели, а просто потому, что так должно поступать⁵³.

Нельзя не заметить, что при всех перечисленных подходах, справедливость рассматривается как морально-этическое или психологическое явление, а различия проявляются в ее соотношении с правом.

В чем нельзя согласиться с указанным автором, так это с приданием определяющего юридического значения психологическим факторам и с отождествлением на этой основе права и справедливости.

Во-первых, правом охраняются объективные интересы, т. е. интересы, существующие как явление общественного бытия людей. Объективизация интересов происходит в рамках формирования нормотворческих органов и самого нормотворческого процесса. Субъективные интересы, т. е. интересы, существующие как явление сознания, правом не охраняются и не могут охраняться, поскольку правовая охрана не может быть поставлена в зависимость от правильности и степени осознания правовых требований. В частности, это находит выражение в правовом принципе: «Незнание закона не освобождает от ответственности». Субъективные факторы могут лишь учитываться, например, при определении вины в целях назначения наказания⁵⁴.

Если при наличии разветвленной системы законодательных норм правовые решения принимаются в зависимости от разумных ожиданий стороны, как в английском и американском договорном праве, то это неизбежно приводит либо к игнорированию требований этих законодательных норм, либо к их применению в зависимости от осознания стороной договора.

Естественно, от понятий «внутреннее убеждение» судей, «субъективная оценка доказательств» судьями отказаться невозможно, но они означают субъективное отношение к объективной реальности, т. е. к фактам, подтвержденным в установленном законом порядке и оцененным с помощью приемов формальной логики.

⁵³ Ралько В. В. Соотношение понятий права и справедливости с позиции концепции интуитивного права Л. И. Петражицкого // История государства и права. 2011. № 23. С. 16–19.

⁵⁴ Подробнее об этом см.: Курбатов А. Я. Сочетание частных и публичных интересов при правовом регулировании предпринимательской деятельности. М., 2001. С. 52–56.

Во-вторых, право не может ставиться в прямую зависимость от общественного мнения и понятия справедливости, сформировавшегося у отдельных, наиболее социально или экономически активных групп населения. Безусловно, право должно отражать общественное мнение, но полного совпадения здесь быть не может хотя бы потому, что понятия справедливости у отдельных групп населения могут быть противоположными. Как известно, под призывы к справедливости можно как казнить, так и миловать (в качестве наиболее яркого примера можно вспомнить вопрос о смертной казни). Через конституционный и законодательный процесс происходит не только объективизация этих интересов, но и обеспечивается их баланс.

Кроме того, независимость судей предполагает их право на собственное мнение в оценке обстоятельств и толковании правовых норм. В противном случае это означает потерю независимости судебных и иных правоохранительных органов, вынужденных принимать решения исключительно исходя из общественного мнения, а также полное подчинение меньшинства мнению большинства, а то и вообще государственного аппарата, выдающего мнение отдельных чиновников за общественное мнение.

Психологическое (ориентационное) воздействие права, конечно, существует, но это одна из функций (видов воздействия) права которое само формируется под влиянием субъективных представлений о справедливости и оказывает обратное влияние на сознание людей. Именно через это воздействие, в том числе и через угрозу применения ответственности, формируется правовая культура людей.

Наличие разных, зачастую противоположных точек зрения по вопросу соотношения права и справедливости в доктрине права позволяет еще раз подтвердить обозначенный выше вывод, что справедливость не предназначена для широкого использования в прикладных целях и ее нельзя использовать без нормативного закрепления указания об этом в иных правовых процедурах, кроме конституционного и законодательного процесса. В противном случае мы подменяем объективные интересы субъективными. Не случайно упоминание о справедливости появилось в актах Конституционного Суда РФ и Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ именно тогда,

когда в России, в обход Конституции РФ и федеральных конституционных законов, стали внедряться элементы прецедентного права, при котором основное значение приобретает субъективное мнение судей.

4.4. Требование справедливости в российском праве

Примерами нормативного закрепления требования справедливости в российском праве являются:

1) преамбула Конституции РФ, где справедливость упоминается применительно к памяти предков, передавших нам веру в нее, что, по мнению автора, подтверждает, что это общесоциальная ценность, которую в таком выражении можно считать конституционной декларацией.

Кроме того, ст. 7 Конституции РФ, на которую ссылается Конституционный Суд РФ при использовании понятия социальной справедливости, хотя там говорится о социальном государстве;

2) уже упоминавшаяся ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, где закрепляется право на справедливое судебное разбирательство.

В ст. 2 АПК РФ в качестве задачи арбитражного судопроизводства указывается обеспечение соблюдения этого права в качестве принципа арбитражного процесса.

В ГПК РФ понятие справедливости употребляется только применительно к пересмотру актов в порядке надзора (п. 1 ст. 391.11);

3) в уголовно-процессуальном законодательстве справедливость — это требование к приговорам, наряду с законностью и обоснованностью. При этом эти понятия связываются с выполнением требований Уголовно-процессуального кодекса РФ и уголовного закона (ст. 297 Уголовно-процессуального кодекса РФ);

4) в соответствии со ст. 6 УК РФ принцип справедливости подразумевает:

а) наказание и иные меры уголовно-правового характера, применяемые к лицу, совершившему преступление, должны быть справедливыми, то есть соответствовать характеру и степени общественной опасности преступления, обстоятельствам его совершения и личности виновного;

б) никто не может нести уголовную ответственность дважды за одно и то же преступление.

Кроме того, согласно п. 2 ст. 43 УК РФ восстановление социальной справедливости является одной из целей наказания;

5) в ГК РФ необходимость соблюдения требований справедливости упоминается:

а) при применении аналогии права (п. 2 ст. 6);

б) при распределении судом между сторонами расходов, понесенных ими в связи с исполнением договора, расторгнутого вследствие существенно изменившихся обстоятельств (п. 3 ст. 451);

в) при определении размера компенсации морального вреда (п. 2 ст. 1101);

г) при определении размера компенсации за нарушение исключительных прав (п. 3 ст. 1252);

б) указание на применение требования справедливости при применении аналогии права содержится в Жилищном кодексе РФ (п. 2 ст. 7) и Семейном кодексе РФ (ст. 5);

7) в Трудовом кодексе РФ упоминаются справедливые условия труда и справедливая заработная плата как принципы правового регулирования трудовых отношений (ст. 2);

8) в ФЗ «О защите конкуренции» нарушение требований справедливости рассматривается как один из признаков недобросовестной конкуренции (подп. 9 ст. 4).

Справедливость также упоминается еще в нескольких десятках федеральных законов.

Анализ данных положений позволяет сделать следующие выводы.

Во-первых, российское право закрепляет понятие справедливости бессистемно и некорректно, от простого упоминания, которое, как уже отмечалось, является юридически бессмысленным, до попытки закрепить его значение в отдельных сферах правового регулирования.

Во-вторых, в законодательных актах, где раскрывается значение этого понятия, оно употребляется в объективном смысле и связывается прежде всего с соблюдением правовых принципов и норм, что, в свою очередь, совпадает с понятиями конституционности и законности. Соответственно упоминание справедливости в таких случаях — это элементарная подмена понятий.

4.5. Справедливость в актах Конституционного Суда РФ

Конституционный Суд РФ в своих актах достаточно часто использует понятие «справедливость». Однако при этом он ссылается то на требование справедливости, то на конституционный принцип справедливости, то просто на принцип справедливости, то на общий принцип справедливости, то на социальную справедливость. При этом не раскрывается ни содержание используемых понятий, ни как они соотносятся между собой. Тем самым смешивается ряд понятий (в частности, конституционная декларация, конституционный принцип, общеправовой принцип), что только усиливает субъективизм и неопределенность понятия справедливости.

Обращает на себя внимание то, что Конституционный Суд РФ в своих актах не разделяет понятия справедливости и социальной справедливости. Безусловно, Конституционный Суд РФ обязан защищать гарантированные Конституцией РФ социально-экономические права. Однако непонятно, зачем заменять имеющее конкретное юридическое значение понятия социально-экономических прав на неопределенное и противоречивое понятие социальной справедливости.

Следует напомнить, что в соответствии со ст. 18 Конституции РФ смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления определяют права и свободы человека и гражданина.

Ярким примером отсутствия единого значения указанных понятий является Постановление Конституционного Суда РФ от 14 мая 2012 г. № 11-П.

В данном Постановлении Конституционный Суд РФ неоднократно употребляет понятие справедливости, в частности:

- «на основе юридического равенства и справедливости» (абз. 2 п. 2.1 мотивировочной части);
- «исходя из общеправового принципа справедливости», «отвечать требованиям справедливости» (абз. 3 п. 2.1);
- «справедливый баланс между ценностями» (абз. 2 п. 3).

В словосочетании со словом «социальный» понятие справедливости в данном Постановлении не используется, а говорится о Российской Федерации как социальном государстве, о социальной защищенности, о социальных правах.

Весьма примечательно, что в Постановлении со ссылкой на справедливость и социальное государство обосновывается, что ст. 446 ГПК РФ, устанавливающая исполнительский иммунитет в отношении единственного жилого помещения граждан, не противоречит Конституции РФ, а в п. 3 особого мнения судьи Конституционного Суда РФ Н.С. Бондаря со ссылкой на социальную справедливость делается прямо противоположный вывод и отмечается, что:

«Если на начальном этапе перехода к рынку наличие в законодательстве подобного рода запретов можно было объяснить необходимостью повышенной защиты граждан как экономически более слабой стороны рыночных отношений, имея в виду, что они не успели адаптироваться к новым условиям хозяйствования и новым принципам правового регулирования гражданского оборота, то сегодня, с изменением социально-экономических отношений (рост уровня благосостояния граждан, изменение структуры жилищного фонда, усложнение гражданского оборота, повышение правовой грамотности населения), оно не может более оставаться терпимым. В конечном счете это ведет к приоритетному учету интересов гражданина-должника и одновременно — к ущемлению интересов кредиторов (взыскателей), не только противоречит требованиям социальной справедливости, но и нарушает принцип равенства перед законом, включая равенство юридической ответственности (в данном случае — гражданско-правовой), что в конечном счете ведет и к усилению социального неравенства».

В данном примере наглядно проявляется цинизм субъективного использования понятия справедливости в российском праве. С его помощью можно обосновывать любые подходы, в том числе прямо противоположные.

Складывается впечатление, что понятие «справедливость» используется в конституционном судопроизводстве исключительно для внешнего (визуального) усиления мотивировки, без наполнения его реальным правовым содержанием. Иными словами, оно используется в качестве лозунга, а не правового понятия. Вместе с тем стремление к справедливости в праве должно обеспечиваться не закликаньями, а правовыми средствами.

Отсутствие единого подхода у Конституционного Суда РФ по поводу понятия справедливости влечет за собой то, что сейчас собственное содержание этого понятия активно разрабатывается в раз-

личных отраслях права, причем как в профилирующих, так и в комплексных, а также в отраслях законодательства. Учитывая «изоляционизм» в развитии отраслей российского права и законодательства, скоро мы будем иметь столько же значений понятия справедливости, сколько можно выделить таких отраслей.

4.6. Понятие справедливости в теории права

Учитывая складывающуюся ситуацию, содержание понятия справедливости пытаются определить ученые.

