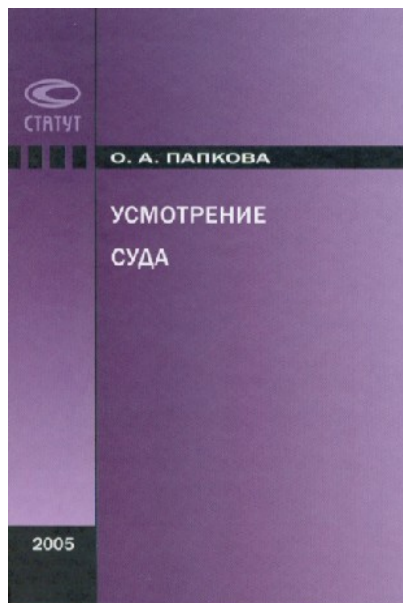


Папкова О.А.

УСМОТРЕНИЕ СУДА

2005



УДК 347.9 ББК 67.410 П17

Папкова О.А. П 17 Усмотрение суда. - М.: Статут, 2005. - 413 с.
ISBN 5-8354-0277-5 (в пер.)

В книге раскрывается тема судебного усмотрения в различных правовых системах, в зарубежной науке права и социологии, рассматриваются определение усмотрения суда, виды судебного усмотрения в российском гражданском и арбитражном процессах, особенности судебного усмотрения, ограничения усмотрения суда в российском гражданском и арбитражном процессах. Центральное место в работе занимает анализ теоретических положений понятия усмотрения суда: законности, мотивированности судебного усмотрения, пределов выбора при осуществлении судебного усмотрения, усмотрения суда как правоприменительной деятельности. Исследуются общие вопросы, связанные с осуществлением судебного усмотрения в процессах юридического анализа обстоятельств конкретного дела, судебного доказывания, толкования норм права. Подтверждением теоретических выводов автора является правоприменительная деятельность судов при рассмотрении и разрешении конкретных дел, относящаяся к разным временным периодам.

Издание адресовано научным работникам, преподавателям юридических вузов, аспирантам, студентам, судьям и всем читателям, интересующимся проблемами судебного усмотрения.

СТАТУТ

О. А. ПАПКОВА

**УСМОТРЕНИЕ
СУДА**

2005

ВСТУПИТЕЛЬНАЯ СТАТЬЯ

Судебная реформа началась в Российской Федерации в 1991г. с утверждения ее первой концепции. В настоящее время речь может идти о дальнейшем развитии судебной реформы и ее совершенствовании с учетом вступления в силу нового процессуального законодательства Российской Федерации: Арбитражного процессуального кодекса РФ и Гражданского процессуального кодекса РФ.

Особенностью изменений отечественного законодательства является увеличение дискреционных прав суда.

Судейское усмотрение применялось в практике рассмотрения и разрешения дел и до реформирования судебной системы Российской Федерации, но именно в настоящее время его осуществление особенно актуально.

С развитием рыночной экономики, возрастанием роли гражданского права как основного регулятора товарно-денежных и иных отношений, складывающихся в рыночном хозяйстве, такие начала гражданско-правового регулирования, как усмотрение и диспозитивность, равенство и взаимная имущественная ответственность субъектов, влекут расширение сферы их применения в формирующемся правовом государстве и в судопроизводстве, в частности, путем расширения сферы судейского усмотрения,

Я с удовлетворением отмечаю, что среди научных работ отечественных юристов появилось серьезное исследование проблемы усмотре-

ния суда, которое поможет специалистам умело пользоваться данным сложным инструментом.

Представленная книга посвящена исследованию темы усмотрения суда в российском гражданском и арбитражном процессах. Она написана на основе изучения трудов известных зарубежных ученых с привлечением мнений отечественных специалистов по проблематике. Данная научная работа представляет варианты разрешений многих важных теоретических проблем усмотрения суда. Мне показалось особенно важным, что теоретические выводы автор подтверждает разнообразной практикой судов Российской Федерации разных лет.

Суд не всегда имеет возможность применять императивные (абсолютно-определенные) правовые нормы. Когда в законе нельзя детально описать ситуацию, в которой суд будет действовать и принимать решение, ему предоставляется возможность осуществления дискреции при рассмотрении возникающих вопросов. Законодатель потому и передает на судебское усмотрение решение ряда правовых вопросов, что сам их полностью урегулировать не может, так как для этого требуется специальный подход в каждом конкретном случае.

Читатель найдет в книге интересные, заслуживающие внимания соображения автора. В частности, О.А. Папкиной выделяются ключевые элементы определения усмотрения суда.

1. Применение усмотрения предусмотрено юридическими нормами.

2. Судейское усмотрение осуществляется в процессуальной форме.

3. Судейское усмотрение должно быть мотивированным.

4. Ключевым элементом судейского усмотрения является категория выбора варианта решения того или иного правового вопроса.

5. Выбор ограничен общими и специальными пределами.

6. Усмотрение суда представляет собой правоприменительную деятельность.

Автором обосновывается каждое из положений, представляется нетрадиционное видение проблемы. В книге приводятся «за» и «против» указанных ключевых элементов Определения судейского усмотрения, и читатели, следовательно, сможет составить собственное мнение по проблематике.

Весьма интересно мнение автора о законности усмотрения, о ее связи с демократическим режимом и с уровнем развития права.

Хочется обратить внимание на соображения О .А. Папкиной в отношении необходимости мотивированного закрепления применения

усмотрения в судебных постановлениях (актах). Действительно, нормы Гражданского процессуального кодекса РФ не содержат указания на мотивированное закрепление в решении суда применения усмотрения в отличие от норм действующего Арбитражного процессуального кодекса РФ, поскольку в своих постановлениях арбитражный суд должен ссылаться на статью закона или иного нормативного акта, примененную с осуществлением дискреции (*discretio*), и объяснять, следуя каким мотивам, был сделан определенный выбор при разрешении правового вопроса.

Подробнее необходимо остановиться на таком положении данного исследования, как пределы выбора при осуществлении судьейского усмотрения в российском гражданском и арбитражном процессах. Несмотря на сложную задачу их установления, автор приходит к аргументированному, логически обоснованному выводу о том, что категория выбора ограничена общими и специальными пределами.

По моему мнению, О.А. Папковой правильно выделяются и отдельно рассматриваются такие пределы выбора, как категории справедливости, добросовестности, разумности, целесообразности и нравственности, поскольку интерпретация данных категорий необходима для практики судов общей юрисдикции и арбитражных судов в силу их неуверенного применения при рассмотрении и разрешении конкретных дел. Отсутствие обоснований в судебных постановлениях применения названных понятий связано именно с непониманием указанных категорий судьями.

Мне видятся верными выводы автора о том, что усмотрение суда в российском гражданском и арбитражном процессах не представляет собой свободу поведения (выбора), что государство Российской Федерации не наделяет судей таким полномочием, как усмотрение, что дискреция в российском гражданском и арбитражном процессах является правоприменительной деятельностью.

ОА. Папковой представлены интересный материал из практики российских судов и теоретические соображения по проблеме осуществления усмотрения в двух операциях по применению правовых норм в судебной практике: 1) в юридическом анализе обстоятельств конкретного дела; 2) в толковании норм права.

Следует отметить практическую значимость, которую имеют, во-первых, выделенные автором особенности усмотрения суда, состоящие в параллельности; и последовательности его применения, во-вторых, ограничения дискреции.

В рамках вступительной статьи сложно остановиться на всех заслуживающих внимания положениях работы О.А. Папкиной. Хотелось бы отметить, что данное исследование представляет ценную информацию как теоретикам права, так и судьям. Судьи найдут в нем ответы на многие вопросы, возникающие при рассмотрении и разрешении дел, а правоведы - фундамент для дальнейших исследований проблемы усмотрения суда.

В добрый путь!

И.К. Пискарев,
заслуженный юрист РФ,
почетный судья Верховного Суда РФ,
доцент кафедры гражданского процесса
юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова

ВЫРАЖЕНИЕ ПРИЗНАТЕЛЬНОСТИ

Данная книга является результатом исследования автором темы
судейского усмотрения в различных правовых системах,
проведенного в период с 1995 по 2004 г. В течение этого временного
отрезка многие ученые-правоведы оказали автору содействие в
работе, и автор считает своим долгом выразить им искреннюю
признательность.

Научная работа, связанная с проблематикой усмотрения суда в
гражданском и арбитражном процессах, осуществлялась на
юридическом факультете Московского государственного университета
им. М.В. Ломоносова на кафедре гражданского процесса, Итог работы -
диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических
наук и данная книга - стал возможен благодаря поддержке со стороны
научного руководителя автора - заведующего кафедрой гражданского
процесса юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова,
заслуженного деятеля науки Российской Федерации, профессора,
доктора юридических наук Михаила Константиновича Треушникова.
Предложение интересной темы для изучения, содействие в
организации научной работы в Лейденском университете
(Нидерланды), отсутствие мелочной опеки и предоставление свободы
в исследовании темы, мудрые замечания в процессе как изучения
темы, так и подготовки работы к публикации - за все это автор
глубоко признателен Михаилу Константиновичу,

Автор выражает благодарность профессору В.ОД. Шерстюку,
доценту И.К. Пискареву, чьи рецензии на разных этапах обсуждения
результатов научного исследования, отличавшиеся
благожелательностью

и конструктивностью, придавали значительный стимул дальнейшей творческой работе.

Автор признателен преподавателям кафедры гражданского процесса, взявшим на себя педагогическую нагрузку автора во время ее зарубежных стажировок.

Определенные этапы исследовательской деятельности, результаты которой нашли отражение в данной книге, осуществились благодаря содействию профессора Вильяма Б. Саймонса, директора Института восточноевропейского права и русистики (Лейденский университет, Нидерланды), сотрудников и научно-преподавательского состава этого института.

ВВЕДЕНИЕ

*Discretio est
scire per legem
quid sit justum*

(Усмотрение – это знание того,
что является с точки зрения
права справедливым)

Данная книга посвящена исследованию темы усмотрения суда в российском гражданском и арбитражном процессах — одного из актуальных объектов современного научного интереса.

В соответствии со ст. 2 Гражданского процессуального кодекса РФ задачами гражданского судопроизводства являются правильное и своевременное рассмотрение и разрешение гражданских дел в целях защиты нарушенных или оспариваемых прав, свобод и законных интересов граждан, организаций, прав и интересов Российской Федерации, субъектов Российской Федерации, муниципальных образований, других лиц, являющихся субъектами гражданских, трудовых или иных правоотношений.

Статья 2 Арбитражного процессуального кодекса РФ устанавливает, что задачами судопроизводства в арбитражных судах являются:

- - защита нарушенных или оспариваемых прав и законных интересов лиц, осуществляющих предпринимательскую и иную экономическую деятельность, а также прав и законных интересов Российской Федерации, субъектов Российской Федерации, муниципальных образований в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, органов государственной власти Российской Федерации, органов местного самоуправления, иных органов, должностных лиц в указанной сфере;

- -обеспечение доступности правосудия в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности;
- -справедливое публичное судебное разбирательство в установленный законом срок независимым и беспристрастным судом,
- -укрепление законности и предупреждение правонарушений в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности;
- - формирование уважительного отношения к закону и суду;
- -содействие становлению и развитию партнерских деловых отношений, формированию обычаев и этики делового оборота.

Характерной чертой современного этапа развития системы отечественного права является обновление законодательства. Происходящие процессы затрагивают гражданское процессуальное и арбитражное процессуальное право. Во многие вновь принимаемые акты материального права включаются нормы, содержащие процессуальные правила. Особенностью данных изменений являются, в частности, возрастающие возможности суда по применению усмотрения.

Нормы, регулирующие осуществление дискреции, формируются при обязательном участии государства. Оно не является основным фактором в этом процессе, Государство не формирует нормы о судебном усмотрении, а завершает правообразовательный процесс.

Причины нормативного закрепления судебного усмотрения коренятся в материальном способе производства, характере экономического развития общества, его культуре и Т.Д.»

С развитием рыночной экономики, реформированием социально-экономических отношений в обществе, возрастанием роли гражданского права как основного регулятора товарно-денежных и иных отношений, складывающихся в рыночном хозяйстве, уменьшается значение формализма в гражданском и арбитражном процессах. Присущие гражданско-правовому регулированию начала инициативы и диспозитивности, равенства и взаимной, имущественной ответственности субъектов влекут расширение сферы их применения в формирующемся правовом государстве и в судопроизводстве, в частности, путем расширения сферы судебного усмотрения,

Развитие права сопровождается постепенным ограничением личного произвола» расширением влияния общественной воли закона и, следовательно, применением судебного усмотрения. Основным отличием дискреции от судебного произвола является закрепленная нормой

права возможность осуществления усмотрения в процессе разрешения правового вопроса.

Суд не всегда имеет возможность применять императивные (абсолютно-определенные) правовые нормы. Когда в законе нельзя детально описать ситуацию, в которой суд будет действовать и принимать решение, ему предоставляется возможность осуществления дискреции при разрешении возникающих вопросов. Поэтому и появляется необходимость в применении усмотрения, когда суд сам во исполнение возложенных на него прав и обязанностей устанавливает и подтверждает объем прав и обязанностей участников гражданского или арбитражного процессов. Представляется, что законодатель потому и передает на судебское усмотрение решение ряда правовых вопросов, что сам их полностью урегулировать не может, так как для этого требуется специальный подход в каждом конкретном случае.

Так, например, ст. 152 ГПК РФ закрепляет право суда применять усмотрение и содержит положение о том, что по сложным делам суд может назначить срок проведения предварительного судебного заседания, выходящий за пределы установленных настоящим Кодексом сроков рассмотрения и разрешения дел.

В процессе рассмотрения и разрешения дел суд применяет усмотрение при конкретизации обобщающих понятий, с которыми связаны правовые последствия. Например, решение суда об уменьшении размера взыскиваемой госпошлины должно быть обосновано доказательствами, свидетельствующими о фактах трудного материального положения истца, ненадлежащих условиях работы.

Судейское усмотрение осуществляется не только при установлении фактов материально-правового значения (предмета доказывания), доказательственных фактов, но и при определении фактов, являющихся основанием совершения отдельных процессуальных действий: по принятию мер обеспечения иска или их отмене, отложению судебного разбирательства и т.п. Для совершения перечисленных процессуальных действий нужны определенные фактические основания. Фактические основания отказа в принятии заявления, прекращения производства по делу, оставления заявления без рассмотрения, приостановления производства по делу перечислены в законе (ст. 134, 220, 222, 215, 216 ГПК РФ, ст. 143, 144* 148, 150 АПК РФ). Обстоятельства, необходимые для принятия мер обеспечения иска, отложения производства по делу, отсрочки исполнения решения, изменения способа его исполнения, пред-

ставлены в законе в обобщающей форме, что включает в себя категорию выбора, рассчитано на учет обстоятельств конкретного случая и связано с применением судейского усмотрения. Например, обеспечение иска допускается во всяком положении дела, если непринятие мер обеспечения может затруднить или сделать невозможным исполнение решения суда (ст 139 ГПК РФ). В п. 1 ст. 324 АПК РФ устанавливается, что при наличии обстоятельств, затрудняющих исполнение судебного акта, арбитражный суд, выдавший исполнительный лист, по заявлению взыскателя, должника или судебного пристава-исполнителя вправе отсрочить или рассрочить исполнение судебного акта, изменить способ и порядок его исполнения. Указания на конкретные факты приведенные нормы не содержат. Суд применяет усмотрение при конкретизации фактических оснований с учетом имеющихся доказательств.

Согласно ст. 79 ГПК РФ в случае уклонения стороны от участия в экспертизе, когда по обстоятельствам дела без участия данной стороны экспертизу провести невозможно, суд в зависимости от того, какая из сторон уклоняется от экспертизы, а также какое для нее она имеет значение, вправе признать факт, для выяснения которого экспертиза была назначена, установленным или опровергнутым. Применение приведенной нормы процессуального права должно осуществляться судом на основании усмотрения при конкретизации обстоятельств конкретного дела.

Дискреция осуществляется в процессе заслушивания объяснений сторон и третьих лиц (ст. 68 ГПК РФ, ст 81 АПК РФ), свидетельских показаний (ст. 69 ГПК РФ, ст. 88 АПК РФ), ознакомления с письменными (ст. 71 ГПК РФ, ст. 75 АПК РФ), вещественными доказательствами (ст. 73 ГПК РФ, ст. 76 АПК РФ), заключением эксперта (ст. 86 ГПК РФ, ст. 86 АПК РФ).

Законом установлено право судьи выбирать по усмотрению одно из регламентированных действий. Например, отсрочить, рассрочить исполнение решения, изменить способ и порядок исполнения решения (ст. 203 ГПК, РФ), обратиться к немедленному исполнению (ст. 212 ГПК РФ), приостановить производство по делу (ст. 216 ГПК РФ) или не совершать указанных процессуальных действий и т.п.

Законом определена возможность действий судьи в разумных пределах, в частности, при определении расходов по оплате помощи представителя (ст. 100 ГПК РФ), при взыскании вознаграждения за потерю времени (ст. 99 ГПК РФ), при установлении процессуальных сроков (ст. 107 ГПК РФ).

Многие нормы гражданского, семейного права применяются судом с определенной долей судейского усмотрения.

Так, например, ст. 6 ГК РФ гласит, что при невозможности использования аналогии закона права и обязанности сторон определяются судом исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства (аналогия права) и требований добросовестности, разумности и справедливости.

Характерным примером являются положения ст. 39 Семейного кодекса РФ, закрепляющие правила определения долей при разделе общего имущества супругов и предоставляющие суду право отступить от начал равенства долей супругов в их общем имуществе исходя из интересов несовершеннолетних детей и (или) исходя из заслуживающего внимания интереса одного из супругов, в частности, в случаях, если другой супруг не получал доходов по неуважительным причинам или расходовал общее имущество супругов в ущерб интересам семьи.

В соответствии с п. 5 ст. 87 Семейного кодекса РФ дети могут быть освобождены от обязанности по содержанию своих нетрудоспособных нуждающихся в помощи родителей, если судом будет установлено, что родители уклонялись от выполнения обязанностей родителей. Формулировка «могут быть освобождены» означает, что суд применяет усмотрение, во-первых, при решении вопроса об освобождении или не освобождении детей от указанной обязанности, во-вторых, при установлении в судебном заседании обстоятельств дела, свидетельствующих об уклонении или не уклонении родителей от выполнения обязанностей родителей.

Цель настоящего исследования - выделение ключевых положений определения дискреции, осуществляемой в российском гражданском и арбитражном процессах, их анализ. Исследование будет состоять из двух частей: теоретической части, выводы которой подтверждены во второй части изучения примерами из практики судов общей юрисдикции и арбитражных судов разных лет. Автор не ставит перед собой задачу представить всеохватывающее, детальное рассмотрение темы судейского усмотрения.

Фундаментом данного изучения являются научные исследования проблемы усмотрения суда учеными стран общего права. В связи с этим автором выделяются основные черты указанной системы права, влияющие, во-первых, на роль категории усмотрения в национальном праве и, во-вторых, на ее исследование учеными.

В своей целостности тема усмотрения суда в российском гражданском и арбитражном процессах к настоящему времени не стала предметом научного анализа, что еще раз оправдывает то внимание, которое автор уделяет ей в данной работе.

В современной юридической науке не сложилось единого подхода к определению усмотрения суда (*discretio*).

В пределах темы исследования ученые-правоведы определяют судебское усмотрение как понятие, включающее в себя: выбор из нескольких законных альтернатив; свободу суда; усмотрительную власть; полномочие суда; правоприменительную деятельность.

Представляется, что дискреция в российском гражданском и арбитражном процессах - это правоприменительная деятельность суда. Усмотрение осуществляется в двух операциях по применению правовых норм в судебной практике: 1) в юридическом анализе обстоятельств конкретного дела; 2) в толковании норм права.

Автором предлагаются к рассмотрению следующие ключевые элементы определения дискреции как правоприменительной деятельности. Во-первых, применение усмотрения предусмотрено юридическими нормами. Во-вторых, судебское усмотрение осуществляется в процессуальной форме. В-третьих, судебское усмотрение должно быть мотивированным. В-четвертых, ключевым элементом судебного усмотрения является категория выбора варианта решения того или иного правового вопроса. В-пятых, выбор ограничен общими и специальными пределами.

Автором исследуются такие специальные пределы выбора при осуществлении судебного усмотрения в российском гражданском и арбитражном процессах, как категории разумности, добросовестности, справедливости, целесообразности и нравственности.

В настоящее время дискуссионным в юридической литературе вопросом является проблема классификации дискреции. Автором исследуются два вида судебного усмотрения, один из которых осуществляется при применении относительно-определенных норм, другой - при применении управомочивающих норм.

Анализ видов судебного усмотрения позволяет прийти к заключению, что дискреция (*discretio*) в российском гражданском и арбитражном процессах осуществляется в основном при применении ситуационных правовых норм.

Автором выделяются особенности усмотрения суда, которые состоят в параллельности и последовательности его осуществления.

В работе определяются ограничения судейского усмотрения при рассмотрении и разрешении конкретного дела. Причем данные ограничения приводят как к надлежащему, так и ненадлежащему осуществлению усмотрения. Указать точное процентное соотношение применения усмотрения в процессе разрешения и рассмотрения конкретных дел в судах общей юрисдикции и арбитражных судах невозможно.

Теоретической основой исследования являются положения, изложенные в трудах зарубежных правоведов, таких как Р. Хокинс, Р.М. Дворкин, Дж.Ф. Хэндлер, К. Дэвис, Р.Е. Гудин, Дж. Джоуэл, Д. Галли-ган, М. Галантер, лорд Дэвлин, А. Барак и др. При написании работы автор также исходит из теоретических выводов о судейском усмотрении, содержащихся в трудах таких ученых-процессуалистов, как М. Лазерсон, И.А. Покровский, Е.В. Васьковский, Л.И. Петражицкий, С.А. Криличевский и др. Используются труды советских и российских ученых В. Сарабьянова, А.И. Елистратова, А.Н. Грайнина, С.С. Алексеева, В.Н. Дубовицкого, А.Ф. Клейнмана, К.И. Комиссарова, А.Т. Боннера, М.К. Треушникова, В.К. Пучинского, П.Я. Трубникова, Д.Б. Абушенко и др.

Несомненно, что исследования проблемы судейского усмотрения обогащают российскую науку гражданского процессуального и арбитражного процессуального права и создают основу для дискуссий.

I. ТЕМА СУДЕЙСКОГО УСМОТРЕНИЯ В РАЗЛИЧНЫХ ПРАВОВЫХ СИСТЕМАХ

Соответственно подразделению права на две правовые семьи, а именно стран общего и континентального (гражданского) права¹, существует два типа гражданского и уголовного процессов: следственный (инквизиционный) - в странах романо-германского права и состязательный — в странах общего права.

Состязательная и следственная системы отправления правосудия отличаются по ряду признаков, среди которых основополагающим является роль суда в процессе². Следовательно, указанные правовые системы содержат различные положения в отношении судебного усмотрения.

Основой настоящего изучения являются научные исследования проблемы усмотрения суда учеными стран общего права. Автором выделяются основные черты указанной системы права в сравнении с положениями системы континентального права (прежде всего на примере российского гражданского процессуального и арбитражного процессуального права), влияющие, во-первых, на роль категории усмотрения в национальном праве и, во-вторых, на ее исследование учеными.

Сначала остановимся на основных характеристиках соответствующей правовой системы, оказывающих влияние на роль судебного усмотрения в национальном праве.

1. Среди особенностей системы общего права, отражающихся на применении усмотрения, учеными выделяется доктринальная гибкость общего права. Э. Леви (E.H. Levi), определяя основные характеристики

¹ Под термином «общее право» понимают право англо-американской правовой семьи в отличие от термина «гражданское право», которым обозначают правовую систему стран континентальной Европы, находящуюся под влиянием источников римского права (романо-германское право). Под «общим правом» в узком: смысле понимают лишь право английских королевских судов. Его следует отличать, с одной стороны, от «статутного права», формируемого законодательными актами английского парламента, с другой стороны - от права справедливости. При этом под правом справедливости следует понимать не совокупность общих принципов справедливости, а часть материального права, которая отличается развитием в практике особого суда — канцлерского суда.

² См. подробнее: Решетникова И.В. Доказательственное право Англии и США. М.: Горо-дец, 1999. С. 24-37.

национальной системы права, указывает: «Категории, применяемые в юридическом процессе, должны быть неясными, двусмысленными в целях предоставления возможности вливания новых идей в судебное разбирательство. И это действительно необходимо, даже в случае неясности, неопределенности нормы права. Терминология, применяемая законодателем, должна быть способна приобретать новые значения... Таким способом законы будут выражать идеи общества даже тогда, когда они написаны в общем смысле, и, следовательно, будут применимы в процессе рассмотрения конкретных дел»¹.

Наличие такой особенности общего права, как доктринальная гибкость, приводит к двум последствиям, оказывающим влияние на роль категории усмотрения суда в соответствующей национальной правовой системе.

Первым последствием является доктрина *stare decisis*, в силу которой суды стран общего права в отличие от судов романо-германской правовой семьи при принятии решений следуют соответствующему прецеденту. Зарубежные ученые называют указанное положение «фундаментальным различием между способами по созданию и развитию закона, закрепленными гражданско-правовой и общеправовой системами»². В частности, *Black's Law Dictionary* выделяет несколько свойственных американскому праву основных характеристик данной доктрины, непосредственно связанных с применением усмотрения³. Во-первых, доктрина *stare decisis* устанавливает, что если при рассмотрении дела суд определяет принцип права в качестве применимого к конкретным фактическим данным, то он должен придерживаться данного принципа и ссылаться на него при разрешении идентичных дел. Во-вторых, согласно указанной доктрине судебное решение, в котором затрагиваются необходимые для рассмотрения дела по существу вопросы права, является обязательным к применению данным судом или иным судом соответствующего или низшего уровня в процессе разрешения идентичного дела. В-третьих, доктрина *stare decisis* основывается на теоретическом положении о том, что гарантированность и определенность правосудия требуют, чтобы установленный судом принцип права,

1 Levl E.H. An Introduction to Legal Reasoning. Chicago: The University of Chicago Press, 1949. P. 4.

2 Precedent in English and Continental Law // 50 Law Q. Rev., 1934.40.

3 Black's Law Dictionary. St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1990. P. 1406.

касающийся прав и свобод, был признан и соблюден в последующих судебных разбирательствах'.

Укажем, что американский прецедент более подвижен, чем английский. Верховный Суд США и верховные суды штатов не связаны своими прецедентами. В американском праве отсутствуют формальные запреты на внесение изменений в ранее принятые решения или на отказ от прецедента.

В современной Англии насчитывается около 800 тыс. судебных прецедентов и каждый год прибавляется примерно по 20 тыс. новых, что составляет 300 сборников по внутреннему и европейскому праву².

Отметим, что в настоящее время в странах общего права наблюдается тенденция возрастания роли закона, тогда как в континентальной системе *de facto* усиливается роль судебной практики. Так, в Англии проводится реформа гражданского судопроизводства, в результате которой статутное право становится одним из основных источников права, разрабатывается кодифицированное законодательство³, во Франции происходит усиление судейского нормотворчества, в Германии, Аргентине, Швейцарии, Португалии предусматривается обязанность судьи следовать определенному прецеденту или линии, установленной прецедентом (*auctoritas rerum similiter judicaturam*)⁴. В России постановления Пленумов Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ разъясняют смысл правовых норм, восполняют пробелы в праве и иногда вводят новые правила, потребность в которых назрела. Несмотря на то что указанные постановления существенно отличаются от традиционного представления о прецеденте, поскольку выносятся на основе обобщений, полученных в результате судебной практики, именно в них раскрываются необходимые доказательства, уточняются предметы доказывания по многим категориям дел и др. В настоящее время прослеживается тенденция придания отдельным постановлениям, высших судебных инстанций Российской Федерации силы, сходной прецеденту. Подтверждением данного положения являются правила, закрепленные в п. 3 ч. 4 ст. 170 АПК РФ и в п. 4 постановления Пленума Верховного

¹ См. подробнее: Black's Law Dictionary. St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1990. P. 1406, 2 См.: Правовые системы мира / Под ред. А.Ф. Черданцева. Екатеринбург, 1995. С. 49. См. подробнее: Кудрявцева КВ. Реформа английского гражданского судопроизводства // Законодательство. 2000. № 1. С. 77-84; Blackstone's Civil Practice. 2001 / Editor-in-Chief Ch. Plant. London1 Blackstone Press Limited. P. 10 et seq, 4 См.: Давид Р. Основные правовые системы современности. М., 1988. С. 141.

Суда РФ от 19 декабря 2003 г. «О судебном решении». В п. 3 ч. 4 ст. 170 АПК РФ говорится, что в мотивировочной части решения арбитражного суда наряду со ссылками на законы и иные нормативные правовые акты, которыми руководствовался суд при принятии решения, могут содержаться ссылки на постановления Пленума ВАС РФ по вопросам судебной практики. В п. 4 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 19 декабря 2003 г. «О судебном решении» устанавливается, что при вынесении решения суду следует учитывать, *inter alia*, «постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации, принятые на основании ст. 126 Конституции Российской Федерации и содержащие разъяснения вопросов, возникших в судебной практике при применении норм материального или процессуального права, подлежащих применению в данном деле»¹.

Вторым следствием наличия такой отличительной особенности общего права, как доктринальная гибкость, выступает реальное усмотрение судей в процессе формирования правовых доктрин. Процедура принятия судебных решений в странах общего права представляется не столько предназначенной для гарантирования доктринальной гибкости, сколько для дозволения судьям «осуществлять правосудие» («do justice») в каждом конкретном деле. Усмотрение судей стран общего права не предназначено для установления единого правового критерия в случае неясности нормы права в целях одинакового разрешения по существу похожих между собой дел, а направлено на определение различий между конкретными делами.

2. Следующей отличительной особенностью англо-американской правовой семьи, оказывающей влияние на применение усмотрения суда в процессе рассмотрения и разрешения конкретного дела, является доминирующее положение в ней английского права. В данном отношении необходимо проводить различие между английским правом, рассматриваемым как свод юридически обязательных норм, действующих в Англии и Уэльсе, и английским правом, понимаемым как модель для определенной части человечества. Влияние английского права было значительным во многих странах в силу политических связей с Англией. Некоторые из них сохраняют эти связи и ныне. Британское содружество насчитывает в настоящее время 36 государств-членов. Эти страны могли сохранить в ряде сфер свои собственные традиции, институты и кон-

¹ <http://www.supcourt.ru>

цепции, но английское влияние наложило тем не менее глубокий отпечаток на мышление юристов этих стран хотя бы в силу того факта, что административные и судебные органы, с одной стороны, и процедура рассмотрения дел - с другой, построены и регулируются в них по модели английского права. В связи с этим особый взгляд англо-американской правовой семьи на усмотрение как на «осуществление правосудия по каждому конкретному делу» («do justice») объясняется наличием в структуре английского права общего права и права справедливости. Общее право - право английское и общее для всей Англии — создавалось, начиная с XIII в., королевскими Вестминстерскими судами. Право справедливости исторически возникло в Англии из решений специализированного органа - Суда Канцлера, который вначале не был связан нормами общего права. Английское право справедливости как самостоятельное право существует наряду с общим правом с XV в. До XV в. в Англии действовала система общего права, нормы которого практически не поддавались изменению и нередко отличались суровой ответственностью. Право справедливости было призвано дополнить общее право системой более гибких норм, основанных на таких принципах, как «суд по совести, а не по традиции и обыкновению» и равенство сторон. После реформы 1863-1875 гг. право справедливости формально соединилось с общим правом¹, однако фактически его нормы продолжают распространяться на ряд наиболее важных областей гражданского права. Например, к праву справедливости относятся нормы, регламентирующие институты доверительной собственности, ответственность за причинение вреда и некоторые другие. Таким образом, правовая система стран англо-американского права основывается на двух взаимодополняющих элементах - общем праве и праве справедливости. Причем основные черты права справедливости являются действительно усмотрительными:

- а) моральные соображения и доводы, а не правовые и нормативные аспекты кладутся в основу принимаемых судом решений;
- б) декларируется помощь бедным и слабым*
- в) провозглашается возможность судебной защиты от обмана².

1 См. подробнее о развитии английского права: Цвайгерт ИЛ, Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. I. М.: Международные отношения, 1998. С, 273-308.

2 См. подробнее: Романов А.К. Правовая система Англии. М.: Депо, 2000, С, 104-117.

Чтобы добиться справедливого решения дел, английские судьи разработали систему правил, которые регламентируют разрешение судебных споров в тех случаях, когда общее право по данному поводу молчит или когда следование его нормам приводит к заведомо несправедливому решению. Эти основополагающие принципы, позволяющие корректировать общее право, в английской юриспруденции принято называть максимами права справедливости. Выработано большое число максим, приведем лишь некоторые, тесно связанные с применением усмотрения суда:

- право справедливости не оставит любое неправильное поведение без ответственности;
- право справедливости следует общему праву;
- к праву справедливости может обращаться лишь тот, у кого «совесть чиста»;
- решения в суде права справедливости принимаются на основании усмотрения суда, а не на основании абстрактных норм общего права;
- право справедливости в первую очередь интересуют намерения, а не юридическая форма¹.

Таким образом, в странах общего права в отличие от стран континентального права справедливость, применяемая в процессе рассмотрения и разрешения конкретных дел, существенно расширяет сферу судебного усмотрения в целях сохранения гибкости при осуществлении правосудия.

3. На применение судебного усмотрения влияет действующее в обеих правовых системах правило единоличного или коллегиального рассмотрения дел.

В Российской Федерации гражданские дела в суде первой инстанции разрешаются судьей единолично. В случаях, предусмотренных федеральным законом, дела в судах первой инстанции рассматриваются коллегиально в составе трех профессиональных судей (ст. 14 ГПК РФ).

В арбитражном процессе РФ к рассмотрению дела в суде первой инстанции могут быть привлечены арбитражные заседатели (Федеральный закон «Об арбитражных заседателях арбитражных судов субъектов Российской Федерации» от 30 мая 2001 г., ст. 19 АПК РФ). Арбитражные заседатели принимают участие в рассмотрении дела и принятии решения наравне с профессиональными судьями. При осуществлении

¹ См.: Романов АЖ, правовая система Англии. С. Ш-Ц4.

правосудия они пользуются правами и несут обязанности судьи (ст. 19 АПК РФ). В п. 6 ст. 19 АПК РФ установлено, что судья и арбитражный заседатель при рассмотрении дела, разрешении всех вопросов, возникающих при рассмотрении и принятии судебных актов, пользуются равными процессуальными правами. В п. 1 ст. 20 АПК РФ, в частности, говорится: «Вопросы, возникающие при рассмотрении дела судом в коллегиальном составе, разрешаются большинством голосов».