Так, чрезвычайно интересной представляется позиция М. В. Преснякова и Г. Н. Комковой, которые, проанализировав подходы в иных науках и случаи употребления понятия «справедливость» Конституционным Судом РФ, вывели три значения этого понятия:

1) дистрибутивная справедливость, которая связана с понятиями соразмерности, разумной и обоснованной дифференциации объема прав, льгот, гарантий, предоставляемых отдельным категориям граждан. В рамках данной модели находит свое выражение необходимость обеспечивать равенство всех правопользователей, с одной стороны, и требование разумной и обоснованной дифференциации — с другой («равное — равным; неравное — неравным»).

Следует обратить внимание, что понятие дистрибутивной справедливости используется для обозначения социальной (распределительной) справедливости;

2) ретрибутивная справедливость, которая охватывает вопросы критериев допустимости ограничений основных прав, адекватности и пропорциональности законодательного регулирования условий и порядка их реализации, соразмерности юридической ответственности и т. п.;

3) коммутативная справедливость воплощает в себе принцип правомерных ожиданий и предполагает правовую определенность статуса участников общественных отношений. Такая правовая определенность выражается, во-первых, в непротиворечивости правового регулирования их прав и обязанностей и, во-вторых, в недопустимости произвольного изменения установленных «правил игры».

И в результате делается вывод, что принцип справедливости выполняет функцию критерия справедливой компенсации фактиче-

ских неравенств (т. е. в фактически приобретаемых субъективных правах. — *Прим. авт.*)⁵⁵.

Безусловное достоинство обозначенной позиции заключается в том, что она носит общий характер и распространяется на все отрасли права и законодательства.

При этом она укладывается в сделанные выше выводы: справедливость как общесоциальная ценность является критерием применения отдельных требований, которые сами являются правовыми принципами и соблюдение которых должно способствовать достижению идеальной цели — справедливости.

Также данная позиция вполне логична, поскольку формальное равенство, правовая определенность, соразмерность, разумность, добросовестность, которые употребляются в одном ряду со справедливостью, являются самостоятельными правовыми понятиями или принципами и использовать справедливость дополнительно для их обозначения — бессмысленно.

Единственное, в чем следует не согласиться с названными учеными, так это с обозначением справедливости как правового принципа (именно поэтому во избежание смешения понятий в данной статье справедливость обозначается как общесоциальная ценность и конституционная декларация). Представляется, что по данному вопросу более правильным является мнение Д. И. Дедова: «...Принцип справедливости отсутствует, но справедливость как сущность права воплощена в каждом принципе права в отдельности и во всех принципах вместе взятых»⁵⁶.

Сделанные выводы еще раз подтверждают, что справедливость является оценочной (субъективной) категорией, которая частично воплощается в содержании ряда правовых принципов и требований. Учитывая, что общее понимание справедливости в обществе может меняться в течение достаточно короткого периода времени (например, в виде необходимости усиления ответственности при

⁵⁵ Пресняков М. В. Конституционная концепция принципа справедливости / Под ред. Г. Н. Комковой. М., 2009 (цитируется по электронному варианту в СПС «КонсультантПлюс», разд. «Комментарии законодательства». С. 61–63, 81).

⁵⁶ Дедов Д. И. Юридический метод: Научное эссе. М., 2008 г. (цитируется по электронному варианту в СПС «Консультант Плюс», разд. «Комментарии законодательства». С. 6).

увеличении количества или жестокости преступлений, в виде повышения материальной поддержки социально незащищенных категорий граждан в период кризисных явлений в экономике и т. д.), реализовываться эти изменения могут только в формах и пределах, допускаемых правом.

Соответственно, исходя из принципа правовой определенности, требование справедливости не может рассматриваться в качестве общеправового принципа, т. е. объективизированного (юридизированного), обязательного к применению всеми специально-юридического принципа. Однако это не мешает считать справедливость общесоциальной ценностью и конституционной декларацией.

Социальная справедливость не должна рассматриваться как тождественная справедливости. Даже если, как Конституционный Суд РФ, придавать социальной справедливости правовое значение, справедливость — это более широкое понятие.

Если же речь пойдет об определении неправомерности, то в обоснование этого надо ссылаться не на нарушение справедливости, а на нарушение выражающих ее правовых принципов и требований. В условиях разветвленной системы законодательных норм в неправомерности находит отражение только факт объективного несоответствия поведения определенным требованиям. В противном случае получится, что мы начинаем игнорировать или изменять законодательное регулирование. Права игнорировать законы государства ни у кого нет, а изменение законов возможно только в рамках конституционного и законодательного процессов.

4.7. Справедливость в актах Высшего Арбитражного Суда РФ

Свою традиционную в последние годы «лепту» в усиление неопределенности правоприменительной практики внес и Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ.

В качестве одного из негативных примеров использования понятия справедливости можно привести Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 12 июля 2011 г. № 17389/10 по делу № А28-732/2010-31/18 (не оспаривая по существу принятого решения и возражая исключительно против некорректного использования понятия справедливости).

В частности, в этом Постановлении было сказано следующее:

«Согласно статье 421 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — Кодекс) принцип свободы договора предполагает добросовестность действий сторон, разумность и справедливость его условий, в частности их соответствие действительному экономическому смыслу заключаемого соглашения.

Свобода договора, подразумевая, что стороны действуют по отношению друг к другу на началах равенства и автономии воли и определяют условия договора самостоятельно в своих интересах, не означает, что при заключении договора они могут действовать и осуществлять права по своему усмотрению без учета прав других лиц (своих контрагентов), а также ограничений, установленных Кодексом и другими законами».

В данном случае Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ в двух абзацах умудрился смешать содержание принципов свободы договора, добросовестности и недопустимости злоупотребления правом, исказить содержание понятия справедливости, а также расширить применение института оценки экономического смысла сделок.

Свобода договора касается выбора контрагента, вида договора и его условий. При этом стороны обязаны соблюдать запреты, установленные законами.

Необходимость учета интересов других лиц стороной в договоре (в том смысле, чтобы их не нарушать) на сегодняшний день вытекает только из принципа недопустимости злоупотребления правом (ч. 3 ст. 17 Конституции РФ, ст. 10 ГК РФ). Это является общим запретом в рамках общедозволительного типа правового регулирования гражданско-правовых отношений. Как известно, субъекты гражданского права действуют своей волей и в своем интересе (п. 2 ст. 1, п. 1 ст. 9 ГК РФ). Соответственно, во-первых, эти права также подлежат правовой охране, в том числе от чрезмерных контрольных полномочий судов, во-вторых, автономия воли сторон — это один из критериев выделения гражданско-правовых отношений, его «размывание» уничтожает целостность предмета гражданского права.

Недобросовестность поведения — это отступление от модели поведения, объективно выраженной в праве, т. е. это критерий неправомерности поведения. До 1 марта 2013 г. требование добросовестности должно было применяться в случаях, когда закон ставил за-

щиту гражданских прав в зависимости от того, осуществлялись ли эти права разумно и добросовестно. В настоящее время добросовестность признана принципом, распространяющимся на все гражданско-правовые отношения (п. 3 ст. 1 ГК РФ). При этом добросовестность участников гражданских правоотношений предполагается (п. 5 ст. 10 ГК РФ).

Понятие справедливости здесь вообще не должно было использоваться. Спор идет между двумя равноправными со всех точек зрения субъектами по договору лизинга, который был заключен традиционным способом путем подписания сторонами единого документа. Даже если бы речь шла о заключении договора по правилам договора присоединения, то необходимо было бы руководствоваться ст. 428 ГК РФ. Иными словами, в данном случае о применении права по аналогии (п. 2 ст. 6 ГК РФ) речи не шло.

Согласно выработанным Пленумом Высшего Арбитражного Суда РФ подходам экономический смысл сделок с оценкой их в качестве мнимых или притворных учитывается в целях учета и налогообложения, т. е. защиты публичных интересов (см. постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 10 апреля 2008 г. № 22 «О некоторых вопросах практики рассмотрения споров, связанных с применением статьи 169 Гражданского кодекса Российской Федерации» (п. 7), от 12 октября 2006 г. № 53 «Об оценке арбитражными судами обоснованности получения налогоплательщиком налоговой выгоды» (подп. 3 и 7)). Расширять применение этих подходов (на частноправовые отношения) Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ не вправе.

Причем следует обратить внимание, что, если убрать из Постановления процитированные выше два абзаца, на обоснованности решения это принципиально не скажется, поскольку суть проблемы сводится к толкованию правовых норм о лизинге. Получается, что, так же как и Конституционный Суд РФ, Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ использует понятие справедливости в таких случаях исключительно для внешнего (визуального) усиления мотивировки, без наполнения его реальным правовым содержанием.

Решение проблем судейского правотворчества лежит не в «лозунговости», а в иной плоскости, в частности в придании основополагающего значения, как и предписано Конституцией РФ, правам и

свободам человека и гражданина, в применении правовых принципов, в совершенствовании на этой основе использования способов толкования правовых норм.

В то же время упоминание справедливого судебного разбирательства, например, при рассмотрении дела об арбитражной оговорке, которая наделяла лишь одну сторону контракта правом на обращение в компетентный государственный суд и лишала подобного права вторую сторону (Определение Высшего Арбитражного Суда РФ от 28 марта 2012 г. № ВАС-1831/12 по делу № А40-49223/11-112-401), является абсолютно правильным, поскольку это применение требований ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод с учетом результатов ее толкования Европейским судом по правам человека.

4.8. Равенство конституционных ценностей

Вне зависимости от того, считаем ли мы справедливость конституционной декларацией или общеправовым принципом, возникает вопрос о ее соотношении не только с упоминаемыми выше принципами равенства, правовой определенности, соразмерности, разумности, добросовестности, но и с принципами конституционности и законности, традиционно включаемыми в понятие правового государства, которым провозглашается и Российская Федерация (ст. 1 Конституции РФ).

В данном случае следует учитывать, что справедливость может быть отнесена к конституционным ценностям. Этим понятием в теории конституционного права как раз объединяются общеправовые принципы, конституционные принципы, конституционные декларации, конституционные права и обязанности. Это понятие используется в своих решениях и Конституционный Суд РФ.

Справедливость как конституционная декларация в любом случае не может противопоставляться иным конституционным ценностям, поскольку они должны составлять целостную и непротиворечивую систему.

Конституция РФ отдает приоритет тем конституционным ценностям, которые содержатся в ее главе 1 (ст. ст. 1–15) и составляют основы конституционного строя Российской Федерации. Соответ-

ственно они не могут быть изменены иначе как в порядке, установленном Конституцией, и никакие другие положения Конституции не могут им противоречить (ст. 16 Конституции РФ). Это является важнейшей гарантией невозможности изменения конституционного строя иначе, как в определенном порядке. Придавать приоритет конституционным ценностям, которые не названы в гл. 1 Конституции РФ, не вправе даже Конституционный Суд РФ.

Даже если Конституционный Суд РФ в противоречие с Конституцией РФ осмысленно отнесет справедливость к общеправовым принципам (что уже вскользь прозвучало в нескольких решениях), то и в этом случае справедливость не сможет пользоваться приоритетом по отношению к принципам конституционности и законности, поскольку они все будут являться равнозначными конституционными ценностями.

В данном случае надо отдать должное Конституционному Суду РФ: он определился по вопросу соотношения конституционных ценностей применительно к конкретным ситуациям. Можно привести его правовые позиции из двух постановлений:

1. *«При осуществлении нормативного регулирования, направленного на разрешение правовых коллизий между правом на свободные выборы, с одной стороны, и свободой слова и выражения мнений, с другой, федеральный законодатель...обязан соблюдать баланс указанных конституционно защищаемых ценностей исходя из необходимости гарантирования конституционных прав граждан как избирателей и установления таких условий и порядка информационного обеспечения выборов, в том числе ведения предвыборной агитации и ее финансирования, которые надлежащим образом гарантировали бы проведение свободных выборов на основе демократических стандартов. При этом, учитывая в том числе публично-правовые интересы, он не должен вводить несоразмерных ограничений, которые не являлись бы необходимыми в демократическом обществе и нарушали бы саму суть защищаемых прав»* (абз. 4 п. 2.1 мотивировочной части Постановления Конституционного Суда РФ от 16 июня 2006 г. № 7-П);

2. *«Исходя из этого при установлении размера пособия по беременности и родам и ограничений, связанных с его выплатой, федеральный законодатель должен учитывать задачи социальной политики на конкретно-историческом этапе развития государства, а также всю со-*

вокупность физиологических и нравственно-психологических факторов, оказывающих воздействие на женщин в период, непосредственно предшествующий и непосредственно следующий за рождением ребенка, исключительный характер пособия, рассчитанного на строго ограниченное время, и его повышенную значимость для жизни женщины и ребенка. Осуществляя соответствующее регулирование, в целях поддержания баланса конституционно защищаемых ценностей он должен основываться на вытекающих из статьи 19 Конституции Российской Федерации принципах пропорциональности и эквивалентности и соблюдать требование статьи 55 (часть 3) Конституции Российской Федерации о соразмерности вводимых ограничений защищаемым конституционным ценностям» (абз. 2 п. 5 мотивировочной части Постановления Конституционного Суда РФ от 22 марта 2007 г. № 4-П).

Исходя из этих положений, следует обратить внимание на два момента.

Во-первых, между конституционными ценностями должен соблюдаться баланс.

Во-вторых, обеспечение этого баланса — это задача законодателя. Соответственно проверка соблюдения Конституции РФ при обеспечении этого баланса относится к компетенции Конституционного Суда РФ, а не Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ (см. подп. 1 и 2 резолютивной части Постановления Конституционного Суда РФ от 16 июня 1998 г. № 19-П).

§ 5. Экономический анализ права как средство уничтожения доктрины российского права

5.1. Экономический анализ права и «американизация» российского права

В силу ряда политических и экономических причин, в частности включения России в американскую «долларовую пирамиду» на правах «сырьевого придатка» и, как следствие, целенаправленного «развала» российского образования, та же экономическая наука в России

превратилась в настоящее время в совокупность «авторских переводов» англоязычных трудов. Это, в свою очередь, повлекло массовое внедрение в российскую правовую систему элементов из англосаксонского права, что условно можно назвать «американизацией» российского права. При этом то, что Россия исторически относится к континентальной правовой семье, демонстративно игнорируется. Этому во многом способствует фактическая подчиненность законодательной власти исполнительной.

Естественно, процесс сближения правовых систем носит объективный характер, но он не должен носить насильственного, массового, бездумного и внесистемного характера в ущерб национальным интересам и с внедрением гражданам ощущения «убогости» собственного государства и его правовой системы. А процесс «американизации» российского права характеризуется именно этими признаками.

В этом процессе можно выделить три взаимосвязанных направления.

1. Обоснование отсутствия ограничения полномочий у российских высших судов. При этом используется очень простой прием — подмены понятий: решения по конкретным делам и результаты толкования вне зависимости от их вида называют прецедентами, толкование права судами — нормотворчеством, применение правовых принципов — патернализмом, использование неправовых критериев — политикой права. При этом правоприменительная практика смешивается с нормотворчеством.

Попытки обратить внимание на то, что это разные понятия, что в системе континентального права полномочия государственных органов не «присваиваются по факту», а закрепляются в нормативном порядке, что при наличии трех самостоятельных ветвей судебной власти они не могут «параллельно» принимать обязательные для всех решения по одним и тем же вопросам и т. д. не замечаются.

2. Внедрение отдельных институтов и принятие законов, не вписывающихся в российскую правовую систему, без всякого обсуждения.

Наиболее яркими примерами являются:

а) внедрение в оборот понятия «бенефициар» в значении, принятом в англосаксонском праве, несмотря на то, что по российско-

му праву бенефициар — это кредитор по обязательству, обеспеченному банковской гарантией, а право того, кого в англосансонском праве называют «бенефициарным собственником», не вещное, а обязательственное;

б) принятие ФЗ от 3 декабря 2011 г. № 380-ФЗ «О хозяйственных партнерствах», который вступил в силу с 1 июля 2012 г. Мало того, что он юридически не проработан и содержит ошибки, в нем еще проглядываются и элементы уже неоднократно опробованных схем по «прихватизации» государственного имущества.

Такой вывод обусловливается следующим:

1) его «кулуарной» разработкой, открытым лоббированием со стороны руководителя ГК РФ «РоснаноТех», «проведением» через Государственную Думу в последние дни работы ее пятого созыва сразу в двух чтениях;

2) тем, что под предлогом развития инновационной деятельности через него создали правовые основания для передачи прав на результаты научных разработок российских научных учреждений «иным лицам», не являющимся участниками партнерства, а также для «вывода в иностранные юрисдикции» вопросов реализации этих прав;

3) «низким качеством» Закона, что является следствием спешки с его принятием из-за возможного изменения политической ситуации в государстве после парламентских и президентских выборов.

Так, «иные лица», не являющиеся участниками партнерства, не несут по Закону никаких обязанностей, но при этом вправе участвовать в управлении на основании соглашения об управлении партнерством (ч. 1 ст. 2, ч. 1 ст. 6). Ознакомиться с условиями указанного соглашения сторонние лица могут только при наличии нотариально удостоверенного согласия единоличного исполнительного органа (ч. 2 ст. 19). При этом «иные лица», не являющиеся участниками партнерства, могут приобретать доли других участников партнерства (ст. 12), а также погасить обязательства партнерства и соответственно при его ликвидации приобрести преимущественное право на получение исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности, принадлежащие партнерству (ч. 4 ст. 3). А это как раз то, что будут вносить в складочный капитал партнерства научные учреждения. Следует обратить внимание, что оцениваются такие взносы самими участниками партнерства (ч. 4 ст. 10).

Тем самым Закон позволяет через создание партнерств с участием российских научных учреждений передать другим участникам и иным лицам, стоящим за этими участниками (несложно предположить, что это будут офшорные компании), реализацию прав, а то и сами права на принадлежащие данным учреждениям результаты интеллектуальной деятельности, а также получить контроль за финансовыми потоками от коммерциализации этих результатов. При этом нет никаких препятствий подчинить соглашения об управлении партнерством иностранному праву и предусмотреть рассмотрение возникающих по ним споров в иностранных судах.

Необходимо отметить, что в настоящее время существует порядок создания научными учреждениями хозяйственных обществ, согласно которому внесенные в качестве вклада в уставные капиталы хозяйственных обществ права использования результатами интеллектуальной деятельности не могут предоставляться хозяйственными обществами третьим лицам по договору, а также передаваться им по иным основаниям, если иное не предусмотрено федеральным законом (ч. 3.1 ст. 5 ФЗ «О науке и государственной научно-технической политике»). Путем принятия Закона данный запрет просто «обошли».

Что касается «низкого качества» Закона, то ограничусь тремя примерами:

1) в нем смешиваются общая и специальная правоспособности. Так, партнерства признаются коммерческими организациями, т. е. действующими с целью получения прибыли (ч. 1 ст. 2), но при этом их деятельность должна соответствовать предмету, т. е. самой же деятельности (!), и целям деятельности, т. е. опять же получению прибыли (ч. 3 ст. 2);

2) смешиваются режимы общей долевой собственности и собственности юридических лиц, искажается содержание обязательственных прав участника партнерства. Так, в ч. 1 ст. 13 предусматривается обращение взыскания на долю участника партнерства путем ее выдела, хотя речь должна идти об обращении взыскания на права требования к партнерству. Получается, что по долгам участника отвечает партнерство как юридическое лицо;

3) с одной стороны, вроде бы признание партнерства банкротом исключается через введение специального порядка ликвидации (ст.

25), но, с другой стороны, возможность признания партнерства банкротом упоминается в ч. 4 ст. 3!

Представляется, что самым лучшим выходом из сложившейся ситуации будет отмена Закона Государственной Думой нового созыва в целях защиты национальных интересов (для тех, кому не хватает организационно-правовых форм юридических лиц, останется ФЗ «Об инвестиционных товариществах»).

Есть еще возможность отказа собственниками (государственными органами, выполняющими их полномочия) в даче согласия на внесение научными учреждениями результатов интеллектуальной деятельности в складочные капиталы партнерств (без такого согласия они могут вноситься только в уставные капиталы хозяйственных обществ).

3. И, наконец, третье направление — уничтожение самой доктрины российского права за счет внедрения теории экономического анализа права, выработанной в системе прецедентного права и не нашедшей широкого распространения в Европе.

Суть данной теории сводится к тому, что юридические решения принимаются под воздействием неюридических (внешних по отношению к праву) факторов, что влечет и отрицание права как самостоятельной науки, поскольку именно позитивизм, подразумевающий строгое следование позитивному праву и исключаящий оценку норм права сугубо материальными критериями, привел к отмежеванию правовой науки, обладающей собственными научными методами, от иных наук.

Как самостоятельное научное направления эта теория сформировалась в США во второй половине XX в. и тесно связана с идеями школы правового реализма.

5.2. Ключевые моменты теории экономического анализа права

Не претендуя на исчерпывающий анализ, отмечу несколько ключевых моментов этой теории:

1) право рассматривается лишь как средство для достижения конкретных целей.

В то же время в континентальной системе права преобладает подход, что оно служит для обеспечения баланса интересов (ограничиваются одни интересы в целях правовой охраны других интересов). Например, законодательство, способствуя развитию конкуренции, должно одновременно защищать интересы малого бизнеса;

2) судебные решения не основываются на объективном применении норм права, а определяются во многом оценочными суждениями судей. Изначальная неопределенность права признается фундаментальным тезисом. Соответственно право понимается не как система норм, а только как совокупность судебных решений.

В то время в континентальной системе права юристы обычно видят своей основной задачей толкование права и сглаживание его внутренних противоречий через системность. Те же правовые принципы выводятся из системы норм права. Такой подход предполагает возможность достижения конкретного результата на основе абстрактных предпосылок. Экономический анализ принимается только в качестве одного из методов толкования права — целевого метода;

3) суды вправе отступать от положений общего права, если такое отступление диктуется принципом целесообразности (так и хочется написать революционной). Поэтому общее право подлежит постоянному пересмотру.