Пересмотр судебных актов, принятых с участием арбитражных заседателей, осуществляется в общем порядке, установленном АПК РФ для проверки их законности и обоснованности.

В странах общего права в судах первой инстанции дела могут рассматриваться коллегиально с участием присяжных заседателей. В случае коллегиального рассмотрения дел установление фактов по делу, применение права осуществляются присяжными заседателями - непрофессионалами. Зарубежные ученые отмечают, что присяжные заседатели применяют усмотрение при решении правовых вопросов так же, как и судьи. Постановления, вынесенные ими, в меньшей степени подвергаются пересмотру вышестоящей инстанцией в связи с тем, что, во-первых, присяжные заседатели, совещаясь закрыто, выносящее решение не мотивируют, во-вторых, в странах общего права считается, что присяжные заседатели при вынесении решения по конкретному делу выражают мнение общества¹.

Некоторые зарубежные ученые подвергают критике указанные права непрофессионалов, действующих в составе суда первой инстанции. Так, М. Дамаска (M.R. Damaska) отмечает: «Подобная открытость обычным «общественным» решениям суда должна была быть определеннее закреплена... в англо-американской правовой культуре, если бы были более очевидны правила судебных прений или совершенны тонкости доказательственных норм»².

Суд присяжных в настоящее время является символом состязательной системы США³.

Таким образом, одна из особенностей усмотрения суда, осуществляемого при коллегиальном рассмотрении дел с участием арбитражных

1 The Uses of Discretion / Ed. by K. Hawkins. Clarendon Press, Oxford, 1992. P. 55.

2 Damaska M.R., The Faces of Justice and State Authority. New Haven, Conn.: Yale University Press, 1986. P. 42.

3 См. подробнее: Black's Law Dictionary. St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1990. P. 1505.

и присяжных заседателей в судах первой инстанции, состоит в общественном (социальном), непрофессиональном характере усмотрения.

В Англии в настоящее время большинство дел в судах первой инстанции рассматривается судьей единолично, В ст. 66 Закона о судах графств 1984 г. (County Courts Act 1984) и ст. 69 Закона о Верховном Суде 1981 г. (Supreme Court Act 1981) закрепляется право на рассмотрение отдельных категорий дел с участием присяжных заседателей в гражданском процессе, а именно по искам, связанным с клеветой, диффамацией, обманом или незаконным лишением свободы. В том случае, если в процессе рассмотрения указанных дел необходимо длительное изучение документов, счетов или материалов научных, национальных исследований, которое не может быть осуществлено присяжными заседателями, дело разрешается единолично судьей¹.

В судопроизводстве стран общего права при единоличном рассмотрении дел судья осуществляет усмотрение в процессах, во-первых, установления фактических обстоятельств по делу, во-вторых, применения права, учитывая реализацию положений, созданных правовыми доктринами, такими как, например, «разумный человек» в деликтных правоотношениях, «правило мотивации» в антитрастовом праве.

Специалисты отмечают, что в странах общего права применение судейского усмотрения встречается чаще, чем в странах континентальной системы.

Ученые выделяют следующие предпосылки указанного положения.

1. Различия в структуре и организации высших судебных инстанций. Во-первых, в странах общего права действует единая система судов высших инстанций. Например, Верховный Суд США, Верховный Суд Канады состоят из девяти судей или Верховный Суд Калифорнии - из семи членов. В странах континентального права, наоборот, на высшем судебном уровне находится дихотомия судов: один для рассмотрения апелляций по уголовным и гражданским делам (например, французский суд кассации - Cour de Cassation), другой - для разрешения жалоб по административным делам (например, французский государственный совет - Conseil d'Etat). В Германии действует система, состоящая из пяти высших судов: для рассмотрения апелляций по гражданским и уголовным делам, для разрешения жалоб по административным, трудовым, налоговым и социальным делам. В России в качестве высших ин-

1 Blackstone's Civil Practice. 2001 / Editor-in-Chief Ch. Plant. P. 617.

станций функционируют Верховный Суд РФ и Высший Арбитражный Суд РФ. Во-вторых, суд высшей инстанции стран гражданского права, например России, Франции, Германии, Италии, имеет в своем составе, как правило, более ста судей. В-третьих, высшая судебная инстанция стран континентального права обычно имеет отделения, к каждому из которых относится большее количество судей, чем необходимо для слушания одного конкретного дела. Следствием подобного положения является то, что определенные судьи, рассматривающие жалобы в отделении, меняются от дела к делу. Таким образом, дихотомия высшей судебной инстанции стран континентального права приводит к тому, что судебные властные полномочия в соответствующих странах распространяются как на судебные органы в целом, так и на конкретных судей. Следовательно, усмотрительный компонент в процессе рассмотрения жалобы требует большего контроля и является более слабым по сравнению с усмотрением компактной высшей судебной инстанции стран общего права.

2. Иерархичность системы обжалования судебных решений в континентальной системе права¹. Судебная система стран континентального права предполагает возможность неоднократного пересмотра судебных решений. В среднем количество жалоб, рассматриваемых высшей судебной инстанцией в странах континентального права, находится между тремя и шестью тысячами в год. В судопроизводстве стран общего права подобная возможность затруднительна. В Англии, например, требуется получение разрешения на принесение апелляционной жалобы, что означает, что право на апелляционный пересмотр вынесенного судебного решения существует в исключительных случаях. В результате палата лордов (House of Lords) в Англии в год рассматривает приблизительно 50 жалоб по уголовным и гражданским делам. В связи с этим каждый пример применения усмотрения судом различных инстанций стран общего права детально изучается как учеными, так и практиками.

3, Субъективный элемент. Судьи стран континентального права являются «карьерными судьями», для которых свойственно поступательное движение по служебной лестнице. Результатом подобного продвижения выступает профессиональная тенденция суда первой инстанции следовать выводам вышестоящего суда, что снижает уровень

¹ См., например: The Uses of Discretion. Ed. by K. Hawkins. P. 57-58.

² Cappelletti M. The Judicial Process in Comparative Perspective, Oxford: Clarendon Press, 1989. P. 50.

усмотрения первого. Для судей стран общего права назначение на высшую судебную должность подразумевает прежде всего политическую ориентацию, а не карьерный рост.

Рассмотрение основных характеристик общего и континентального права, влияющих на применение усмотрения суда, приводит к выводу о более значительной роли *discretio* в англо-американском праве по сравнению с континентальным правом, следовательно, о более глубоких научных исследованиях усмотрения в соответствующих странах.

В настоящее время применение судейского усмотрения в судопроизводстве стран обеих правовых систем увеличивается. Причина данного явления кроется в тенденции к сближению состязательного и следственного процессов. Развитые правовые системы, пройдя период становления, переходят на новый этап - этап интеграции¹.

В отношении увеличения применения усмотрения суда в англоамериканском судопроизводстве учеными выделяются несколько причин. П. Атиях (P.S. Atiyah) полагает, что «баланс между принципом и прагматизмом в судебном процессе существенно изменился с начала прошлого столетия. В первой половине девятнадцатого века суды были склонны разрешать спор, оставаясь верными принципам. Они были в меньшей степени связаны с производством правосудия в каждом конкретном деле, а более связаны с влиянием их решений в будущем. В настоящее время, наоборот, суды стали высоко прагматичны и в меньшей степени принципиальны. Данное изменение не было привнесено только судами. Каждое положение одобряется законодательством»². П. Атиях (P.S. Atiyah) отмечает, что процессуальные нормы имеют тенденцию быть предметом усмотрения в большей степени, чем определенно установленные нормы; но даже при наличии норм последние могут не применяться, если суд почувствует, что они могут привести к несправедливости³. П. Атиях (P.S. Atiyah) связывает подобное положение с изменением представлений о двух функциях права. Право «является средством разрешения спора с помощью справедливой, беспристрастной, законной и миролюбивой процедуры...». Однако «судебный процесс является частью комплексных положений, призванных обеспечить

¹ См. подробнее: Решетникова И.В. Доказательственное право Англии и США, С. 37-48.

² Atiyah P.S. From Principles to Pragmatism: Changes in the Function of the Judicial Process and the Law // Iowa Law Review, 1980.65(5). P. 1251.

³ Ibid. P. 1255.

стимулы для определенных типов поведения»¹. П. Атиях (P.S. Atiyah) полагает, что последняя из названных им функций приобретает более важное значение. Поскольку вторая функция осуществляется посредством прагматизма, а первая - с помощью применения правовых норм, то в настоящее время сфера усмотрения суда увеличивается.

Ф. Шауэр (F. Schauer) подтверждает возрастающее значение усмотрения в странах англо-американского права и конкретизирует его роль в истории американской правовой мысли. Он полагает, что «традиция в американском праве и теории права не только связывает Р. Дворкина с трудами таких теоретиков, как Л. Фуллер и Д. Кеннеди, но также имеет важное положение о взаимодействии с американским правовым реализмом и концепцией Аристотеля о справедливости. Традиция начинается с интуитивно угадываемой цели - рассмотреть конкретное дело правильно, должно. Но данная цель и охватывающая ее традиция существуют совместно с идеей правовой нормы для «слепого» правосудия, основанного только на нормах права. Названной цели свойственна некая терпимость в области соотношения между неправильными решениями, решениями иными, чем те, которые должны были быть вынесены. В Америке во многих наиболее важных сферах вынесения решений толерантность исчезла, и современный образец рассмотрения дел по существу может быть отделен от вынесения решений на основе только правовых норм. Данный новый образец подчеркивает важность не только разрешения дел в соответствии с правовыми нормами, но и специальное приспособление норм права к конкретному делу. Вместо подчинения известному сопротивлению правовых норм новый образец превозносит мотивацию разрешения спора, не связанную с посредничеством норм, таким образом, отменяя препятствия, создаваемые правовыми нормами. В связи с этим... мы можем сказать, что новый образец - это осуществление правосудия не в соответствии с правовыми нормами, а в соответствии с мотивами»².

В последнее время ученые связывают увеличение объема применения усмотрения в англо-американском судопроизводстве с дополнительным объяснением, а именно с так называемыми публично-право-

1 Atiyah P. S. From Principles to Pragmatism: Changes in the Function of the Judicial Process and the Law. P. 1249.

2 Schauer F, The Jurisprudence of Reasons (review of Ronald Dworkin, Law's Empire) // Michigan Law Review, 1987. 85(5,6). P. 847.

выми судебными тяжбами¹. Данные судебные разбирательства обычно включают комплекс проблем публичной политики, вопросов, которые не могут быть разрешены без предоставления судьям широких дискреционных обязанностей. Такие дела объединяют споры в области дискриминации при трудоустройстве, антитрастовые, акционерные и другие аспекты ведения корпоративного бизнеса, банкротство и реорганизацию, потребительские иски и т.д. Публично-правовое судебное разбирательство может быть противопоставлено тому, что Р. Мнукин (R. Mnookin) называет «традиционным рассмотрением», например разрешению спора о возмещении вреда, причиненного одним лицом другому в результате небрежности. Он полагает, что традиционное разрешение дела включает в себя определение фактических обстоятельств и поэтому является «ориентированным на действие». Традиционное разрешение дела, по мнению Р. Мнукина (R. Mnookin), «обычно требует установления прошедших действий и фактических данных. Оно объединяет оценку будущих отношений, в которых прогнозируемое поведение проигравшей стороны может быть важной составной частью. Стороны имеют право участвовать в традиционном процессе». В противоположность данному виду судебного разрешения спора публично-правовое судебное разбирательство, по мнению ученого, включает в себя осуществление судебного усмотрения: оно не «ориентировано на действие»; оно нацелено в большей части в будущее, а не в прошлое; важной чертой являются взаимозависимые, действующие после рассмотрения дела факторы; оно часто находит прецедент неудачным проводником для вынесения решения².

В России арбитражный и гражданский процессы поступательно движутся в сторону состязательности, что подтверждает их интеграцию. Тенденция сближения двух систем правосудия проявляется в пересмотре значения законодательства и судебной практики, суда и сторон в гражданском и арбитражном процессах, содержания принципов правосудия.

Таким образом, выделенные выше основные особенности, свойственные двум правовым системам, влияют как на роль категории усмотрения в национальном праве, так и на ее изучение национальными учеными.

Отметим, что тенденция сближения двух систем правосудия неизбежно отразится в будущем на развитии применения усмотрения суда.

¹ См[^] например: Chayes A. The Role of the Judge in Public Law Litigation // Harvard Law

Review, 1976. 89(7). P. 1281. r Mnookin R.H, Child-Custody Adjudication: Judicial Functions ia the face of bdeterminacy //

Law and Contemporary Problems, 1975.39(3). P. 251-253.

II. ИЗУЧЕНИЕ СУДЕЙСКОГО УСМОТРЕНИЯ В ЗАРУБЕЖНОЙ НАУКЕ ПРАВА И СОЦИОЛОГИИ

Остановимся на исследовании усмотрения (*discretio*) зарубежной наукой права и социологией¹.

Иностранными учеными изучаются как усмотрение субъектов, вступающих в различные правовые отношения между собой, так и усмотрение должностных лиц, в рамках которого выделяется судебское усмотрение.

Дискреция (*discretio*) является предметом исследования как юридической, так и социологической зарубежной науки. В основном учеными проводится комплексное исследование усмотрения. Выделим главные направления изучения дискреции (*discretio*) зарубежными специалистами.

Во-первых, ряд иностранных ученых-правоведов акцентируют внимание на концепции усмотрения, исследуют его взаимосвязи с юридическими нормами и степень, с которой нормы права влияют на усмотрение. Подобный объем изучения связан с тем, что усмотрение интересует зарубежную правовую науку именно с точки зрения соотношения *discretio* со сводом юридически закрепленных правил, «когда лицо вправе принять решение, устанавливающее некие стандарты поведения»²,

Во-вторых, некоторые представители зарубежной юридической науки рассматривают усмотрение в качестве проблемы правовой и публичной политики и, соответственно, как потенциал или для неправоудия³ или для общественного прогресса⁴.

1 Анализ изучения проблемы отечественными исследователями в полном объеме предложен Д.Б. Абушенко в монографии «Судебное усмотрение в гражданском и арбитражном процессе» (М.: Норма, 2002).

2 Dworin R.M. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1997. P. 31.

3 См., например: Отф КС, *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry*. Baton Rouge, La.: Louisiana State University Press, 1969.

4 .flSsaAr J,F, *The Conditions of Discretion: Autonomy, Community, Bureaucracy*. N. Y.: Russell Sage Foundations, 1986.

Интерес зарубежных социологов к усмотрению состоит в изучении применения юридических норм в целях определения, каким образом правовые нормы должны - или не должны - быть воплощены в юридическое действие. Социологи рассматривают усмотрение не столько с точки зрения взаимоотношения с юридическими нормами, сколько с позиции выбора варианта поведения при обстоятельствах, которые не предусмотрены юридическими нормами. Они акцентируют внимание на процессе вынесения решения, а не на усмотрении. Многие социологи наряду с учеными-правоведами рассматривают проблему роли права в обществе¹. Но там, где юристы размышляют о роли юридических норм в процессе достижения определенной правовой цели, результаты, социологи говорят о целях вынесения решения.

Зарубежные ученые выделяют следующие основные проблемы в области темы усмотрения. 1. Определение понятия «усмотрение». 2. Взаимосвязь усмотрения и правосудия. 3. Субъективизм усмотрения. 4. Усмотрение суда. Рассмотрим их последовательно.

1. Определение понятия «усмотрение». Многие иностранные авторы уделяют существенное внимание определению усмотрения. Проанализируем подобные исследования, используя материал, предложенный Д. Галлиганом (D.J. Galligan)².

Р. Дворкин (R.M. Dworkin) придерживается мнения, согласно которому усмотрение - это сравнительная категория, вытекающая из содержания юридической нормы и существующая только «как область, открытая близлежащим понятием ограничения»³. Д. Гашшгаи (D.J. Gffi) полагает, что метафора Р. Дворкина (R.M. Dworidn) о пончике, ка» которого является усмотрением, а края - его ограничениями, мшит обманчиво передавать отражение различий между усмотрением ж нормами права, которые трудно выявить, когда правовые нормы имеют пробелы или неопределенны, абстрактны или етюдаиояин⁴. Р, Дворян (R.M. Dworkin) размышляет далее и отмечает, что юридические нормы позволяют осуществлять усмотрение двух видов слабое и сильное усмотрение. Первый вариант «слабого» («weak») усмотрения осуществляет-

¹ См., например: *Schneider C.E. Discretion and Rules: A Lawyer's View // The Uses of Discretion / Ed. by K. Hawkins. P. 47-88.*

² *Galligan D.J. Discretionary Powers: A Legal Study of Official Discretion. Oxford: Clarendon Press, 1986.*

³ *Dworkin R.M. Taking Rights Seriously. P. 31.*

⁴ *Galligan D.J. Op. cit. P. 32.*

ся при наличии юридической нормы. Второй вариант «слабого» («weak») усмотрения проявляется там, где должностное лицо обладает заключительным властным полномочием для вынесения решения, которое не может быть ни изменено, ни отменено. Второй вид усмотрения - это «сильное» («strong») усмотрение, которое осуществляется, когда лицо, выносящее решение, «не связано юридическими нормами, установленными для разрешения спорного правового вопроса»¹.

Р. Гудин (R.E. Goodin), продолжая аналитическую линию Р. Дворкина (R.M. Dworkin), предлагает другие две пары контрастов в определении усмотрения в дополнение к варианту сильного-слабого различия. Во-первых, ученый указывает, что должностные лица обладают «формальным» («formal») усмотрением, когда право выбора закреплено в юридической норме. В том случае, если язык нормы неясный и право выбора подразумевается, ученый определяет полученное в результате усмотрение как «неформальное» («informal») ². Во-вторых, по мнению ученого, должностные лица, чьи решения являются предметом пересмотра и могут быть проверены иным должностным лицом, обладают «предварительным» («provisional») усмотрением, а те, чьи решения не могут быть пересмотрены, обладают «окончательным» («ultimate») усмотрением³.

В подробном анализе, проведенном Д. Галлиганом (D.J. Galligan), проявляется восприимчивость взглядов социологов на усмотрение. Труд ученого ценен за его вклад в уяснение смысла понятия «усмотрение». Д. Галлиган (D.J. Galligan) указывает, что в широком смысле усмотрение означает область автономии, в которой решение правового вопроса отражает в какой-то степени субъективное мнение правоприменителя. Он добавляет, что идея усмотрения «предполагает также, что решения, которые принимает одно должностное лицо, должны восприниматься строго определенным образом другими должностными лицами»⁴. Подобные идеи ученого оцениваются в зарубежной науке двояко. «Основное содержание усмотрительной власти» объясняется как «властное полномочие, делегированное внутри системы власти должностному лицу или группе должностных лиц, когда они имеют некоторый значительный объем правомочий для установления правил, в соответствии с которыми осуществ-

1 Dworkin R.M. Op. cit, P. 32.

2 Goodin H.E. Welfare, Rights and Discretion // Oxford Journal of Legal Studies, 1986. 6(3). P. 236.

3 Ibidem.

4 Galligan D.J. Op. cit. P. 8.

ляется данная власть, и для применения их в процессе вынесения конкретных решений. Процесс установления правил должен осуществляться не только в целях определения стандартов в случае пробела в праве, а также для индивидуализации и толкования стандартов и указания на значимость коллизионных стандартов. Главным в понятии «усмотрение» является идея, состоящая в том, что в пределах определенной области власти должностное лицо должно действовать в соответствии с целями и потом определять тактику и стратегию для их достижения, Это может быть усмотрение в уяснении и толковании целей; усмотрение в отношении тактики, стандартов, процедур, необходимых для достижения целей»¹.

2. Взаимосвязь усмотрения и правосудия. Многие зарубежные исследования касаются проблемы взаимосвязи усмотрения и правосудия². Некоторые ученые придерживаются концепции, основными элементами которой выступают следующие положения: в демократическом государстве право должно применяться последовательно, открыто и беспристрастно; нормы являются наиболее подходящим средством для достижения данной цели; усмотрение представляет собой противоположность праву; осуществление усмотрения - это субъективное правосудие; применение юридической нормы - это официальное, формальное правосудие³. В настоящее время данная концепция подвергается критике в зарубежной науке.

Во-первых, критиками отмечается, что, несмотря на гибкость усмотрения, способствующую индивидуализации в применении права, субъективизм *discretio* может быть причиной вынесения противоречивых решений: идентичные дела могут быть разрешены не одинаково разными судьями. Данная критика в большей степени направлена в адрес судей, выносящих приговор, или присяжных заседателей в уголовном процессе. В меньшей степени - на то, что усмотрение может приводить к одинаковым результатам в разных гражданских или уголовных делах⁴.

¹ Galligan D.J. Op. cit, P, 21-22.

² См., например: Schneider C.E., Sainsbury R.D., Handler J.F. *The Uses of Discretion* / Ed. by K. Hawkins. Oxford: Clarendon Press, 1992.

³ См., например: Handler J.F. *The Conditions of Discretion: Autonomy, Community, Bureaucracy*. P, 169.

⁴ Hawkins K, *On Fixing Time: Reflections on Recent American Attempts to Control Discretion in Sentencing and Parole* // Unpublished paper presented to Howard League Seminar Series «The Future of Parole», London School of Economics, October 1980,

Во-вторых, некоторые ученые акцентируют внимание на неурегулированности правом процесса вынесения «произвольного решения» по делу¹. Произвольным решением признается такое постановление суда, которое основывается на ложном критерии, не имеющем отношения к рациональному пути и не ведущем к организованному завершению процедуры², таком как дружба или расовая принадлежность.

В-третьих, ряд критических замечаний связан с той властью, которую усмотрение гарантирует должностному лицу, и областью для злоупотреблений властью. Критики отмечают, что усмотрение может привести к неопределенности и ненадежности, а в некоторых случаях - к назойливому поведению судей³.

В-четвертых, иностранные специалисты указывают на то, что не определяется процедура осуществления усмотрения. При этом отмечается, что судьи принимают во внимание широкий спектр информации, который может быть не вполне точным, достоверным. Данный момент, по мнению специалистов, приобретает большую значимость в том случае, если постановление выносится судьей единолично. Тайна принятия решения не только ограничивает возможности по пересмотру вынесенного постановления, но и приводит к непониманию того, как принимается решение, причем не только тем, в отношении кого решение вынесено, но и тем, кто его принимает⁴.

Наиболее известным зарубежным ученым, изучающим взаимосвязь правосудия и усмотрения, является К. Дэвис (K.C. Davis). По его мнению, усмотрение осуществляется всякий раз, когда должностному лицу предоставляют свободу выбора между возможными вариантами действий или бездействий⁵. Исследование К. Дэвиса (K.C. Davis) посвящено подробному изучению правосудия и усмотрения, основанному на критическом анализе как усмотрения, так и способа его осуществления,

К. Дэвис (K.C. Davis) рассматривает усмотрение в качестве основного источника неправосудия. Главный вопрос, который он поднимает в своем научном труде, связан с уменьшением доли усмотрения в процессе принятия решений. К. Дэвис (K.C. Davis) начинает исследование с того,

1 Goodin R, E. Op. cit P. 242,

2 Jowel J. Law and Bureaucracy: Administrative Discretion and the Limits of Legalization. Post Washington, N.Y.: Dunellen Publishing, 1975. P. 14,

3 Goodin R.E. Op. cit P. 244.

4 The Uses of Discretion / Ed. by K. Hawkins. P. 13-16.

5 Davis KC. Op. cit. P. 4.

что должностным лицам необходимо некоторое усмотрение, но в процессе изучения приходит к выводу о наличии существенной суммы «ненужного» усмотрения в правовой системе, которая угрожает надлежащему осуществлению социальной политики. Он ратует за применение юридических норм, ограничивающих усмотрение («устранение и ограничение усмотрительной власти... определение пределов и сдерживание усмотрения внутри них»), за то, чтобы усмотрение могло быть «разрешено только в том случае, если его осуществление находится под надлежащим контролем», за то, чтобы усмотрение было «остановлено, чтобы его применение было тщательно исследовано в целях гарантии от произвола»¹. К. Дэвис (K.C. Davis) создает новый словарь терминов усмотрения, составляющими которого являются «ограничение, реструктуризация и контроль».

Исследование К. Дэвиса (K.C. Davis), проведенное в 1969 г., повышает интерес к усмотрению в зарубежной науке и меняет к нему отношение -положительное на отрицательное. Научная позиция К. Дэвиса (K.C. Davis) может быть рассмотрена в качестве отражения взглядов одного из общественных движений США в защиту гражданских прав, центральной стратегией которого является установление и уточнение прав граждан в их отношениях с правительством. Устранение бюрократического усмотрения выступает необходимым элементом процесса достижения целей данного движения². Усмотрение приводит к неправосудию, по мнению К. Дэвиса (K.C. Davis), тогда, когда оно недостаточно урегулировано правовыми нормами³. Концепция усмотрения ученого связана с субъективной деятельностью должностного лица: это усмотрение частного лица и усмотрение, которое в основном негативно действует на граждан⁴.

Иной анализ усмотрения предложен Дж. Хэндлером (J. Handler). Ученый рассматривает социальную справедливость и сравнивает ее с более, узкой концепцией юридической справедливости. Он разделяет позицию К. Дэвиса (K.C. Davis) о взаимосвязи усмотрения и неправосудия. Вместе с тем Дж. Хэндлер (J. Handler) придерживается более позитивных взглядов на усмотрение по сравнению с К. Дэвисом (K.C. Davis), поскольку считает, что гибкость усмотрения может являться его пре-

¹ Davis K.C. Op. cit. P. 55, 97, 142. r Handler J.F. Op. cit. P. 194-195.

³ См. подробнее: Bankowski Z., Nelken D. Discretion as a Serial Problem. London: Heinemann, 1981.

⁴ См., например: Galtigan D.J. Op. cit. P. 167; Baldwin R, Hawkins K. Discretionary Justice: Davis Reconsidered//Public Law (winter), 1984, P. 570-599.

имуществом. По мнению Дж. Хэндлера (J. Handler), идея усмотрения означает, «что каждая ситуация уникальна... Признание уникальности открывает возможность быть гибким, восприимчивым к особенностям»¹. Ученый анализирует недостатки процедуры осуществления усмотрения и далее, принимая усмотрение в качестве необходимого или желательного, выделяет «условия для надлежащего осуществления усмотрения»². Он отмечает необходимость усиления юридической ответственности в правовом государстве, но не разделяет веру К. Дэвиса (K.C. Davis) в правовые механизмы контроля за осуществлением усмотрения. Дж. Хэндлер (J. Handler) констатирует, что главной проблемой усмотрения является отсутствие надлежащей процедуры его осуществления.

3. Субъективизм усмотрения. Одним из различий в изучении усмотрения в зарубежной правовой и общественной науке является сосредоточение внимания большинства исследований на субъективизме усмотрения. Ученые-правоведы рассматривают концептуальные вопросы осуществления усмотрения или определяют способы контроля за его применением. Особенность исследований зарубежной правовой науки состоит в том, что усмотрение изучается не только как проявление поведения индивидуума, но и как деятельность, урегулированная правовыми нормами. Ограничения усмотрения также представляются в виде определенных юридическими нормами положений³. Ученые-правоведы обычно не исследуют многие другие силы, которыми ограничена деятельность суда: например, экономические, политические, институциональные. Подобное ограничение свойственно зарубежной правовой науке, поскольку, по мнению Р. Лемперта (R. Lempert), проводимые исследования не акцентированы непосредственно на деятельности суда⁴.

4. Усмотрение суда. Изучение в науке усмотрения суда выделяется в странах общего права, где, по мнению М. Галантера (M. Galanter), «процесс разрешения спора является первичной задачей изучения юридической науки»⁵. В качестве примера традиционного подхода к рас-

1 Handler J.F. Op. cit. P. 301.

2 Ibid. P. 7.

3 Davis K.C. Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry. Baton Rouge, La.: Louisiana State University Press, 1969.

4 Lempert R. Docket Data and «Local Knowledge»: Studying the Court and Society Link over Time // Law and Society Review. 1990. N 24. P. 321-322.

5 Galanter M. Adjudication, litigation and related phenomena in L. Upset and S/ Wheeler (eds.) Law and the Social Sciences. N. Y.: Russel Sage, 1986. P.153.

смотрению судейского усмотрения отметим исследование К. Шнейдера (CE. Schneider)¹. К. Шнейдер (CE. Schneider), как и многие другие зарубежные авторы, показывает судейское усмотрение как сложный процесс. В противоположность правоведам обществоведы изучают действие права вне зала судебных заседаний, признавая, что споры в большей части происходят не в судах, а в различных институциональных местах, связанных с их деятельностью, - дома, в школе, на рабочем месте². С данной точки зрения рассматривается не только деятельность судей, но и поведение полицейских, прокуроров, адвокатов, присяжных заседателей.

При изучении судейского усмотрения зарубежными учеными выделяются, *inter alia*, такие проблемы, как усмотрение и разрешение спора; мотивы вынесения судебного решения с применением усмотрения; судебные споры и их место в праве.

Проблема усмотрения и разрешения спора освещается преимущественно в правовой науке США. Американские ученые отмечают, что центральное назначение права наглядно проявляется прежде всего в судах. Таким образом, на примере процесса принятия решений судьей возможно создать типологию видов юридических оснований для поведения любой личности и роли права в данном поведении.

Ученые полагают, что изучение мотивов вынесения того или иного решения позволяет прийти к выводу о правильности позиции теории права относительно взаимодействия юридических и неюридических оснований определенного поведения. Они демонстрируют взаимосвязь юридических и неюридических мотивов в принятии решений по легким судебным делам, в процессе установления фактов по делу, в определении подлежащих применению правовых норм по сложным судебным спорам³. В процессе установления обстоятельств конкретного дела, по мнению ученых, наиболее важное значение имеют представления неюридического характера о природе человека. При решении вопросов о трудности дела и вариантах его разрешения судья оперирует положениями нравственности, политики, социальной общности в качестве со-

1 Schneider CE. Op. cit. P. 47-88.

2 Galanter M. Op. cit. P. 206.

3 Сц., например; Hutehinson AC, Wakefield Ш A Hal} Look at «Hard Cases»: The Nightmare of a Noble Dreamer // Oxford Journal of Legal Studies. 1986. N 2. P. 86-110; Frank J. Courts on Trial. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1949; Dworkin IM. Taking Rights Seriously. Cambridge, Mass.; Harvard University Press, 1977. Ch. 4; MacComick D.N, Legal Reasoning and Legal Theory. Oxford: Clarendon Press, 1978; Bell J. Policy Arguments in Judicial Decisions, Oxford: Clarendon Press, 1983.

ставляющих процесса рассмотрения дела. Применение неюридического основания при осуществлении усмотрения является примером установления стандартов, норм судьями. Таким образом, акцент в исследованиях усмотрения переносится с различия между юридическими и неюридическими мотивами вынесения решения судьями на политическую роль, которой обладают судебные органы власти .

Наиболее проблематичным, с точки зрения зарубежных социологов, в процессе применения усмотрения является положение, которое традиционная теория права определяет как функции права в разрешении спора. Исследуя данное положение, социологическая наука движется двумя путями. Во-первых, анализируется проблема существования такой центральной функции права, как его применение при разрешении спора. Отметим, что многие зарубежные социологические исследования в области права сфокусированы на рассмотрении способа разрешения споров². Социологи считают, что процедура разрешения спора предполагает в общем порядке определение правовых норм и в частной характеристике установление способа разрешения спора. Социологические исследования процесса принятия решений по усмотрению показали, что данный процесс имеет существенные ограничения, указанные в праве. В анализе, проведенном в области политических наук, например, отмечается негативная роль судебного спора в действии права³. Ученые считают, что из данного положения не вытекает обязательность наличия такого критерия, как «установленность в праве», для определения, каким образом судьи решают, что является надлежащим поведением, а что - нет. Центральной частью судебного процесса, по мнению как социологов, так и ученых-правоведов, должно быть осуществление правосудия. Однако подобное заключение, на их взгляд, может последовать только при условии, если и социологи и юристы признают, что происходящее и устанавливаемое в зале суда определяет поведение вне зала судебных заседаний. Зарубежные ученые-правоведы, изучая судебское усмотрение, не предлагают определение правил поведения в обществе, а

1 Dworkin Я.М. Taking Rights Seriously. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977. Ch. 4; BellJ. Policy Arguments in Judicial Decisions. Oxford: Clarendon Press, 1983. Ch. 2.

2 Roberts S. Order and Dispute. London: Pelican, 1979. P. 198-206; ComaroffJ.L., Roberts S, Rules and Process: The Cultural Logic of Dispute in an African Context. Chicago: University of Chicago Press, 1981. P. 5-17.

3 Hawkins K. Environment and Enforcement Regulation and the Social Definition of Pollution. Oxford: Clarendon Press, 1984. P. 188.

пытаются установить более четко, что является юридической перспективой общественного поведения.

Среди российских ученых, интересующихся применением усмотрения, выделим следующих: Д.Б. Абушенко, К.И. Комиссаров, А.Т. Боннер, В.Н. Дубовицкий, И.Л. Петрухин¹. В связи с тем, что отечественные ученые останавливаются в своих трудах на отдельных составляющих усмотрения, в частности, понятие, виды усмотрения, пределы усмотрения, то мы полагаем в процессе рассмотрения каждой из указанных проблем ссылаться одновременно на мнения и отечественных правоведов и зарубежных.

¹ См.: Абушенко Д.Б. Судебное усмотрение в гражданском и арбитражном процессе. М.: Норма, 2002; Комиссаров К.И. Задачи судебного надзора в сфере гражданского судопроизводства. Свердловск, 1971; Боннер А.Т. Применение нормативных актов в гражданском процессе. МЛ Юрид. лит., 1980; Дубовицкий В.Н. Законность и усмотрение в советском государственном управлении. Минск, 1984; Судебная власть: надежды и реальность. М., 1993,

III. ОПРЕДЕЛЕНИЕ СУДЕЙСКОГО УСМОТРЕНИЯ

В юридической науке в настоящее время не сложилось единого подхода к определению усмотрения суда (*discretio*).

В пределах темы исследования ученые-правоведы определяют судебское усмотрение как понятие, включающее в себя:

- - выбор из нескольких законных альтернатив;
- - свободу суда;
- - усмотрительную власть;
- - полномочие суда;
- - правоприменительную деятельность.

Каждое из указанных положений спорно. В этой связи автор предполагает высказать собственную точку зрения, далее выделить ключевые положения определения судебного усмотрения и обосновать свою позицию, сравнивая ее с позицией как отечественных, так и зарубежных специалистов.