В то же время в континентальной системе права считается, что за счет принятия норм права придается стабильность отношениям. Соответственно важнейшее значение приобретает правовая определенность норм. Любые внешние по отношению к праву критерии, которые предполагают возможность иного истолкования правовой нормы, должны быть сведены к минимуму;

4) признается, что на принимаемые судьями решения оказывают влияние их личные пристрастия, поэтому и невозможно четко отделить собственно толкование нормы права от создания новой нормы. Тем самым приоритет отдается субъективным интересам судьи.

В то же время в континентальной системе права считается, что нормы права защищают объективные интересы, проходящие процесс «объективизации» в ходе формирования законодательных органов и законотворческого процесса;

5) в решениях судов могут отражаться и политические пристрастия судей.

В континентальной правовой семье центральное место имеет разделение права на частное и публичное и придание частному праву политически нейтрального статуса. Государство должно оставаться нейтральным при конфликтах групп интересов и по возможности не вмешиваться в экономический оборот. Отсюда следует — судьи должны быть вне политики;

6) поскольку указанные подходы допускают множество вариантов толкования норм судьями, возникает потребность в выработке ориентиров для судей при принятии ими решений. Отсюда и появляются эффективность и полезность, а также общее богатство как критерий общей полезности. При этом значение законодательного регулирования у малеяется, поскольку считается, что оно осуществляется в интересах «экономически слабой» части населения. Дело доходит до того, что вырабатываются формулы расчета некоего добавочного счастья человека!

В то же время в континентальной системе права такими ориентирами служат объективные интересы, охраняемые нормами права, которые служат результатом политического компромисса, а те, кто толкует право, не вправе изменять этот компромисс путем вынесения решений на основе личных оценочных суждений.

5.3. Негативные последствия внедрения экономического анализа права в российскую правовую систему

В качестве негативных последствий можно отметить следующее.

1. За счет внедрения в России теории экономического анализа права усиливаются «размытость» и «оценочность» права, которые позволяют «подгонять» его под сиюминутные политические и экономические задачи. Основополагающим правовым принципом становится: «Если нельзя, но очень хочется, то можно».

2. Право превращается в бессистемный набор судебных решений, где правовой анализ заменяется риторикой (напыщенностью и бессодержательностью).

3. В правовую систему включается основная негативная сторона прецедентного права, когда норма права в виде правовой сущности судебного решения появляется уже после возникновения правоотношений. В доктрине прецедентного права это объясняется деклараторной теорией права, что судья не создает норму права, а лишь познает ее, поскольку она существует как закон природы. Но в государстве с разветвленной системой законов это является нечем иным, как игнорированием воли народа, воплощенной в законодательных актах.

4. С точки зрения правовой охраны люди делятся на два сорта: «экономически активные» и «экономически слабые».

5. Государство «уходит в сторону» от решения проблем. Экономике стимулирует спрос, а не право.

6. Развивается упрощенческо-примитивистский подход: не надо совершенствовать законодательство, приемы его толкования и применения, все сделает суд. Поэтому юристу не надо учиться работать с законами, достаточно уметь искать судебные решения.

7. Насильственное внедрение чуждых элементов и попытки совместить несовместимое включают разрушительные процессы. Происходит разрушение правовой системы через внесистемные изменения.

Приложение № 1

Комментарий к Постановлению Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 25 января 2011 г. № 8624/10 по делу № А07-22553/2009

Суть проблемы

25 января 2011 г. Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ принял Постановление № 8624/10 по делу № А07-22553/2009 (далее — Постановление), которым отказал в иске банку о взыскании неосновательного обогащения с государства в виде незаконно перечисленных банком средств клиента в бюджет. Интересы государства в данном деле представляли налоговые органы.

Обстоятельства дела таковы. Банк списал с расчетного счета клиента — юридического лица, который был признан несостоятельным (банкротом) и в отношении которого было открыто конкурсное производство, средства по инкассовым поручениям налогового органа. Данное списание производилось в нарушение законодательства о несостоятельности (банкротстве), поскольку в инкассовых поручениях, как отмечено в Постановлении, «отсутствовали сведения, дающие основания для квалификации указанных в них денежных сумм как текущих платежей». В связи с этим по иску указанного клиента арбитражным судом (дело № А07-4510/2009) с банка была взыскана в качестве убытков сумма списанных средств (646 868,1 руб.), а также судебные расходы (12 968,68 руб.).

Исполнив данное решение (платежное поручение от 23.09.2009 г. № 2377), банк обратился с иском к государству в лице налоговых органов о взыскании неосновательного обогащения (646 868,1 руб.) и убытков в размере судебных расходов (12 968,68 руб.). Арбитражный суд первой инстанции удовлетворил требования банка. Кассацион-

ная инстанция поддержала позицию суда первой инстанции. Приняв указанное Постановление, Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ отменил решения нижестоящих судов и принял решение об отказе в иске.

Данное Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ обращает на себя внимание тем, что:

1) вследствие его принятия получилось, что налоговые обязанности клиента — юридического лица исполнены за счет обслуживающего его банка, да еще с последнего в пользу этого клиента взысканы убытки на ту же сумму, а за государством сохранены средства, полученные им в результате незаконных действий банка (что, кстати, отмечено в самом Постановлении);

2) содержащемуся в нем толкованию правовых норм придана общеобязательная сила, и соответственно оно подлежит применению при рассмотрении арбитражными судами аналогичных дел.

На сегодняшний день закрепленный в Постановлении подход использован в более чем десяти решениях арбитражных судов.

Об этом подходе также было сообщено по системе налоговых органов (см. п. 64 письма Федеральной налоговой службы от 12 августа 2011 г. № СА-4-7/13193@ «О направлении обзора постановлений Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ по налоговым спорам»);

3) оно наглядно показывает, что получается в результате «бездумного копирования» зарубежного опыта, когда в нарушение ФКЗ «Об арбитражных судах Российской Федерации» под предлогом повышения эффективности правового регулирования, обеспечения единства правоприменительной практики, реализации принципа справедливости и проч. была законодательно закреплена возможность придания общеобязательной силы решениям Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ по конкретным делам. При этом никаких изменений процедуры принятия таких решений, позволяющих учитывать все многообразие обстоятельств, обеспечить системное рассмотрение вопроса и согласовать интересы всех участников общественных отношений, произведено не было.

В результате создана возможность для принятия Президиумом Высшего Арбитражного Суда РФ изменяющих правовое регулирование решений без детальной проработки возникающих при рассмо-

трениии судебных дел проблем, на основе упрощенческого и внесистемного подхода к их решению, без участия всех заинтересованных лиц, с игнорированием доктринальных подходов, с пренебрежением к законодательному регулированию, без надлежащего обоснования своего подхода.

Аргументы Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ

Основные аргументы, положенные Президиумом Высшего Арбитражного Суда РФ в основу указанного Постановления, заключались в следующем:

«Как видно из судебных актов Арбитражного суда Республики Башкортостан по делу № А07-4510/2009, спорная сумма, квалифицируемая банком как неосновательное обогащение, была взыскана с него на основании статей 15, 393 и 401 Гражданского кодекса Российской Федерации как убытки, причиненные предприятию — клиенту банка в результате ненадлежащего исполнения обязательств по договору банковского счета.

... Обязанность по восстановлению на счете клиента незаконно списанных денежных средств является мерой гражданско-правовой ответственности банка за нарушение условий договора банковского счета, основанного на риске повышенной ответственности банка. Следовательно, перечисленная банком предприятию денежная сумма (платежное поручение от 23.09.2009 г. № 2377) во исполнение решения арбитражного суда по делу № А07-4510/2009 составляет убыток, возникший в результате неправомерных действий самого банка.

Из положений статьи 1102 Гражданского кодекса Российской Федерации не следует, что факт привлечения банка к такой ответственности создает условия для квалификации спорной суммы как неосновательного обогащения третьих лиц (в данном случае — инспекции) за счет его собственных средств. Иное толкование указанной нормы права допускало бы возможность возложения на третьих лиц обязанности по возмещению убытков, возникающих из ненадлежащего исполнения банком договора банковского счета».

По данной аргументации необходимо отметить следующее.

Во-первых, Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ подчеркнул подлежащие правовой квалификации обстоятельства.

В качестве неосновательного обогащения должны квалифицироваться не суммы, уплаченные банком клиенту, а суммы, полученные бюджетом. Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ, наоборот, вместо рассмотрения вопроса о неосновательном получении денежных средств государством начал усиливать аргументацию по квалификации действий банка по перечислению средств клиента в бюджет как незаконных, хотя это никем не оспаривалось и не могло оспариваться, поскольку было установлено решениями арбитражных судов по другому делу (о взыскании с банка суммы списанных средств по иску клиента) и носило преюдициальный характер (п. 2 ст. 69 АПК РФ).

Кроме того, Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ нарушил презумпцию доказывания. В соответствии с подп. 1 и 2 ст. 65 АПК РФ каждое лицо, участвующее в деле, должно доказать обстоятельства, на которые оно ссылается как на основание своих требований и возражений. Обстоятельства, имеющие значение для правильного рассмотрения дела, определяются арбитражным судом на основании требований и возражений лиц, участвующих в деле, в соответствии с подлежащими применению нормами материального права.

Согласно тексту Постановления налоговый орган ссылался только на то, что в данном деле он не является надлежащим ответчиком. Причем это возражение осталось без какой-либо оценки Президиумом Высшего Арбитражного Суда РФ. Получается, что Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ помимо всего прочего, просто придумал новую аргументацию за ответчика.

Во-вторых, Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ смешал два способа защиты. Банком как истцом было заявлено два требования: о возврате неосновательного обогащения (в теории гражданского права носит название кондикционного требования) и о взыскании убытков. Это означает использование двух разных способов защиты. Кондикционное требование должно было рассматриваться по специальным правилам.

Как справедливо отмечается в юридической литературе, в основе возникновения обязательств из неосновательного обогащения лежат разнообразные юридические факты. Несмотря на это, обязательства из неосновательного обогащения представляют собой еди-

ный, самостоятельный внедоговорный институт, служащий защите права собственности и иных имущественных прав⁵⁷. При этом данный институт предназначен для защиты прав на вещи, определенные родовыми признаками, а также на имущественные права, к которым относятся и безналичные денежные средства⁵⁸. В терминологии ст. 12 ГК РФ это относится к способам защиты, направленным на восстановление положения, существовавшего до нарушения права.

А вот убытки, заявленные банком-истцом, в данном деле (12 968,68 руб.) действительно не могли быть взысканы с государства, поскольку возникли в результате неправомерных действий самого банка, а не государственных органов. Претерпевание этих убытков — это и есть ответственность банка в данном случае, раз уж его клиент не был подправлен арбитражным судом и не предъявил требование о взыскании неустойки, для чего в российском праве не требуется доказывания размера убытков.

В-третьих, подмена обстоятельств, подлежащих доказыванию, и смешение двух способов защиты позволили подменить понятия и рассматривать возврат неосновательного обогащения государством в качестве возмещения убытков банку.

В то же время согласно ст. 1102 ГК РФ лицо, которое без установленных законом, иными правовыми актами или сделкой оснований приобрело или сберегло имущество (приобретатель) за счет другого лица (потерпевшего), обязано возвратить последнему неосновательно приобретенное или сбереженное имущество (неосновательное обогащение), за исключением случаев, предусмотренных ст. 1109 этого Кодекса. При этом данные правила применяются независимо от того, явилось ли неосновательное обогащение результатом поведения приобретателя имущества, самого потерпевшего, третьих лиц или произошло помимо их воли.