Сначала отметим, что субъектом, осуществляющим усмотрение в гражданском и арбитражном судопроизводстве, является суд. Суд рассматривает и разрешает дела как в единоличном, так и коллегиальном составе. Судейским является усмотрение, осуществляемое при единоличном рассмотрении и разрешении дела по существу. Судебным является усмотрение коллегиального состава при отсутствии особого мнения одного из судей. В случае приобщения к делу особого мнения следует говорить о судебском усмотрении, изложенном в письменной форме. Усмотрение суда состоит из дискреции отдельных судей, т.е. судебного усмотрения, находящего закрепление либо в судебном акте, либо и в судебном постановлении и в особом мнении. Поэтому, на наш взгляд, корректнее говорить о судебском усмотрении¹.

Определяя понятие судебного усмотрения, необходимо иметь в виду, что применение усмотрения - это не только право, но и обязан-

¹ Представители русского гражданского процесса также именовали усмотрение судебским (см., например: Криличевский С.А. Судейское усмотрение в исках о доходах и убытках и кассационное обжалование. Пг., 1914).

ность суда, так как возможность осуществления дискреции (*discretio*) закреплена юридической нормой, а процессуальные права суда являются вместе с тем и его обязанностями. Суд не только вправе совершать определенные действия при наличии указанных в законе условий, но и обязан к этому¹. Верным представляется мнение В.М. Шерстюка о том, что, например, «отсутствие в ст. 270, 288 АПК РФ правовых норм, гарантирующих неуклонное выполнение судом процессуальных обязанностей (ч. 4 ст. 170, п. 12 ч. 2 ст. 271 и п. 12 ч. 2 ст. 289 АПК РФ), дает возможность суду понимать эти обязанности перед участниками процесса как права, которые можно осуществлять по своему усмотрению, и под этим предлогом вообще не выполнять их, не соответствует не только ст. 46 Конституции РФ, но закрепленным в ст. 120 Конституции РФ положениям о независимости судей и подчинении их только Конституции Российской Федерации и федеральному закону, ибо порождает у стороны, проигравшей процесс, сомнения в объективности и беспристрастности и ставит их в условия, при которых выполнение закона не является обязательным»².

По нашему мнению, судьейским усмотрением является предусмотренная юридическими нормами, осуществляемая в процессуальной форме мотивированная правоприменительная деятельность суда, состоящая в выборе варианта решения правового вопроса, имеющая общие и специальные пределы.

Выделим ключевые элементы определения усмотрения суда.

Во-первых, применение усмотрения предусмотрено юридическими нормами. Своеобразие отношений, возникающих в процессе применения судьейского усмотрения, заключается в том, что они могут осуществляться в порядке и формах, установленных теми нормами гражданско-

¹ С данным утверждением не согласен Д.Б. Абушенко. Он подвергает критике тех авторов (А.Х. Гольмстен, Е.В. Васильковский и др), которые допускают возможность отождествления прав суда с его обязанностями. Д.Б. Абушенко придерживается мнения, что «в отношении большинства процессуальных действий суд – лицо обязанное, и в то же время существуют такие области правового регулирования (прежде всего – брачно-семейные, трудовые отношения, отношения, связанные с возмещением морального вреда, а также с применением мер гражданско- и административно-правовой ответственности, отношения, возникающие при применении некоторых чисто процессуальных институтов, и другие), в которых совершение ряда процессуальных действий для суда является правом» (Абушенко Д.Б. Указ. соч. С. 7–8).

² Шерстюк В.М. Развитие принципов арбитражного процессуального права. М.: Городец, 2004. С. 17.

го процессуального, арбитражного процессуального и материального права, которые предоставляют суду возможности по применению усмотрения.

Под правовыми вопросами в данном контексте понимаются вопросы, возникающие при рассмотрении и разрешении дел, вытекающих из широкого спектра правоотношений - экономических, гражданских, семейных, трудовых и т.д., разрешение которых осуществляется с применением усмотрения суда.

Во-вторых, судебское усмотрение осуществляется в процессуальной форме, поскольку в гражданском и арбитражном процессах суд вправе совершать те действия, которые предусмотрены соответствующими процессуальными нормами, т.е. формой.

В-третьих, судебское усмотрение должно быть мотивированным.

В-четвертых, ключевым элементом судебного усмотрения является категория выбора варианта решения того или иного правового вопроса.

В-пятых, выбор ограничен общими и специальными пределами.

В-шестых, усмотрение суда представляет собой правоприменительную деятельность.

Перейдем к объяснению собственной позиции в рамках определения судебного усмотрения в сравнении с мнениями отечественных и зарубежных специалистов.

Законность судебного усмотрения

Для понимания законности как неотъемлемого качества правовой системы в целом существенное значение имеет содержательная характеристика самих норм права. Содержание законности составляет не само наличное законодательство, а такое законодательство, которое адекватно воплощает правовые принципы, общечеловеческие идеалы и ценности, насущные потребности и интересы человека, объективные тенденции социального прогресса.

Законность, как отмечает отечественная общая теория государства и права, означает идею, требование и систему (режим) реального выражения права в законах государства, в самом законотворчестве, в подзаконном нормотворчестве¹.

¹ См.: Общая теория государства и права: Академический курс Т. 1. / В. В. Вейс. Проф. М.Н. Марченко. М.: Зерцало, 1998. С. 507.

Проблема законности судейского усмотрения в трудах зарубежных ученых ставится и изучается.

Так, К. Дэвис (K. Davis) определяет усмотрение следующим образом: «Должностное лицо государства обладает усмотрением в том случае, когда пределы осуществления власти предоставляют ему свободу выбора поведения исходя из возможных вариантов действий и бездействия». Разъясняя данное положение, ученый отмечает, что «усмотрение не ограничивается тем, что разрешено или что законно, оно включает в себя любое поведение, основанное на властных полномочиях в рамках определенных пределов». Он отмечает, что подобная фразеология необходима, потому что значительная часть усмотрения незаконна либо сомнительна с точки зрения законности¹.

С другой стороны, такие ученые, как Дж. Ричардсон (G. Richardson), Э. Огус (A. Ogus), П. Бёрроус (P. Burrows), указывают, что «усмотрение не является просто выбором; оно содержит в себе положение о законном выборе, о решении, достигнутом в пределах определенных ограничений»².

А. Барак, отмечает, что «усмотрения нет там, где выбор заключается между законной возможностью и незаконной возможностью,.. Существование альтернативы определяется не ее осуществимостью, а ее законностью»³.

Аналогичной точки зрения придерживается Дж. Готтлиб (G. Gottlieb). Он указывает, что «не выбор делает избранное поведение законным, напротив, сам выбор основывается на факте, что соответствующий вариант законен»⁴. Следует подчеркнуть, что законность выбора и властное полномочие, вытекающее из содержания закона, являются центральной частью большинства исследований усмотрения, проводимых зарубежной правовой наукой.

Особенностью ряда научных трудов выступает изучение той области, в которой норма права устанавливает пределы для судейского усмотрения — одного из сложных вопросов правоведения - характера связи между правовым отношением, составным элементом которого является усмотрение суда, и юридической нормой.

¹ Richardson G., Ogus A., Burrows P. Policing Pollution: A Study of Regulation and Enforcement, Oxford: Clarendon Press, 1983. P. 20-21. *БшткА,

Судейское усмотрение. М., 1999. С. 15-16. ⁴ Gottlieb G., The Logic of Choice, 1968. P. 117.

В процессе изучения поставленной проблемы ученые обращаются к публично-правовой модели усмотрения, выделяемой Д. Галлиганом (DJ. Galligan). Из указанной модели следует, что государство нормативно закрепляет социальную власть (в том числе и усмотрительную власть) либо путем ее создания, либо путем подтверждения ее существования и обеспечения общественного признания и властных полномочий². Данный вывод специалистов исходит из положения о том, что юридическая норма и соответствующее правоотношение не связаны между собой как причина и следствие. Нормы законодательства не всегда могут охватить все стороны юридической жизни общества, его социально-экономическую практику. Д. Галлиган (DJ. Galligan) и другие правоведы отмечают, что первоначально нормы права могут создаваться людьми не в рамках юридических отношений в строгом понимании последних. Сложившаяся норма права начинает использоваться в пределах отношений, которые данная норма «доводит» до статуса юридических общественных. Этот процесс, как правило, сопровождается официальным признанием сложившейся нормы права и приданием ей официального статуса юридического источника права, судебного решения и т.д.³ Таким образом, в том случае, если юридическая норма прямо закрепляет усмотрение, то его законность не вызывает сомнения. В ситуации, если юридическая норма отсутствует, но наличествует сложившееся отношение с элементом усмотрения, то в целях разрешения проблемы законности усмотрения зарубежные авторы обращаются к рассмотрению выработанных определенными субъектами (в частности, судьями) мер (норм) права. В рамках нормативного регулирования, указывают они, установленные социальные отношения между родителем и ребенком, доктором и пациентом, etc. также представляют собой властные отношения, определенные государством (т.е. законные), даже если норма права устанавливает ограничения на законность, требует признания в определенных случаях⁴.

1 Galligan DJ. Op. cit P. 86-87.

2 The Uses of Discretion / Ed. by K. Hawkins. P. 96.

3 Подобная проблема рассматривается и в отечественной общей теории государства и права. См. подробнее: Общая теория государства и права: Академический курс. Т. 2 / Под ред. проф. М.Н. Марченко. С. 273-275.

4 См., например, точку зрения М. Адлера (M. Adler) и С. Эскифа (S. Asquith), полагающих, что властные отношения в контексте усмотрительных отношений между должностными лицами государства и общественностью должны рассматриваться как отражения структурированных властных отношений в обществе в целом (Adler M., Asquith S. Discretion and Welfare. London: Heinemann, 1981. P. 12),

З. Банковски (Z. Bankowski) и Д. Нелкен (D. Nelken) отмечают, что одной из функций права является нормативное закрепление властных полномочий. В свою очередь сложившийся (фактический) выбор стандартов, правил в правоотношениях, в которых проявляется усмотрение, по их мнению, впоследствии может быть нормативно закреплён. Подобное подтверждение законодателем правоотношений с элементом усмотрения зависит в большинстве случаев от того, какие факторы (например, профессионализм) выделяются в качестве подтверждения фактически сложившейся передачи усмотрительной власти властедержателю¹.

Учитывая, что представленные точки зрения отражают мнения ученых стран общего права, отметим, что зарубежная правовая наука в основном считает, что существование нормативно не установленных, выработанных практикой правоотношений с элементом усмотрения, одной из сторон которых являются должностные лица, согласуется с законностью.

Отметим ряд дополнений в рамках поставленной проблемы применительно к отечественному гражданскому и арбитражному процессам.

Принимая во внимание выводы, сделанные учеными-правоведами, укажем, что в практическом плане юридические нормы, правовые отношения и само право могут быть связаны неоднозначно. На наш взгляд, обсуждая проблемы законности судьейского усмотрения, нормативного закрепления фактически сложившихся правоотношений с элементом дискреции, следует учитывать положение о взаимосвязи культурно-исторического развития государства, права и усмотрения.

Основной вывод юридической науки заключается в том, что государство является непосредственным фактором создания правовых установлений и главной силой их осуществления². Следовательно, по общему правилу применение усмотрения судьей устанавливается государством.

Наиболее ощутимо воздействие государства на право проявляется в сфере правотворчества и правореализации.

Нормы, регулирующие применение судьейского усмотрения, формируются при обязательном участии государства. Однако оно не является основным фактором в этом процессе. Государство не формирует

¹AdlerM., Asduith S. Op. cit. P. 256.

² См.: Алексеев С. С. Общая теория права. Т. 1. М., 1981. С. 169-

нормы о судебском усмотрении, а завершает правообразовательный процесс.

Причины же нормативного закрепления судебного усмотрения коренятся в материальном способе производства, характере экономического развития общества, его культуре и т.д.

Представляется, что возможность и необходимость применения усмотрения судьей возникают только в развитом демократическом государстве.

Право не может быть вне экономической системы и обусловленным ею культурным развитием общества. Аксиоматично то, что закон живет и действует в системе общественных отношений, а не вне их или над ними. Его задача - наиболее точно отражать эти отношения, изменяться, следуя логике объективного развития.

Гражданский и арбитражный процессы тесно связаны с гражданским оборотом, а применение судебного усмотрения - с процедурой (формализмом) судопроизводства. Неразвитый оборот требует для разрешения спора больше формальностей, в связи с чем фактически складываются и законодательно закрепляются незначительные возможности осуществления усмотрения судьей.

С развитием рыночной экономики, реформированием социально-экономических отношений в обществе, возрастанием роли гражданского права как основного регулятора товарно-денежных и иных отношений, складывающихся в рыночном хозяйстве, постепенно умалается значение формализма в гражданском и арбитражном процессах. Присущие гражданско-правовому регулированию начала инициативы и диспозитивности, равенства и взаимной имущественной ответственности субъектов влекут расширение сферы их применения в формирующемся правовом государстве и в судопроизводстве, в частности, путем увеличения нормативно установленных возможностей по осуществлению судебного усмотрения.

Усиливающийся гражданский оборот требует быстрой ликвидации спорных отношений. Излишняя формальность судебного производства увеличивает сроки рассмотрения конкретных дел, В свою очередь применение усмотрения судьей уменьшаем «щементирующее» действие формализма гражданского и арбитражного процессов, позволяет избежать волокиты при разрешении правовых ситуаций.

На наш взгляд, в рамках рассматриваемой проблемы значение имеет процессуальная форма судебного усмотрения.

Так, зарубежные ученые отмечают, что осуществление судьейского усмотрения происходит в рамках институциональных ограничений¹. В частности, А. Барак следующим образом описывает судебный процесс, в котором осуществляется усмотрение, с институциональной точки зрения: «...он начинается, когда одна сторона обращается к суду и другая сторона отвечает. Стороны посредством своих соответствующих утверждений устанавливают фактическую базу, в рамках которой будет принято судьейское решение спора. Правила доказывания (в отношении допустимости и относимости доказательств) определяют тип доказательств, которые будут представлены судье или составу судей. Сам процесс должен удовлетворять правилам естественной справедливости. Каждая сторона должна иметь право выслушать и быть выслушанной. Судья должен проявлять объективность и беспристрастность, которые обеспечены его независимостью, Каждая сторона - в одиночку или с помощью адвоката (атторнея) - представляет юридические аргументы, поддерживающие ее позицию. В заключение спора единогласно или большинством голосов выносится судебное решение. Оно должно быть разумным. Оно устанавливает факты и применяет право. Выигравшая сторона получает удовлетворение своих притязаний в решении, за исполнение которого судья не несет ответственности. Из судьейского решения вытекает определенное правовое положение, обязательное для всего общества в силу принципа судебного прецедента»².

Принимая указанные положения в качестве положений, относящихся и к российскому гражданскому и арбитражному процессам, отметим, что выделяемые зарубежными специалистами институциональные рамки судьейского усмотрения связаны с закрепленными в соответствующем законодательстве общими правилами производства в суде первой инстанции. Следовательно, ученые-правоведы подчеркивают значение процессуальной формы судьейского усмотрения, указывают на институциональность ограничений в силу того, что, на их взгляд, в рамках проблемы исследования необходимо сместить акцент изучения в сторону выделения обязательности правил, установленных процессуальным законодательством, именно для суда. Подобный подход к изучению проблемы представляется верным.

¹ В данном коментарии институтом, в котором происходит осуществление судьейского усмотрения, является суд. См.: MacComichDN. Law as Institutional Fact // Law Quarterly Review, 1974.90. P. 102-129; Барак А Указ. соч. С. 229-349.

² Бдращ4, Указ. соч. С, 229-230,
45

По нашему мнению, подчеркивание процессуальной формы судебного усмотрения (или так называемых институциональных ограничений) необходимо при анализе осуществления дискреции (*discretio*). Применение усмотрения в рамках институциональных границ тщательно продумано законодателем. Институциональные установленные правила призваны накладывать ограничения на осуществление выбора в процессе рассмотрения и разрешения судьей конкретных дел. Поэтому действительная степень возможного выбора при применении судебного усмотрения может быть определена только после изучения институциональных рамок, в которых действует такой участник процесса, как суд.

Именно в связи с названным положением определение судебного усмотрения, предложенное К. Дэвисом (K.C. Davis)¹, акцентирует внимание на «действенных (эффективных) ограничениях» выбора, а не на тех пределах, которые установлены в содержании правовой нормы.

Представляется, что институциональный контекст помогает не просто объяснить поведение судьи, применяющего усмотрение, он способствует определению необходимости присутствия усмотрения в рамках правоприменительной деятельности, осуществляемой судом.

Некоторые зарубежные ученые, исследуя проблемы бюрократии, полагают, что «законы, которые нормативно закрепляют ограничения в отношении бюрократии, устанавливают пределы деятельности соответствующих лиц, но не уточняют их»². В связи с этим бюрократия, по их мнению, действует свободно, поскольку осуществляет свои интересы и идеологию внутри широких границ. Иными словами, значимость нормативного контроля за деятельностью должностных лиц по усмотрению состоит в том, чтобы юридически установить и закрепить институт, в рамках которого должна осуществляться деятельность судей³. Для должностных лиц государства является необходимым не только наличие согласия с целями и ограничениями, определенными юридической нормой, но и желание действовать в направлении достижения установленных целей. В последнем случае, который П. Селзником (P. Selznick) именуется «инженерным» аспектом⁴, пределы выбора, установленные юридической нормой, имеют меньшее значение по сравнению с выпол-

¹ Davis K.C. Op. cit.P.4.

² Chambliss W.J., Sheidman R.B. Law, Order and Power. 24*1 edn, Reading, Mass.: Addison-

Wesley, 1982. P.287. ³ Ibid. P. 288-289. ⁴ Selznick P. Law, Society, and Industrial Justice. N. Y.: Russell Sage Foundation, 1969. P. 94.

нением общих задач, возложенных на должностное лицо государства. Подобная точка зрения способна привести к двум последствиям-выводам. Во-первых, при наличии пробела в законодательстве усмотрение является центром институционального «сооружения», в котором юридические нормы играют вспомогательную роль, устанавливая пределы выбора. Важным в данном отношении является не то, что юридические нормы существуют, а то, что они определяют правила производства в суде, в рамках которых происходит исполнение общих задач и целей. Во-вторых, нормативно закрепленный контроль за деятельностью должностного лица должно быть рассмотрен совместно с другими воздействиями, существующими в конкретной деятельности по усмотрению (в частности, судебной). Например, Э. Дайси (A.V. Dicey)¹ определяет юридически неконтролируемое, фактически сложившееся усмотрение как «третейское» и не одобряет его. Вместе с тем зарубежные исследования демонстрируют, что внутри процедуры судебного разбирательства, в котором осуществляется усмотрение, могут действовать как юридически закрепленные пределы, так и другие эффективные ограничения. Практикующие зарубежные юристы, знакомые с данной точкой зрения, отмечают, что они не могут осуществлять контроль за применением фактически сложившегося усмотрения в силу наличия политического или иного воздействия на должностных лиц².

По нашему мнению, установленные процессуальным законодательством правила производства по делам в суде первой инстанции, именуемые зарубежными специалистами институциональными ограничениями, должны быть выделены при рассмотрении законности судейского усмотрения в связи с тем, что они помогают определить возможный контроль за осуществлением усмотрения со стороны лиц, участвующих в деле, и очертить различные способы воздействия на деятельность, в том числе усмотрение, судей.

Отметим, что при применении судейского усмотрения является важным не только верное определение пределов выбора, закрепленных в норме права, применимой к конкретным правоотношениям, но и следование правилам, установленным в отношении процедуры рассмотрения и разрешения дел. Судейское усмотрение приобретает свое значение, является надлежащим именно тогда, когда оно применяется при

1 Dicey A.V. An Introduction to the Study of the Law of the Constitution. 101st edn. London:

Macmillan, 1959. P. 188,411-412. 3 R. v. Environment Secretary, ex parte Nottinghamshire CC [1986] AC 240 at p. 250-251.

строгом соблюдении судом норм процессуального права, закрепляющих процедуру рассмотрения и разрешения дела.

На наш взгляд, исследуя процессуальную форму судебного усмотрения (или институциональные пределы выбора), необходимо уяснить значение усмотрения в процессе применения норм процессуального права, а в этих целях — акцентировать внимание на роли усмотрения в правоприменительной деятельности.

Усмотрение касается, как устанавливает К. Тёрк (K. Turk)¹, такой функциональной автономии правоприменителя (в частности, судьи), при которой судья может открыто проявлять свои собственные потребности, интересы, цели и знания, осуществляя выбор между сравнимым рядом альтернативных вариантов действий. Однако данная функциональная автономия определяется институционально. Устанавливая все ограничения, юридические и иные внутри институционального контекста, зарубежные ученые приходят к пониманию полного объема автономии, которым обладает судья. Они предлагают разделять роль усмотрения как власти выбора, непосредственно предоставленной и юридически закрепленной в руках должностного лица, и тот выбор и ту свободу маневра, которые осуществляет судья в силу неопределенности или коллизии юридических норм. Действительно, именно законодательство первично предоставляет судье право выбора. В последующем при достижении общих задач и целей судья наделен большими возможностями по осуществлению усмотрения².

Предложенный анализ институциональных ограничений усмотрения приходит в некоторое противоречие с установленной английским ученым Р. Дворкиным (R.M. Dworkin)³ дихотомией между сильным усмотрением («strong discretion»), включающим определение судьей собственных положений (не имеющих ограничений) для вынесения решения, и слабым усмотрением («weak discretion»), которое составляют толкование и применение судом норм права⁴. Важным в рассматриваемом вопросе выступает тот размер творческих функций, которым наделен судья.

1 Turk K. Handlungsraume und handlungsspielraume rechtsvollziehender Organisationen // Jahr-buch fur Rechtssoziologie und Rechtstheorie, 1980. P. 161.

2 The Uses of Discretion/ Ed. by K. Hawkins. P. 102.

3 Dworkin R.M. Op. cit. P. 31-39.

4 См. подробнее о дихотомии Р. Дворкина в главе о видах судебного усмотрения.

Р. Дворкин (R.M. Dworkin) указывает, что если выбор осуществляется в рамках определенных пределов, то обращают на себя внимание способы проверки вынесенного постановления суда. В том случае, если вышестоящая судебная инстанция вправе по любому делу постановить, что решение нижестоящего суда подлежит отмене полностью или в части, и вынести новое постановление (например, в условиях полной апелляции)¹, то перед нами наглядный пример осуществления слабого усмотрения: решение суда вышестоящей инстанции о вынесении нового постановления, принятое путем толкования и применения норм права. В том же случае, если вышестоящая судебная инстанция наделена полномочием по принятию нового решения по делу только при наличии ряда условий, указанных в законе, то первоначальная судебная инстанция наделена большим правом выбора. Указанное различие рассмотрено подробнее при изучении места толкования правовых норм в осуществлении судейского усмотрения.

Следовательно, в отечественном гражданском и арбитражном процессах судейское усмотрение приобретает свое значение, является законным при условии соблюдения судьей норм процессуального права, устанавливающих порядок рассмотрения и разрешения дел, а не следование фактически сложившимся правилам поведения с элементом дискреции. Правила судопроизводства считаются институциональными пределами выбора, подчеркивают процессуальную форму судейского усмотрения и являются гарантией осуществления контроля за применением усмотрения.

Из данного общего правила следует одно исключение, связанное с ситуацией отсутствия правового регулирования возникших правоотношений, когда положения правоприменительной практики с элементом дискреции первично находят свое отражение в постановлениях Пленума Верховного Суда РФ, а позднее законодательно закрепляются. В данной ситуации суды общей юрисдикции следуют сложившимся правилам поведения с элементом дискреции. В качестве примера укажем на задачи стадии подготовки гражданского дела к судебному разбирательству, которые были первично сформулированы как общеобязательные целевые положения для участников процесса в постановлении Пленума Верховного Суда РСФСР от 19 марта 1969 г. «О подготовке граждан-

¹ См. подробнее о видах апелляции: Борисова Е.А. Апелляция в гражданском и арбитражном процессе. М.,: Городец, 1997. С. 47-57.

ских дел к судебному разбирательству»¹, а законодательно закреплены в ст. 141 ГПК в 1995 г.

Все вышесказанное свидетельствует о своевременном нормативном закреплении применения судейского усмотрения только на определенном этапе развития гражданского оборота, при переходе к цивилизованным видам и формам рыночных отношений, основывающихся на доверии между партнерами, на неукоснительном выполнении обязательств, на соблюдении всех требований, которые связаны с товарно-денежным обращением и функционированием гражданского оборота.

Отметим, что влияние государства на право не следует абсолютизировать. Последнее также обладает относительной самостоятельностью, собственными, внутренне присущими ему закономерностями формирования и функционирования, из чего следует, что право имеет по отношению к государству самостоятельное значение. Таким образом, возможность и необходимость применения судейского усмотрения зависят от уровня развития права.

В юридической литературе высказывается мнение, что правовой порядок в каждом обществе управляется не буквой писаных законов, а известной суммой идей, которые только воплощаются в законе и правовых нормах², т.е. принципами права. Это дает основание прийти к заключению, что в правовом государстве, в том числе и в судебной деятельности, властвует не закон, а само право,

Отмеченное позволяет сделать вывод о том, что задача суда в развитом демократическом обществе состоит именно в применении и толковании закона, установлении на его основе права в широком смысле слова как состояния справедливости в обществе.

Следует подчеркнуть, что еще в глубокой древности наметилось различие права (естественного) и закона.

Основной постулат рассматриваемого направления - это вывод о существовании высших, постоянно действующих, независимых от государства норм и принципов, олицетворяющих справедливость, объективный порядок ценностей, не только являющихся директивами для законодателя, но и действующих прямо на судью, на его усмотрение!

По мнению большинства ученых, поставленная проблема связана с темой злоупотребления властью должностными лицами, Так, Дж. Белл

1 Бюллетень Верховного Суда РСФСР. 1969. № 7,

2 GalliganDJ. Op.cit. P. 72-84.

(J, Bell) полагает, что если судебная власть осуществляется в интересах определенного индивидуума, то это в большей степени свидетельствует о злоупотреблении властью¹.

Некоторые отечественные ученые, например Д.Б. Абушенко, отмечают, что «основой и судебного усмотрения и судебного произвола является свобода правоприменителя в совершении правовых действий. Поэтому в самом общем виде область судебного произвола можно обозначить той частью свободы правоприменителя, которая, во-первых, не охватывается судебным усмотрением и, во-вторых, непосредственно не вытекает из специфики правоприменительной деятельности»². В связи с тем, что судейское усмотрение в отечественном гражданском и арбитражном процессах не является свободой (что будет установлено далее в работе), сложно согласиться с таким разграничением усмотрения и произвола.

По мнению автора, прогрессивное развитие права сопровождается постепенным ограничением личного произвола, расширением влияния общественной воли закона и, следовательно, применением судейского усмотрения. Основным отличием *discretio* от судебного произвола является закрепленная нормой права возможность осуществления усмотрения в процессе разрешения правового вопроса.

Из современных ученых различие права и закона, обращение к справедливости как одному из абстрактных определений права последовательно и весьма обстоятельно аргументирует В.С. Нерсисянц. Им, в частности, определено, что различие права и закона — это необходимый момент любого теоретического подхода к правовым явлениям, в том числе и к проблеме судейского усмотрения. В позиции В.С. Нерсисянца применительно к *discretio* привлекает, во-первых, признание им нормативности права и, во-вторых, указание на то обстоятельство, что в законе не может быть конкретизируемо «любое произвольно взятое содержание, но лишь определенное по своей сущности содержание (т.е. свобода)»³. Не подлежит сомнению значение данного замечания для определения понятия судейского усмотрения. Подход В.С. Нерсисянца к рассматриваемой проблеме позволяет утверждать, что возможность и необходимость применения дискреции (*discretio*) связаны с определенным уровнем развития права, а закреплены они юридической нормой.

1 The Uses of Discretion / Ed. by K. Hawkins. P. 97.

2 Абушенко Д.Б. Указ. соч. С. 20.

3 Нерсисянц В.С. Право и закон. М, 1983. С. 353.

В соответствии с изложенным можно прийти к заключению, что только в правовом государстве, в демократическом обществе судебское усмотрение представляет собой *aequum et bonum*, т.е. то, что есть, справедливо.

Закрепление в юридической норме применения судебного усмотрения - это не каприз законодателя, а результат культурно-исторического развития государства и права.

Таким образом, законность судебного усмотрения состоит в том, что оно основано на нормах процессуального и материального права, подлежащих применению при рассмотрении и разрешении конкретного дела, связанных с осуществлением усмотрения судом.

На взгляд автора, судебское усмотрение является законным и в случае применения судом аналогии закона или права.

Отметим, что в юридической литературе встречаются различные взгляды на отнесение к области судебного усмотрения применения аналогии закона или права.

Например, С.С. Алексеев относит аналогию к способам восполнения пробелов в праве, в законе¹. Трудно согласиться с подобным мнением. Применение аналогии осуществляется судом, а восполнять пробелы в законе, как известно, вправе законодатель. Суд только распространяет действие права на случаи, аналогичные тем, которые оно регулирует. Следовательно, аналогия является способом восполнения пробелов не в законе, а в круге фактов, в круге общественных отношений, подлежащих правовому регулированию. Аналогия - это правоприменительный, а не правотворческий процесс. Следовательно, она осуществляется с применением судебного усмотрения.

По мнению А.Т. Боннера, «разрешение дела на основании аналогии закона или права не может быть признано формой судебного усмотрения, так как здесь отсутствует какая-либо свобода при выборе вариантов решения...»². В этом случае суд должен реализовать закон, регулирующий спорные отношения.

Противоположной точки зрения придерживается К«И, Комиссаров. По его мнению, в случаях применения аналогии закона или, права «суд по собственному усмотрению констатирует правовой характер того или ино-

1 См.: Алексеев С.С. Общая теория социалистического права. Вып. 4. Свердловск, 1966. С. 53-54.

2 Боннер А.Т. Применение закона и судебное усмотрение в Советском государстве и право. 1979. №6. С. 40.

го общественного отношения, хотя оно прямо и не урегулировано конкретным законом и применяет наиболее близкие по смыслу нормы права либо разрешает спор в соответствии с основными началами права»¹.

Последняя точка зрения представляется более корректной.

Определяя сущность аналогии, одни правоведы рассматривают ее как логический или особый логический метод действующего права². По мнению других, применение аналогии не является чисто логическим процессом. Это - сложный творческий процесс, основывающийся не только на логике, но и на верной оценке конкретного правоотношения³. В связи с тем, что усмотрение, на наш взгляд, связано с деятельностью судьи по отысканию наиболее оптимального решения правового вопроса в общих рамках закона, с соблюдением общих и специальных пределов выбора, то аналогия закона и аналогия права применяются с осуществлением судебного усмотрения.

Некоторые ученые отрицают возможность распространения аналогии на гражданское судопроизводство⁴. Вывод, сделанный ими, гласит: нет нормы - не должно быть и процессуального действия. Они признают возможность существования пробелов в гражданско-процессуальном законодательстве, но в качестве единственного метода их ликвидации рекомендуют принятие соответствующих актов компетентными органами государства.

М.Г. Авдюков, в частности, утверждает, что «аналогия процессуального закона не согласуется с принципом законности»⁵. Это мнение В.В. Лазарев считает ошибочным, поскольку оно представляет требование законности узко⁶. Законность в первую очередь требует реализации материальной нормы права и поэтому в случаях пробелов процессуального законодательства, как правило, приходится искать средства их преодоления самому правоприменительному органу, используя судебное усмотрение.

1 Комиссаров К.И. Указ. соч. С. 55.

2 См., например: Алексеев С.С. Общая теория социалистического права. Вып. 4. С. 54.

3 Сш, например: Вильнянский СИ. Лекции по советскому гражданскому праву. Ч. 1. Харьков, 1958. С. 68,

4 См., например: Демократические основы советского социалистического правосудия / Под ред. М.С. Строговича. М., 1965. С. 89; Авдюков М.Г. Принцип законности в гражданском судопроизводстве. М., 1970. С. 177-190.

г Авдюков М.Т. Указ. ооч. С. 178.

6 См.; Лазарев ДД Пробелы в праве и пути их устранения. М-, 1974. С. 158-183.

Изложенная теоретическая концепция бессильна объяснить, как надлежит поступать судам до дополнения законодательства. Более того, несостоятелен исходный тезис о возможности создания нормативного акта, в котором можно было бы предусмотреть любые жизненные ситуации, регламентировать все детали гражданского или арбитражного процесса. Верховный Суд РФ *inter alia* придерживается подобной позиции и допускает распространение аналогии на гражданское судопроизводство. В частности, в постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 20 января 2003 г. говорится, что «если наличие спора о праве, подведомственном суду, выяснится при рассмотрении дела в порядке производства по делам, возникающим из публичных правоотношений, то суд на основании ч. 4 ст. 1 ГПК РФ применяет норму, регулиющую сходные отношения в особом производстве (ч. 3 ст. 263 ГПК РФ)». В п. 22 указанного постановления определяется, что «с учетом того, что ГПБС РСФСР не устанавливал срок на обжалование судебных постановлений в порядке надзора, а при введении в действие ГПК РФ, установившего такой срок, Федеральный закон от 14 ноября 2002 г. не определил порядок исчисления срока обжалования после 1 февраля 2003 г. судебных постановлений, вступивших в законную силу до указанной даты, этот порядок необходимо определять, применяя на основании ч. 4 ст. 1 ГПК РФ норму, регулиющую сходные отношения (аналогию закона), — ст. 9 Федерального закона от 24 июля 2002 г. «О введении в действие Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации»».

В.М. Жуйков полагает, что «при применении аналогии надо иметь в виду, что она допустима, когда, во-первых, действительно имеется пробел в процессуальном законодательстве, а не его видимость и, во-вторых, при условии, что ее применение не приведет к ущемлению прав каких-либо лиц, как участвующих, так и не участвующих в деле»¹.

Применение судом усмотрения при отсутствии закона, регулирующего спорное отношение, не означает нарушение принципа законности. Таковое имеет место лишь при несоблюдении правоприменительным органом условий обращения к тем или иным средствам преодоления пробелов в праве.

Так, следует заметить, что существуют определенные ограничения; применения судом аналогии.

Жуйков В.М. Проблемы гражданского процессуального права. М.: Городец, 2001. С. 73.

Из спектра публичных правоотношений укажем, например, две области налогового права, восполнение пробелов в которых с использованием аналогии недопустимо.

К первой группе относятся нормы, регулирующие установление и введение налогов и сборов. Арбитражный суд, обнаружив пробел в части определения налогоплательщиков конкретного налога, определения обязательных элементов его юридического состава, не может осуществить усмотрение и применить правовые нормы, регулирующие сходные отношения.