Согласно п. 2 ст. 124 ГК РФ к публично-правовым образованиям применяются нормы, определяющие участие юридических лиц в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, если иное не вытекает из закона или особенностей данных субъектов.

⁵⁷ Гражданское право: В 4 т. Том 4: Обязательственное право: учебник / Отв. ред. Е. А. Суханов. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2010. С. 701.

⁵⁸ Там же. С. 710.

В рассматриваемой ситуации также присутствует основной критерий, по которому в настоящее время в теории гражданского права разграничиваются деликтные и кондикционные иски, — это получение приобретателем имущественной выгоды⁵⁹. При наличии такой выгоды требование к приобретателю является кондикционным. В данном случае государство вместо того, чтобы взыскивать задолженность с клиента банка в рамках дела о его несостоятельности (банкротстве) и нести риск их неполучения, получило средства за счет другого лица — банка, т. е. получило имущественную выгоду.

Потерпевшим при неосновательном обогащении является тот, за счет кого приобретено имущество. Это мог быть и клиент банка, если бы предъявил требование к бюджету, а не к банку. Но поскольку налоговые обязанности клиента — юридического лица исполнены за счет банка, то он в данном случае и должен быть признан потерпевшим.

Иными словами, рассматриваемый случай незаконного перечисления банком средств клиента в бюджет является классическим примером получения государством неосновательного обогащения, которое по закону подлежит возврату.

В-четвертых, осталось без правовой оценки и последствий незаконное получение государством имущества (денежных средств).

В то же время в соответствии с абз. 7 п. 1 ст. 126 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» с даты принятия арбитражным судом решения о признании должника банкротом (в данном случае — клиента банка) и об открытии конкурсного производства все требования об уплате обязательных платежей, за исключением текущих платежей, могут быть предъявлены только в ходе конкурсного производства.

На основании п. 1 ст. 137 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» заявленные в срок требования налоговых органов, не относящиеся к текущим платежам, удовлетворяются в третью очередь. В силу п. 4 ст. 142 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)», если требования заявлены после закрытия реестра требований кредиторов, они удовлетворяются за счет имущества должника, оставшегося после удовлетворения включенных в реестр требований кредиторов.

⁵⁹ Гражданское право: В 4 т. Том 4: Обязательственное право: учебник / Отв. ред. Е. А. Суханов. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2010. С. 701. С. 727.

Кроме того, согласно п. 1 ст. 45 НК РФ налогоплательщик (в данном случае — клиент банка) обязан самостоятельно исполнить обязанность по уплате налога, если иное не предусмотрено законодательством о налогах и сборах. Данный случай в качестве исключения в налоговом законодательстве не назван.

Из указанных требований законов также вытекает, что средства должны быть возвращены банку, а задолженность его клиента перед бюджетом — восстановлена и соответственно подлежала взысканию налоговым органом в порядке и в очередности, предусмотренных законодательством о несостоятельности (банкротстве).

Кроме того, следует отметить, что именно незаконное перечисление средств банком в бюджет и соответственно получение их государством без надлежащих правовых оснований свидетельствует о возникновении в данном случае отношений, связанных с неосновательным обогащением и регулируемых гражданским законодательством.

В-пятых, Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ пренебрег ранее данными им же самим разъяснениями.

Так, в п. 9 информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 11 января 2000 г. № 49 «Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением норм о неосновательном обогащении» разъяснялось: банк, за счет которого произведено ошибочное зачисление средств получателю, вправе истребовать их от последнего как неосновательно приобретенное имущество (разновидность неосновательного обогащения. — *Прим. авт.*). Также подчеркивалось: расчеты производятся «через банки, но не за счет последних».

Получается парадоксальная ситуация: Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ дает нижестоящим судам разъяснения, которым те следуют, а потом он их решения отменяет, поскольку они нарушают «единообразие в толковании и применении арбитражными судами норм права».

Также напрашивается вывод, что если спорят обычные хозяйствующие субъекты, то у Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ одни подходы, а когда в деле участвует государство — прямо противоположные.

В-шестых, пренебрежение Президиумом Высшего Арбитражного Суда РФ доктриной и нормами законов привело к абсурдной ситуа-

ции, когда клиент банка исполнил свою обязанность перед бюджетом за счет банка да еще получил от последнего возмещение убытков на эту же сумму.

Иными словами, клиент не только не понес убытков, а, наоборот, получил имущественную выгоду за счет банка в виде исполненных обязанностей перед бюджетом. Причем следует подчеркнуть, что речь идет о клиенте — юридическом лице, признанном банкротом, т. е. о должнике, который не исполняет свои обязанности перед кредиторами и бюджетом.

При этом банк не может взыскать эту имущественную выгоду с клиента в качестве неосновательного обогащения, поскольку это будет означать пересмотр решения арбитражного суда (по делу № А07-4510/2009) о взыскании с банка в пользу его клиента этой суммы в качестве убытков. Решение по данному делу также носит незаконный характер, поскольку по нему взысканы убытки в ситуации, когда они отсутствуют.

Именно отсутствие убытков у клиента отличает данную ситуацию от случаев перечисления (списания) банками средств клиентов по поддельным документам.

Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ вместо того, чтобы изменить эту абсурдную ситуацию, оставив в силе решения нижестоящих судов, наоборот, принимает противоположное решение и тем самым признает эту ситуацию нормальной!

Об общеобязательности актов Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ по конкретным делам

Рассматриваемое Постановление заставляет еще раз обратить внимание на законодательно закрепленную возможность придания общеобязательного характера результатам толкования норм права Президиумом Высшего Арбитражного Суда РФ в решениях по конкретным делам.

По данному вопросу необходимо отметить следующее.

Во-первых, это сделано в нарушение Конституции РФ и федеральных конституционных законов.

Как уже отмечалось, в системе арбитражных судов только Пленум Высшего Арбитражного Суда РФ может давать разъяснения, обязательные для нижестоящих судов (см. подп. 1 п. 1 и п. 2 ст. 13 ФКЗ «Об арбитражных судах в Российской Федерации»). Это есть полномочия по официальному нормативному толкованию законодательства.

Обязательность актов президиумов, принимаемых при реализации данных полномочий, для нижестоящих судов не установлена. Единственное исключение содержится в п. 3 ст. 305 АПК РФ, согласно которому указания Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ, данные в рамках осуществления судебного надзора, в том числе на толкование закона, изложенные в постановлении об отмене решения, обязательны для арбитражного суда, вновь рассматривающего данное дело.

По своей правовой природе решения по конкретным делам (кроме упомянутых результатов толкования) являются актами применения права (индивидуальными актами), адресованными конкретным лицам. Именно поэтому любое судебное решение обязательно только для лиц, участвующих в деле, а также для тех, от кого зависит их исполнение (ст. 7 ФКЗ «Об арбитражных судах в Российской Федерации»).

Результаты рассмотрения Президиумом отдельных вопросов судебной практики и содержащихся в информационных письмах не носят обязательного характера и являются неофициальным толкованием законодательства.

Тем самым на уровне федерального конституционного закона четко закрепляется два вида разъяснений по результатам обобщения судебной практики, осуществляемого Высшим Арбитражным Судом РФ: рекомендательного характера — на уровне президиумов и обязательного характера — на уровне пленумов.

Это связано с тем, что рассмотрение вопросов правоприменительной практики на Пленуме позволяет привлечь более широкий круг лиц для обсуждения, а также рассматривать вопросы системно и абстрактно, а не только в рамках заявленных истцами (заявителями) требований и применительно к конкретному субъекту.

Во-вторых, при законодательном закреплении за Президиумом Высшего Арбитражного Суда РФ права давать общеобязательное толкование не было учтено, что, рассматривая конкретные дела, он должен находиться в рамках заявленных требований, а при принятии общеобязательных решений уже необходимо рассматривать вопрос системно, в частности с учетом того, как толкование норм права будет соотноситься с законодательным регулированием.

Верховенство закона — это один из признаков понятия правового государства, которым провозглашается и Российская Федерация (ч. 1 ст. 1 Конституции РФ).

Именно соблюдение законов позволяет подчинить механизм принятия юридически значимых решений строго определенным правилам, что, в свою очередь, создает определенность права, предсказуемость правоприменительной практики, стабильность имущественного оборота.

Кроме того, в рассмотрении дела, содержащего общеобязательное толкование, должны принимать участие все заинтересованные стороны и на федеральном уровне. Иначе нарушаются принципы единства экономического пространства и разделения властей, закрепленные соответственно в ст. 8 и 10 Конституции РФ, поскольку обязательные правила для государственных органов принимаются без их участия и на основании рассмотрения конкретной ситуации в отдельно взятом регионе.

В рассматриваемом деле при его рассмотрении Президиумом Высшего Арбитражного Суда РФ как минимум должны были принимать участие представители Федерального казначейства (вопросы возврата средств из бюджета), Федеральной налоговой службы (вопросы контроля за перечислением средств банками в бюджет), Банка России (вопросы риск-ориентированного надзора за кредитными организациями). Принимали же участие в рассмотрении дела представители одной из территориальных налоговых инспекций и представитель филиала одного из банков!

В-третьих, создана ситуация, что Постановление, носящее явно незаконный характер, невозможно обжаловать. Конечно, есть теоретическая возможность обратиться в Конституционный Суд РФ с заявлением о признании неконституционной ст. 1102 ГК РФ в смысле, придаваемой ей судебной арбитражной практикой. Однако обра-

щаться туда по такому поводу в настоящее время бессмысленно, поскольку Конституционный Суд РФ сам и санкционировал подобную практику, подтвердив конституционность закрепленного на уровне постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ подхода, что может быть пересмотрен по вновь открывшимся обстоятельствам также судебный акт, оспариваемый заявителем в порядке надзора и основанный на положениях законодательства, практика применения которых после его принятия определена Высшим Арбитражным Судом РФ не только в постановлении Пленума, но и в постановлении Президиума, в том числе принятого по результатам рассмотрения другого дела в порядке надзора⁶⁰ (см. п. 1 резолютивной части Постановления Конституционного Суда РФ от 21 января 2010 г. № 1-П). А вопросы определения содержания (толкования) норм законов к компетенции Конституционного Суда РФ не относятся.

В результате можно констатировать, что контроль за решениями Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ полностью отсутствует. Конституционный Суд РФ от его осуществления фактически «самоустранился».

⁶⁰ В настоящее время Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 12 марта 2007 г. № 17 утратило силу в связи с изданием постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 30 июня 2011 г. № 52 «О применении положений Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при пересмотре судебных актов по новым и вновь открывшимся обстоятельствам».

Приложение № 2

Комментарий к постановлениям Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 24 мая 2011 г. № 17020/10 по делу № А55-11220/2010 и от 22 мая 2012 г. № 16541/11 по делу № А50-5130/2011

Подход к определению беспристрастности третейских судей в судебно-арбитражной практике

С интервалом в один год Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ принял два аналогичных по содержанию постановления (от 24 мая 2011 г. № 17020/10 по делу № А55-11220/2010 и от 22 мая 2012 г. № 16541/11 по делу № А50-5130/2011), которыми отказал в выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений двух третейских судов.

Причиной таких решений послужило то, что дела были рассмотрены третейскими судами, созданными при коммерческих организациях, в отношении которых выигравшие дела истцы выступали аффилированными лицами. По мнению Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ, *«...создание и финансирование третейского суда одним из контрагентов по гражданско-правовому договору (или аффилированным с ним лицом) с одновременной возможностью рассмотрения споров, вытекающих из этого договора, в таком третейском суде... свидетельствуют о нарушении гарантии объективной беспристрастности суда...»*.

Мало того, что при вынесении указанных постановлений Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ в противоречие с законом признал аффилированность правонарушением и распространил это понятие на третейские суды, в них допущены серьезная подмена и смешение понятий. Судебные дела рассматриваются третейскими судьями, а не третейскими судами. Поэтому беспристрастность может отсутствовать только у третейского судьи, а не у третейского суда как организации. В результате такой подмены понятий получилось, что вопрос о беспристрастности третейских судей стал решаться арби-

тражными судами через действительность или недействительность третейской (арбитражной) оговорки, т. е. смешиваться с вопросом о компетенции третейского суда⁶¹.

В то же время действующий ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» четко различает вопросы образования третейского суда (ст. 3) и формирования состава третейского суда для разрешения конкретного спора (ст. 10), а понятие беспристрастности употребляет исключительно по отношению к третейским судьям (ст. 8, 18).

Согласно ст. 3 этого Закона постоянно действующие третейские суды могут быть созданы при любом юридическом лице. Исключения составляют федеральные органы государственной власти, органы государственной власти субъектов Российской Федерации и органы местного самоуправления. Для создания третейского суда требуется утверждение определенных документов (решение об образовании постоянно действующего третейского суда, положение о нем, список третейских судей) и направление их в государственный суд. А вот беспристрастность третейских судей обеспечивается другими мерами.

Законодательное обеспечение беспристрастности третейских судей

В соответствии с п. 1 ст. 8 ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» третейским судьей избирается (назначается) физическое лицо, способное обеспечить беспристрастное разрешение спора, прямо или косвенно не заинтересованное в исходе дела, являющееся независимым от сторон и давшее согласие на исполнение обязанностей третейского судьи.

Соответственно в третейских судах беспристрастность судей зависит от трех моментов:

- 1) отсутствия заинтересованности в исходе дела;
- 2) независимости от сторон;
- 3) выражения согласия судьи.

Первый момент в части материальной заинтересованности обеспечивается за счет того, что в отличие от судей государственных су-

⁶¹ Подробнее об этом см.: Курбатов А. Я. Аффилированность как средство борьбы с третейскими судами // Предпринимательское право. 2013 . № 1. С. 17–24.

дов третейские судьи не получают зарплаты от третейского суда. Отношения между третейским судьей и третейским судом возникают на период и только по поводу рассмотрения конкретного дела. На основании п. 2 ст. 13 ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» полномочия третейского судьи прекращаются после принятия решения по конкретному делу. Отношения между третейским судом и третейским судьей методом исключения можно отнести к гражданско-правовым, возникающим из договора, который заключается путем направления предложения третейским судом участвовать в рассмотрении дела и дачи согласия на это третейским судьей. Помимо того, что такое согласие выступает акцептом, оно одновременно служит подтверждением со стороны третейского судьи его беспристрастности.

Размер вознаграждения (гонорара) третейского судьи согласно ст. 15 ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» зависит от заранее определенного локальным актом третейского суда размера третейского сбора. При этом этот третейский сбор уплачивается истцом до рассмотрения дела и соответственно его часть подлежит распределению между третейскими судьями вне зависимости от результатов рассмотрения дела.

Обеспечение отсутствия иной заинтересованности в силу неурегулированности этого вопроса в законе может решаться в правилах третейских судов.

Независимость предполагает отсутствие отношений подчинения между третейским судьей и одной из сторон, т. е. отсутствия между ними прежде всего трудовых отношений. Как раз понятие аффилированности здесь ничем не поможет, поскольку наличие трудовых отношений не относится к признакам данного понятия. Обеспечение независимости третейских судей производится через процедуру выбора (назначения) третейских судей.

В силу того, что полного перечня фактов, свидетельствующих об отсутствии беспристрастности третейских судей дать в законе невозможно, иные аспекты их заинтересованности и зависимости должны решаться за счет института отвода и самоотвода третейских судей (ст. 8, 11, 12 и 13 ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации»). Для самоотвода ключевое значение приобретает правило о подтверждении третейским судьей своей беспристрастности.

Важное значение имеет право сторон выбирать третейских судей не только из списка, предложенного третейским судом, поскольку такой список может иметь рекомендательный характер для сторон (подп. 3 п. 3 ст. 3 ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации»).

Для обеспечения независимости третейских судей определенное значение имеет вопрос об их квалификации, поскольку от этого зависит возможность выработки третейским судьей собственного мнения по разрешаемому спору. В настоящее время согласно п. 3 ст. 8 ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» требования, предъявляемые к квалификации третейского судьи, могут быть согласованы сторонами непосредственно или определены правилами третейского разбирательства. Требования закона заключаются в том, что третейский судья, разрешающий спор единолично, должен иметь высшее юридическое образование. В случае коллегиального разрешения спора высшее юридическое образование должен иметь председатель состава третейского суда (п. 2 ст. 8 ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации»).

Развитие положений законов о беспристрастности третейских судей в правилах третейских судов

В соответствии со ст. 2 ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» к правилам постоянно действующего третейского суда относятся уставы, положения, регламенты, содержащие правила третейского разбирательства и утвержденные организацией — юридическим лицом, образовавшей постоянно действующий третейский суд. Данные локальные акты имеют ключевое значение для развития положений законодательных актов, в том числе о беспристрастности третейских судей.

Для примера возьмем Регламент Третейского суда при ОАО «Газпром» (далее — Регламент)⁶². Данный выбор обусловлен двумя моментами:

1) Регламент данного Третейского суда является наиболее юридически проработанным из числа регламентов действующих третейских судов;

⁶² См.: www.gazprom.ru / О «Газпроме» / Третейский суд.

2) в Третейском суде при ОАО «Газпром» по сравнению с другими третейскими судами рассматривается достаточно большое количество дел.

В качестве подтверждения серьезной юридической проработанности Регламента можно привести наличие в нем положений, которые, как правило, отсутствуют в правилах других третейских судов.

Так, в Регламенте прямо закреплено, что правила третейского разбирательства могут определяться либо по Закону РФ «О международном коммерческом арбитраже», либо по Федеральному закону «О третейских судах в Российской Федерации». Это находит отражение и в правилах оценки заключенности третейских (арбитражных) соглашений (подп. 4 и 5 ст. 2 Регламента), и в применяемых при разрешении споров нормах права (п. 1 ст. 4 Регламента), и в сроках третейского разбирательства (п. 2 ст. 8 Регламента), и в процедуре избрания (назначения) третейских судей (ст. 22 Регламента), и в порядке отвода третейского судьи (ст. 27 Регламента), и в других положениях.

Дело в том, что в настоящее время деятельность третейских судов (коммерческих арбитражей) регулируется двумя указанными законодательными актами, у которых «перекрещиваются» предметы регулирования. Согласно абз. 3 п. 2 ст. 1 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже» к компетенции международного коммерческого арбитража отнесены споры между такими субъектами права, как предприятия с иностранными инвестициями; созданные на территории Российской Федерации международные объединения и организации; участники этих организаций, а также споры с участием перечисленных субъектов. Поэтому третейские суды, в целом руководствующиеся Федеральным законом «О третейских судах в Российской Федерации», например, при передаче к ним спора с участием организаций с иностранными инвестициями должны применять Закон РФ «О международном коммерческом арбитраже».

К положениям Регламента, которые развивают нормы закона об обеспечении беспристрастности третейских судей, можно отнести те из них, которые закрепляют следующее:

1) для рассмотрения споров, в которых одна или обе стороны не являются дочерними обществами или организациями ОАО «Газпром» (за исключением споров при цене иска до 500 тыс. руб.) либо в ко-

торых участвует само ОАО «Газпром» (без исключений), избирается (назначается) состав третейского суда, состоящий из трех третейских судей, если стороны не договорились о единоличном рассмотрении споров (подп. 4 и 5 ст. 18 Регламента);

2) разные процедуры избрания (назначения) третейских судей для споров между дочерними обществами или организациями ОАО «Газпром» и для споров, в которых одна или обе стороны не являются дочерними обществами или организациями ОАО «Газпром» или в которых участвует само ОАО «Газпром» (соответственно ст. 19, 20 и 21 Регламента).

Важной гарантией прав сторон является то, что по спорам, в которых одна или обе стороны не являются дочерними обществами или организациями ОАО «Газпром», стороны могут избирать не только одного из трех судей, но по соглашению между собой и единоличного третейского судью (п. 1 ст. 20 Регламента).

При неизбрании в установленном порядке третейских судей назначение единоличного третейского судьи, третейского судьи за сторону, а также председателя состава третейского суда производится заместителем председателя Третейского суда при ОАО «Газпром», который не входит в состав органов управления и не является сотрудником ОАО «Газпром», его дочерних обществ и организаций, их акционером или участником, а также не имеет прочных деловых или финансовых связей с кем-либо из перечисленных лиц и органов. При этом в этих случаях третейские судьи (за исключением третейского судьи, назначенного за сторону, являющуюся дочерним обществом или организацией ОАО «Газпром») также должны отвечать данным требованиям (подп. «д» п. 1, подп. «е» п. 2 ст. 20 Регламента).

В случае, когда одной из сторон спора является само ОАО «Газпром», все третейские судьи должны соответствовать перечисленным требованиям, если стороны не договорились об ином (подп. «а» ст. 21 Регламента).

Через установление таких требований решаются вопросы об отсутствии любой, а не только материальной заинтересованности третейских судей в исходе дела, а также какой-либо их зависимости от организации, создавшей третейский суд, и ее аффилированных организаций;

3) по спорам, в которых одна или обе стороны не являются дочерними обществами или организациями ОАО «Газпром» или в которых участвует само ОАО «Газпром», стороны, не являющиеся дочерними обществами или организациями ОАО «Газпром», и противоположная сторона в споре с ОАО «Газпром» вправе избирать судей не только из списка третейских судей Третейского суда при ОАО «Газпром» (подп. «б» п. 2 ст. 20, подп. «в» ст. 21 Регламента). При этом предложенная стороной кандидатура третейского судьи не из списка третейских судей проходит утверждение президиумом Третейского суда при ОАО «Газпром» с учетом его квалификации и способности обеспечить справедливое и беспристрастное рассмотрение спора (п. 2 ст. 24 Регламента).

В президиум Третейского суда при ОАО «Газпром» входят: председатель президиума, которым является начальник юридического департамента ОАО «Газпром» (по должности), председатель третейского суда и три его заместителя. Президиум не рассматривает споры и не вправе давать указания третейским судьям или каким-либо иным образом влиять на рассмотрение споров, а решает вопросы, связанные с организацией и обеспечением деятельности третейского суда (подп. 4.1–4.3 Положения о Третейском суде при ОАО «Газпром»);

4) избрание (назначение) третейского судьи должно сопровождаться заполнением им анкеты и подписанием заявления о его независимости и об отсутствии препятствий для выполнения обязанностей третейского судьи (п. 2 ст. 26 Регламента). При невыполнении этого требования в течение 15 дней с момента получения уведомления об избрании (назначении) такое лицо считается отказавшимся от исполнения обязанностей третейского судьи (п. 2 ст. 25 Регламента).