Так, подп. 3 п. 2 ст. 337 Налоговый кодекс РФ (в старой редакции) относил к такому виду добытых полезных ископаемых, как углеводородное сырье, «газ горючий природный из газовых и газоконденсатных месторождений» и «газ горючий природный из... нефтегазоконденсатных месторождений, добываемый через нефтяные скважины». То есть из объектов налогообложения выпадал газ природный горючий, который добывается из нефтегазоконденсатных месторождений, но не через нефтяные, а через газовые скважины. Вступившие в силу с 1 января 2004 г. поправки в гл. 26 НК РФ устранили данный пробел. Однако в отношении газа, добытого в 2002-2003 гг., устранить его невозможно, так как это будет противоречить ст. 57 Конституции РФ и ст. 17 НК РФ. Недопустимо в данном случае и применение по усмотрению суда аналогии в процессе рассмотрения и разрешения конкретного дела, затрагивающего данную проблему,

Вторую группу правовых норм, пробелы в которых суды не вправе преодолевать по усмотрению, составляют нормы, определяющие признаки действий налогоплательщиков и налоговых агентов в качестве противоправных и наказуемых. А.А. Маслов, в частности, указывает, что «содержащиеся в главе 15 НК РФ общие положения об ответственности за совершение налоговых правонарушений не допускают возможности привлечения к ответственности при отсутствии в законе какого-либо из элементов состава правонарушения либо при невозможности установить размер санкции, налагаемой на правонарушителя».

Недопустимо применение аналогии норм процессуального законодательства, устанавливающих санкции в отношении определенных лиц и возлагающих на них обязанности. Так, суд не может примешать, то

1 Маслов АЛ. Применение налогового законодательства во авалем» // Вшивые еивры. Теория и практика. 2003. Октябрь. С. 11.

аналогии санкции, предусмотренные п. 2 ст. 168 ГПК РФ или п. 2 ст. 157 АПК РФ, в случае неявки в судебное заседание экспертов, свидетелей, переводчиков, к лицу, участвующему в деле.

Подведем итог рассмотрению проблемы законности судебного усмотрения,

Нормы, регулирующие применение судебного усмотрения, формируются при обязательном участии государства. Оно не является основным фактором в этом процессе. Государство не формирует нормы о судебном усмотрении, а завершает правообразовательный процесс.

Причины нормативного закрепления судебного усмотрения коренятся в материальном способе производства, характере экономического развития общества, его культуре и т.д.

Законность применения усмотрения судьей свойственна государствам с развитым демократическим режимом.

С развитием рыночной экономики, реформированием социально-экономических отношений в обществе, возрастанием роли гражданского права как основного регулятора товарно-денежных и иных отношений, складывающихся в рыночном хозяйстве, умалается значение формализма в гражданском и арбитражном процессах. Присущие гражданско-правовому регулированию начала инициативы и диспозитивности, равенства и взаимной имущественной ответственности субъектов влекут расширение сферы их применения в формирующемся правовом государстве и в судопроизводстве, в частности, путем расширения сферы судебного усмотрения.

Законность судебного усмотрения связана с уровнем развития права.

Прогрессивное развитие права сопровождается постепенным ограничением личного произвола, расширением влияния общественной воли закона и, следовательно, применением судебного усмотрения. Основным отличием *discretio* от судебного произвола является закрепленная нормой права возможность осуществления усмотрения в процессе разрешения правового вопроса.

Осуществление судебного усмотрения является законным при условии соблюдения судьей норм процессуального права, устанавливающих порядок рассмотрения и разрешения дел. Правила судопроизводства считаются институциональными пределами выбора, подчеркивают процессуальную форму судебного усмотрения и являются гарантией осуществления контроля за применением усмотрения.

Законность судебного усмотрения проявляется в соблюдении судом норм права, подлежащих применению при рассмотрении и разрешении конкретного дела и связанных с осуществлением судебного усмотрения, а также при надлежащем использовании судом аналогии закона или права, при условии следования правилам судопроизводства, установленным процессуальным законодательством.

Мотивированность судебного усмотрения

Деятельность суда носит властный характер, его действия выражаются в форме судебных постановлений. Следовательно, судебское усмотрение находит закрепление в актах суда.

В гражданских процессуальных нормах большинства стран признается обязанность суда мотивировать выносимые постановления. В законодательствах некоторых государств, например Бельгии, Нидерландов, мотивированность названа принципом процесса.

Европейский суд по правам человека в 1994 г. включил в ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (далее - Европейская конвенция о правах человека) обязанность судей выносить мотивированные судебные акты. В связи с этим можно утверждать, что мотивированность является одним из основных начал судопроизводства государств, присоединившихся к Конвенции¹.

Европейские юристы, на территории государств которых применяется Европейская конвенция о правах человека, выделяют требование мотивированности выносимого судом постановления в составе унифицированного принципа справедливости².

Пункт 1 ст. 13 ГПК РФ устанавливает, что суды общей юрисдикции принимают судебные постановления в форме судебных приказов, решений суда, определений суда.

Пункт 1 ст. 15 АПК РФ гласит, что арбитражный суд принимает судебные акты в форме решения, постановления, определения.

В любом из перечисленных актов может быть отражено осуществление дискреции (discretion),

¹ ECHR. 19 April 1994 (van de Яшк v. Nederlands). CEDH, Series A, vol. 288; ECHR 9 December 1994 (RuizTonija v. Spain, ffiro Balani v. Spain). Series A, Vols. 303A, 303B.

² Access to Civil Procedure Abroad. Ed. by RSnijders. London: Sweet & Maxwell Ltd., 1996. P. 25.

Отечественные и зарубежные специалисты приходят к единому мнению о необходимости мотивированного закрепления применения усмотрения в судебных постановлениях¹.

Статья 195 ГПК РФ содержит норму об обоснованности и законности судебного решения. В норме ст. 198 ГПК РФ устанавливается, в частности, что в мотивировочной части решения суда должны быть указаны: обстоятельства дела, установленные судом; доказательства, на которых основаны выводы суда об этих обстоятельствах; доводы, по которым суд отвергает те или иные доказательства; законы, которыми руководствовался суд.

Статья 225 ГПК РФ, устанавливающая содержание определения суда, гласит, что в указанном судебном акте должны содержаться, в частности, мотивы, по которым суд пришел к своим выводам, и ссылка на законы, которыми суд руководствовался.

Следовательно, нормы ГПК РФ не содержат указания на мотивированное закрепление в решении суда (в отличие от определения) применения усмотрения, поскольку ссылка в соответствующем акте суда на статью закона, примененную с осуществлением дискреции (*discretio*), является недостаточной для объяснения, следуя каким мотивам суд сделал определенный выбор при разрешении правового вопроса,

В п. 3. ст. 15 АПК РФ устанавливается, что принимаемые арбитражным судом решения, постановления, определения должны быть законными, обоснованными и мотивированными,

В норме ст. 170 АПК РФ записано, что в мотивировочной части решения должны быть указаны, в частности, законы и иные нормативные акты, которыми руководствовался суд при принятии решения, и мотивы, по которым суд не применил законы и иные нормативные правовые акты, на которые ссылались лица, участвующие в деле. В мотивировочной части решения должны содержаться также обоснования принятых судом решений и обоснования по другим вопросам, указанным в ч. 5 настоящей статьи, В ней закреплено содержащее резолютивной части решения суда,.

Отметим, что ст. 127 АПК РФ 1995 г* имела отличную редакцию и определяла, в частности, что в мотивировочной части решения должны быть указаны обстоятельства дела, установленные арбитражным судом, доказательства, на которых основаны выводы арбитражного суда об

¹ См., например: Барак А. Указ. соч. С. 33; Абушенко Д.Б. Указ. ооч, С. 13,14.

этих обстоятельствах, и доводы, по которым арбитражный суд отклоняет те или иные доказательства и не применяет законы и иные нормативные правовые акты, на которые ссылались лица, участвующие в деле, а также законы и иные нормативные правовые акты, которыми руководствовался суд при принятии решения.

Статья 185 АПК РФ 2002 г., устанавливающая содержание определения суда, гласит, что в указанном судебном акте должны содержаться, в частности, мотивы, по которым арбитражный суд пришел к своим выводам, принял или отклонил доводы лиц, участвующих в деле, со ссылкой на законы и иные нормативные акты.

Таким образом, нормы действующего АПК РФ содержат указания на мотивированное закрепление в судебных актах применения усмотрения, поскольку в своих постановлениях арбитражный суд должен ссылаться на статью закона или иного нормативного акта, примененную с осуществлением дискреции (*discretio*), и объяснять, следуя каким мотивам был сделан определенный выбор при разрешении правового вопроса.

Судебная практика демонстрирует, что осуществление дискреции (*discretio*) в современном гражданском и арбитражном процессах либо слабо мотивировано, либо не мотивировано вообще.

Так, уменьшая подлежащую взысканию неустойку или размер ответственности должника, арбитражные суды, как правило, ограничиваются ссылкой в судебном решении соответственно на ст. 333 ГК РФ или ст. 404 ГК РФ, не обосновывая, почему в конкретном случае уменьшена подлежащая взысканию сумма до установленного размера.

Например, в решении по одному из дел арбитражный суд, придя к выводу о необходимости уменьшения подлежащей взысканию неустойки, следуя нормам АПК РФ 1995 г., указал следующее: «С учетом заявленного ходатайства сумма неустойки по договору составляет 554 637 руб. 80 коп. Согласно ст. 333 ГК РФ, если подлежащая уплате неустойка явно несоразмерна последствиям нарушения обязательства, суд вправе уменьшить неустойку. Сумма неустойки подлежит уменьшению до 50 000 руб.»¹.

В постановлении по следующему делу Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, рассмотрев протест заместителя Председателя Высшего Арбитражного Суда Российской Федера-

¹Ваштов Р,С, Севастьянова Е.В. Судейское усмотрение и некоторые проблемы его реализации // Арбитражная практика. 2002. № 5. С. 43.

доход государства, исходя из их имущественного положения. Какие-либо материалы, подтверждающие имущественное положение сторон, в деле отсутствуют¹.

Федеральный арбитражный суд Уральского округа, рассмотрев жалобу Наговицина С.А. на постановление апелляционной инстанции в части частичного удовлетворения ходатайства о взыскании с ответчика судебных расходов в размере 15 000 руб., в постановлении от 17 июня 2004 г. записал, что «судебные акты в части взыскания судебных расходов являются обоснованными и соответствуют положениям ст. 106, НО АПК РФ, так как 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»².

Таким образом, в приведенных примерах из практики разных лет суды при рассмотрении и разрешении конкретных дел применяли нормы права с осуществлением усмотрения. Обратим внимание, что в мотивировочных частях судебных постановлений содержатся ссылки на соответствующие статьи нормативных актов, но отсутствуют объяснения применения усмотрения при осуществлении выбора варианта решения правового вопроса.

Приведенное выше положение в судебной практике может быть объяснено двояко.

Во-первых, отсутствием норм гражданского процессуального права (до 2002 г. - норм арбитражного процессуального права) в отношении обязанности суда мотивировать применение усмотрения. На наш взгляд, закрепление в норме ст. 170 АПК РФ обязанности мотивировать осуществление судебного усмотрения должно привести к тому, что арбитражный суд вышестоящей инстанции не будет отменять или изменять решение арбитражного суда первой инстанции только на основании иной дйекреции.

Приведенное мнение находит подтверждение в современной практике арбитражных, судов.

¹ Определение Судебной коллегии Верховного Суда РФ от 21 июля 1997 г. «Решение суда о признании договора купли-продажи действительным отменено как вынесенное с нарушением норм материального и процессуального права» (Извлечение) // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1997. № 11. С. 4.

² Постановление¹ Федерального арбитражного суда Уральского округа от 17 июня 2004 г. № Ф09-2385/04АК // Справочная правовая система «Гарант».

Например, ЗАО «ЦМД» обратилось в Арбитражный суд г. Москвы с иском к ООО «УКМД» (ДУ) и ООО «ФСГ СТК» о признании недействительными договоров аренды от 21.10.02 №27-СВ, 28-СВ, 29-СВ, 30-СВ и № 1-СВ на строения по ул. Суцевский Вал, д. 5, стр. 5, 6, 8, 11, 13 в г. Москве.

Определением от 21.10.03, оставленным без изменения постановлением того же суда от 25.12.03, исковое заявление возвращено для разъединения требований, так как они не связаны между собой по основаниям возникновения и доказательствам.

В кассационной жалобе истец просил определение и постановление отменить, передав дело на новое рассмотрение по существу, указывая на нарушение закона (п. 1 ст. 130 АПК РФ), поскольку оспариваемые договоры заключены одним и тем же лицом, одинаковы по форме, содержанию и средствам доказывания.

Судебная коллегия не нашла оснований для удовлетворения жалобы и в постановлении от 26 февраля 2004 г. записала, что «заявленные требования являются аналогичными (однородными) и их соединение является прерогативой суда (п. 2 ст. 130 АПК РФ), а норма п. 1 ст. 130 АПК РФ в данном случае не применяется»¹.

Следовательно, закрепленная в норме ст. 170 АПК РФ 2002 г. обязанность мотивировать осуществление судебского усмотрения привела к тому, что арбитражный суд кассационной инстанции не отменил решение арбитражного суда первой инстанции только на основании иного усмотрения (применив иной термин — «прерогатива»).

Во-вторых, отсутствие* в постановлениях судов общей юрисдикции по конкретным делам мотивированного закрепления применения судебского усмотрения может быть объяснено нечеткостью формулировки нормы ч. 1 п. 4 ст. 198 ГПК РФ. Изложенную позицию поддерживает А.Т. Боннер, обращающий внимание на неполноту приведенной нормы ГПК РФ. Он отмечает: «На основании этой нормы в мотивировочной части решения должны быть указаны, обстоятельства деда, установленные судом; доказательства, на, которых основаны выводы суда, и доводы, по которым суд отвергает те или иные доказательства; законы, которыми руководствовался суд. Другими словами, если толковать данное положение закона буквально, то суд не обязан обосновать решение,

¹ См, постановление Федерального арбитражного суда Московского округа QT 26 февраля 2004 г. № КГ-А40/775-О4 // Справочная правовая система «Сарант».

принятое по усмотрению...»¹. На наш взгляд, следует признать удачными положения п. 4 ст. 170 АПК РФ, согласно которым в мотивировочной части решения должны быть указаны как соответствующие нормативные акты, так и обоснования, которыми руководствовался суд при решении того или иного правового вопроса.

Данный вывод подтверждается современной арбитражной практикой.

Так, решением от 27.11.03 Арбитражного суда г.Москвы было удовлетворено заявленное истцом - предпринимателем без образования юридического лица Лашко Л.В. - требование о признании недействительным налогового уведомления от 14.04.02 об уплате заявителем налога с продаж, направленного предпринимателю Инспекцией МНС России № 33 по СЗАО г. Москвы, как не соответствующего Налоговому кодексу РФ. Суд взыскал с Инспекции МНС РФ в пользу предпринимателя Лашко Л.В. 15 262 руб. 50 коп. в виде оплаты услуг представителя и услуг банка.

В кассационной жалобе предприниматель Лашко Л.В. просила решение суда изменить в части взыскания судебных расходов в сумме 15 262 руб. 50 коп., поскольку фактические затраты предпринимателя на оплату услуг представителя по данному делу составили 124 000 руб.

Доводы жалобы были отклонены арбитражным судом кассационной инстанции по следующим основаниям.

В данном случае применялось правило, установленное ч. 2 ст. 110 АПК РФ, в соответствии с которым 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.

Суд, применяя данную норму АПК РФ, определил размер расходов на оплату услуг представителя исходя прежде всего из суммы налога, указанной в оспариваемом налоговом уведомлении (248 540 руб.), характера спора, средней стоимости услуг юридических компаний.

В связи с этим доводы жалобы о нарушении (несоблюдении) судом при определении суммы расходов закона и обычаев делового оборота суд признал несостоятельными.

¹ Боннер АХ Указ. соч. С. 56.

Таким образом, судом правильно применена ст. 110 АПК РФ и оснований для переоценки выводов суда у кассационной инстанции не имелось¹.

В приведенном примере арбитражный суд применил ст. 10 АПК РФ, закрепляющую осуществление судебного усмотрения. В силу ст. 170 АПК РФ в судебных актах двух инстанций была сделана ссылка на норму ст. 110 АПК РФ и мотивированно закреплено применение усмотрения, поскольку в своих постановлениях арбитражные суды объяснили, следуя каким мотивам был сделан выбор при определении размера расходов на оплату услуг представителя. Данный пример из практики арбитражных судов еще раз подчеркивает необходимость мотивированного закрепления применения усмотрения в судебных постановлениях.

Судейское усмотрение как выбор

Р. Дворкин (R.M. Dworkin) придерживается мнения, что судья не применяет усмотрение в процессе рассмотрения гражданских и иных дел, потому что любой правовой вопрос имеет только одно законное решение, следствием чего является отсутствие у судьи права выбора².

С другой стороны, зарубежный ученый М. Розенберг (M. Rosenberg) указывает, что «если слово «усмотрение» сообщает умам юристов какую-либо основательную суть (значение), то его центральная идея, стоящая выше всех остальных, - это идея выбора»³.

Отметим, что большинство предложенных учеными определений судебного усмотрения включает положение о возможности выбора⁴. Главным аспектом названной возможности, по установлению Дж. Венезии (J.C. Venezia), является степень самоопределения, которой обладает

1 См. постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 8 апреля 2004 г. № КА-А40/2426-04-П // Справочная правовая система «Гарант».

2 Dworkin R.M. Op. cit, P. 81.

3 Rosenberg M, *Judicial discretion of the Trial Court Viewed from Above* // Syracuse L. Rev. 1971. N22. P. 635,636.

4 См., например: Абушенка Д.Б, *Судебное усмотрение в гражданском процессе*. Автореф. дис. канд. юрид. наук. Екатеринбург, 1998. С. 6; Барак Л, *Судейское усмотрение*. Ил.: Норма, 1999. С. 14; Venezia J.C. *Le Pouvoir discretionnaire*, Paris: Librairie General de Droit et de Jurisprudence, 1959. P. 132; Davis K.C. *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry*. P. 4; Rosenberg M. *Judicial discretion of the Trial Court Viewed from Above* // Syracuse L. Rev. 1971. N 22. P. 635, 636; Bockel A. *Contribution a l'etude du pouvoir discretionnaire de l'administration*, Actualite Juridique Droit Administratif, 1978 P. 355; Galligan D.J, *Discretionary Powers: A Legal Study of Official Discretion*. P. 2.

лицо (судья) при осуществлении обязанности, вмененной ему для достижения надлежащего результата по каждому конкретному делу¹. Важным компонентом исследуемой проблемы является положение, включенное Д. Галлиганом (D.J. Galligan) в определение усмотрения: выбор осуществляется относительно существенных аспектов правового вопроса. В меньшей степени усмотрение может быть применимо для достижения определенной цели или целей. Р. Гудин (R.E. Goodin) полагает, что осуществление судьейского усмотрения связано, во-первых, с наделением полномочием по достижению определенной цели в процессе рассмотрения конкретного дела и, во-вторых, с принятием мер для достижения названной цели². Следует согласиться с мнением Д. Галлигана (D. Galligan), согласно которому государство наделяет судью властными полномочиями для достижения установленной цели, результата, и вопрос не в том, насколько трудно это сделать или как неопределенно они выглядят, а в том, что судья должен направить свои действия на достижение названных целей³.

Д. Галлиган (D J. Galligan) отмечает определяющий характер категории выбора, основное содержание усмотрения составляет, полагает он, «значительный простор для установления условий и положений, в соответствии с которыми... должна быть осуществлена власть, а также для применения их в процессе принятия конкретных решений» . Э. Бокел (A. Bockel) подчеркивает, что названный выбор осуществляется относительно или действия как такового (например, откладывать или нет судебное разбирательство по делу) или содержания решения. Судье предоставлен выбор как в области действия и в области решения о надлежащих условиях для отдельного процессуального действия, так и одновременно в обеих названных областях .

Дополнения, внесенные Э. Бокелем (A. Bockel) в положение Д. Галлигана (D.J. Galligan), позволяют ему прийти к выводу о совместимости выбора с определенными ограничениями. То есть, по мнению специалиста, классические определения усмотрения суда должны содержать положение об установленных правом пределах применения дискреции .

¹Venezia J.C. Op. cit. P.132.

²Goodin R.E. Op. cit. P. 233.

³Galligan D.J. Op. cit. P. 6.

⁴Ibid. P. 21.

⁵Bockel A. Op. cit. P. 357,

⁶См., например: Hauriou A., cited at Bockel A. Op. cit. P. 355.

В отечественной юридической литературе некоторые ученые-правоведы указывают на невозможность определения границ судейского усмотрения и в связи с этим отрицают необходимость его применения в процессе рассмотрения и разрешения дел в судах.

Так, И.А. Покровский высказывает мнение, что применение дискреции (*discretio*) не позволяет гражданам и юридическим лицам осуществлять по усмотрению свои гражданские права. Ученый утверждает, что «от воли сторон будет только зависеть, вступить или не вступить в договор, продать или не продать, купить или не купить, - а все дальнейшее затем подлежит определению суда; те пункты, которые установят стороны и которые отступают от обычной нормы, никого не связывают и никого не обязывают. Весь гражданский оборот становится, таким образом, под контроль суда, весь оборот объявляется недееспособным и судейское усмотрение превращается в общую судебную опеку»¹.

По мнению И.А. Покровского, превращение судейского усмотрения в судебную опеку - логическая неизбежность, что в свою очередь не позволяет определить границы применения усмотрения судом.

Н.А. Рассахатская полагает, что любой законодательный акт должен отличаться четкостью терминологии. Использование же в ГПК РФ, АПК РФ таких оценочных категорий, как «разумные пределы», «достаточный срок», не способствует эффективной реализации судебного механизма защиты прав. Ученый, в частности, считает, что «более оптимальным является установление конкретных размеров выплат по возмещению затрат применительно к минимальному размеру оплаты труда, в пределах которых суд мог бы осуществить выбор, либо относительно процессуальных сроков - указание на конкретный срок - 5, 10 и т.д. дней»².

Н.Д. Шестакова высказывает аналогичное мнение. Она полагает, что «наделение суда правом признавать сделку недействительной (ст. 165 ГК РФ) и оспоримые сделки недействительными является необоснованным ограничением права на судебную защиту посредством судебного усмотрения. Указанное право суда нельзя считать «уступкой интересам оборота». Судебное усмотрение ведет прежде всего к отсут-

¹ Покровский И.А. Справедливость, усмотрение судьи и судебная опека // Вестник права. 1899. № 10. С. 83.

² Рассахатская НА. Проблемы совершенствования гражданско-процессуального закона // Материалы второй научно-практической конференции «Принципы гражданского процессуального права, их реализация в проекте ГГЖ России». Тверь, 2000, С. 59.

ствию определенности права, участники оборота при этом не имеют уверенности в последствиях вступления их в определенные гражданско-правовые отношения»¹.

Трудно согласиться с указанными выводами отечественных ученых. На наш взгляд, выбор при применении судейского усмотрения имеет пределы, которые являются гарантией осуществления правосудия, защиты интересов добросовестных участников гражданского оборота, действующих по своему усмотрению в рамках закона.

Следовательно, выбор при применении дискреции (*discretio*) может быть сделан в пределах установленных рамок. Пределы выбора носят обязательный, а не рекомендательный характер.

Пределы выбора при осуществлении судейского усмотрения

По нашему мнению, пределы выбора условно подразделяются на общие и специальные.

Общие пределы выбора при осуществлении судейского усмотрения нормативно закреплены, носят обобщающий характер и встречаются при рассмотрении и разрешении практически любого дела в суде.

Общие пределы обусловлены, во-первых, предметом усмотрения суда (предметные пределы). Они позволяют обратить внимание на то, что применение судейского усмотрения при осуществлении одних процессуальных действий не может распространяться на другие действия.

Так, суд, применяя усмотрение при определении расходов по оплате помощи представителя (ст. 110 АПК РФ, ст. 100 ГПК РФ), не может подобным образом освободить от уплаты государственной пошлины (ст. 102 АПК РФ, ст. 89 ГПК РФ), кроме случаев отсрочки или рассрочки уплаты, предусмотренных ст. 102 АПК РФ, ст. 90 ГПК РФ (учитывая имущественное положение лица).

Во-вторых, в гражданском и арбитражном процессах применение усмотрения обусловлено субъективным элементом, поскольку осуществляется судьей (судом).

В-третьих, судейское усмотрение имеет временную характеристику, так как ограничено сроками, которые устанавливаются как для рас-

¹ Шестакова Н.Д. Недействительность сделок; процессуальный и материальный аспекты. Автореф. дис ... канд. юрид. наук. СПб., 2001. С. 11,

смотрения конкретного гражданско-правового или экономического спора, так и для решения отдельных процессуальных вопросов.

В-четвертых, усмотрение суда ограничивается действием принципа независимости судей в арбитражном и гражданском процессах.

В-пятых, пределом выбора является осуществление судейского усмотрения в соответствии с задачами гражданского, арбитражного судопроизводства (ст. 2, 18 Конституции РФ, ст. 2 АПК РФ, ст. 2 ГПК РФ)¹. Например, арбитражное процессуальное законодательство устанавливает открытый перечень средств доказывания. Применение усмотрения в данном случае ограничивается недопустимостью использования доказательств, полученных с нарушением закона, установленной ч. 2 ст. 50 Конституции РФ, ч. 3 ст. 64 АПК РФ, Осуществление усмотрения должно соответствовать целям судопроизводства.

Рассмотрим специальные ограничения выбора при осуществлении судейского усмотрения.

На наш взгляд, специальные пределы выбора отражают особенности применения дискреции при рассмотрении и разрешении конкретного дела в суде. Специальные пределы могут быть (I) закреплены в юридической норме; (II) установлены постановлениями Пленума ВАС РФ; (III) определены положениями постановлений Конституционного Суда Российской Федерации. Объясним собственную позицию.

(Т) Отечественная общая теория государства и права по степени категоричности предписаний различает императивные и диспозитивные нормы. По иному классифицирующему признаку выделяются абсолютно-определенные нормы и относительно-определенные нормы².

Вид и сложность правовой нормы влияют на применение пределов выбора при осуществлении усмотрения.

Касаясь вопроса применения права судами, Н.А. Чечина отмечает, что оно требует наличия трех условий: а) суд определяет ту норму права, под действие которой подпадает данное спорное общественное отношение; б) в соответствии с нормой права суд устанавливает конкретное содержание правоотношения, объем прав и обязанностей его субъектов; в) на основе двух первых предпосылок в полном соответст-

¹ См, подробнее о цепях и задачах судопроизводства; Жадин ГЛ. Цели гражданского судопроизводства и их реализация в суде первой инстанции. Мл Городец, 2000.

² См, подробнее о видах правовых норм: Общая теория государства и права; Академический курс, Т, 2 / Под ред. МЛ Марченко* & 226-ЦЗО,

вии с нормами права суд определяет срок и порядок осуществления правомочий и исполнения обязанностей сторон¹.

Таким образом, Н.А. Чечина обращает внимание на такое применение права, при котором содержание правоотношения может быть в полном объеме определено на основе имеющейся нормы, под действие которой оно подпадает. Между тем отечественному праву известен ряд норм, не регулирующих в полном объеме содержание прав и обязанностей сторон.

Обратимся к гражданским правоотношениям. Вначале необходимо отметить, что содержание гражданского правоотношения может быть определено императивными нормами права, при их отсутствии - соглашением сторон. При неурегулированности в полном объеме прав и обязанностей сторон отношения между ними определяются на основании диспозитивных правовых норм.

В тех случаях, когда между сторонами возникает спор относительно прав и обязанностей, они для его разрешения могут обратиться к судебному органу.

Следовательно, существуют различные виды правового регулирования гражданских правоотношений, в том числе: а) императивными нормами права; б) соглашением сторон, а при его отсутствии - диспозитивными правовыми нормами; в) соглашением сторон в условиях отсутствия диспозитивных норм или наличия альтернативных диспозитивных норм.

В гражданском процессуальном и арбитражном процессуальном праве среди норм, направленных на регулирование процессуальных правоотношений, выделяются: абсолютно определенные нормы; относительно-определенные нормы².

Рассмотрим указанные виды в их связи с усмотрением суда.

Императивное правовое (абсолютно-определенное) регулирование правоотношений характеризуется тем, что все права и обязанности в нормативном порядке урегулированы полностью. В связи с тем, что императивные - это нормы категорические* не содержащие категорию выбора, не допускающие отступлений от предписанного правила, то их применение не включает в себя судьейского усмотрения.

¹ См.: Чечина ИЛ, Норка права и судебное решение. Л., 1⁹⁶¹. С. 36.

² См. подробнее о нормах гражданского процессуального законодательства: Гражданский процесс / Под ред М.К. Треушникова. М.: Городец, 2003. С. 39-42.

Так, ст. 1116 ГК РФ устанавливает круг лиц, призываемых к наследованию. При возникновении спора о праве на наследство и о разделе наследственного имущества суд решает дело на основе применения императивных норм права.

Положение ст. 94 Гражданского кодекса Российской Федерации о праве участника общества с ограниченной ответственностью в любое время выйти из общества независимо от согласия других его участников является также императивной нормой, не содержит категории выбора и в случае судебного спора не позволяет применять судебское усмотрение. Именно поэтому условия учредительных документов названных обществ, лишаящие участника этого права или ограничивающие его, должны рассматриваться судом как ничтожные, т.е. не порождающие правовых последствий.

Приведем примеры императивных (абсолютно-определенных) правовых норм, установленных российским гражданским процессуальным и арбитражным процессуальным правом.

Так, если суд общей юрисдикции обнаружит, что конкретное дело неподведомственно суду, то он обязан прекратить производство по делу (ст. 220 ГПК РФ). Арбитражный суд возвращает исковое заявление, если при рассмотрении вопроса о принятии заявления установит, что не устранены обстоятельства, послужившие основанием для оставления искового заявления без движения, в срок, установленный в определении суда (п. 4 ст. 129 АПК РФ). Иного толкования норм приведенных статей судом невозможно.

В том случае, если конкретное правоотношение подпадает под действие не императивных, а диспозитивных норм, то в соответствии с материальным правом сторонам дается возможность самим определить объем взаимных прав и обязанностей. Если же в процессе осуществления правоотношения между сторонами возникает спор относительно объема прав и обязанностей, суд разрешает заявленные требования путем Толкования и применения диспозитивных правовых норм, содержащих категорию выбора, что предполагает осуществление усмотрения.

Среди относительно-определенных норм выделяются: альтернативные, ситуационные и факультативные нормы.

В альтернативной юридической норме закрепляется перечень условий, в пределах которого суд вправе действовать по своему усмотрению.

Например, ст. 90 ГПК РФ устанавливает,, что суд, исходя из имущественного положения сторон, вправе отсрочить или рассрочить од-

ной стороне или обеим сторонам уплату государственной пошлины или уменьшить ее размер. Похожее правило закреплено в ч. 4 ст. 102 АПК РФ. В ст. 144 АПК РФ, ст. 216 ГПК РФ определены случаи, при наличии которых суд вправе по своему усмотрению приостановить производство по делу.

Статья 1082 ГК РФ, регулируя способы возмещения вреда, устанавливает, что, удовлетворяя требование о возмещении вреда, суд в соответствии с обстоятельствами дела обязывает лицо, ответственное за причинение вреда, возместить вред в натуре (предоставить вещь того же рода и качества, исправить поврежденную вещь и т.п.) или возместить причиненные убытки (п. 2 ст. 15). В данном случае суд, применяя альтернативную норму гражданского права, выбирает по своему усмотрению один из способов возмещения вреда. Итак, в приведенной юридической норме установлен предел выбора при осуществлении судебного усмотрения.

В факультативных юридических нормах наряду с основным императивным правилом закрепляется дополнительный вариант действий суда. Названная правоприменительная деятельность сходна с применением альтернативных норм, так как в обоих случаях суд на основе усмотрения избирает одно из узаконенных правил и включает его в действие с целью урегулирования спорного правоотношения. Однако между ними существуют и различия. В альтернативной норме содержатся два или несколько равнозначных вариантов решения вопроса. В одинаковых условиях по усмотрению суда может быть применен любой из них. Факультативная же норма может применяться только в порядке замены основной нормы дополнительной, действующей при определенных условиях как исключение из общего правила.

В качестве примера укажем ст. 165 ГК РФ, согласно которой несоблюдение нотариальной формы сделки влечет ее недействительность. Такая сделка считается ничтожной. Такова общая норма. Наряду с ней ч. 2 ст. 165 ГК РФ предоставляет суду право признать сделку, совершенную с нарушением нотариальной формы, действительной при условии, если одна из сторон полностью или частично исполнила сделку, а другая сторона уклоняется от нотариального оформления соглашения. Очевидно, что данная норма носит факультативный характер. Она не исключает возможности применения основного правила, а только может заменить его.

Ситуационные относительно-определенные нормы не содержат исчерпывающего перечня действий суда, их применение во многом зависит от конкретной ситуации¹.

Из указанного выше следует, что норма права регулирует определенный вид отношений, объединяемых общностью признаков. Характер регулируемых отношений в основном и определяет характер и структуру правовой нормы. Когда есть возможность выявить все существенные признаки определенного вида правоотношений, законодатель в состоянии детально регламентировать поведение их субъектов. При этом закон либо предписывает жесткое правило регулирования, от которого ни стороны, ни суд не должны отступать (императивная норма), либо предоставляет сторонам право обоюдно найти выход из спорной ситуации и устанавливает строгий регламент их поведения на случай, если они не смогут воспользоваться указанным правилом (диспозитивная норма).

Однако существуют такие правоотношения, которые группируются по главным родовым признакам. Каждое такое правоотношение, являясь частным случаем некоторой родовой общности, обладает настолько существенной спецификой, что требует индивидуального подхода. В связи с этим законодатель лишен возможности детально регламентировать их. Он устанавливает общую норму, применение которой зависит от конкретной ситуации, предусматривает основное направление регулирования.

В данном случае выбор при осуществлении судебского усмотрения ограничивается закрепленными в юридической норме указаниями на специальные условия (в частности, исследование судом: имущественного и семейного положения, заслуживающих внимания интересов, цели договора, конкретных обстоятельств, следование целям совершения определенного процессуального действия, закрепленным в юридической норме, и т.п.) в зависимости от конкретной ситуации.

Например, в ч. 2 ст. 151 ГК РФ записано, что «при определении размеров компенсации морального вреда суд принимает во внимание степень вины нарушителя и иные заслуживающие внимания обстоятельства. Суд должен также учитывать степень физических и нравственных страданий, связанных с индивидуальными особенностями лица, которому причинен вред».

¹ См., например: Комиссаров К. И. Судебное усмотрение в гражданском процессе // Советское государство и право. 1969. № 4. С. 51.

Статья 140 ГПК РФ, устанавливая перечень мер по обеспечению иска, содержит указание на то, что в необходимых случаях судья или суд могут принять иные меры, которые отвечают целям, указанным в ст. 139 ГПК РФ. Таким образом, выбор судом общей юрисдикции по усмотрению мер обеспечения иска, не закрепленных в норме ст. 140 ГПК РФ, ограничен общим пределом: целями совершения названного процессуального действия. Статья 91 АПК РФ закрепляет похожее правило. Различие с нормой ст. 140 ГПК РФ состоит в закреплении в АПК РФ в качестве предела выбора обеспечительных мер по усмотрению их соразмерности заявленному требованию.

Суду общей юрисдикции, постановившему решение, предоставлено право по заявлению лица, участвующего в деле, отсрочить или рассрочить исполнение решения, исходя из имущественного положения сторон или других обстоятельств дела (ст. 203 ГПК РФ).

Арбитражный суд по заявлению истца вправе обратить решение к немедленному исполнению, если вследствие особых обстоятельств замедление его исполнения может привести к значительному ущербу для взыскателя или сделать исполнение невозможным (п. 2 ст. 182 АПК РФ). В указанных случаях суд не связан точным перечнем обстоятельств. Выбор при применении судейского усмотрения ограничивается толкованием терминов «другие обстоятельства», «особые обстоятельства». К ним можно отнести болезнь должника или члена его семьи, стихийные бедствия, затруднившие исполнение решения в данное время, и т.п.

Часть 1 ст. 100 ГПК РФ устанавливает: «Стороне, в пользу которой состоялось решение, суд присуждает с другой стороны расходы по оплате помощи представителя в разумных пределах и с учетом конкретных обстоятельств». Статья 99 ГПК РФ, определяющая порядок взыскания вознаграждения за потерю времени, предоставляет суду возможность возложить уплату на сторону, недобросовестно заявившую неосновательный иск или спор против иска либо систематически противодействовавшую правильному и быстрому рассмотрению и разрешению дела в пользу другой стороны, и определить размер вознаграждения в разумных пределах и с учетом конкретных обстоятельств.

Алиментное правоотношение, возникающее по поводу содержания детьми своих нуждающихся нетрудоспособных родителей, урегулировано законом не в полном объеме. Обязанность детей содержать нетрудоспособных родителей закреплена императивной правовой нормой, а размер участия в этом каждого из детей определяется судом, исходя из

материального и семейного положения родителей и детей и других заслуживающих внимания интересов сторон, в твердой денежной сумме, подлежащей уплате ежемесячно (п. 3 ст. 87 Семейного кодекса РФ). В каждом конкретном случае нуждаемость родителей различна, не одинаковы возможности детей. Поэтому размер алиментов на родителей не поддается обобщенному правовому регулированию, тем более что количество трудоспособных детей и ряд других факторов слишком конкретны и не могут охватываться нормой права. Опираясь на правовую норму, в которой указана основная обязанность алиментирования, суд определяет по усмотрению объем прав и обязанностей каждого из детей, учитывая пределы выбора, закрепленные в норме закона.

Выбор суда ограничивается ситуационной нормой и при определении объема ответственности за нарушение обязательства с учетом вины кредитора: «Если неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства произошло по вине обеих сторон, суд соответственно уменьшает размер ответственности должника. Суд также вправе уменьшить размер ответственности должника, если кредитор умышленно или по неосторожности содействовал увеличению размера убытков, причиненных неисполнением или ненадлежащим исполнением, либо не принял разумных мер к их уменьшению» (п. 1 ст. 404 ГК РФ).

В приведенном примере содержатся два положения, связанных с категорией выбора при применении усмотрения. Во-первых, суд вправе уменьшить размер ответственности должника вследствие того, что неисполнение обязательства произошло по вине обеих сторон. Размер ответственности должника должен быть уменьшен в зависимости от вины кредитора. В порядке общего правового регулирования определить какие-нибудь критерии, в соответствии с которыми ответственность должника подлежит уменьшению на определенное количество процентов, невозможно. В связи с этим закон закрепляет возможность применения судейского усмотрения и устанавливает предел выбора путем возложения на суд обязанности в каждом отдельном случае определять соразмерность между виной кредитора и уменьшением ответственности должника. Второе положение, связанное с категорией выбора при применении усмотрения в силу п. 1 ст. 404 ГК РФ: уменьшить ответственность должника соразмерно увеличению размера убытков, причиненных вследствие умысла или неосторожности кредитора либо непринятия им разумных мер, направленных к уменьшению убытков

Ситуационная норма п. 2 ст. 65 АПК РФ устанавливает правило, согласно которому обстоятельства, имеющие значение для правильного рассмотрения дела, определяются судом на основании требований и возражений лиц, участвующих в деле, в соответствии с подлежащими применению нормами материального права. В данном случае суд применяет усмотрение при определении юридически значимых обстоятельств. Пределами выбора являются: «обстоятельства, имеющие значение для правильного рассмотрения дела», требования и возражения лиц, участвующих в деле, подлежащие применению нормы материального права.

Выбор при осуществлении судейского усмотрения ограничивается указанием в ситуационной юридической норме на применение судом при рассмотрении и разрешении конкретных дел категорий справедливости (в частности, ст. 6 ГК РФ, п. 2 ст. 1101 ПС РФ, ст. 5 Семейного кодекса РФ, ст. 2 АПК РФ), добросовестности (например, ст. 302, 234, 303, 220, 157, 1109 ГК РФ), целесообразности (в частности, п. 2 ст. 151 ГПК РФ, п. 3 ст. 130 АПК РФ), разумности (например, ст. 524, 738, 520, 530, 744, 428, 451 ГК РФ, ст. 100 ГПК РФ, ст. 110 АПК РФ), нравственности (в частности, ст. 150, 152 ГК РФ, п. 5 ч. 1 ст. 33 АПК РФ).

Суммируя вышеизложенное, приходим к следующим заключениям.

1. Суд не всегда имеет возможность применять императивные (абсолютно-определенные) правовые нормы. Поэтому и возникает необходимость в применении усмотрения, когда суд сам во исполнение возложенных на него прав и обязанностей устанавливает и подтверждает объем прав и обязанностей участников гражданского или арбитражного процессов. Представляется, что законодатель потому и передает на судейское усмотрение решение ряда правовых вопросов, что сам их полностью урегулировать не может, так как для этого требуется специальный подход в каждом конкретном случае.

2. Ключевым элементом при применении судейского усмотрения является категория выбора, ограниченная общими и специальными пределами.

Общие пределы выбора при осуществлении дискреции нормативно закреплены, носят обобщающий характер и встречаются при рассмотрении и разрешении практически любого дела в суде.

Специальные пределы выбора отражают особенности применения дискреции при рассмотрении и разрешении конкретного дела в суде. Специальные пределы могут быть, во-первых, закреплены в юридиче-

ской норме; во-вторых, установлены постановления Пленума ВАС РФ; в-третьих, определены положениями постановлений Конституционного Суда Российской Федерации.

3. Общими пределами выбора в процессе осуществления судейского усмотрения являются:

- - предмет усмотрения суда (предметные пределы);
- - субъект усмотрения;
- - сроки, установленные как для рассмотрения конкретного гражданско-правового или экономического спора, так и для решения отдельных процессуальных вопросов;
- - независимость судей в арбитражном и гражданском процессах;
- - задачи гражданского, арбитражного судопроизводства.

4. Выбор при применении судейского усмотрения имеет следующие специальные пределы:

- - перечень условий, закрепленных альтернативной юридической нормой;
- - специальные условия, установленные в относительно-определенной норме: заслуживающие внимания обстоятельства, уважительные причины, имущественное положение, интересы ребенка, обстоятельства, имеющие значение для правильного рассмотрения дела, требования и возражения лиц, участвующих в деле, степень нравственных страданий, другие обстоятельства и т.п.
- —категории добросовестности, справедливости, разумности, целесообразности, нравственности.

Субсидиарными специальными пределами выбора, применяемыми в процессе осуществления судейского усмотрения, являются обстоятельства конкретного дела и круг норм материального права, регулирующих конкретные правоотношения.

(П) Перейдем к рассмотрению специальных пределов выбора при осуществлении судейского усмотрения, установленных постановлениями Пленума ВАС РФ.

Важным элементом: обсуждаемой проблемы является вопрос о юридической природе разъяснений высших судебных инстанций РФ и их влиянии на пределы выбора при осуществлении судейского усмотрения. Не вдаваясь в детальное рассмотрение точек зрения ученых по интересующему даеьседросу, можно констатировать, чтоа настоящее время большинство росрийсжюс авторов ш отрицаю* Очевидного нормативного характера разъяснений, исходящих от Верховного Суда РФ и

Высшего Арбитражного Суда РФ¹. По своей сути это акты официального толкования закона высшими органами судебной власти. Одновременно в литературе предпринимаются попытки отграничить такие разъяснения от тех толкований, которые дают высшие законодательные органы². Вполне понятно стремление многих правоведов определить рамки возможной нормотворческой деятельности высших органов судебной власти РФ. Но неоднократно предпринимавшиеся попытки выработать критерии разграничения компетенции в области толкования закона между высшими судебными органами и высшими органами законодательной власти до сих пор не увенчались успехом. Законодатель также обошел эту проблему молчанием. Таким образом, пределы законотворческой деятельности высших органов судебной власти во многом зависят от их усмотрения: понимания самими судьями своих прав; установок, исходящих от тех или иных органов; качества законов, подлежащих применению, и т.п.

Суть рассматриваемой проблемы состоит не в том, являются ли разъяснения высших судебных инстанций самостоятельным регулятором общественных отношений, возникающих в сфере судопроизводства, а находится в плоскости обязательности или необязательности разъяснений, связанных, в частности, с применением судьейского усмотрения.

Анализ практики Верховного Суда по выработке разъяснений законов показывает, что на разных этапах развития отечественного государства темпы «обрастания» законодательных актов официальными судебными толкованиями были различны³. Так, например, толкования закона Верховным Судом СССР в период культа личности Сталина имели нормативный характер, на что обращалось внимание в литературе⁴. В учебнике гражданского процесса, изданном в 1928 г., руководя-

¹ См: Чистяков Н.Ф. Значение и природа руководящих разъяснений Пленума Верховного Суда СССР // Совершенствование законодательства о суде и правосудии. М., 1985. С. 43; Авилина И.В. Праворазыяснительная деятельность высших судебных органов // Советская юстиция. 1988. № 17. С. 11-13; Жуйков В.М. Роль разъяснений Пленума Верховного Суда Российской Федерации в обеспечении единства судебной практики и защиты прав человека // Комментарий к постановлениям Пленума Верховного Суда Российской Федерации по гражданским делам. М., 1999; Бабкин А.И. Судебный прецедент - основа для совершенствования налогового законодательства П Налоговые споры. Теория и практика. 2003, Октябрь. С. 4-8

См., например- Каминская Ш. Теория советского уголовного процесса. Автореф. дис. ... докт. юрид. наук. М., 1967. С. 28."

² Система, арбитражных: судов Ее

³ Коммунист. 1956. № 11, С. 19.

щие разъяснения и толкования общесоюзного законодательства, данные Верховным Судом СССР и Верховными судами союзных республик, называются «обязательным источником для судов». Кроме того, подлежат обязательному применению:

- - истолкования Пленума Верховного Суда союзной республики законов соответствующей республики по всем вопросам судебной практики в области материального и процессуального права;
- - истолкование законов союзной (или автономной) республики соответствующим народным Комиссариатом юстиции (ср, ст. 5 и 149 Положения о судоустройстве)»¹.

Закон «О судоустройстве РСФСР» 1981 г. предоставлял Верховному Суду право давать руководящие разъяснения судам по вопросам применения законодательства (ст. 56).

Действующая Конституция Российской Федерации наделяет Верховный Суд Российской Федерации и Высший Арбитражный Суд Российской Федерации полномочиями давать разъяснения по вопросам судебной практики (ст. 127 Конституции РФ). Имеют ли указанные постановления нормативно-правовой характер и, следовательно, могут ли они устанавливать пределы выбора при осуществлении судьейского усмотрения?

В ст. 6 Федерального конституционного закона от 31 декабря 1996 г. «О судебной системе Российской Федерации» установлено, что постановления судов Российской Федерации являются обязательными для всех и подлежат неукоснительному исполнению на всей территории РФ.

Рассмотрим систему судов общей юрисдикции. В действующих нормах гражданского процессуального законодательства не закрепляется право (обязанность) судов общей юрисдикции ссылаться в своих решениях на официально опубликованные постановления Пленума Верховного Суда РФ по вопросам судебной практики². Следовательно, постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации имеют

¹ Гопхбарг АТ. Курс гражданского процесса. М.; Л., 1928, С, 124»

² См. подробнее: Жуйков В.М. Роль разъяснений Иденум» Верховного Суда Российской Федерации в обеспечении единства судебной практики и защиты прав человека // Комментарий к постановлениям Пленума Верховного, Суда1осоийской Федерации по гражданским делам. М., 1999.

рекомендательный¹ характер, не устанавливают пределы выбора при осуществлении судьейского усмотрения, а ограничивают последнее².

Иной вывод следует в отношении постановлений Пленума ВАС РФ.

В п. 2 ст. 13 Федерального конституционного закона от 28 апреля 1995 г. «Об арбитражных судах в Российской Федерации» записано, что постановления Пленума ВАС РФ, принятые им по вопросам своего ведения, обязательны для арбитражных судов (их действие не распространяется на суды общей юрисдикции).

В п. 3 ч. 4 ст. 170 АПК РФ говорится, что в мотивировочной части решения арбитражного суда наряду со ссылками на законы и иные нормативные правовые акты, которыми руководствовался суд при принятии решения, могут содержаться ссылки на постановления Пленума ВАС РФ по вопросам судебной практики.

Пункт 1 ст. 304 АПК РФ содержит норму о том, что судебные акты, вступившие в законную силу, подлежат изменению или отмене, если при рассмотрении дела в порядке надзора Президиум ВАС РФ установит, что судебный акт нарушает единообразие в толковании и применении арбитражными судами нормы права.

Следовательно, арбитражный суд, применяя усмотрение при рассмотрении конкретного дела, обязан ориентироваться на разъяснения по вопросам судебной практики, которые даны в соответствующих постановлениях Пленума ВАС РФ.

Правовая позиция Президиума ВАС РФ, выраженная в обзоре судебной практики, в силу ст. 16 ФКЗ «Об арбитражных судах в Российской Федерации» в отличие от постановления Пленума носит рекомендательный характер и поэтому не устанавливает пределы выбора при осуществлении судьейского усмотрения, а ограничивает последнее.

Укажем положения ряда постановлений Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ, устанавливающих пределы выбора при осуществлении усмотрения арбитражным судом.

1. Так, нормы АПК РФ не наделяют истца правом дополнения исковых требований. В ч. 1 ст. 49 АПК РФ говорится, что истец может

¹ Отметим, что ряд ученых, в частности В.М. Жуйков, К.И. Комиссаров, В.В. Лазарев, относят постановления Пленума Верховного Суда РФ к источникам гражданского процессуального права, поскольку они носят нормативный характер, подлежат неоднократному применению, преодолевают пробелы в праве.

² См. также об отличии пределов выбора при осуществлении судьейского усмотрения от ограничений последнего гл. VI

изменить один из элементов иска. В соответствии с ч. 1 ст. 130 АПК РФ истец вправе соединить в одном заявлении несколько требований, связанных между собой по основаниям возникновения и представленным доказательствам. В случае соединения нескольких требований, не связанных между собой, исковое заявление возвращается (п. 2 ч. 1 ст. 129). Таким образом, в силу указанных норм истец не вправе в рамках начавшегося процесса добавить иное требование к первоначально предъявленному. Оно может быть заявлено самостоятельно, затем истцу следует заявить ходатайство об объединении двух дел в порядке, предусмотренном ч. 2 ст. 130 АПК РФ. Решение вопроса о целесообразности объединения дел зависит от усмотрения суда. Кроме того, согласно ч. 3 ст. 272 АПК РФ определение об отказе в удовлетворении ходатайства о рассмотрении дел в одном производстве не подлежит обжалованию, поскольку не препятствует дальнейшему движению дела.

Арбитражные суды допускают возможность дополнения исковых требований, руководствуясь п. 7 постановления Пленума ВАС РФ от 31 октября 1996 г. «О применении Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при рассмотрении дел в суде первой инстанции», из которого следует, что предъявление дополнительного требования производится по общим правилам предъявления иска. Указанное положение содержит вторую часть, устанавливающую предел выбора (целесообразность) при применении судейского усмотрения: если дополнительное требование не связано с первоначальным либо арбитражный суд признает их совместное рассмотрение нецелесообразным, суд отказывает в их совместном рассмотрении,

2. АПК РФ 2002 г. расширил круг субъектов, имеющих право обжаловать действия (бездействие) и решения приставов-исполнителей, по сравнению с субъектным составом, закрепленным в ст. 90 Федерального закона Российской Федерации «Об исполнительном производстве».

В соответствии с Федеральным законом обжаловать действия (бездействие) судебного пристава могут взыскатель и должник (ст. 29 Закона содержит определения данных понятий). Ст. 329 АПК РФ предоставляет такую возможность любому лицу, считающему свои права ущемленными соответствующими решениями, действиями (бездействием).

Постановление Пленума ВАС РФ от 9 декабря 2002 г. «О некоторых вопросах, связанных с введением в действие; Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации» устанавливает предел

выбора при применении судьейского усмотрения путем разъяснения необходимости применения п. 1 ст. 90 ФЗ «Об исполнительном производстве» с учетом положений АПК РФ, согласно которым арбитражным судам подведомственны дела об оспаривании решений и действий (бездействия) пристава-исполнителя по исполнению судебных актов арбитражных судов, а также исполнительных документов иных органов, если заявителем является организация или индивидуальный предприниматель, кроме случаев, когда оспариваются решения и действия (бездействие) пристава-исполнителя, связанные с исполнением исполнительного документа, выданного судом общей юрисдикции.

3. В настоящее время затруднено соблюдение требований Федерального закона от 22 мая 2003 г, № 54-ФЗ «О применении контрольно-кассовой техники при осуществлении наличных денежных расчетов и (или) расчетов с использованием платежных карт» в связи с отсутствием достаточной нормативной базы. Непосредственно в законе указывается на необходимость принятия Правительством РФ 12 подзаконных нормативных актов, Центральным банком РФ - трех правовых актов. Законом предусмотрена разработка ряда документов на уровне субъектов РФ. К тому же для обеспечения действия Федерального закона, требуется подготовка актов и решений, не названных в его тексте.

В арбитражные суды поступают жалобы, связанные с новыми правилами осуществления наличных расчетов. В связи с этим Пленум Высшего Арбитражного Суда РФ в постановлении от 31 июля 2003 г. № 16 разъяснил ряд вопросов, связанных с применением контрольно-кассовой техники. В частности, в нем установлено, что сферой регулирования Федерального закона являются наличные денежные расчеты независимо от того, кто и в каких целях совершает покупки (заказывает услуги). В постановлении записано, что «контрольно-кассовые машины подлежат применению и в тех случаях, когда наличные денежные расчеты осуществлялись с индивидуальным предпринимателем или организацией (покупателем, клиентом)». При наличных расчетах между юридическими лицами наряду с выдачей чеков покупателям надо вручать приходно-кассовые ордера¹.

Указанное постановление Пленума ВАС РФ устанавливает пределы выбора при осуществлении усмотрения арбитражным судом.

¹ Справочная правовая система «Гарант».

По результатам рассмотрения дела о пересмотре судебного акта в порядке надзора Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ и Президиум Верховного Суда РФ выносят постановления.

В ГПК РФ и АПК РФ содержатся нормы, в соответствии с которыми указания вышестоящего суда о толковании закона являются обязательными для суда, вновь рассматривающего дело (ч. 2 ст. 390 ГПК РФ, ч. 3 ст. 305 АПК РФ).

Следовательно, указания Президиумов ВАС РФ и ВС РФ в области толкования закона, закрепленные в постановлении по делу, рассмотренному в порядке надзора, устанавливают пределы выбора в процессе применения судьейского усмотрения при толковании закона для инстанции, вновь рассматривающей данное дело.

Подобная практика имеет серьезные основания. Отечественные законы содержат множество обтекаемых и расплывчатых формулировок, рассчитанных на применение судьейского усмотрения. Высшие органы судебной власти прибегают к официальному толкованию правовых норм в целях обеспечения единства судебной практики. Одновременно данная деятельность верховных судов ограничивает усмотрение нижестоящих судебных органов.

Таким образом, пределы выбора при осуществлении усмотрения могут быть определены постановлениями Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ. Они являются обязательными только для системы арбитражных судов. Пределы выбора могут быть установлены в постановлении Президиума Верховного Суда РФ, Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ по конкретному делу, рассмотренному в порядке надзора, в рамках толкования закона, являющегося обязательным для суда, вновь рассматривающего данное дело, в силу ч. 2 ст. 390 ГПК РФ» ч. 3 ст. 305 АПК РФ.

(III) Рассмотрим пределы выбора при применении судьейского усмотрения, установленные Постановлениями Конституционного Суда Российской Федерации.

Деятельность Конституционного Суда Российской Федерации выражается прежде всего в форме итоговых решений, именуемых постановлениями. Отметим основные признаки названных актов Конституционного Суда Российской Федерации.

Постановление Конституционного Суда выносится именем Российской Федерации.

Принимая постановление, судьи независимы и подчиняются только Конституции РФ.

В постановлениях Конституционного Суда РФ отражается итоговый результат рассмотрения конкретного дела.

Постановление вырабатывается в особом процессуально-правовом порядке, которым предусматривается процедура слушания дела, подписание, обнародование принятого акта, его форма и т.п.

Постановление Конституционного Суда РФ действует непосредственно, обязательно на всей территории Российской Федерации для всех органов государственной власти, должностных лиц, граждан и их объединений. Никто из органов государственной власти не вправе признать постановление Конституционного Суда РФ утратившим юридическую силу.

Постановления КС РФ именуют судебными прецедентами¹, нормативно-правовыми², квазинормативными³ актами и т.д. Не рассматривая проблему, отметим, что постановления Конституционного Суда РФ свойственны нормативно-интерпретационный характер, обобщенность и обязательность⁴.

Акты или отдельные положения, признанные в постановлении Конституционного Суда РФ неконституционными, утрачивают силу. Это обязывает соответствующий орган отменить неконституционный акт или неконституционное положение, а также служит основанием отмены в установленном порядке положений других актов, основанных на акте или его положении, признанном неконституционным. Решения судов и других органов, основанные на актах, признанных неконституционными, не подлежат исполнению и в обязательном порядке пересматриваются.

Итак, постановления Конституционного Суда РФ имеют не рекомендательный, а обязательный характер. Следовательно, в случае их применения в процессе рассмотрения и разрешения конкретного дела

¹ См.: Общая теория государства и права / Под ред. В.В. Лазарева. М., 1994. С. 131.

² См.: Конституционное право / Отв. ред. А.Е. Козлов. М., 1996. С. 14.

³ См.: Богданова Н.А. Конституционный Суд Российской Федерации в системе конституционного права // Вестник Конституционного Суда РФ. 1997. № 3. С. 64; Сивилский В.А., Терюкова Е.А. Решения Конституционного Суда Российской Федерации как источники конституционного права Российской Федерации // Там же. С. 75.

⁴ См.: Лазарев Л.В. Конституционный Суд Российской Федерации и развитие конституционного права // Журнал российского права. 1997. № 11. С. 7.

положения названных актов устанавливают пределы выбора при применении судебного усмотрения

Например, в постановлении от 17 декабря 1996 г № 20-П обоснована правовая позиция¹ о неконституционности бесспорного порядка взыскания всей суммы сокрытого или заниженного дохода и штрафов без согласия налогоплательщика В постановлении от 11 марта 1998 г. № 8-П сформулирована правовая позиция о неконституционности внесудебного порядка конфискации имущества у собственника за совершенное им правонарушение. Приведенные положения исключают любое иное толкование соответствующих нормативных актов в правоприменительной практике.

Постановлением Конституционного Суда РФ от 16 июня 1998 г. «По делу о толковании отдельных положений ст. 125, 126 и 127 Конституции Российской Федерации» определяется, *inter alia*, вытекает ли из подлежащих толкованию положений полномочие судов общей юрисдикции проверять конституционность указанных нормативных актов и признавать их недействующими. Цель вынесения названного постановления — разграничение компетенции в области нормоконтроля между Конституционным судом РФ и другими судами. Конституционный Суд РФ, в частности, указывает, что предусмотренное ст. 125 Конституции Российской Федерации полномочие по разрешению дел о соответствии Конституции Российской Федерации федеральных законов, нормативных актов Президента РФ, Совета Федерации, Государственной Думы, Правительства РФ, конституций республик, субъектов Российской Федерации, изданных по вопросам, относящимся к ведению органов государственной власти Российской Федерации и органов государственной власти субъектов Российской Федерации, относится к компетенции только Конституционного Суда РФ. По смыслу ст. 125, 126 и 127 Конституции Российской Федерации суды общей юрисдикции.., не могут признавать названные в ее ст. 125 (и, «а» и «б» ч. 2 и ч. 4) акты не соответствующими Конституции Российской Федерации и потому утрачивающими юридическую силу. По мнению Конституционного Суда РФ, суд общей юрисдикции,.. придя, к- выводу р несоответствии Конституции РФ федерального закона или закона "субъекта Российской Федера-

¹ См о понятии правовых позиций Конституционного Суда РФ, например: Лазарев ДВ Указ. соч. С 3-13, Сивицкий В А, Терюкова Б.Ю, Указ. йоч. С 77,79; Гаджиев Г.А, Пе-пшев С.Г Предприниматель - налогоплательщик — государство. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации. М.^ 1998^

ции, не вправе применить его в конкретном деле и обязан обратиться в Конституционный Суд РФ с запросом о проверке конституционности этого закона.

Верховный Суд РФ в постановлении Пленума от 31 октября 1995 г. № 8 «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия» разъясняет, что суды, исходя из положений ч 4 ст 125 Конституции Российской Федерации, могут (а не обязаны) обращаться в Конституционный Суд РФ¹

Таким образом, усмотрения Конституционного Суда РФ и Верховного Суда РФ по вопросу о том, обязан ли суд общей юрисдикции обращаться с запросом о проверке конституционности примененного или подлежащего применению в конкретном деле закона или он может обратиться с таким запросом, не совпадают.

В связи с тем, что Конституционный Суд РФ выносит официальные решения, имеющие общеобязательное значение, и его постановления являются окончательными, не могут быть пересмотрены другими органами или преодолены путем повторного принятия отвергнутого неконституционного акта, а также обязывают всех правоприменителей, включая другие суды, действовать в соответствии с правовыми позициями Конституционного Суда РФ, то названное постановление КС РФ устанавливает пределы выбора при применении усмотрения судами общей юрисдикции.

Перейдем к рассмотрению отдельных пределов выбора, применение которых является в основном новеллой для отечественного судопроизводства и встречается сложности на практике.

Отметим, что М.В. Брагинский, анализируя ст. 9 и 10 ГК РФ, утверждает, что осуществление по своему усмотрению гражданами и юридическими лицами гражданских прав не должно являться злоупотреблением этими правами². Статья 10 ГК РФ допускает установление в законе и других, кроме злоупотребления, ограничений для осуществления прав по усмотрению. В этом случае имеется в виду возможность включения в закон требования осуществлять право «разумно» и «добросовестно».

Укажем, что законодательство РФ, действовавшее до принятия ГК РФ 1995-1996 гг., такого понятия, как «разумность», не знало, а

¹ <http://www.supcourt.ru>

* Брагинский М.В. Осуществление и защита гражданских прав. Сделки Представительство. Доверенность Исковая давность // Вертник ВАС РФ 1995 № 7 С. 99.

«добросовестность» использовалась только при решении вопроса об удовлетворении виндикационных исков. В Гражданском кодексе Российской Федерации содержание обоих указанных понятий не раскрывается, если не считать «добросовестность» применительно к вопросу о защите права собственности.

Не вызывает сомнения, что в выработке представлений о рассматриваемых понятиях важную роль должна сыграть судебная практика. Вместе с тем, как указывает М.И. Брагинский, уже теперь можно утверждать, что в обоих случаях речь должна идти об использовании критерия «средний человек». Имеется в виду, что отклонение от того, как действовал бы такой «средний человек», должно иметь исходное значение для действий конкретного лица¹.

В.И. Емельянов придерживается аналогичных взглядов².

Похожая позиция применительно к деятельности судьи по усмотрению следует из научных работ ряда зарубежных ученых. По их мнению, судья, применяя усмотрение, должен действовать так, как средний разумный судья стал бы действовать при данных обстоятельствах дела³.

Отмечая правильность научной позиции специалистов, укажем, что, на наш взгляд, при осуществлении судейского усмотрения следует ориентироваться на критерий «средний разумный (справедливый, нравственный и т.д.) судья».

Рассмотрим такие специальные пределы выбора при осуществлении судейского усмотрения, как категории разумности, добросовестности, справедливости, целесообразности и нравственности.

Справедливость как специальный предел выбора

В процессе рассмотрения данного предела выбора при осуществлении судейского усмотрения кратко остановимся на следующих проблемах:

- категория справедливости в гражданском и арбитражном процессах!

1 См.: Брагинский М.И. Указ. соч. С. 101.

2 См. подробнее: Емельянов В.И. Разумность, добросовестность, злоупотребление гражданскими правами. М, 2002. С. 115-157.

3 См., например: Барак А. Указ, соч. С. 36; *foflbtik Judicial Caution and Valour // Law Q. Rev. 1929. N 45. P. 293,294.*

– юридическая справедливость в гражданском и арбитражном судопроизводстве.

Категория справедливости в гражданском и арбитражном процессах. Толковый словарь русского языка определяет «справедливый» как «1. Действующий беспристрастно; соответствующий истине. 2. Осуществляемый на законных основаниях»¹. Black's Law Dictionary указывает, *inter alia*, что термин «справедливость» («equity») означает «дух и плоть честности, точность и также корректное поведение, которым регулируются взаимоотношения между людьми»².

Необходимо заметить, что в последние годы термин «справедливость» все чаще встречается в действующем российском законодательстве.

Так, в Конституции РФ отмечается, что человек, его жизнь, честь, достоинство и свобода, личная неприкосновенность, естественные и неотчуждаемые права являются высшей ценностью, а судебная власть рассматривается как хранительница гражданского мира, прав и свобод личности и обеспечивает законность и *справедливость* (ст. 2, 18, 46 Конституции РФ).

О справедливости говорится в целом пакете международно-правовых актов, ратифицированных российским государством. Например, в ст. 10 Всеобщей декларации прав человека отмечено, что каждый имеет право на то, чтобы его дело было рассмотрено с соблюдением всех требований *справедливости* независимым и беспристрастным судом.

В отечественном законодательстве, *exempli gratia*, ссылки на категорию справедливости содержатся в ст. 2 АПК РФ, в ст. 6, 451, 1101 Гражданского кодекса РФ, в ст. 343, 346, 352 Кодекса торгового мореплавания РФ, в ст. 5 Семейного кодекса РФ, в ст. 43 Закона РФ от 15 апреля 1993 г. «О вывозе и ввозе культурных ценностей», в ст. 4 Закона РФ от 22 марта 1991 г. «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках».

В частности, в ст. 2 АПК РФ устанавливается, что одной из задач судопроизводства в арбитражных судах является *справедливое* публичное судебное разбирательство в установленный законом срок независимым и беспристрастным судом.

¹ Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. М., 1999. С. 757.

² Black's Law Dictionary. St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1990. P. 540.

Пункт 3 ст. 451 ГК РФ гласит, что при расторжении договора вследствие существенно изменившихся обстоятельств суд по требованию любой из сторон определяет последствия расторжения договора исходя из необходимости справедливого распределения между сторонами расходов, понесенных ими в связи с исполнением этого договора.

Статья 352 Кодекса торгового мореплавания РФ устанавливает, что суд, арбитражный суд или третейский суд могут посредством вынесения промежуточного решения постановить об уплате спасателю авансом такой суммы, которая представляется справедливой и разумной, и на таких условиях (в том числе при необходимости на условиях обеспечения требования), которые являются справедливыми и разумными исходя из обстоятельств конкретного дела.

Статья 5 Семейного кодекса РФ, регулирующая применение семейного законодательства и гражданского законодательства к семейным отношениям по аналогии, содержит следующее положение: «...в случае, если отношения между членами семьи не урегулированы семейным законодательством или соглашением сторон, и при отсутствии норм гражданского права, прямо регулирующих указанные отношения, к таким отношениям, если это не противоречит их существу, применяются нормы семейного и (или) гражданского права, регулирующие сходные отношения (аналогия закона). При отсутствии таких норм права и обязанности членов семьи определяются исходя из общих начал и принципов семейного или гражданского права (аналогия права), а также принципов гуманности, разумности и справедливости».

Статья 43 Закона РФ «О вывозе и ввозе культурных ценностей» гласит, что в случае приобретения добросовестным приобретателем незаконно ввезенных из других государств похищенных или утерянных культурных ценностей указанные ценности подлежат возврату законному собственнику с выплатой справедливой компенсации добросовестному приобретателю, если требование об их возврате предъявляется государством - участником международного соглашения, являющегося действующим для Российской Федерации и предусматривающего такую выплату, или если такая выплата предоставляется на началах взаимности.

Категория справедливости является объектом исследования различных научных дисциплин, в том числе этики, социологии, права, политологии. Обычно она рассматривается как оценочная категория, имеющая нравственный и правовой аспекты. Например, О.Э. Лейст указывает, что «справедливость считается основной и общей для морали и

права категорией»¹. ЗА, Бербешкина определяет справедливость как «понятие морального сознания, характеризующее меру воздействия и требования прав и благ личности... правомерность оценки экономических, политических, правовых явлений действительности и поступков людей...»². Аналогична позиция М.Н. Руткевича, который отмечает, что «в понятии справедливости фиксируется моральное и правовое представление о том, что соответствует и что не соответствует законам, нормам права и общественной, господствующей в обществе морали...»³.

Не возражая против приведенных определений, полагаем, что справедливость по своей сути настолько сложное и многообразное явление, что попытки дать некое всеобъемлющее его определение невозможно.

Перспективен, на наш взгляд, поиск определения справедливости как исторически обусловленного измерения социального факта, представляющего собой форму истинного соотношения меры свободы и равенства в человеческих отношениях. В связи с этим возможно заключение о различных представлениях о справедливости в обществе в зависимости от уровня его развития.

Более конкретно можно говорить о справедливости в плане ее реализации в праве вообще и в сфере судопроизводства в частности.

В научной юридической литературе распространен взгляд на справедливость как на основополагающую идею, ведущее начало формирования, развития и функционирования права, т.е как на общеправовой принцип. Так, С.С. Алексеев отмечает: «Справедливость, представляя по своей основе социально-нравственное явление в нашем обществе... приобретает значение правового принципа в той мере, в какой она воплощается в нормативно-правовом способе регулирования, в тех началах «соразмерности», «равного масштаба» и т.д, которые присущи самому построению правовых инструментов»⁴. Ряд авторов предлагают

¹ Лейст О Э Сущность права Проблемы теории и философии права М Зерцало, 2002.