Несмотря на это, в практической деятельности Третейского суда при открытом акционерном обществе «Газпром» есть отказы в выдаче арбитражными судами исполнительных листов на принудительное исполнение его решений, хотя по этим делам третейские судьи избирались сторонами. К сожалению, приходится констатировать, что судьи нижестоящих судов без изучения материалов дела просто бездумно копируют подход, выраженный в указанных выше постановлениях Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ, пользуясь их некорректностью.

В итоге получается, что провозглашенный в рамках одной ветви судебной власти (арбитражных судов) переход на прецедентную систему права (!) привел к тому, что, как бы скрупулезно ни соблюдались требования закона какими-либо лицами, их всегда можно обвинить в нарушениях. При этом степень обоснованности этих нарушений зависит исключительно от степени юридической грамотности или безграмотности того, кто пишет тексты судебных решений (судья по их качеству, это даже далеко не всегда судьи).

Развитие положений законов о беспристрастности третейских судей в МКАС при ТПП РФ

В Законе РФ «О международном коммерческом арбитраже» отсутствие беспристрастности арбитров (третейских судей) связывается с возможностью их отвода.

Согласно ст. 12 этого Закона в случае обращения к какому-либо лицу в связи с его возможным назначением в качестве арбитра это лицо должно сообщить о любых обстоятельствах, которые могут вызвать обоснованные сомнения относительно его беспристрастности или независимости. Арбитр с момента его назначения и в течение всего арбитражного разбирательства должен без промедления сообщать сторонам о любых таких обстоятельствах, если он не уведомил их об этих обстоятельствах ранее.

Отвод арбитру может быть заявлен только в том случае, если существуют обстоятельства, вызывающие обоснованные сомнения относительно его беспристрастности или независимости, либо если он не обладает квалификацией, обусловленной соглашением сторон.

В развитие этих положений в Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате Российской Федерации (МКАС при ТПП РФ) с учетом зарубежного опыта и российской практики третейского разбирательства приняты Правила о беспристрастности и независимости третейских судей (утверждены приказом Президента ТПП РФ № 39 от 27 августа 2010 г.)⁶³, которые носят рекомендательный характер (далее — Правила). Данные Правила также рекомендуются к применению к третейским разби-

⁶³ См.: www.tpprf-mkas.ru/ru/documents.

рательствам, проводимым на территории Российской Федерации иными третейскими судами (п. 3 ст. 1 Правил).

Правила разделяют понятия беспристрастности и независимости и устанавливают, что третейский судья является беспристрастным, если он прямо или косвенно не заинтересован в исходе дела и не имеет заранее сложившихся предпочтений или иных предубеждений в отношении определенной стороны третейского разбирательства, ее представителя, эксперта, консультанта или свидетеля (п. 2 ст. 4 Правил).

Независимым третейский судья является, если отсутствуют такие отношения между третейским судьей и сторонами третейского разбирательства, их представителями, экспертами, консультантами, свидетелями, которые способны повлиять на позицию третейского судьи по делу (п. 3 ст. 4 Правил).

Соответственно Правила устанавливают перечень обстоятельств, безусловно свидетельствующих об отсутствии беспристрастности или независимости и препятствующих осуществлению полномочий третейского судьи, например, когда третейский судья, его супруг или близкий родственник выступают или выступали ранее в рассматриваемом деле в качестве стороны третейского разбирательства, ее представителя, эксперта, консультанта или свидетеля (ст. 5 Правил).

Также Правила закрепляют перечень обстоятельств, требующих раскрытия, т. е. если третейский судья считает себя беспристрастным и независимым, он тем не менее обязан без промедления раскрыть эти обстоятельства, которые, по мнению разумного информированного лица, могут вызвать обоснованные сомнения относительно беспристрастности или независимости третейского судьи. Примером является случай, когда третейский судья в течение трех лет, предшествовавших началу третейского разбирательства, состоял в трудовых отношениях со стороной третейского разбирательства или ее представителем либо получал от них вознаграждение по гражданско-правовым договорам (ст. 6 Правил).

Соответственно третейский судья обязан заявить о таких обстоятельствах не позднее момента принятия лицом полномочий третейского судьи, а если такие обстоятельства появляются или становятся известными третейскому судье на более поздней стадии третейского разбирательства, то незамедлительно (ст. 7 Правил).

И, наконец, в Правилах определяются обстоятельства, которые третейский судья не обязан раскрывать, поскольку они не могут вызывать обоснованные сомнения относительно его беспристрастности или независимости, например, когда несколько третейских судей из одного состава третейского суда работают или работали в прошлом в одной организации, при условии, что такие третейские судьи не состоят и в течение трех лет, предшествовавших началу третейского разбирательства, не состояли между собой в отношениях должностной зависимости (ст. 8 Правил).

При этом перед принятием решения о выборе лица, которому будет предложено осуществлять полномочия третейского судьи, стороны третейского разбирательства или ее представитель могут предложить возможному кандидату в третейские судьи провести с ним собеседование. Одной из целей проведения собеседования является подтверждение отсутствия обоснованных сомнений в беспристрастности и независимости кандидата (ст. 9 Правил).

Наличие указанных перечней обстоятельств и процедур, установленных Правилами, абсолютно не учитывается арбитражными судами.

Метаморфозы судебно-арбитражной практики

В 2009 г. коллегия судей Высшего Арбитражного Суда РФ отказала в передаче одного из дел в Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ и тем самым поддержала решение арбитражного суда кассационной инстанции, которым было удовлетворено заявление о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения Третейского суда при открытом акционерном обществе «Газпром».

Обжаловал решение арбитражного суда кассационной инстанции ответчик по делу (завод), поскольку посчитал нарушенным свое право на независимый и беспристрастный суд при третейском разбирательстве. По мнению указанного лица, арбитражному суду необходимо было отказать в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения указанного третейского суда, поскольку одна из третейских судей состояла в трудовых отношениях с ОАО «Газпром», соответственно по спору между этим лицом и до-

черным предприятием ОАО «Газпром» была заинтересованным лицом и не могла являться беспристрастным и независимым арбитром.

Отказывая в удовлетворении заявления, коллегия судей Высшего Арбитражного Суда РФ указала, что, как следует из списка арбитров названного третейского суда, должностное положение третейского судьи являлось открытой информацией и не могло быть неизвестно заводу на момент избрания им указанного лица арбитром. Вследствие этого завод не может ссылаться на указанную информацию как подтверждающую заинтересованность арбитра (см. Определение Высшего Арбитражного Суда РФ от 27 мая 2009 г. № ВАС-4318/09 по делу № А06-6192/2008-18).

Прошло два года, и практика Высшего Арбитражного Суда РФ поменялась на прямо противоположную, причем с абсолютно некорректным обоснованием. При этом следует особо подчеркнуть, что законодательство о третейских судах в этот период не менялось.

Интересным является тот факт, что из трех судей, принимавших Определение от 27 мая 2009 г. № ВАС-4318/09, в принятии Постановления Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 24 мая 2011 г. № 17020/10 принимал участие один судья, а в принятии Постановления от 22 мая 2012 г. № 16541/11 — двое судей.

Представляется, что подобной метаморфозе способствовали неоднократные публичные высказывания председателя Высшего Арбитражного Суда РФ по вопросу о третейских судах, что, кстати, не помешало ему председательствовать на заседании Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ при вынесении указанных постановлений.

Приведем два высказывания председателя Высшего Арбитражного Суда РФ из одного интервью:

«Но гораздо важнее другое наше решение, где мы не признали надлежащим осуществление третейскими судами своей деятельности при той или иной частной коммерческой структуре. Просто еще не все оценили до конца его последствия, а ведь оно будет иметь значение для третейских судов и при «Газпроме», и при Сбербанке, и при многих других организациях. Думаю, что похожая судьба ждет третейские суды, которые не смогут доказать, что они подлинно независимы и беспристрастны».

«Я вообще сторонник того, чтобы у нас были третейские суды только при торгово-промышленных палатах. А торгово-промышленная па-

лата в каждом субъекте Федерации должна быть только одна. В таком режиме можно обеспечить необходимое количество третейских судов и при этом создать им гарантии независимости и беспристрастности. Тогда в отношении третейских судов можно было бы и не вводить никаких специальных мер»⁶⁴.

Во-первых, по поводу этих высказываний сразу возникает несколько вопросов, в частности:

1) в рамках какой процедуры, кому и как третейские суды должны доказывать, что они независимы и беспристрастны? Третейские суды не являются участниками дел о выдаче исполнительных документов на принудительное исполнение или об отмене их решений. Они лишь формируют состав третейского суда и обеспечивают рассмотрение им дела, как предписывают закон и правила третейского суда;

2) как взаимосвязана независимость и беспристрастность конкретного третейского судьи и то, что будет один третейский суд при торгово-промышленной палате на весь субъект Российской Федерации? Как раз монополизм и отсутствие выбора всегда приводили к прямо противоположным результатам: усилению зависимости как организаций, так и людей. Учитывая это, данное предложение иногда смягчается до ограничения круга юридических лиц, которые могут создавать постоянно действующие третейские суды, только некоммерческими организациями;

3) на каком основании Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ вводит в отношении третейских судов какие-то специальные меры? Третейское разбирательство является альтернативным способом разрешения гражданско-правовых споров, основанным на свободе договорных отношений при заключении третейских (арбитражных) оговорок сторонами, а также на выборе третейских судей (арбитров). Соответственно правовое регулирование использования сторонами третейского разбирательства должно строиться на принципе недопустимости произвольного вмешательства в частноправовые отношения (частные дела), а любые ограничения его использования могут вводиться только федеральными законами и только в

⁶⁴ См.: Интервью с председателем Высшего Арбитражного Суда РФ «Со стороны стран англосаксонской правовой системы есть проявления недобросовестной конкуренции». www.zakon.ru / Обсуждения / 21.11.2011.

той мере, в какой это необходимо в целях защиты прав и законных интересов других лиц, как это предписано ч. 3 ст. 55 Конституции РФ. Данные конституционные принципы нашли прямое закрепление и в нормах гражданского права (ст. 1 ГК РФ).

Во-вторых, эти публичные заявления делались в период, когда в арбитражных судах рассматривались или могли рассматриваться дела по данной проблеме (об этом свидетельствует более позднее Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 22 мая 2012 г. № 16541/11).