² С 169 Бербешкина ЗА. Справедливость как социально-философская категория. М., 1983
С 113-114.

³ Руткевич МН. Социалистическая справедливость // Социологические исследования. 1986 №3.С. 61

⁴ Алексеев СГ, Проблемы теории права Т 1. Основные вопросы общей теории социалистического права. Свердловск, 1972 С. 108

определить категорию справедливости в качестве самостоятельной цели судопроизводства.

В приведенной выше норме ст. 5 Семейного кодекса РФ говорится о принципе справедливости.

Верховный Суд Российской Федерации также относит справедливость к правовым принципам. В обзоре судебной практики за IV квартал 1999 г. отмечается, что при решении вопроса о взыскании пени в соответствии со ст. 124 Таможенного кодекса Российской Федерации (0,3 процента за каждый день просрочки платежа) и ст. 75 Налогового кодекса Российской Федерации (0,1 процента за каждый день просрочки исполнения обязанности по уплате налога или сбора) необходимо принимать во внимание соразмерность суммы пени и основного долга (налога, таможенного платежа), причины несвоевременной уплаты основного долга и соблюдать принцип справедливости вынесенного судебного решения².

По нашему мнению, справедливость находит свое выражение в праве, но не является правовым принципом в силу зависимости представлений о ней в обществе от меняющихся социальных факторов. Исследуя проблему справедливого рассмотрения и разрешения дела, Г.А. Жилин указывает, что «представления о справедливости у разных людей могут существенно отличаться, что особенно наглядно проявляется в судопроизводстве у сторон с противоположными интересами. По своим социальным способностям и возможностям разные люди не могут быть равными во всем, и применение правового равенства к фактически неравным субъектам в некоторых случаях внешне выглядит несправедливым»³.

Согласимся с мнением О.Э. Лейста о том, что «понятие «социальная справедливость», о котором много говорят философы, юристы, политики, моралисты, публицисты, оказалось столь многоликим и неопределенным, что стало риторической формой выражения взаимоис-

1 См., например: Зайцев ИМ Целевые установки гражданского судопроизводства // Проблемы реформы гражданского процессуального права и практики его применения. Свердловск, 1990. С. 15,

2 Бюллетень Верховного Суда РФ, 2000, Ш 7. С. 16.

3 Жилин Г.А Цели гражданского судопроизводства и их реализация в суде первой инстанции. М.: Городец, 2000. С. 26.

ключающих идей и антагонистических интересов противостоящих классов, партий, социальных групп, индивидов и их объединений»¹.

Право утверждает равенство всех граждан перед законом независимо от их происхождения, материального положения, социального статуса и *et cetera*. Значимость права для утверждения справедливости столь очевидна, что это дало основание для вывода о том, что право есть нормативно закрепленная и реализованная справедливость². Взаимосвязь права и справедливости обусловлена правовой природой последней, выражающейся в том, что право противостоит несправедливости, защищает согласованный интерес и тем самым утверждает справедливое судебное решение. В связи с этим верным представляется указание Г.А. Жилина на то, что «правосудие по гражданским делам должно обеспечивать именно правовую, а не какую-нибудь иную справедливость»³.

Остановимся на выводах зарубежных и отечественных ученых-правоведов о применении категории справедливости в процессе рассмотрения дел в судах, не принимая во внимание те из них, которые посвящены исследованию права справедливости как одной из составляющих системы общего права.

С точки зрения некоторых ученых, например К. Дэвиса (K.C. Davis), усмотренческая деятельность судьи не связана со справедливостью, так как последняя не является правовой категорией⁴. В связи с этим ученый определяет судебское усмотрение как основной источник несправедливости и подвергает резкой критике широко предоставленную законодателем возможность применения дискреции (*discretio*)⁵.

На наш взгляд, К. Дэвис (K.C. Davis) не учитывает одну из важных универсальных особенностей судебского усмотрения, установленную римским правом: усмотрение – это знание того, что является с точки зрения права справедливым (*discretio est scire per legem quid sit justum*).

Отталкиваясь от общей посылки о том, что категория справедливости в гражданском и арбитражном процессах не носит нормативно-

¹ Лейст О.Э. Указ. соч. С. 171.

² Заметим, что справедливость в представлениях людей всегда увязывалась с правом. Общеизвестно, что в переводе с латинского право (*jus*) и справедливость (*justitia*) синонимичны.

³ Жилин Г.А. Указ. соч. С. 27.

⁴ Davis K.C. Op. cit. P. 215.

⁵ Ibid. P. 4.

оценочного характера (не представляет собой правовой принцип), полагаем, что справедливость в случае ее закрепления в юридической норме или постановлениях Пленума ВАС РФ, Конституционного Суда РФ в рамках применения судебного усмотрения является одним из специальных пределов выбора.

А. Барак рассматривает справедливость в качестве процедурного ограничения (предела) усмотрения суда. В судопроизводстве, по мнению ученого, справедливость находит отражение в следующих положениях. «Судья должен обращаться со сторонами одинаково, давая им одинаковые возможности во время судебного разбирательства. Он не должен иметь никакой, хотя бы отдаленной, личной заинтересованности в исходе дела. Он должен давать сторонам возможность заявлять свои аргументы. Усмотрение должно основываться на доказательстве, предъявляемом судье. Его решение должно быть мотивировано»¹. Итак, А. Барак выделяет в справедливости следующие положения: равенство процессуальных прав сторон; объективность суда при оценке доказательств; мотивированность выносимого судом решения.

Д.Б. Абушенко полагает, что справедливость «связана с некими глубинными нравственными установками» и относится к мотивам, основанным на традиционных подходах к разрешению вопросов принадлежности собственности².

Европейские юристы, на территории государств которых применяется Европейская конвенция о правах человека, выделяют принцип справедливости в качестве основополагающего унифицированного начала при рассмотрении дел в судах, отмечая, что он включает: во-первых, условия, упомянутые в ч. 1 ст. 6 Европейской конвенции о правах человека; во-вторых, равенство исходных условий; в-третьих, мотивированность выносимого судом постановления

Справедливость в контексте ст. 6 Европейской конвенции о правах человека представляет собой концепцию, включающую в себя как положения, прямо упомянутые в норме (в частности, независимость и беспристрастность суда, разумный срок рассмотрения или разрешения дела), так и условия, выработанные судебной практикой.

¹ Барак А. Указ, *сop.* С. 33»

² Абушенко Д.?. Судебное усмотрение в гражданском праве. Автореф. дис.... канд. юрид. наук. С. 13, 14; Он же. Судебное усмотрение в гражданском и арбитражном процессе. С. 73.

³ Access to Civil Procedure Abroad / Ed. by H. Smjdera. P. 25.

В норме ст. 6 Европейской конвенции о правах человека закреплены право на судебную защиту и обеспечение доступа к правосудию, в ней установлены обязательные формы судебной процедуры, именуемые основополагающими процессуальными гарантиями, удовлетворяющие представлениям о справедливом судебном разбирательстве. Процессуальные гарантии судебной защиты прав граждан могут различаться в зависимости от характера нарушенного права, но европейскими юристами отмечается, что прежде всего следует соблюдать требования, предъявляемые к органу, именуемому судом. Европейский суд по правам человека в одном из своих постановлений выделяет условия, которым должен удовлетворять судебный орган.

Среди основополагающих положений «справедливости», которые разработаны практикой Европейского суда по правам человека, юристы выделяют требование «равенства исходных условий», согласно которому стороны должны иметь равные процессуальные права и обязанности.

Одним из фундаментальных начал справедливого гражданского процесса стран, присоединившихся к Конвенции в 1994 г. (Европейский суд по правам человека включил данное требование в норму ст. 6), является мотивированность судебных постановлений¹.

Высший Арбитражный Суд РФ в информационном письме от 20 декабря 1999 г. указывает, что, устанавливая процессуальное положение сторон, участвующих в деле, Европейский суд по правам человека проверяет; фактическую состязательность сторон в процессе; независимость и законность назначения экспертов и экспертиз; законность методов получения доказательств; мотивированность решения; порядок и фактическую возможность обжалования решения сторонами, а также возможность вмешательства в порядок обжалования судебных решений лиц, не участвующих в споре и чьи права не затронуты судебным актом; фактическую возможность участия сторон на всех стадиях рассмотрения дела².

В связи с тем, что Российская Федерация является участником Конвенции о защите прав человека и признает юрисдикцию Европей-

¹ См. подробнее о праве на справедливое разбирательство дела в силу ст 6 Европейской конвенции о правах человека и практике Европейского суда по правам человека: Гомь-ем Д., ХаррисД., ЗвсщкЛ Европейская конвенция о правах человека и Европейская социальна* хартшг. право и практика. М., 1998, С. 201-263; Патова ОJ, Гражданский процесс в государствах - членах Европейского Союза. М., 2000. С. 33-42.

² См. справочную правовую систему «Гарант».

ского суда по правам человека обязательной по вопросам толкования и применения Конвенции и Протоколов к ней, то применение судами Конвенции должно осуществляться с учетом практики Европейского суда по правам человека. Подобная позиция находит свое отражение в постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 10 октября 2003 г. «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации», в информационном письме Высшего Арбитражного Суда РФ от 20 декабря 1999 г. «Об основных положениях, применяемых Европейским судом по правам человека при защите имущественных прав и права на правосудие».

На наш взгляд, следует обратить внимание на толкование справедливости при осуществлении правосудия Европейским судом по правам человека и юристами, на территории государств которых, применяется Конвенция о защите прав человека, учитывая, что принцип справедливости имеет непосредственную взаимосвязь с принципом состязательности, который не выделяется отдельно, в частности, в составе унифицированных принципов процесса стран - участниц Европейского Союза, а входит составной частью в принцип справедливости¹.

По нашему мнению, в рамках пределов выбора при осуществлении судейского усмотрения категория справедливости в российском гражданском и арбитражном процессах включает себя: во-первых, равенство всех перед законом и судом, равноправие сторон, юридическое равенство субъектов правоотношений (прежде всего гражданских); во-вторых, правовую (юридическую) справедливость.

Думается, что, исходя из сущности справедливости как истинного соотношения свободы и равенства², названная категория в российском гражданском и арбитражном процессах состоит в защите прав и охраняемых законом интересов в условиях равноправия сторон. То есть, применяя категорию справедливости при осуществлении выбора в процессе усмотрения, суд принимает во внимание права и обязанности лиц,

¹ См подробнее об унифицированных и национальных принципах Процессуального права государств - членов Европейского Союза: Папкина ОЛ. Указ* соч.

² Например, в курсе лекций по общей теории права выделяется справедливость воздающая (принцип древних правовых систем талиона), уравнивающая (равенство граждан перед законом), распределительная (учет всех обстоятельств личности при распределении материальных, и Иных благ), См.; Общая* теория права: Курс лекций. Нижний Новгород, 1993. С. 116,

участвующих в деле (прежде всего сторон), закрепленные нормами процессуального права, и установленное материальным правом юридическое равенство участников правоотношений (прежде всего гражданских).

При этом конкретный механизм выражения справедливости соотносится с реализацией системы принципов гражданского и арбитражного процессов, таких как равенство всех перед законом и судом, равноправие сторон.

Представляется, что справедливость выступает в качестве предела выбора при осуществлении судьейского усмотрения в случаях закрепления названной категории в ситуационных юридических нормах материального, процессуального права или постановлениях Пленума ВАС РФ, Конституционного Суда РФ и ее применения при рассмотрении и разрешении конкретных дел в судах общей юрисдикции или арбитражных судах. Допускается субсидиарное применение категории справедливости наряду с другими пределами выбора.

Подобные выводы не имеют временных границ, что подтверждается судебной практикой разных лет.

Так, судом Ямало-Ненецкого автономного округа Тюменской области 27 ноября 1997 г. Б. осужден условно по ч. 1 ст. 298 УК РФ. С него взыскано в пользу О. 20 млн руб. (неденоминированных) в порядке компенсации морального вреда.

Б признан виновным в клевете на судью О., участвовавшую в осуществлении правосудия, в связи с рассмотрением ею дела в суде.

4 марта 1997 г. Б. написал и опубликовал в газете статью, в которой содержались сведения о том, что судья О. рассматривала дело по иску К. предвзято, показав себя послушной мэру города.

Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ приговор оставила без изменения.

Заместитель Председателя Верховного Суда РФ в протесте поставил вопрос об отмене судебных решений в части взыскания с Б. в пользу О. 20 млн руб. в порядке компенсации морального вреда и о направлении дела в этой части на новое судебное рассмотрение в порядке гражданского судопроизводства.

Президиум Верховного Суда РФ 28 июля 1999 г. протест удовлетворил, указав следующее,

В соответствии со ст. 310 и 314 УПК РСФСР суд при разрешении вопроса о гражданском иске в описательной части приговора должен

привести мотивы, обосновывающие полное или частичное удовлетворение иска, а также указать закон, на основании которого разрешен гражданский иск,

Однако суд эти требования закона по делу не выполнил.

Как видно из материалов дела, иск о компенсации морального вреда О. заявила к Б. лишь в ходе судебного разбирательства при допросе ее в качестве потерпевшей. Определения о признании Б. гражданским ответчиком суд не выносил и соответственно не разъяснял ему права, предусмотренные ст. 55 УПК РСФСР. В нарушение требований ст. 295 УПК РСФСР не было реализовано право Б. на выступление в прениях в качестве гражданского ответчика.

Президиум Верховного Суда РФ указал, что согласно ст. 1101 ГК РФ при определении размера компенсации вреда должны учитываться требования разумности и справедливости.

Таким образом, вопрос о взыскании с Б. в пользу О. 20 млн руб. в порядке компенсации морального вреда рассмотрен судом с существенными нарушениями требований закона и приговор в этой части подлежит отмене, а дело - направлению на новое судебное рассмотрение в порядке гражданского судопроизводства¹.

Из приведенного примера из судебной практики конца 90-х гг. XX в. следует, что при разрешении по существу требования о компенсации морального вреда Президиум Верховного Суда РФ применил усмотрение в соответствии с нормой ст. 1101 ПС РФ. В указанной ситуационной норме в качестве предела выбора закреплена категория справедливости, которую Президиум Верховного Суда РФ, учитывая обстоятельства конкретного дела, связал с соблюдением принципа равноправия сторон.

Категория справедливости может применяться в качестве субсидиарного предела выбора при осуществлении судьейского усмотрения, отражая нормативно установленные общие принципы права.

Так, по одному из дел, рассмотренных Президиумом Высшего Арбитражного Суда РФ, устанавливается, в частности, что малое предприятие «Техносервис» обратилось в арбитражный суд с иском об обязанности товарищества с ограниченной ответственностью «Глазов-молоко» поставить 39 568 кг масла сливочного в соответствии с договором от

1 См. постановление Президиума Верховного Суда РФ от 28 июля 1999 г. «Существенное нарушение прав гражданского ответчика повлекло отмену приговора в части гражданского иска» (извлечение) // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2000. №5. С. 5

30.09.94 №7 и взыскании 1 414 008 750 руб. штрафа за невыполнение обязательства по поставке.

В протесте заместителя Председателя Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации предлагается решение от 05.07.95 и постановление апелляционной инстанции от 11.08.95 отменить, а дело передать на новое рассмотрение в тот же арбитражный суд.

Президиум считает, что протест подлежит удовлетворению по следующим основаниям

До принятия решения по делу предприятие «Техносервис» увеличило размер исковых требований в части взыскания штрафных санкций, сумма которых в конечном итоге составила 2 290 750 000 руб., а также частично изменило предмет иска, предъявив требование о взыскании 269 500 000 руб. стоимости поставленной ответчику линии по производству казеина вместо присуждения к исполнению обязательства по поставке масла в натуре.

Решением от 05.07.95 арбитражный суд взыскал с ответчика стоимость линии и 229 075 000 руб. штрафа, отказав в остальной части иска.

Апелляционная инстанция постановлением от 11.08.95 изменила решение в части взыскания штрафа, увеличив сумму до 1145 375 000 руб. В остальной части решение оставлено без изменения.

Из материалов дела следует, что в соответствии с договором от 30.09.94 № 7 МП «Техносервис» должно было поставить ТОО «Глазов-молоко» линию по производству казеина, а товарищество в обмен на линию - отгрузить масло сливочное «Крестьянское» в количестве 39 568 кг в течение 15 дней со дня прибытия линии на станцию назначения. Сумма договора определена в размере 55 000 долл. США.

В тот же день сторонами был заключен второй договор, на основании которого ТОО «Глазов-молоко» приняло от предприятия 39 568 кг масла на хранение до момента отгрузки. Срок действия договора установлен до 31.12.94.

МП «Техносервис» свое обязательство выполнило, отгрузив 30.11.94 линию по производству казеина. Поскольку ТОО «Глазов-молоко» в свою очередь масло не поставило, предприятие предъявило к нему требование об исполнении обязательства в натуре и взыскании штрафа, установленного п. 4.1 договора от 30.09.94 № 7 (5 процентов от суммы договора за каждый день просрочки).

Суд первой инстанции с учетом обоюдной вины сторон в неисполнении обязательства по поставке масла и несоразмерностью подлежа-

щего уплате штрафа последствиям нарушения обязательства на основании ст. 333 ГК Российской Федерации уменьшил размер штрафа до 10 процентов от заявленной суммы, взыскав 229 075 000 руб. Требование о взыскании стоимости линии удовлетворено по тем мотивам, что ответчик принял ее и использует по назначению.

Апелляционная инстанция увеличила размер штрафа до 50 процентов от заявленной суммы, обосновав это необходимостью обеспечения более объективного и справедливого возложения ответственности на обе стороны¹.

Таким образом, в приведенном примере арбитражным судом апелляционной инстанции была применена норма ст. 333 ГК РФ, которая устанавливает применение судьейского усмотрения при уменьшении неустойки, закрепляя в качестве предела выбора соразмерность подлежащей уплате неустойки последствиям нарушения обязательства. Субсидиарно судом была применена категория справедливости как общее начало возложения ответственности, вытекающее из содержания нормы ст. 1ГКРФ.

Итак, юридическая категория справедливости в качестве специального предела выбора при осуществлении судьейского усмотрения, во-первых, закрепляется в юридических нормах процессуального, материального права или постановлениях Пленума ВАС РФ, Конституционного Суда РФ; во-вторых, применяется при рассмотрении или разрешении конкретного дела, подведомственного суду общей юрисдикции или арбитражному суду; в-третьих, учитывает особенности обстоятельств отдельного дела, установленные судом; в-четвертых, непосредственно находит выражение, в частности, в таких положениях гражданского процессуального и арбитражного процессуального права, как равенство всех перед законом и судом, равноправие сторон; принципе гражданского права, таком как юридическое равенство субъектов гражданских правоотношений, поскольку само равенство является необходимым элементом справедливости. Принцип равенства предполагает равное наделение участников процесса правами и требует единых требований ко всем без исключения, что наряду с применением усмотрения при оценке особенностей конкретной ситуации позволяет добиться осуществления правосудия.

¹ См., постановление Президиума ВАС ВФ «г 27 февраля 1996 т. Ш 7673/95 // Справочная правовая система «Гарант».

Юридическая (правовая) справедливость в гражданском и арбитражном судопроизводстве. Правовая справедливость обеспечивает правосудие по гражданским делам и экономическим спорам и связана с правами и обязанностями суда. Если последний при правильном установлении обстоятельств дела применяет правовую норму, предназначенную для регулирования спорных правоотношений, то это не всегда означает справедливость решения. Примененная норма может не соответствовать принципам, смыслу и содержанию права, выраженным в Конституции РФ и других не противоречащих ей законах. Указанное положение требует от судьи при принятии решения по конкретному делу сопоставлять норму, регулирующую спорные правоотношения, с правовыми положениями, имеющими большую юридическую силу.

Г.А. Жилин указывает, что в юридической литературе встречаются суждения, согласно которым решение суда может быть законным, но не справедливым (в правовом смысле), и наоборот. Подобная постановка проблемы возможна при позитивистском правопонимании, когда неотъемлемой частью права признается любая норма, изданная или санкционированная государством. Если же к праву относить только те законы и нормативные акты, которые соответствуют принципам, смыслу и содержанию права как общеобязательной формы равенства, свободы и справедливости, то подобная постановка вопроса лишена смысла, поскольку справедливость является в данном случае внутренним свойством права¹.

В связи с этим следует согласиться с мнением В.М. Жуйкова, что при юридическом правопонимании несправедливость является проблемой не права, а неправового закона, который не должен законодателем приниматься, а судом – применяться².

По нашему мнению, юридическая справедливость в качестве выбора при применении судейского усмотрения находит свое закрепление в нормах Конституции РФ о ее высшей юридической силе и прямом действии и соответствующих постановлениях Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ, Конституционного Суда Российской Федерации.

Например, в п. 5 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ и Пленума Верховного Суда РФ от 11 июня 1999 г. установлено, что в соответствии с ч. 2 ст. 54 Конституции Российской Федерации

¹ См.: Жилин Г.А. Указ. соч. С. 26–27.

² См.: Жуйков В.М. Теоретические и практические проблемы конституционного права на судебную защиту. Автореф. дис. ... докт. юрид. наук. М., 1997. С. 29.

и п. 3 ст. 5 Налогового кодекса РФ акты законодательства о налогах и сборах, устраняющие или смягчающие ответственность за налоговые правонарушения, имеют обратную силу.

Следовательно, решение о взыскании налоговой санкции за налоговое правонарушение, допущенное до 1 января 1999 г., не может быть принято судом после вступления в силу Налогового кодекса РФ, если ответственность за соответствующее правонарушение им не установлена. Взыскание ранее наложенных финансовых санкций за такое правонарушение не может быть произведено после 31 декабря 1998 г.¹

Как представляется, выбор судьей юридической справедливости приводит к осуществлению правосудия (а contrario).

Так, по одному из дел Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации рассмотрел протест заместителя Председателя Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации на постановление Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 15.12.99 по делу №А32-12209/99-23/425 Арбитражного суда Краснодарского края.

Президиум установил следующее.

Индивидуальный предприниматель Губанов Н.А. обратился в Арбитражный суд Краснодарского края с иском к Территориальной государственной налоговой инспекции № 3 города Краснодара о признании недействительным ее уведомления от 29.03.99 К° 1410 о переводе его на уплату единого налога с вмененного дохода и об обязанности налогового органа установить ему уплату подоходного налога из расчета 12 процентов от полученного дохода.

Решением от 22.09.99 исковые требования удовлетворены частично. Названное уведомление признано недействительным. В части требования об обязанности налогового органа установить истцу уплату подоходного налога в размере 12 процентов от полученного дохода производство по делу прекращено.

В апелляционной инстанции дело не рассматривалось.

Федеральный арбитражный суд Северо-Кавказского округа постановлением от 15 декабря 1999 г. решение суда первой инстанции в части признания недействительным уведомления налогового органа отменил, в иске в этой части отказал. В остальной части решение оставлено без изменения.

¹ Российская газета. 1999, 6 июля,

Суд кассационной инстанции пришел к выводу о том, что Губанов Н.А. является плательщиком единого налога независимо от даты его регистрации в качестве предпринимателя, так как с даты введения в действие закона Краснодарского края от 6 ноября 1998 г. № 155-КЗ «О едином налоге на вмененный доход для определенных видов деятельности» в отношении указанных в нем плательщиков не применяются положения законодательных актов, действие которых прекращено Федеральным законом от 31 июля 1998 г. № 148-ФЗ «О едином налоге на вмененный доход для определенных видов деятельности».

Указанное касается положений ст. 1, 11 названного Федерального закона, согласно которым со дня введения на территориях соответствующих субъектов Российской Федерации единого налога не взимается с плательщиков этого налога подоходный налог с доходов, получаемых ими от предпринимательской деятельности в сферах, подпадающих под действие этого Федерального закона. В отношении таких плательщиков не применяется абз. 2 ч. 1 ст. 9 Федерального закона от 14 июня 1995 г. № 88-ФЗ «О государственной поддержке малого предпринимательства в Российской Федерации».

В протесте заместителя Председателя Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации предлагается постановление кассационной инстанции отменить, оставив в силе решение суда первой инстанции.

Президиум считает, что все судебные акты в части разрешения спора о признании недействительным уведомления налогового органа подлежат отмене, а дело в этой части — направлению на новое рассмотрение в суд первой инстанции по следующим основаниям.

Как видно из материалов дела, индивидуальный предприниматель Губанов Н.А. осуществлял деятельность по оказанию юридических услуг на основании свидетельства о государственной регистрации от 02.07,98 № 34424.

В момент его регистрации индивидуальные, предприниматели подлежали налогообложению в соответствии с Законом Российской Федерации «О подоходном налоге с физических лиц».

Федеральным законом от 14 июня 1995 г. № 88-ФЗ «О государственной поддержке малого предпринимательства в Российской Федерации» субъектам малого предпринимательства, к которым относятся и индивидуальные предприниматели, предоставлена гарантия, обеспечивающая стабильность их правового и экономического положения. Согласно абз. 2 ч. 1 ст. 9 этого Закона в случае, если изменения налогового

законодательства создают менее благоприятные условия для субъектов малого предпринимательства по сравнению с ранее действовавшими условиями, то в течение первых четырех лет своей деятельности указанные субъекты подлежат налогообложению в том же порядке, который действовал на момент их государственной регистрации

Законом Краснодарского края «О едином налоге на вмененный доход для определенных видов деятельности» с 1 января 1999 г. введен единый налог на вмененный доход, в том числе и для предпринимателей, оказывающих юридические услуги, что и явилось основанием для направления налоговым органом Губанову Н.А. обжалованного им уведомления

Губанов Н.А. указывает, что перевод на уплату единого налога на вмененный доход существенно ухудшает его положение как налогоплательщика

Президиум ВАС РФ осуществляет юридически справедливый выбор и, в частности, усматривает, что в соответствии со ст. 57 Конституции Российской Федерации и п. 2 ст. 5 Налогового кодекса Российской Федерации, введенным в действие в Российской Федерации одновременно с названным законом Краснодарского края, акты законодательства о налогах и сборах, устанавливающие новые налоги и (или) сборы, определяющие новые обязанности или иным образом ухудшающие положение налогоплательщиков, обратной силы не имеют.

Далее Президиум ВАС РФ продолжает, что Федеральным законом «О государственной поддержке малого предпринимательства в Российской Федерации» предоставлена гарантия стабильности условий хозяйствования субъектам малого предпринимательства в течение четырех лет их деятельности в случае, если изменение налогового законодательства создает менее благоприятные условия этой деятельности по сравнению с ранее действовавшими условиями.

Утрата этим положением силы и введение нового режима налогообложения означают по существу придание новым условиям уплаты налогов обратной силы применительно к длящимся правоотношениям, возникшим до дня введения в действие нового регулирования, что не согласуется с Конституцией Российской Федерации и. Дадовым кодексом Российской Федерации в той мер©, в какой новое регулирование ухудшает положение конкретного налогоплательщик»¹.

¹ Вестник ВАС РФ 2000. № 9.

Таким образом, если суд при правильном установлении обстоятельств дела ссылается на правовую норму, предназначенную для регулирования спорных правоотношений, то это не всегда означает справедливость решения. В приведенном примере примененная арбитражным судом кассационной инстанции норма не соответствовала принципам, смыслу и содержанию права, выраженным в Конституции РФ и других не противоречащих ей законах. В этом случае следует говорить о выборе судом несправедливого (в юридическом смысле) варианта решения правового вопроса, поскольку здесь в качестве предела выбора при осуществлении судьейского усмотрения выступает категория справедливости. Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ при принятии решения по указанному делу сопоставил норму, регулируемую спорные правоотношения, с правовыми положениями, имеющими большую силу, и сделал юридически справедливый выбор, в результате чего было осуществлено правосудие.

Подведем итог рассмотрению юридической категории справедливости в качестве специального предела выбора при осуществлении судьейского усмотрения.

Справедливость находит свое выражение в праве, но не является правовым принципом в силу зависимости представлений о ней в обществе от меняющихся социальных факторов.

Законодательная дефиниция справедливости объективно отсутствует, Указанная категория применяется судом по усмотрению.

В рамках судьейского усмотрения категория справедливости в гражданском и арбитражном процессах включает: во-первых, равенство всех перед законом и судом, равноправие сторон; во-вторых, правовую (юридическую) справедливость.

Категория справедливости в качестве специального предела выбора при осуществлении судьейского усмотрения закрепляется в юридических нормах или постановлениях Пленума ВАС РФ, Конституционного Суда РФ, применяется при рассмотрении или разрешении конкретного дела, подведомственного суду общей юрисдикции или арбитражному суду, учитывает особенности обстоятельств отдельного дела, установленные судом, непосредственно находит выражение в таких положениях гражданского процессуального и арбитражного процессуального права, как равенство всех перед законом и судом, равноправие сторон, поскольку само равенство является необходимым элементом справедливости. Принцип равенства предполагает равное наделение участников

процесса правами и требует единых требований ко всем без исключения, что наряду с применением усмотрения при оценке особенностей конкретной ситуации позволяет добиться осуществления правосудия.

Юридическая справедливость в качестве предела выбора при применении судебного усмотрения находит свое закрепление в нормах Конституции РФ о ее высшей юридической силе и прямом действии и в соответствующих постановлениях Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ, Конституционного Суда Российской Федерации.

Добросовестность как специальный предел выбора

При рассмотрении проблемы добросовестности как специального предела выбора в процессе осуществления судебного усмотрения остановимся на следующих положениях:

- - категория добросовестности в гражданском и арбитражном процессах;
- - добросовестность, злоупотребление правом и судебное усмотрение;
- - добросовестность, злоупотребление лицами, участвующими в деле, своими правами и судебное усмотрение;
- - добросовестность и злоупотребление правом на судебное усмотрение.

Категория добросовестности в гражданском и арбитражном процессах.

Толковый словарь русского языка определяет добросовестность как «честное исполнение своих обязанностей»¹. Black's Law Dictionary поясняет, что «добросовестность («good faith») является неуловимым и абстрактным (общим) качеством, не имеющим технического значения или нормативно закрепленного определения, и содержит в себе, среди прочего, честность, отсутствие злого умысла и желания обмануть, а субъективная добросовестность является концепцией, включающей в себя истинные желания и внутренний дух субъекта... В общем смысле данный термин обычно употребляется для того, чтобы описать состояние ума (намерение, желание), отражающее честность цели, свободу от намерения обмануть, и означает честное исполнение обязан-

¹ Ожегов СИ,, Шведова Н.Ю Толковый словарь русского языка. С. 169.

ностей или обязательств...»¹. Таким образом, общее право выделяет две стороны добросовестности: объективную и субъективную.

Действующее отечественное законодательство отличается широким использованием понятия «добросовестность» («недобросовестность»).

Указанная категория содержится, *inter alia*, в ст. 6, 10, 53 Гражданского кодекса РФ. ГК РФ говорит о добросовестности применительно к приобретателю (ст. 302), владельцу (ст. 234, 303), лицу, которое изготовило новую движимую вещь для себя путем переработки не принадлежащих ему материалов (ст. 220). В ст. 157, 220, 303, 1109 ГК РФ говорится о недобросовестных участниках гражданских правоотношений.

В Гражданском процессуальном кодексе РФ и Арбитражном процессуальном кодексе РФ речь, в частности, идет о добросовестном пользовании лицами, участвующими в деле, всеми принадлежащими им процессуальными правами (ст. 35 ГПК РФ, ст. 41 АПК РФ).

Статьи 138, 145, 234, 237 Кодекса торгового мореплавания РФ (30 апреля 1999 г.) содержат категорию добросовестности.

Статья 30 Семейного кодекса РФ говорит о добросовестном супруге.

В частности, п. 3 ст. 602 Гражданского кодекса РФ, посвященной обязанности по предоставлению содержания с иждивением, гласит, что при разрешении спора между сторонами об объеме содержания, которое предоставляется или должно предоставляться гражданину, суд должен руководствоваться принципами добросовестности и разумности.

Часть 2 ст. 662 ГК РФ устанавливает, что арендодатель может быть освобожден судом от обязанности возместить арендатору стоимость улучшений, если докажет, что издержки арендатора на эти улучшения повышают стоимость арендованного имущества несоразмерно улучшению его качества и (или) эксплуатационных свойств или при осуществлении таких улучшений были нарушены принципы добросовестности и разумности.

Статья 234 Кодекса торгового мореплавания РФ, посвященная ограничению общих полномочий морского агента, содержит положение о том, что в случае ограничения судовладельцем общих полномочий морского агента на совершение сделок от имени судовладельца сделка, совершенная морским агентом с действовавшим добросовестно третьим лицом, является действительной и создает права и обязанности по со-

¹ Black's Law Dictionary. St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1990. P. 693

вершенной для судовладельца сделке, если только третьему лицу не было известно о таком ограничении.

Пункт 4 ст. 30 Семейного кодекса РФ гласит, что при вынесении решения о признании брака недействительным суд вправе признать за супругом, права которого нарушены заключением такого брака (добросовестным супругом), право на получение от другого супруга содержания в соответствии со ст 90 и 91 настоящего Кодекса, а в отношении раздела имущества, приобретенного совместно до момента признания брака недействительным, вправе применить положения, установленные ст. 34, 38 и 39 настоящего Кодекса, а также признать действительным брачный договор полностью или частично.

Добросовестный супруг вправе требовать возмещения причиненного ему материального и морального вреда по правилам, предусмотренным гражданским законодательством.

Анализ постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 12 октября 1999 г. «По делу о проверке конституционности п. 3 ст. 11 Закона Российской Федерации от 27 декабря 1991 г. «Об основах налоговой системы в Российской Федерации»» приводит к выводу о том, что налогоплательщика следует считать добросовестным в том случае, если он исполняет обязанность по уплате налога, что означает, с учетом конституционных норм, уплату налога налогоплательщиком - юридическим лицом, т.е. списание кредитным учреждением платежа с расчетного счета плательщика независимо от времени зачисления сумм на соответствующий бюджетный или внебюджетный счет¹.

Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 11 июня 1999 г. № 8 «О действии международных договоров Российской Федерации применительно к вопросам арбитражного процесса» устанавливает, что суд, применяя нормы международных договоров, руководствуется тем, что толкование международных правил производится в порядке, определенном разд. 3 ч. 3 Венской конвенции о праве международных договоров от 23 мая 1969 г.

Суд толкует международно-правовую норму добросовестно, в контексте и в соответствии с объемом и целями международного договора Российской Федерации².

2 Текст постановления опубликован в еженедельнике официальной информации «Курьер»

¹ Справочная правовая система «Гарант» Текст постановления опубликован в еж (1999 № 21-24), в журнале «ЭктресоЗакОн» (1999.

Отметим, что нормы материального и процессуального права не содержат определений добросовестности.

Сложно согласиться с предложением О.В. Аксеновой о необходимости закрепления в тексте процессуального закона официального толкования определения понятия добросовестности. По ее мнению, указанное определение «должно, во-первых, не содержать понятий, допускающих двоякое или расплывчатое толкование, а во-вторых, опираться на критерии, носящие максимально более объективный характер».

На наш взгляд, В.И. Емельянов, основываясь на анализе норм ст. 157, 220, 302, 303, 1109 и др. Гражданского кодекса РФ, правильно полагает, что «лицо следует считать добросовестным в том случае, когда оно действует без умысла причинить вред другому лицу, а также не допускает легкомыслия (самонадеянности) и небрежности по отношению к возможному причинению вреда. Такое определение следует из содержания ст. 302 ГК РФ, согласно последней добросовестным приобретателем является лицо, «которое не знало и не могло знать о том, что приобретает имущество у лица, не имеющего права его отчуждать»»².

Статья 10 ГК РФ предполагает добросовестность участников гражданского оборота. В отечественном гражданском праве, по наблюдениям И.Б. Новицкого, начало доброй совести используется в двух значениях. В одних случаях добрая совесть выступает в объективном значении как известное внешнее мерило, которое принимается во внимание законом, судом и которое рекомендуется участникам гражданского оборота в их взаимных отношениях. По мнению И.Б. Новицкого, здесь как бы открывается новый источник, выступает параллельная или подсобная норма, призываемая к действию законом. В других случаях принимается во внимание добрая совесть в субъективном смысле как определенное сознание того или иного лица, как неведение некоторых обстоятельств, с которыми закон связывает те или иные юридические последствия³.

Пример применения добросовестности в объективном значении представляет ст. 53 ГК РФ, которая закрепляет обязанность лица, в со-

1 Аксенова О.В. К вопросу о пределах осуществления гражданских процессуальных прав // Теория и практика субъективных прав и процессуальные формы их защиты. Сборник научных статей Тверь, 2000. С 105.

2 Емельянов В И Указ соч С 91.

4 См.: Новицкий И Б. Принцип доброй совести в проекте обязательственного права // Вестник гражданского права 1916 №16. С 1909.

ответствии с законом или учредительными документами выступающим от имени юридического лица, действовать в интересах представляемого им юридического лица добросовестно и разумно. Пример добросовестности в субъективном значении содержится в ст. 302 ГК РФ - добросовестным считается приобретатель имущества, который не знал и не мог знать о незаконности своего владения.

Применительно к арбитражному и гражданскому процессам представляется верным мнение О. Садикова о необоснованности и нецелесообразности распространения на их сферу общего правила ст. 10 ГК РФ¹. В области гражданского и арбитражного судопроизводства должны применяться специальные правила, направленные на предотвращение недобросовестных действий всех участников процесса.

По нашему мнению, в гражданском процессуальном и арбитражном процессуальном праве следует исходить из понимания добросовестности в двух указанных выше смыслах.

Понятие добросовестности в объективном смысле должно являться дополнительным внешним мерилom действий судьи (суда) по усмотрению.

Критерий добросовестности в субъективном значении предполагает оценку судом собственного отношения лиц, участвующих в деле, к совершаемым ими действиям.

На наш взгляд, в рамках судейского усмотрения добросовестность представляет собой предел выбора варианта решения правового вопроса в случаях закрепления указанной категории в материальной или процессуальной относительно-определенной норме или постановлениях Пленума ВАС РФ, Конституционного Суда Российской Федерации и применения соответствующего положения при рассмотрении или разрешении конкретного дела. Является поведение добросовестным или недобросовестным, определяется судом по усмотрению с учетом конкретных обстоятельств дела и содержания нормы права. Отсутствие в юридической норме дефиниции добросовестности продумано законодателем.

Подобный вывод подтверждается: как современной судебной практикой, так и практикой прошедших лет.

Так, в постановлении от 28 декабря 1999 г, № 1293/99 указывается, что Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации,

1 См.: Садиков О. Злоупотребление правом в ГрГшдавдйкВкмгодекое России//Хозяйство и право. 2002. №2. С. 45.

рассмотрев протест заместителя Председателя Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации на решение от 4 ноября 1998 г., постановление апелляционной инстанции от 29 декабря 1998 г. по делу № А27-4195/98-4-168, А27-6427/98-4-345, Арбитражного суда Кемеровской области и постановление Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 9 марта 1999 г. по тому же делу, установил, в частности, следующее.

Закрытое акционерное общество «Сиб-Хормелинвест» обратилось в Арбитражный суд Кемеровской области с иском к открытому акционерному обществу «Специализированный регистратор «Альпари»» о признании действий последнего по списанию акций Кемеровского открытого акционерного общества «Химпром» со счета истца в количестве 21 000 штук не соответствующими требованиям закона и об обязанности совершить операцию по восстановлению на лицевом счете истца в реестре акционеров регистрационной записи о владении на праве собственности указанными акциями (дело № А27-4195/98-4-168).

ЗАО «Сиб-Хормелинвест» приобрел 21 000 штук обыкновенных акций, эмитентом которых является Кемеровское ОАО «Химпром», у ООО «Брокерская консультационная фирма «Горизонт»» по договору купли-продажи акций от 18.02.98 № 36.

На основании решения Федерального суда Заводского района г. Кемерово от 10.04.98, признавшего указанный договор ничтожным, и исполнительного листа от 10.04.98 ОАО «Специализированный регистратор «Альпари»» списало акции со счета ЗАО «Сиб-Хормелинвест» и зачислило на счет прежнего собственника – акционерного общества промышленности тяжелого органического синтеза (АО «ТОС»). Ранее АО «ТОС» заключило договор купли-продажи спорных акций от 17.02.98 № 36/98, по которому продало их ООО «КБ «Кузбасский транспортный банк»». Этот договор был исполнен после исполнения решения суда общей юрисдикции от 10.04.98. ООО «КБ «Кузбасский транспортный банк»» в свою очередь продало эти акции по договору от 15.04.98 № 15/152-КМНР обществу «Бизнес и консалтинг», которое заключило четыре договора купли-продажи этих же акций с обществами с ограниченной ответственностью «Ноосфера», «Витет», «Куперс», «Бивард».

Считая себя добросовестным приобретателем спорных акций, что установлено решением Арбитражного суда Кемеровской области от 07.04.98 по другому делу (№ А27-1708/98-4-58), ЗАО «Сиб-Хормелинвест» предъявило два настоящих иска.

Президиум ВАС РФ полагает, что требование истца о восстановлении записи на его счете о владении спорными акциями на праве собственности путем списания со счета нового незаконного собственника фактически сводится к требованию о возврате акций, находящихся у лица (ООО «Бизнес и консалтинг»), приобретшего их по договору с третьим лицом (ООО «КБ «Кузбасский транспортный банк»») Это требование носит виндикационный характер и подлежит рассмотрению в соответствии со ст 302 Гражданского кодекса Российской Федерации

Пункт 1 указанной статьи предусматривает, что если имущество возмездно приобретено у лица, которое не имело права его отчуждать, о чем приобретатель не знал и не мог знать (добросовестный приобретатель), то собственник вправе истребовать это имущество от такого приобретателя лишь в случае, когда имущество было из владения собственника помимо его воли

Следовательно, продолжает Президиум, суд должен был исследовать, в частности, обстоятельства, на основании которых можно было бы сделать вывод о добросовестности или недобросовестности приобретения акций обществами с ограниченной ответственностью «Бизнес и консалтинг», «Ноосфера», «Витет», «Купере», «Бивард»¹.

Таким образом, в приведенном примере Президиум ВАС РФ для разрешения дела по существу признал обязательным применение судом нормы ст. 302 ГК РФ, которая носит относительно-определенный характер, рассчитана на учет определенных обстоятельств и связана с осуществлением судебного усмотрения, поскольку содержит категорию добросовестности. В норме ст. 302 ГК РФ говорится, что приобретатель является добросовестным, если он не мог и не должен был знать о том, что лицо, у которого приобретено имущество, не имело права его отчуждать. В данном случае имеется в виду поведение среднего разумного человека. То есть в указанной ситуации для законодательного закрепления правила о небрежности как форме вины используется сравнение действий конкретного субъекта с действиями разумного человека. Президиум ВАС РФ полагает, что, сделав правильный выбор в отношении добросовестности или недобросовестности приобретения акций, точнее, оценив добросовестность действий: с использованием критерия их разумного осознания (понимания) ж предвидения, суд верно редшт по усможрению правовой вопрос. В приведенном примере категория

¹ Вестник ВАС РФ. 2000. № 4.

добросовестности является основным пределом выбора при осуществлении судьейского усмотрения.

По другому делу Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации рассмотрел протест заместителя Председателя Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации на решение от 02.02.98 и постановление апелляционной инстанции от 07.04.98 Арбитражного суда г. Москвы по делу № А40-33574/97-45-560.

Заслушав и обсудив доклад судьи, Президиум установил следующее.

Товарищество с ограниченной ответственностью «Танаис» обратилось в Арбитражный суд г. Москвы с иском к Торгово-индустриальному банку г. Москвы (далее – Тибанк) о взыскании задолженности по арендной плате за период с 07.05.96 по 30.12.96.

Решением от 02.02.98 в удовлетворении иска отказано.

Постановлением апелляционной инстанции от 07.04.98 решение оставлено без изменения.

В кассационном порядке законность судебных актов не проверялась.

В протесте заместителя Председателя Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации предлагается названные судебные акты отменить, дело направить на новое рассмотрение.

Президиум считает, что протест подлежит удовлетворению, в частности, по следующим основаниям.

Как следует из материалов дела, 07.05.96 ТОО «Танаис» (арендодатель) и Тибанк (арендатор) заключили договор аренды нежилого помещения площадью 841,7 кв. м, расположенного по адресу: г. Москва, ул. Пятницкая, д. 2/38, строение 3, подъезд 1, для использования под банковское помещение сроком до 01.01.97.

В апелляционную инстанцию ТОО «Танаис» представило дополнительные документы, в том числе передаточный акт от 07.05.96, справки об оплате арендатором электроэнергии и коммунальных услуг за помещения, используемые по договору аренды от 07.05.96.

Президиум ВАС РФ, разрешая правовой вопрос, сослался на постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 19 июня 1997 г. «О применении Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при рассмотрении дел в апелляционной инстанции», в котором указывается, что дополнительные доказательства могут быть не приняты апелляционной инстанцией суда, если

будет установлено, что заинтересованное лицо в суде первой инстанции вело себя недобросовестно и не представило этих доказательств с целью затянуть процесс.

Президиум ВАС РФ, оценив действия истца, заключил, что из материалов дела не усматривается наличия таких действий в поведении стороны, поэтому апелляционная инстанция суда необоснованно отказала в принятии дополнительно представленных документов¹.

Таким образом, в приведенном примере осуществление усмотрения Президиумом ВАС РФ основывалось на положениях постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ, содержащих категорию добросовестности в качестве основного предела выбора варианта решения правового вопроса о поведении стороны и его последствиях. Президиум обратился к доказыванию добросовестного (недобросовестного) поведения истца. Недобросовестное поведение, по мнению Президиума ВАС РФ, в данном случае состоит в действиях, имеющих целью затянуть процесс (умысел причинения вреда). То есть требование недобросовестности применительно к процессуальным правам и обязанностям включает в себя совершение лицом предвидимого вредоносного действия, модель которого точно описана в процессуальном законе. Подобных действий суд не усмотрел.

Представляется, что требование добросовестности может быть использовано в судебной практике субсидиарно наряду с другими пределами выбора при осуществлении усмотрения в качестве нормативно закрепленного общего правила. Данное положение находило и находит подтверждение в судебной практике. Приведем один из примеров.

Так, Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации рассмотрел протест Председателя Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации на решение Арбитражного суда Московской области от 03.09.96 по делу № К1-3421/96 и постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 09.12.96 по тому же делу.

Заслушав и обсудив доклад судьи, Президиум установил следующее.

Московский акционерный коммерческий банк строителей (далее - Мосстройбанк) обратился в Арбитражный суд Московской области с иском к акционерному обществу закрытого типа «Производственное объединение «Тонус»» о взыскании 3 483 599 548 руб. задолженности по кре-

¹ Вестник ВАС РФ. 1999. № 6.

дату, 870 652 042 руб. процентов за пользование им, 15 482 665 руб. повышенных процентов за пользование кредитом, 43 542 516 руб. пеней за просрочку уплаты задолженности по кредиту и процентам.

Президиум считает, что протест подлежит удовлетворению, в частности, по следующим основаниям.

В соответствии с кредитным договором от 13.10.94 № 1 Мосстрой-банк предоставил АОЗТ «ПО «Тонус»» кредит в сумме 3 600 000 000 руб. С учетом изменений договора путем подписания дополнительных соглашений от 12.10.95 и 12.12.95 кредит подлежал возврату 12.01.96, за пользование им в пределах, этого срока предусматривалось взимание 80 процентов годовых, а сверх его -160 процентов годовых,

К указанному сроку кредит не возвращен.

Уплачиваемые заемщиком суммы банк в первую очередь засчитывал в погашение процентов. Арбитражный суд первой инстанции обоснованно признал эти действия банка правомерными, поскольку соглашением от 07.06.96, на которое ссылался заемщик, не установлена иная по отношению к определенной ст. 319 Гражданского кодекса Российской Федерации очередность погашения требований по спорному кредитному договору.

За несвоевременные возврат кредита и уплату процентов договором предусмотрена неустойка в размере 1 процента от суммы просроченной задолженности за каждый день просрочки платежа.

Таким образом, за неисполнение обязательств по кредитному договору предусмотрена ответственность заемщика и в виде повышенных процентов, и в виде неустойки.

Президиум ВАС РФ указал, что, требуя одновременного применения указанных видов ответственности, кредитор недобросовестно использует предоставленные договором права. Поэтому взыскание неустойки одновременно с повышенными процентами, а также ее снижение неправомерны. Неустойка взысканию не подлежит¹,

Итак, в приведенном примере категория добросовестности отражает закрепленные в законодательстве общие принципы гражданского права и применяется судом не в качестве основного предела выбора, а субсидиарно. Президиум ВАС РФ усматривает, что за неисполнение обязательств по кредитному договору кредитор, требующий одновре-

¹ См, постановление Президиума ВАС РФ от 20 января 1998 г № 253/97
// Справочная правовая система «Гарант».

менного взыскания повышенных процентов и неустойки, недобросовестно использует предоставленные ему договором права. В связи с этим Президиум решает, что неустойка взысканию не подлежит, хотя ее уплата договором и была предусмотрена.

В отечественном гражданском праве С.А. Краснова правильно определяет добросовестность как «понятие, характеризующее субъективную сторону поведения участников гражданских правоотношений, наличие которой в предусмотренных законом случаях позволяет субъекту беспрепятственно осуществлять свои права и требовать исполнения обязанностей, а ее отсутствие (недобросовестность) влечет неблагоприятные материально-правовые последствия, в том числе и применение мер ответственности к недобросовестному лицу-правонарушителю»¹. Таким образом, правомерному (добросовестному) поведению противостоит недобросовестное. Какие последствия влечет за собой установление судом в процессе рассмотрения или разрешения конкретного дела добросовестного или недобросовестного поведения участников гражданского или арбитражного процесса? Представляется, что ответ на данный вопрос связан с рассмотрением проблемы взаимосвязи добросовестности, злоупотребления правом и судейского усмотрения.

Добросовестность, злоупотребление правом и судейское усмотрение. Целью настоящего исследования не является, в частности, изучение проблемы злоупотребления гражданскими и процессуальными правами. В рамках рассмотрения пределов выбора при применении усмотрения суда автор определяет задачу установить взаимосвязь между добросовестностью, злоупотреблением правами и дискрецией (*discretio*). Для ответа на поставленный вопрос прежде укажем на закрепление термина «злоупотребление» в российском законодательстве и постановлениях Пленумов Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ.

Гражданский кодекс РФ содержит статьи, регламентирующие осуществление гражданских прав (ст. 1, 9, 10 ГК РФ). Пункт 2 ст. 1 ГК РФ предусматривает, что граждане и юридические лица приобретают и осуществляют свои гражданские права своей волей и в своем интересе. В п. 1

1 Кратова С.А. Определение понятия «добросовестности» в российском гражданском праве // Журнал российского права. 2003. № 3. С. 67.

1 Проблема злоупотребления гражданскими правами в отечественной юридической литературе обсуждается такими учеными, как ММ. Агарков, МИ. Бару, СЛ. Братусь, В.П. Грибанов, ВЛ. Домайко, ВД Емельянов, н.С Малевн, АЛ, Мациновский, ИЛ. Покровский, В А. Тархов и др,

ст. 9 ГК РФ установлены диспозитивные начала: «граждане и юридические лица по своему усмотрению осуществляют принадлежащие им права», Согласно п. 2 ст. 9 ГК РФ отказ граждан или юридических лиц от осуществления принадлежащих им прав не влечет за собой прекращения : этих прав, за исключением случаев, предусмотренных законом. Нормы, закрепляющие ограничения субъективных гражданских прав, содержатся в ст. 10 ГК РФ. Пункт 1 ст. 10 ГК РФ устанавливает, что при осуществлении любых гражданских прав запрещены: действия граждан и юридических лиц, осуществляемые исключительно с намерением причинить вред другому лицу (шикана); злоупотребление правом в иных формах; использование гражданских прав в целях ограничения конкуренции; злоупотребление доминирующим положением на рынке.

Следовательно, гражданское законодательство говорит о нескольких формах злоупотреблений гражданскими правами (в том числе шикане), не раскрывая данного понятия.

Пунктом 3 ст. 10 ГК РФ к пределам осуществления гражданских прав отнесены категории разумности и добросовестности. Данные требования отличаются от пределов, установленных в п. 1, тем, что определяют границы гражданских прав, специально указанные в законе. Добросовестность и разумность действий участников гражданских правоотношений предполагаются .

Санкцией за нарушение запретов, установленных п. 1 ст. 10 ГК РФ, является закрепленный в п. 2 ст. 10 ГК РФ отказ лицу в защите принадлежащего ему права по усмотрению суда.

Пункт 5 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» устанавливает, что «при разрешении споров следует иметь в виду, что отказ в защите права со стороны суда допускается лишь в случаях, когда материалы дела свидетельствуют о совершении гражданином или юридическим лицом действий, которые могут быть квалифицированы как злоупотребление правом (ст. 10), в частности действий, имеющих, своей целью причинить вред другим лицам.

1 См. подробнее о проблеме презумпции добросовестности (недобросовестности) в гражданском праве: Емельянов ВМ Указ. соч. С. 110-114; Комментарий к Гражданскому кодексу РСФСР. М, 1982. С. 192; Сергеев Л Л. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: Учебник. М, 1996. С. 477 и др.

В мотивировочной части соответствующего решения должны быть указаны основания квалификации действий истца как злоупотребление правом»¹. Таким образом, пленумы высших судебных инстанций также не раскрывают понятие «злоупотребление».

Кроме Гражданского кодекса РФ термин «злоупотребление» содержится во многих нормативных актах, в частности в Конвенции о защите прав человека и основных свобод, Семейном кодексе РФ, Арбитражном процессуальном кодексе РФ, Федеральном законе РФ от 23 июня 1999 г. № «О защите конкуренции на рынке финансовых услуг», Федеральном законе от 28 апреля 2000 г. «О внесении изменений и дополнений в Закон Российской Федерации «О потребительской кооперации (потребительских обществах, их союзах) в Российской Федерации»» и др. Ни один из нормативных актов не содержит определения термина «злоупотребление».

Так, п. 2 ст. 56 Семейного кодекса РФ, посвященной праву ребенка на защиту, гласит, что ребенок имеет право на защиту от злоупотреблений со стороны родителей (лиц, их заменяющих).

При нарушении прав и законных интересов ребенка, в том числе при невыполнении или при ненадлежащем выполнении родителями (одним из них) обязанностей по воспитанию, образованию ребенка либо при злоупотреблении родительскими правами, ребенок вправе самостоятельно обращаться за их защитой в орган опеки и попечительства, а по достижении возраста четырнадцати лет — в суд.

Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27 мая 1998 г. определяет понятие «злоупотребление родительскими правами» следующим образом: «...использование этих прав в ущерб интересам детей, например, создание препятствий в обучении, склонение к попрошайничеству, воровству, проституции, употреблению спиртных напитков или наркотиков и т.п.»². То есть это такое использование родителями прав, предоставленных им законом в целях воспитания и материального обеспечения детей, которое влечет за собой причинение вреда детям.

О запрещении злоупотребления правами говорится в ст. 17 Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Часть 2 ст. 27 Конвенции проводит различие между злоупотреблением правом и необоснованным

¹ Российская газета 1996 10,13 августа; Вестник ВАС РФ. 1996. № 9; Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 1996. №9; Библиотечка «Российской газеты». 2000. №13

² Справочная правовая система «Гарант».

обращением за защитой и устанавливает, что Комиссия объявляет неприемлемой любую жалобу, если сочтет ее несовместимой с положениями настоящей Конвенции, явно необоснованной или злоупотреблением правом подачи жалобы.

Единственное законодательное определение понятия «злоупотребление» дается в Уголовном кодексе РФ, Под злоупотреблением должностными полномочиями в ст. 285 УК РФ понимается «использование должностным лицом своих служебных полномочий вопреки интересам службы, если это деяние совершено из корыстной или иной личной заинтересованности и повлекло существенное нарушение прав и законных, интересов граждан или организаций либо охраняемых законом интересов общества или государства». Поскольку «должностные полномочия» - это права и обязанности, предоставленные государством лицу для выполнения общественно необходимых функций, то злоупотребление должностными полномочиями - это причинение вреда с использованием должностных прав и обязанностей. Таким образом, злоупотребление полномочиями (правами и обязанностями) - это использование прав в противоречии с их целевым назначением, причиняющее вред.

Гражданский процессуальный кодекс РФ не содержит в своих нормах термина «злоупотребление процессуальными правами», но устанавливает правила о добросовестном пользовании процессуальными правами лицами, участвующими в деле (п. 1 ст. 35 ГПК РФ), и о последствиях, предусмотренных законодательством о гражданском судопроизводстве, при неисполнении процессуальных обязанностей (п. 2 ст. 35 ГПК РФ). Статья 284 ГПК РФ, посвященная рассмотрению заявления об ограничении дееспособности гражданина, о признании гражданина недееспособным, об ограничении или о лишении несовершеннолетнего в возрасте от четырнадцати до восемнадцати лет права самостоятельно распоряжаться своими доходами, в ч. 2 устанавливает: суд, установив, что лицо, подавшее заявление, действовало недобросовестно в целях заведомо необоснованного ограничения или лишения дееспособности гражданина, взыскивает с такого лица все издержки, связанные с рассмотрением дела.

Часть 1 п. 2 ст. 41 АПК РФ гласит, что лица, участвующие в деле, должны добросовестно пользоваться всеми; принадлежащими им процессуальными правами, Часть 2 п. 2 ст. 41 АПК РФ, не раскрывая понятия,, устанавливает, что злоупотребление процессуальными правами лицами, участвующими в деле, «влечет за собой для этих лиц предусмот-

ренные настоящим Кодексом неблагоприятные последствия. Таким образом, арбитражное процессуальное законодательство РФ считает недобросовестность формой злоупотребления процессуальными правами.

Неблагоприятные последствия (санкции) могут быть штрафными и нештрафными.

К числу нештрафных санкций, применимых к лицам, участвующим в деле, в частности, можно отнести:

- штрафы, налагаемые за неисполнение определения суда об обеспечении иска (п. 3 ст. 96 АПК РФ, п. 2 ст. 140 ГПК РФ);

- штрафы, налагаемые за неявку в судебное заседание лиц, участвующих в деле, чья явка признана судом обязательной (п. 4 ст. 156 АПК РФ);

- штрафы, налагаемые за неявку в судебное заседание по делу, возникающему из публичных правоотношений, представителей государственных органов, органов местного самоуправления, иных органов, должностных лиц, чья явка признана судом обязательной (п. 3 ст. 200 АПК РФ, п. 3 ст. 210 АПК РФ, п. 4 ст. 246 ГПК РФ);

- штрафы, налагаемые за неисполнение обязанности представить истребуемое доказательство по причинам, признанным арбитражным судом неубедительными, либо за неизвещение суда о невозможности представления доказательства вообще или в установленный срок (п. 9 ст. 66 АПК РФ);

- штрафы, налагаемые за неисполнение определения арбитражного суда о наложении судебного штрафа (п. 10 ст. 66 АПК РФ);

- штрафы, налагаемые судом общей юрисдикции за непредставление доказательств по делу, возникающему из публичных правоотношений (п. 2 ст. 249 ГПК РФ).

В отношении неблагоприятных последствий второй группы (нештрафных санкций), установленных в Арбитражном процессуальном и Гражданском процессуальном кодексах, отметим следующее.

До вступления в силу Закона РФ от 27 октября 1995 г. «О внесении изменений и дополнений в ГПК РСФСР» стороны, злоупотребляя своими процессуальными правами, уклонялись от участия в экспертизе, когда без стороны провести: экспертизу было невозможно, чем создавали в судебной практике трудноразрешимые ситуации. Таких случаев было

1 Приведенная классификация является условной. См. подробнее: Струнская О. Санкции в новом ГПК РФ // Заметки о современном гражданском и арбитражном процессуальном праве/ Под ред. М.К. Треушникова. М.: Городец, 2004. С. 154,

много, в результате разбирательство дел не по вине суда многократно откладывалось и нарушались права добросовестных участников процесса.

Названный Закон и позднее ГПК РФ решили эти проблемы в соответствии с двумя противоположными тенденциями, которые реализуются в гражданском процессе: судьейским усмотрением и формализацией судебных действий.

Две указанные тенденции в данном случае проявляются в том, что в соответствии с п. 3 ст. 79 ГПК РФ в случае уклонения стороны от участия в экспертизе, когда по обстоятельствам дела без участия этой стороны экспертизу провести невозможно, суд в зависимости от того, какая сторона уклоняется от экспертизы, а также какое для нее она имеет значение, может с применением усмотрения признать факт, для выяснения которого экспертиза была назначена, установленным или опровергнутым.

М.К. Треушников, рассматривая аналогичную по содержанию норму ч. 3 ст. 74 ГПК РСФСР, указывает на отражение в ней презумпции «существования или отсутствия факта, для установления которого назначена экспертиза, в зависимости от поведения сторон»¹, не применяя при этом термин «злоупотребление процессуальными правами».

В.М. Жуйков, на наш взгляд, правильно определяет суть данной нормы: «...если сторона уклоняется от... участия в экспертизе, то это расценивается как ее злоупотребление или нежелание участвовать в состязательном процессе и может повлечь для нее неблагоприятные последствия в виде признания судом того, что сторона данное обстоятельство не доказала либо не опровергла»².

Приведем иные примеры неблагоприятных последствий нештрафного характера в случае злоупотреблений процессуальными правами лицами, участвующими в деле, предусмотренными Гражданским процессуальным и Арбитражным процессуальным кодексами.

Так, ч. 1 ст. 68 ГПК РФ содержит правило, в соответствии с которым в случае, если сторона, обязанная доказывать свои требования или возражения, удерживает находящиеся у нее доказательства и не представляет их суду, суд вправе обосновать свои выводы объяснениями другой стороны.

В соответствии с п. 3 ст. 167 ГПК РФ суд вправе рассмотреть дело в отсутствие ответчика, если сведения о причинах неявки отсутствуют

1 Треушников М.К. Судебные доказательства М-Городец, 1998. С. 260.

2 Жуйков В.М. Новое в гражданско-процессуальном праве (комментарий законодательства) //Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации 1996. № 3. С. 13.

либо если суд признает причины неявки неуважительными, либо если ответчик умышленно затягивает производство по делу.

К числу неблагоприятных последствий нештрафного характера можно отнести и предусмотренное Гражданским процессуальным кодексом РФ и Арбитражным процессуальным кодексом РФ последствие несообщения лицом, участвующим в деле, о перемене своего адреса. В силу ст. 118 ГПК РФ и 124 АПК РФ в указанной ситуации судебная повестка или иное судебное извещение посылаются по последнему известному суду месту жительства или месту нахождения адресата и считаются доставленными, хотя бы адресат по этому адресу более не проживает или не находится,

Часть 2 п. 1 ст. 136 АПК РФ закрепляет правило, согласно которому при неявке в предварительное судебное заседание надлежащим образом извещенных истца и (или) ответчика, других заинтересованных лиц, которые могут быть привлечены к участию в деле, заседание проводится в их отсутствие. Подобное неблагоприятное последствие установлено в норме п. 5 ст. 156 АПК РФ в отношении рассмотрения дела в случае неявки в судебное заседание лиц, участвующих в деле (кроме истца и (или) ответчика). В случае, если стороны или одна из сторон, надлежащим образом извещенные о времени и месте судебного разбирательства, не являются в заседание арбитражного суда, последний вправе рассмотреть дело в их отсутствие по усмотрению.

Пункт 3 ст. 141 АПК РФ содержит положение о том, что в случае неявки в судебное заседание лиц, заключивших мировое соглашение и извещенных надлежащим образом о времени и месте судебного заседания, вопрос об утверждении мирового соглашения не рассматривается арбитражным судом, если от этих лиц не поступило заявление о рассмотрении данного вопроса в их отсутствие. Подпункт 1 п. 1 ст. 161 АПК РФ закрепляет правило о том, что если лицо, участвующее в деле, обратится в суд с заявлением в письменной форме о фальсификации доказательства, представленного другим лицом, участвующим в деле, суд разъясняет уголовно-правовые последствия такого деяния.

О неблагоприятных последствиях нештрафного характера говорится в ст. 71 и 111 АПК РФ. В частности, п. 6 ст. 71 АПК РФ устанавливает, что арбитражный суд не может считать доказанным факт, подтвержденный только копией документа или иного письменного доказательства, если не передан в суд оригинал документа, а копии: этого документа не

тождественны и невозможно установить подлинное содержание первоисточника с помощью других доказательств. Пункт 2 ст. 111 АПК РФ гласит, что арбитражный суд вправе отнести все судебные расходы на лицо, злоупотребляющее своими процессуальными правами или не выполняющее своих процессуальных обязанностей, если это привело к срыву судебного заседания, затягиванию судебного процесса, воспрепятствованию рассмотрению дела и принятию законного и обоснованного судебного акта.

Указав на закрепление термина «злоупотребление» в российском законодательстве и постановлениях Пленумов Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ, остановимся на заключениях специалистов.

Отметим, что термин «злоупотребление правом» используют в своих работах многие цивилисты, не объясняя, что следует под ним понимать¹.

Не проводя подробный анализ выводов советских и современных российских специалистов в отношении категории «злоупотребление правами»², отметим ряд важных для данной проблематики выводов, к которым приходят ученые.

Во-первых, осуществление права в противоречии с доброй совестью (добросовестностью) признается большинством ученых злоупотреблением правом³.

Во-вторых, верным представляется мнение В.И. Емельянова о корректности термина «злоупотребление правом». Ученый, не соглашаясь с утверждением о том, что «осуществление права не может быть противоправным»⁴, в частности, указывает: «...«употребляя» субъективное право, лицо использует его для совершения противоправного действия. Использование права в таком случае — это не осуществление права, а использование обеспеченного этим правом преимущественного поло-

¹ См., например: Маслов В.Ф. Основные проблемы права личной собственности в период строительства коммунизма в СССР. Харьков, 1968. С. 204; Самощенко И.С. Понятие правонарушения по советскому законодательству. М., 1963. С. 71.

² См. подробнее о взглядах советских и современных российских цивилистов на категорию «злоупотребление гражданскими правами»: Емельянов В.И. Указ. соч. С. 33–60.

³ См., например: Малиновский А.А. Злоупотребление правом. М., 2000. С. 13; Щекин Д.М. Презумпция добросовестности налогоплательщика // Ваш налоговый адвокат. 2001. I квартал. № 1; Емельянов В.И. Указ. соч. С. 45.

⁴ Азарков М.М. Проблема злоупотребления правом в советском гражданском праве // Известия АН СССР. Отделение экономики и права. 1946. № 6. С. 24.

жения по отношению к лицу, которому причиняется вред. Поэтому мы полагаем, что термин «злоупотребление гражданскими правами» может быть использован в науке...»¹.

В-третьих, ненадлежащее использование субъективных прав отличается от злоупотребления правами. «Злоупотребление гражданскими правами представляет собой использование права вопреки установленной законом или договором обязанности осуществлять его в интересах другого лица. В случаях ненадлежащего использования гражданского права этот основной признак злоупотребления правом отсутствует».

В-четвертых, злоупотребление правом имеет два признака. (1) Это вред (ущерб) или убытки, причиненные в результате осуществления субъективного права, умышленно или по неосторожности. Вредом называется уничтожение материальных или нематериальных благ. Под убытками понимается реальный ущерб, а также упущенная выгода. Кроме того, в данном контексте говорится о нарушении прав, свобод и интересов субъектов права, а также создание ситуации, при которой их невозможно реализовать. (2) Это осуществление субъективного права в противоречии с его назначением.

В-пятых, следует говорить о злоупотреблении правом вследствие умысла или неосторожности³. Правильность такого вывода подтверждают, в частности, определение шиканы (реализация гражданских прав исключительно с целью причинения вреда другому лицу) и ст. 303 ГК РФ, которая характеризует недобросовестного владельца как лицо, «которое знало или должно было знать, что его владение незаконно».

Представляется, что злоупотребление правом - это такая форма реализации субъективного права в противоречии с его назначением, посредством которой лицо умышленно, небрежно или самонадеянно причиняет вред другим участникам общественных отношений⁴. Под субъективным правом в рассматриваемом контексте понимаются не только различные права и свободы, но и властные или должностные полномочия. Следует согласиться с А. П. Беловым, предлагающим вве-

¹ Емельянов ВЖ. Указ. соч. С. 59-60,

² Там же.

³ См. подробнее, - Емельянов ВЖ Указ, соч.

⁴ См. подробнее о злоупотреблении правом; Малиновский А.А. Указ, соч. С. 26—27; Курбатов А. Недопустимость злоупотребления правом как способ установления пределов реализации (удовлетворения) интересов // Хозяйство Я щтт, 2000* Щ Щ, С. 37; Емельянов В.И. Указ. соч. С. 7-91.

сти похожую трактовку злоупотребления правом в гражданском процессе¹. Верным представляется и действие А.А. Малиновского, который выделяет среди видов злоупотребления правом по субъекту злоупотребление властью, служебным положением, должностными полномочиями².

Анализ изучения термина «злоупотребление процессуальными правами» показывает, что в российской процессуальной науке рассматриваемая проблема глубоко не изучалась. Отметим, что процессуальное законодательство ни одной из стран не выработало четкого определения названного понятия³.