Председатель Высшего Арбитражного Суда РФ является судьей (п. 1 ст. 20 ФКЗ «Об арбитражных судах в Российской Федерации»), а судьям запрещено допускать публичные высказывания по вопросу, который является предметом рассмотрения в суде, до вступления в законную силу судебного акта по этому вопросу (подп. 7 п. 3 ст. 3 Закона РФ «О статусе судей в Российской Федерации»). Данный запрет должен распространяться и на судей, участвующих в надзорном производстве. Это обусловлено наличием принципа единства статуса судей (ст. 2 Закона РФ «О статусе судей в Российской Федерации»), который предполагает в том числе единство прав и обязанностей. Специфика надзорного производства заключается в том, что оно возбуждается на основании заявлений лиц, ходатайствующих о пересмотре вступившего в законную силу судебного акта арбитражного суда в порядке надзора, которые первоначально рассматриваются в судебном заседании коллегиальным составом судей (ст. 293 АПК РФ). Кто дает гарантию в том, что на момент публичного выступления Председателя Высшего Арбитражного Суда РФ в этом суде не было принято к производству заявлений о пересмотре в порядке надзора судебных актов, затрагивающих данный вопрос? А такие заявления по вопросам, касающимся третейских судов, будут продолжать поступать и в будущем, поскольку есть очевидные расхождения между актами Высшего Арбитражного Суда РФ и положениями законов.

Кроме того, есть такая гарантия независимости судей, как недопустимость вмешательства в их деятельность (п. 1 ст. 9, ст. 10 Закона РФ «О статусе судей в Российской Федерации»). Публичные заявления руководителя высшей судебной инстанции, председательствующего на заседаниях, в рамках которых судебные акты могут

быть пересмотрены в порядке надзора, по сути, означают указания судьям, как им рассматривать определенную категорию дел, чтобы не допустить отмены решений в надзорном порядке.

В связи с этим подобные публичные заявления Председателя Высшего Арбитражного Суда РФ по предмету рассматриваемых Высшим Арбитражным Судом РФ дел являются нарушением указанных положений законов.

Помимо этого в результате складывается абсурдная ситуация, что законопослушные субъекты должны предугадывать изменение настроений судей Высшего Арбитражного Суда РФ вне зависимости от изменения законодательства, а мнение его Председателя является истиной в последней инстанции и по силе выше закона.

Критика предложений об открытии третейских судов только при некоммерческих организациях

Предложения об ограничении круга юридических лиц, которые могут создавать постоянно действующие третейские суды, только некоммерческими организациями с точки зрения обеспечения беспристрастности третейских судей являются бессмысленными.

Во-первых, наибольшая потребность создания третейских судов (арбитражных комиссий) возникает при биржах для рассмотрения достаточно специфической категории споров. При этом товарные биржи могут быть коммерческими организациями (см. ст. 2 Закона РФ «О товарных биржах и биржевой торговле»), а фондовые и валютные — обязательно ими являются (см. ст. 5 ФЗ «Об организованных торгах»). Соответственно все равно необходимо будет делать исключения.

Во-вторых, это ограничение будет означать только то, что коммерческая организация, желающая создать третейский суд, должна будет сначала создать некоммерческую организацию, например учреждение, а затем уже третейский суд при ней. Несколько коммерческих организаций, например основное и дочерние общества, могут создать ассоциацию (союз) и третейский суд при ней. Это запутает потенциальных участников третейского разбирательства, поскольку в названии третейского суда и его локальных актах наименования фактически создавших их организаций никак фигурировать не будут.

В-третьих, учитывая, что по российскому законодательству все некоммерческие организации (кроме ассоциаций и союзов) вправе заниматься предпринимательской и иной приносящей доход деятельностью, в том числе участвовать в хозяйственных обществах (п. 2 ст. 26 ФЗ «О некоммерческих организациях»), некоммерческая организация может быть таким же акционером (участником), как и коммерческая организация.

Получать прибыль от созданных ими предприятий вправе и торгово-промышленные палаты (подп. «з» п. 1 ст. 12, п. 3 ст. 13 Закона РФ «О торгово-промышленных палатах в Российской Федерации»). Кроме того, в торгово-промышленных палатах также есть членство (ст. 7 Закона РФ «О торгово-промышленных палатах в Российской Федерации»). Если продолжать логику Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ, то при рассмотрении споров в третейском суде при торгово-промышленной палате ее члены будут в более привилегированном положении, чем другие лица.

В-четвертых, организации, при которых созданы третейские суды, осуществляют только их организационно-техническое обеспечение. Для выполнения этой задачи их правовой статус никакого значения не имеет.

В-пятых, коммерческие организации могут создавать в неограниченном количестве третейские суды для решения конкретных споров (*ad hoc*), которые, строго говоря, отличаются от постоянно действующих третейских судов только тем, что там третейские судьи (арбитры) всегда выборные. Соответственно любой постоянно действующий третейский суд может оказывать содействие сторонам третейского разбирательства в создании третейских судов для решения конкретных споров. При этом в материалах дела он никак фигурировать не будет.

В связи с этим при внесении изменений и дополнений в законодательство основной упор следует сделать на усиление беспристрастности третейских судей и их ответственности за вынесение решений с нарушением закона, а не на ограничение создания третейских судов как организаций.

Содержание

Указатель сокращений	3
Глава 1. Теоретические и материально-правовые основы защиты прав и законных интересов	4
§ 1. Право на защиту	4
1.1. Значения понятия «право на защиту»	4
1.2. Объекты защиты	8
1.3. Порядок защиты интересов, опосредованных и не опосредствованных субъективными правами	10
1.4. Принципы реализации права на защиту	12
§ 2. Формы защиты	14
2.1. Понятие и виды форм защиты	14
2.2. Выбор формы защиты	15
2.3. Правовые позиции Конституционного Суда РФ о принципе универсальности судебной защиты	17
§ 3. Способы защиты в системе мер правоохранительного характера ...	19
3.1. Понятие и выбор способов защиты	19
3.2. Классификация способов защиты	21
3.3. Соотношение понятия «меры правоохранительного характера» со смежными понятиями	24
3.4. Виды юридических санкций и порядок их применения	26
§ 4. Применение способов защиты, реализуемых в неюрисдикционной форме	29
4.1. Самозащита прав	29
4.2. Досудебное урегулирование споров	31
4.3. Неприменение норм при реализации права	32
§ 5. Оспаривание нормативных актов	33
5.1. Признаки нормативных актов и общие вопросы их оспаривания ..	33
5.2. Оспаривание нормативных актов в Конституционном Суде РФ ...	37
5.3. Последствия введения в оборот понятия «признание нормативного акта недействующим»	40
5.4. Подведомственность и подсудность судебных дел об оспаривании нормативных актов	42
5.5. Оспаривание нормативных актов через прокурора	44
5.6. Обжалование нормативных актов в административном порядке ...	45

§ 6.	Применение иных мер пресекающего характера	45
6.1.	Неприменение судом нормативного акта, противоречащего акту более высокой юридической силы	45
6.2.	Оспаривание актов ненормативного характера государственных и муниципальных органов	46
6.3.	Оспаривание действий (бездействия) должностных лиц государственных и муниципальных органов	49
6.4.	Обжалование постановлений и действий (бездействия) должностных лиц службы судебных приставов	50
6.5.	Обжалование отказа в государственной регистрации или уклонения от государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей	51
6.6.	Обжалование постановлений о наложении административных штрафов	52
6.7.	Признание не подлежащим исполнению исполнительного или иного документа, по которому взыскание производится в бесспорном (безакцептном) порядке	54
6.8.	Опровержение сведений, порочащих деловую репутацию	54
6.9.	Освобождение имущества из-под ареста (исключение из описи)	55
§ 7.	Применение мер регулятивного характера	56
7.1.	Возврат средств из бюджета	56
7.2.	Проведение зачета в публичных отношениях	57
7.3.	Взыскание процентов за нарушение срока возврата из бюджета излишне уплаченных или излишне взысканных сумм	58
7.4.	Взыскание убытков, их отличие от судебных расходов	59
7.5.	Компенсация морального вреда	63

Глава 2. Проблемы защиты прав и законных интересов, связанные с проведением «модернизации» правовой системы России 66

§ 1.	Вопрос о правотворчестве высших судов как индикатор состояния правовой системы России	66
1.1.	Проявление вопроса о правотворчестве высших судов в российской правоприменительной практике	66
1.2.	Отсутствие нормотворческих функций у высших российских судов	72
1.3.	Правотворчество судов	75
1.4.	Толкование судами норм права, его отличие от нормотворчества ..	77
1.5.	Виды толкования судами норм права	81
1.6.	Источники права	83
1.7.	О пределах полномочий судов	84
1.8.	Негативные последствия нынешнего состояния вопроса о правотворчестве высших российских судов	87

§ 2.	Прецедентное право в России: пренебрежение к законам и усугубление проблем правоприменения	89
2.1.	Прецедент в правовой системе России	89
2.2.	Особенности прецедентного права	92
2.3.	Полномочия судов в англосаксонской и континентальной правовых семьях	94
2.4.	Правовое закрепление обязательности актов вышестоящих судов для нижестоящих в России	97
2.5.	Судебная практика об обязательности актов вышестоящих судов для нижестоящих	99
§ 3.	Конституционный Суд РФ: проблемы с компетенцией требуют решения	103
3.1.	Проблемные вопросы компетенции Конституционного Суда РФ	103
3.2.	Примеры превышения Конституционным Судом своей компетенции	105
3.3.	Критерии отнесения вопросов к числу конституционных	111
3.4.	Иные предложения об изменении законодательства.....	114
§ 4.	Справедливость в российском праве: подмена понятий, субъективизм и неопределенность.....	116
4.1.	Справедливость как многоаспектное явление.....	116
4.2.	Основное значение справедливости в праве	118
4.3.	Подходы к соотношению права и справедливости в доктрине права	121
4.4.	Требование справедливости в российском праве	124
4.5.	Справедливость в актах Конституционного Суда РФ.....	126
4.6.	Понятие справедливости в теории права.....	128
4.7.	Справедливость в актах Высшего Арбитражного Суда РФ	130
4.8.	Равенство конституционных ценностей.....	133
§ 5.	Экономический анализ права как средство уничтожения доктрины российского права	135
5.1.	Экономический анализ права и «американизация» российского права.....	135
5.2.	Ключевые моменты теории экономического анализа права	139
5.3.	Негативные последствия внедрения экономического анализа права в российскую правовую систему	141
Приложение № 1. Комментарий к Постановлению Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 25 января 2011 г. № 8624/10 по делу № А07-22553/2009		143
Приложение № 2. Комментарий к постановлениям Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 24.05.2011 г. № 17020/10 по делу № А55-11220/2010 и от 22 мая 2012 г. № 16541/11 по делу № А50-5130/2011.....		154

НАУЧНОЕ ИЗДАНИЕ

Курбатов Алексей Янович

**ЗАЩИТА ПРАВ И ЗАКОННЫХ
ИНТЕРЕСОВ В УСЛОВИЯХ
«МОДЕРНИЗАЦИИ» ПРАВОВОЙ
СИСТЕМЫ РОССИИ**

ИЗДАТЕЛЬСТВО «ЮСТИЦИНФОРМ»

юридическая, экономическая, научная, деловая литература
журналы «Право и экономика», «Вестник арбитражной практики»

Главный редактор

В.А. Вайпан

Генеральный директор

В.В. Прошин

Санитарно-эпидемиологическое заключение
№ 77.99.60.953.Д.010271.09.08 от 25.09.2008 г.

Подписано в печать 12.07.2013.

Формат 60x90/16. Бумага офсетная.

Печ. л. 10,75.

ЗАО «Юстицинформ»

111024, г. Москва, ул. 2-я Энтузиастов, 5.

Тел.: (495) 232-12-42

<http://www.jusinf.ru>

E-mail: info@jusinf.ru