Н.А. Шебанова указывает, что в зарубежном гражданском процессуальном законодательстве «есть нормы, содержащие общие положения о «лояльности и честности» участников процесса как неотъемлемых элементах процессуального поведения сторон»⁴. Отметим, что в странах общего права существует обширная практика по отдельным видам злоупотреблений и применению соответствующей ответственности за их допущение⁵. В странах континентального права также не сложилось однозначного подхода к решению данной проблемы: в некоторых из них законодательство выработало общие принципы (например, Франция, Бельгия, Япония); в других, как, например, Италия, Россия (ч. 2 п. 2 ст. 41 АПК РФ), нормы законодательства ссылаются на общую идею злоупотребления. В ряде стран (Австрия, Германия) законодатель разработал специальные процессуальные правила, в которых прямо не упоминается термин «злоупотребление», но суд может на них ссылаться в случае заполнения пробела в праве. Н.А. Шебанова указывает, что «злоупотребление процессуальными правами иногда определяется как противопоставление интересов одной из сторон, участвующих в гражданском процессе, справедливому и объективному отправлению правосудия»⁶. В любом случае оно устанавливается по усмотрению суда.

На наш взгляд, приведенные выше положения законодательства и выводы ученых позволяют установить следующую взаимосвязь между доброй совестью, злоупотреблением правом и усмотрением суда.

1 См.: Белов АЛ. Международное предпринимательское право. М., 2001. С. 304.

2 См.: Малиновский А.А. Указ. соч. С. 27.

3 См. подробнее: Taruffo M. Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness. Kluwer Law International, 1999.

4 Шебанова Н.А. Злоупотребление процессуальными правами // Арбитражная практика. 2002. №5. С. 48.

5 См. подробнее: Ансон В. Договорное право, М.: Юрид. лит., 1984.

6 Шебанова Н.А. Указ. соч. С. 48-49.

(1) Суд в процессе рассмотрения или разрешения дела по существу в случаях, определенных нормами права или постановлениями Пленума ВАС РФ, Конституционного Суда РФ, осуществляет усмотрение, применяя категорию добросовестности (недобросовестности).

(2) Злоупотребление осуществляется как в отношении процессуальных, так и непроцессуальных субъективных прав, установленных юридическими нормами. Законодательно закрепленные дефиниции злоупотребления правом и добросовестности (недобросовестности) отсутствуют, поскольку невозможно объективно предусмотреть все положения, которые в данных случаях требуют правового регулирования. Применение указанных категорий в процессе осуществляется по усмотрению суда.

(3) Недобросовестное осуществление процессуального права признается злоупотреблением соответствующим правом. Недобросовестность является одной из форм злоупотребления правом непроцессуального характера. (То есть предметом настоящего исследования не является рассмотрение установления судом иных форм злоупотребления гражданским правом (например, пшканы).) Не любые недобросовестные действия представляют собой злоупотребление правом.

(4) Злоупотребление правами — это использование субъективных прав (умышленное, небрежное, самонадеянное) в противоречии с их целевым назначением, причиняющее вред.

(5) Злоупотребление правом отличается от его ненадлежащего использования. Субъективное право обеспечивает его обладателю преимущественное положение, что позволяет лицу причинять вред. При ненадлежащем пользовании правом лицо выходит за границы дозволенного поведения, которые установлены не целевым предписанием (как при злоупотреблении правом), а запретом конкретных действий. Следовательно, данные действия представляют собой превышение субъективных прав. Например, использование процессуального права на обращение в суд без соблюдения установленных законодательно требований подведомственности означает ненадлежащее пользование правом. О злоупотреблении правом на обращение в суд говорят недобросовестные действия заявителя, свидетельствующие об отсутствии намерения защитить субъективное право или охраняемый законом интерес, причиняющие вред.

В рассматриваемом контексте добросовестности в качестве предела выбора при осуществлении судейского усмотрения одна из частей

проблемы касается субъективного значения указанной категории и связывается с злоупотреблениями лиц, участвующих в деле, своими правами в форме недобросовестности. Другая часть проблемы - это отражение объективного значения добросовестности и касается она злоупотреблений судебной властью, а именно недобросовестного осуществления прав и обязанностей, которыми в соответствии с действующим законодательством наделены судьи для осуществления возложенных на них функций.

Рассмотрим две указанные составляющие.

Добросовестность, злоупотребление лицами, участвующими в деле, своими правами и судьейское усмотрение. Первоначально отметим два ключевых положения, связанных с субъективным значением критерия добросовестности.

(1) На наш взгляд, судьейское усмотрение применяется при установлении недобросовестного пользования процессуальными правами лицами, участвующими в деле. Осуществляя усмотрение, суд устанавливает способы злоупотребления процессуальными правами указанными участниками процесса,

(2) Судейское усмотрение применяется при установлении злоупотребления правами непроцессуального характера лицами, участвующими в деле, в форме недобросовестности.

Рассмотрим данные положения последовательно.

(1) Судейское усмотрение применяется при установлении недобросовестного пользования процессуальными правами лицами, участвующими в деле, Современная практика рассмотрения и разрешения дел по существу подтверждает, что, осуществляя усмотрение, судом общей юрисдикции и арбитражным судом устанавливаются следующие способы злоупотребления процессуальными правами указанными участниками процесса:

- а) злоупотребление правом на обращение в суд;
- б) злоупотребление правом на установленный порядок возбуждения, рассмотрения, разрешения определенных групп дел в судах общей юрисдикции и арбитражных судах;
- в) искусственное изменение подсудности дела;
- г) умышленное затягивание процесса;
- д) злоупотребление правом на предоставление доказательств, заявление ходатайств.

а) **Злоупотребление правом на обращение в суд.** М.А. Гурвич определяет «предъявление иска в тех случаях, когда ответчик своим поведением не дал повода для предъявления к нему иска» злоупотреблением соответствующим правом¹. В.М. Жуйков, рассматривая проблему судебной защиты прав, свобод и охраняемых законом интересов граждан и юридических лиц, указывает: «Все чаще и чаще в суды обращаются с явно неправомерными требованиями — требованиями, не имеющими никакого отношения к правам, свободам или охраняемым законом интересам заявителей, преследующими цель не защитить свои права... а использовать суд в качестве политической трибуны, средства сведения личных счетов и тому подобное: об оспаривании результатов выборов в органы государственной власти субъектов РФ, на территории которых заявители не проживают и в которых они не участвовали и не могли участвовать, об оспаривании указов Президента РФ о назначении должностных лиц, об оспаривании сделок, в которых заявители не участвовали и которые на их правах и обязанностях не отражаются, об оспаривании записей актов гражданского состояния в отношении посторонних лиц, даже о расторжении брака, заключенного, например, одним из родителей заявителя, и т.д. и т.п.»².

Например, определением судьи Верховного Суда РФ от 29 сентября 1999 г. отказано в принятии жалобы И. на Указ Президента РФ от 9 августа 1999 г. «О Председателе Правительства Российской Федерации» по тем мотивам, что он не адресован заявителю и не затрагивает его прав, свобод и охраняемых законом интересов³.

Определением от 29 ноября 1999 г. отказано в принятии заявления А., в котором он просил признать недействительным Указ Президента РФ от 2 апреля 1999 г. «О Скуратове ЮЛ», по аналогичным мотивам и с указанием также на то, что права на обращение в суд в интересах Скуратова Ю.И. заявитель не имеет⁴.

В тех случаях, когда обращение в суд очевидно демонстрирует отсутствие намерения защитить свои права, свободы или охраняемые законом интересы (или отсутствие права на обращение в суд за защитой прав, свобод и охраняемых законом интересов других, лиц), суд общей

¹ Гурвич МЛ Право на иск. М., 1949. С. 128.

³ Жуйков В.М. Судебная защита прав граждан и юридических лиц, М: Городец, 1997 С 305.

¹ См. там же. С. 85.

⁴ См. там же.

юрисдикции отказывает в принятии заявлении со ссылками на положения ст. 3 и 4 ГПК РФ. Подобная практика сложилась в Верховном Суде РФ. Указанные действия заявителя свидетельствуют о злоупотреблении субъектом процессуальным правом на обращение в суд в форме недобросовестности, поскольку могут причинить вред и не имеют целью защиту своего нарушенного права или интереса. Неблагоприятным последствием для лица является отказ в принятии заявления.

В том случае, если отсутствие намерения защитить свои права, свободы или охраняемые законом интересы устанавливается не при предъявлении заявления в суд общей юрисдикции, а в процессе рассмотрения дела, то суды отказывают в защите права.

Так, в производстве четырех районных судов г. Твери в период с 1996 по 2003 г. находилось несколько сотен дел и материалов, инициированных гражданином В. В качестве ответчиков либо заинтересованных лиц по делам выступали органы внутренних дел, прокуратуры, Управления судебного департамента, суды, органы службы занятости, почтамта, а также отдельные должностные лица. Решения судов, определения об отказе в принятии заявлений, об оставлении их без движения, о прекращении производства по делу, оставлении заявлений без рассмотрения В. обжаловал в суд кассационной инстанции.

В 2001-2003 гг. судом кассационной инстанции (г. Тверь) было рассмотрено 25 дел с участием гражданина З., а также его частных жалоб на определения об отказе в принятии заявлений и жалоб¹.

В приведенных примерах суды г. Твери не устанавливали злоупотребление гражданами В. и З. процессуальным правом на обращение в суд и не применяли к ним такое неблагоприятное последствие, установленное гражданским процессуальным законодательством, как взыскание компенсации за потерю времени (ст. 99 ГПК РФ). Представляется, что применение судьейского усмотрения в данном случае избавило бы судебные органы и лиц, участвующих в деле, от потери времени.

Отметим, что в отечественной практике судов общей юрисдикции редко встречается применение термина «злоупотребление процессуальными правами», хотя суды устанавливают недобросовестное поведение лиц, участвующих в деле.

В арбитражном процессе РФ наличие обстоятельств, указанных в ст. 107 АПК РФ 1995 г., не мешает обращению в суд и возбуждению

¹ Архив Тверского областного суда, наряды кассационных определений за 1996-2003 гг.

дела. Это не означает, что основания, изложенные в упомянутой статье, не препятствуют дальнейшему движению дела. Они будут проверяться в судебном заседании, и суд, установив их наличие, должен будет либо прекратить производство по делу (п. 1, 2, 3 ч. 1 ст. 150 АПК РФ), либо оставить заявление без рассмотрения (п. 1 ст. 148 АПК РФ). Указанное нововведение, безусловно, является гарантией принципа диспозитивности арбитражного процесса, открывающей доступ к судебной защите и обеспечивающей право истца на рассмотрение требования в суде. Вместе с тем стоит согласиться с мнением Р. А. Антощишена о том, что «излишне доступное правосудие чревато злоупотреблениями со стороны недобросовестных истцов»¹, что еще раз подчеркивает значение и сложность осуществления судейского усмотрения при применении категории добросовестности.

б) Злоупотребление правом на установленный порядок возбуждения, рассмотрения, разрешения определенных групп дел в судах общей юрисдикции и арбитражных судах. Процессуальный порядок возбуждения, рассмотрения, разрешения определенных групп дел в судах общей юрисдикции и арбитражных судах является видом гражданского, арбитражного судопроизводства, определяемым характером и спецификой подлежащего защите материального права.

Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации предусматривает дела искового производства (п. 1 ч. 1 ст. 22 ГПК РФ) и дела неисковых производств (п. 2-6 ч. 1 ст. 22 ГПК РФ). К неисковым видам судопроизводства относятся правила по рассмотрению дел, возникающих из публичных правоотношений (ст. 245 ГПК РФ), процедуры особого производства (ст. 262 ГПК РФ), приказного производства (гл. 11 ГПК РФ), производства по делам о выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов, производства по делам об оспаривании решений третейских судов и выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение третейских судов (разд. VI ГПК РФ), производства по делам о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов и иностранных третейских судов (гл. 45 ГПК РФ).

В Арбитражном процессуальном кодексе Российской Федерации предусмотрено несколько видов судопроизводств: исковое производст-

¹ Антощишен Р.А, Вопросы, рассматриваемые арбитражным судом при принятии искового заявления и возбуждении производства по делу // Арбитражная практика. 2003. №11. С. 60.

во, производство по делам, возникающим из административных и иных публичных правоотношений, особое производство, производство по делам о несостоятельности (банкротстве), упрощенное производство, иные производства (по делам об оспаривании решений третейских судов и о выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов, по делам о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов и иностранных арбитражных решений, по делам, возникающим в связи с исполнением актов арбитражных судов).

Современная судебная практика показывает, что заявители в ряде случаев злоупотребляют правом на установленный порядок возбуждения, рассмотрения и разрешения конкретного дела, умышленно избегая надлежащей процедуры.

Так, например, защита нарушенных или оспариваемых субъективных прав и законных интересов осуществляется в основном в исковом производстве. Однако нередко в судебной защите нуждаются права и законные интересы, никем не оспариваемые или не нарушаемые, существование которых по ряду причин является неопределенным. В связи с неопределенностью прав (чаще всего прав на недвижимое имущество) у заинтересованных лиц появляется необходимость установить тот или иной юридический факт, определить правовой статус, с которым связаны правовые последствия. В отношении недвижимого имущества это в первую очередь регистрация права собственности на него и последующее обладание вещью в качестве собственника с реализацией всех его прав. Одним из существенных и необходимых условий при установлении факта владения и пользования юридическим лицом или индивидуальным предпринимателем недвижимым имуществом как своим собственным является отсутствие спора о праве между заявителем и заинтересованным лицом, привлекаемым судом к участию в деле в целях недопущения возможного нарушения его прав на недвижимое имущество. Одним из заинтересованных лиц в подобных делах, как правило, является орган местного самоуправления, на чьей территории расположено недвижимое имущество. Вместе с тем судебные работники отмечают, что при рассмотрении дел об установлении фактов, имеющих юридическое значение, «заявители в ряде случаев злоупотребляют механизмом защиты своих прав, предусмотренным арбитражным судопроизводством»¹. Субъекты предвидят спор о праве, но преднамеренно не ставят

¹ Рогожин Н. Подтвердите ваше право // Коллегия. 2004. № 1. С. 44.

суд в известность о возможном круге заинтересованных лиц и, избегая процедуры искового производства, пытаются убедить суд, что они на законных основаниях владеют и пользуются недвижимым имуществом как своим собственным.

Например, ООО обратилось в арбитражный суд с заявлением к заинтересованным лицам (городской администрации и Регистрационному управлению) об установлении факта владения и пользования недвижимым имуществом - магазином в комплексе с остановочным павильоном - как своим собственным.

Решением суда в удовлетворении требований было отказано. В апелляционном порядке законность решения не проверялась.

Не согласившись с решением суда, ООО обратилось в суд с кассационной жалобой, ссылаясь на то, что выводы суда не соответствуют фактическим обстоятельствам дела и доказательствам. Арбитражный суд кассационной инстанции оставил решение без изменения по следующим мотивам.

Постановлением городской администрации от 23 апреля 2001 г. для установки и эксплуатации торгового павильона в комплексе с остановочным павильоном ООО был предоставлен земельный участок площадью 36 кв м в краткосрочную аренду сроком на один год. Между городской администрацией и ООО 19.06.01 г. был заключен договор аренды для проектирования, строительства и эксплуатации торгового павильона в остановочном комплексе. Постановлением от 16.08.02 г. срок действия договора аренды был продлен на два года.

Отказывая в удовлетворении заявленных требований, арбитражный суд первой инстанции пришел к выводу о том, что заявителем на предоставленном земельном участке для установки и эксплуатации торгового павильона был построен неспециализированный магазин «Продукты» (капитальное строение).

Данный вывод суда обоснован тем, что заявителем не выполнены требования п. 2.1 постановления городской администрации от 23 апреля 2001 г., согласно которому заявитель обязан был разработать проект остановочного павильона и в установленном порядке согласовать его со всеми заинтересованными городскими службами.

При этом суд обоснованно указал на то, что утвержденная в установленном порядке проектная документация является основанием для выдачи разрешения на строительство, которое является документом, удостоверяющим право собственника, владельца, арендатора или поль-

зователя объекта недвижимости осуществить застройку земельного участка, строительство, реконструкцию здания, строения, сооружения, благоустройство территории.

Однако заявитель свое обязательство не выполнил и проектную документацию торгового павильона, разработанную в соответствии с требованиями градостроительного законодательства, соответствующим органам не предоставил. В связи с этим, как пояснил представитель заинтересованного лица в судебном заседании, заявителю не может быть выдано разрешение на строительство.

В соответствии со ст. 219 ГК РФ право собственности на вновь создаваемое недвижимое имущество, подлежащее государственной регистрации, возникает с момента такой регистрации. Как пояснил представитель заявителя, установление юридического факта права пользования и владения магазином как своим собственным ему необходимо для регистрации права собственности в Регистрационном управлении.

Суд кассационной инстанции указал на то, что ООО, обращаясь в суд с заявлением об установлении юридического факта, просит объявить законным самовольное возведение магазина с признанием права собственности на него. Поскольку ООО имеет возможность воспользоваться своим правом для установления права собственности на спорный объект путем обращения в Регистрационное управление для его государственной регистрации, для чего ему необходимо представить решение органа местного самоуправления о предоставлении земельного участка для строительства магазина, его заявление об установлении юридического факта не может быть удовлетворено в судебном порядке, как следует из ст. 219 ГК РФ.

Статья 222 ГК РФ предусматривает, что строение, сооружение или иное недвижимое имущество, созданное без получения на это необходимых разрешений или с существенным нарушением градостроительных и строительных норм и правил, является самовольной постройкой. Из письма Регистрационного управления от 01.10.02 следует, что государственная регистрация была приостановлена в связи с отсутствием разрешения на строительство магазина, а также отсутствием решения органа местного самоуправления о предоставлении земельного участка для строительства магазина. 11.11.02 ООО обратилось к мэру города с просьбой предоставить решение органа местного самоуправления о предоставлении земельного участка для строительства данного объекта.

Администрация такого разрешения не выдала, однако срок действия договора аренды был продлен на два года¹.

Проанализировав данный пример из судебной практики, сделаем вывод. В удовлетворении заявления об установлении факта владения и пользования недвижимым имуществом в судебном порядке было отказано в связи с тем, что заявитель, обращаясь в суд, просил признать право собственности на самовольно возведенное строение, умышленно избегая порядка, предусмотренного ст. 222 ПС РФ. Приняв законное и обоснованное решение по существу требования, арбитражные суды не устанавливали злоупотребление ООО процессуальным правом на установленный порядок возбуждения, рассмотрения, разрешения определенных групп дел в арбитражных судах и не применяли к заявителю положения ч. 2 п. 2 ст. 41 АПК РФ, а также такое неблагоприятное последствие, установленное арбитражным процессуальным законодательством, как отнесение судебных расходов на лицо, злоупотребляющее своими процессуальными правами (ст. 111 АПК РФ). Представляется, что применение судейского усмотрения в данном случае избавило бы судебные органы и лиц, участвующих в деле, от потери времени и привело бы к изменению ситуации, связанной с недобросовестным поведением заявителей по умышленному изменению вида судопроизводства,

в) Искусственное изменение подсудности дела. Отметим, что злоупотребление правом отличает то, что оно обязательно нарушает ту границу субъективного права, которая установлена предписанием осуществлять право в законных интересах. В частности, образующие объективную сторону злоупотребления процессуальным правом действия выглядят как добросовестные. Злоупотребление процессуальным правом представляется «как осуществление права»² потому, что составляющие его действия, если рассматривать их отдельно от цели их осуществления, не выходят за пределы дозволенного поведения³.

Авторы публикаций, посвященных неэффективному разрешению дел в судах, среди причин неоперативного судопроизводства указывают на недобросовестное поведение лиц, участвующих в деле, в первую

¹ См. постановку дела № А48-284/03 ФАС Нейтрального округа РФ от 2*1.0103 по делу № А48-284/03

² См. применительно к гражданскому праву: Малеева ЛО1Л Личные неимущественные

³ Разрабд Ймр#(дчюм*демя» рвд 1 См мнение: Емельянов ВJf Указ, соч. С. 51.

очередь сторон, причем такие действия, по мнению специалистов, находятся в пределах дозволенного процессуальным законом поведения¹,

Недобросовестный истец может, создавая видимость правомерного соблюдения правил подсудности, пытаться изменить ситуацию в целях удовлетворения своих требований. И.М. Зайцев и В.В. Самсонов отмечают, в частности, что право выбора места рассмотрения дела представляет собой одну из гражданских процессуальных льгот².

Так, в современной судебной практике встречаются случаи искусственного включения в число ответчиков субъекта, проживающего или находящегося на территории суда, наиболее удобного для истца. В случае выявления в судебном заседании указанного обстоятельства неблагоприятным последствием для истца является отказ в удовлетворении его требований либо оставление искового заявления без рассмотрения, а также применение нормы п. 2 ст. 111 АПК РФ, ст. 99 ГПК РФ.

Например, Федеральный арбитражный суд Центрального округа, рассмотрев в открытом судебном заседании кассационную жалобу ЗАО «ВВТ» г. Воронежа на определение Арбитражного суда Воронежской области от 2 декабря 2003 г., в частности, установил, что ЗАО «ВВТ» обратилось в Арбитражный суд Воронежской области с иском к АООТ «ЦСМ» г. Москвы, филиалу АООТ «ЦСМ» - Механизированной колонне № 114 г. Воронежа о взыскании задолженности за выполненные работы по перевозке грунта в сумме 429 243 руб,

Определением Арбитражного суда Воронежской области от 02.12.03 иск ЗАО «ВВТ» оставлен без рассмотрения на основании п. 4 ст. 148 АПК РФ, поскольку решением Арбитражного суда г. Москвы АООТ «ЦСМ» признано банкротом, и в отношении должника 16.04.03 введена процедура конкурсного производства сроком на один год, в связи с чем денежное требование к нему должно быть рассмотрено в деле о банкротстве.

Как усматривается из материалов дела, довод заявителя кассационной жалобы о том, что на момент обращения с настоящим иском в суд истец не был извещен о введении процедур наблюдения в отношении ответчика, не был принят во внимание судами обеих инстанций по следующим основаниям.

1 См. Замятин В. Как сделать суд скорым? // Российская юстиция. 2002. № 10. С. 29; Скловский КМ Гражданский спор' практическая цивилистика. М.: Дело, 2002. С. 62-65.

2 См: Зайцев ИМ, Самсонов В В, Равноправие сторон: льготы и привилегии // Вестник Саратовской государственной академии права. 1999. № I. С 17.

В соответствии с п. 3 ст. 28 Федерального закона от 26 октября 2002 г. «О несостоятельности (банкротстве)» при проведении процедур банкротства обязательному опубликованию подлежат сведения о введении наблюдения, о признании должника банкротом и об открытии конкурсного производства.

Согласно п. 6 ст. 231 Закона указанные сведения подлежат опубликованию в «Российской газете».

Истец обратился с настоящим иском в Арбитражный суд Воронежской области 18.08.03, а процедура наблюдения в отношении ответчика введена 16.04.03.

Таким образом, суд кассационной инстанции пришел к выводу о том, что истец на момент обращения с настоящим иском в суд должен был и мог знать о проведении процедуры наблюдения в отношении ответчика.

Поэтому предъявление им денежного требования в исковом порядке является его собственным нарушением закона.

При изложенных обстоятельствах суд кассационной инстанции не нашел оснований для отмены обжалуемого определения суда первой инстанции¹.

В приведенном примере недобросовестные действия истца находились в пределах дозволенного процессуальным законом поведения, поскольку п. 5 ст. 36 АПК РФ предусмотрено право выбора места рассмотрения дела. Недобросовестный истец, создавая видимость правомерного соблюдения правил подсудности по выбору истца, зная о проведении процедуры наблюдения, попытался изменить ситуацию в целях удовлетворения своих требований: и предъявил иск в суд не по месту введения процедуры наблюдения и нахождения ответчика, а по месту нахождения его филиала. В названном случае арбитражный суд правомерно признал действия истца недобросовестными и по сути усмотрел в них злоупотребление процессуальными правами, поскольку составляющие его действия противоречат цели их осуществления. В результате исковое заявление было оставлено без рассмотрения, а жалоба - без удовлетворения. С истца была взыскана в доход федерального бюджета государственная пошлина. В качестве неблагоприятного последствия арбитражному суду следовало бы установить злоупотребление процессуальным правом со стороны истца и применить норму п. 2 ст. 110 АПК РФ»

¹ Справочная правовая система «Гарант»»

г) **Умышленное затягивание процесса.** По нашему мнению, злоупотребление процессуальными правами лицами, участвующими в деле, возможно посредством умышленного затягивания процесса с помощью неявки в судебное заседание. Данные действия свидетельствуют о недобросовестном поведении указанных участников процесса. Подобный вывод подтверждается как современной судебной практикой, так и практикой рассмотрения дел прошлых лет.

Так, суд общей юрисдикции надзорной инстанции, отменяя заочное решение суда первой инстанции, пришел к выводу, что суд рассмотрел дело в отсутствие ответчика (футбольного клуба) неправомочно, поскольку в адрес суда от него поступило сообщение об отложении разбирательства дела из-за нахождения юрисконсульта и руководства футбольного клуба на выездной игре и невозможности их явки в судебное заседание,

Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда РФ установила, что данный вывод суда надзорной инстанции не соответствует требованиям ч. 2 ст. 30 ГПК РСФСР (п. 1 ст. 35 ГПК РФ) и ч. 3 ст. 157 ГПК РСФСР (п. 1 ст. 167 ГПК РФ).

На лиц, участвующих в деле, возложена обязанность добросовестно пользоваться всеми принадлежащими им процессуальными правами (ч.2 ст. 30 ГПК РСФСР).

Представитель ответчика не являлся в судебное заседание трижды: 22 апреля 1999 г, по причине невозможности в этот день направить в суд своего представителя из-за проведения календарных матчей, подготовки команды к играм и болезни юриста клуба; 6 мая 1999 г. из-за смены руководства и болезни юриста; 25 мая 1999 г. причина неявки представителя клуба объяснялась нахождением юриста на выездной игре.

В связи с этим суд первой инстанции признал причину неявки неуважительной и 25 мая 1999 г. вынес заочное решение в отсутствие представителя ответчика.

В соответствии с ч. 3 ст. 157 ГПК РСФСР (п. 3 ст. 167 ГПК РФ) суд вправе рассмотреть дело в отсутствие ответчика, если сведения о причинах неявки отсутствуют либо если суд признает причины неявки неуважительными, либо если ответчик умышленно затягивает производство по делу,

В силу ч. 5 ст. 157 ГПК РСФСР неявка представителя лица, участвующего в деле, извещенного о времени и месте судебного разбирательства, не является препятствием к рассмотрению дела¹.

Таким образом, Судебная коллегия Верховного Суда РФ указала, что суд первой инстанции обоснованно усмотрел недобросовестность в осуществлении процессуальных прав ответчиком, направленную на затягивание производства по делу, чем установила злоупотребление соответствующими правами.

Итак, в случае неявки кого-либо из лиц, участвующих в деле, в заседание суда общей юрисдикции последний может усмотреть недобросовестность в их поведении, если данные участники процесса были извещены о времени и месте судебного разбирательства, если ими не представлены причины неявки или причины их неявки признаны судом неуважительными (п. 3 ст. 167 ГПК РФ). Неблагоприятным последствием в данном случае выступают рассмотрение и разрешение дела в отсутствие неявившихся лиц, участвующих в деле, по усмотрению суда.

В ситуации, когда в судебное заседание не является ответчик, суд общей юрисдикции вправе применить следующие неблагоприятные последствия по усмотрению:

- рассмотреть дело в отсутствие ответчика, извещенного о времени и месте судебного заседания, если он не сообщил суду об уважительных причинах неявки и не просил рассмотреть дело в его отсутствие (п. 4 ст. 167 ГПК РФ), взыскать в пользу истца компенсацию за фактическую потерю времени в разумных пределах и с учетом конкретных обстоятельств (ст. 99 ГПК РФ);

- рассмотреть дело в порядке заочного производства, если ответчик был извещен о времени и месте судебного заседания, не сообщил об уважительности причин неявки, не просил рассмотреть дело в его отсутствие, истец согласен на рассмотрение дела в порядке заочного производства (п. 1 ст. 233 ГПК РФ), и взыскать в пользу истца компенсацию за фактическую потерю времени в разумных пределах и с учетом конкретных обстоятельств (ст. 99 ГПК РФ);

- наложить штраф за неявку в судебное заседание по делу, возникающему из публичных правоотношений, представителей государственных органов[^] органов местного самоуправления, иных органов,

¹ См.: Судебная практика по гражданским делам / Под ред. ВЛ1. Жуйкова. М.: Городец, 2004. С. 420-421.

должностных лиц, чья явка признана судом обязательной (п. 4 ст. 246 ГПК РФ).

При неявке в заседание арбитражного суда истца и (или) ответчика суд может усмотреть недобросовестность в их поведении, если стороны были надлежащим образом извещены о времени и месте судебного разбирательства, не извещали о возможности рассмотрения дела в их отсутствие (п. 2, 3 ст. 156 АПК РФ). Неблагоприятные последствия для сторон (стороны), применяемые арбитражным судом по усмотрению, могут состоять в следующем: в рассмотрении дела в отсутствие истца и (или) ответчика, в наложении штрафа, в случае, если их (его) явка признана судом обязательной (п. 4 ст. 156 АПК РФ), в отнесении всех судебных расходов на лицо, злоупотребляющее своими процессуальными правами или не выполняющее своих процессуальных обязанностей, если это привело к срыву судебного заседания, затягиванию судебного процесса, воспрепятствованию рассмотрению дела и принятию законного и обоснованного судебного акта (п. 2 ст. 111 АПК РФ).

При неявке в судебное заседание иных лиц, участвующих в деле, надлежащим образом извещенных о времени и месте судебного разбирательства, арбитражный суд не осуществляет усмотрения при применении такого неблагоприятного последствия, как рассмотрение дела в их отсутствие (п. 5 ст. 156 АПК РФ), и по усмотрению может наложить на неявившееся лицо штраф в случае, если их (его) явка признана судом обязательной (п. 4 ст. 156 АПК РФ), отнести все судебные расходы на лицо, злоупотребляющее своими процессуальными правами или не выполняющее своих процессуальных обязанностей, если это привело к срыву судебного заседания, затягиванию судебного процесса, воспрепятствованию рассмотрению дела и принятию законного и обоснованного судебного акта (п. 2 ст. Ш АПК РФ).

Арбитражный суд вправе также по усмотрению наложить штраф за неявку в судебное заседание по делу, возникающему из публичных правоотношений, представителей государственных органов, органов местного самоуправления, иных органов, должностных лиц, чья явка признана судом обязательной (п. 3 ст. 200 АПК РФ, п. 3 ст. 210 АПК РФ).

Умышленное затягивание гражданского процесса возможно также с помощью заявления новых ходатайств об отложении производства по делу или истребовании дополнительных доказательств, а в арбитражном процессе и путем недобросовестного пользования правами при досудебном разрешении спора, с помощью непредставления отзыва на иско-

вое заявление или дополнительных доказательств. В гражданском процессе сторона может уклоняться от участия в экспертизе, не представлять экспертам необходимые материалы и документы для исследования. В указанных случаях неблагоприятными последствиями для недобросовестных лиц, участвующих в деле, могут быть неудовлетворение ходатайств на основании ст. 166 ГПК РФ, 159 АПК РФ, рассмотрение дела по имеющимся доказательствам (п. 1 ст. 156 АПК РФ), признание факта, для выяснения которого была назначена экспертиза, установленным или опровергнутым (п. 3 ст. 79 ГПК РФ) и применение норм ст. 99 ГПК РФ или п. 1 и 2 ст. 111 АПК РФ.

Примером затягивания процесса рассмотрения дела по существу может служить следующее дело из судебной практики.

Так, в течение нескольких лет Севастопольский и Дорогомиловский межмуниципальные суды г. Москвы в силу ряда объективных и субъективных причин не могли разрешить дело по иску К. к ЖСК «Мо-скворечье-3» о признании преимущественного права на вступление в ЖСК. Одной из причин этого было то обстоятельство, что истец, злоупотребляя своими процессуальными правами, постоянно заявляла ходатайство о вызове новых свидетелей. Удовлетворяя ходатайства, суд откладывал дело слушанием. В результате решение по делу было постановлено судом через восемь лет после его возбуждения. Отклоняя иск К., Дорогомиловский межмуниципальный, суд оценил показания свидетелей со стороны истца, которые, также злоупотребив своими процессуальными правами, подтверждали факт постоянного проживания истца в спорной квартире. Отвергая эти показания как неправдивые, суд исследовал иные доказательства, из которых вытекало, что истец на спорной площади никогда не проживала: показания свидетелей со стороны ответчика, письменные доказательства, в том числе документы, составленные истцом¹. Суд верно оценил нечестные показания свидетелей и иные доказательства, хотя и не установив недобросовестность в поведении стороны и не применяя неблагоприятные последствия злоупотребления процессуальным правом! Это объективным причинам отсутствия их закрепления в действовавшем на момент рассмотрения дела гражданском процессуальном законодательстве. Процесс был затянут на восемь лет.

¹ Архив Дорогомиловского межмуниципального суда г. Москвы, Дело № 2-91/99.

д) **Злоупотребление правом на предоставление доказательств заявлении ходатайств.** Важными проблемами в области оценки судом по усмотрению злоупотреблений участниками гражданского или арбитражного процессов своими процессуальными правами являются-во-первых, установление добросовестности сторон при заявлении ходатайств; во-вторых, определение достоверности доказательств, представленных лицами, участвующими в деле.

Проблема правдивости показаний явившихся в судебное заседание лиц, фальсификации доказательств подробно рассматривается зарубежными учеными¹.

Ученые указывают, что категория правдивости, честности связана с нравственными ценностями, обусловлена принадлежностью лица к определенному социальному классу, полученным образованием и т.д. Они полагают, что личность, статус или характер субъекта, предлагающего информацию судье, могут быть крайне влиятельными, что способно повлечь за собой серию общих оценок суда о благонадежности, осведомленности или искренности данного лица. Например, юрист, являющийся представителем стороны в процессе, прилагает максимум усилий для того, чтобы свидетели его доверителя выглядели в судебном заседании как можно более правдивыми, респектабельными, давая им возможность проявить социально значимые качества. В свою очередь представитель противоположной стороны пытается изменить до обратного впечатление суда².

Из изложенного следует важное заключение в отношении создания в суде «практических идеологий», проиллюстрированное Дж. Хэндлером (J.F. Handler)³. Предложенная автором ситуация состоит в том, что суд в качестве правдивой воспринимает предлагаемую в гражданском процессе представителями агентств по трудоустройству информацию о том, как социальные работники оценивают нуждающихся посетителей и как, разрешая сторонние проблемы трудоустройства и нужды, развивают «практические идеологии». Последние основываются на социальной конструкции нравственного характера и служат для избавления от ненужной информации, противостоят изменениям, вследствие чего более

1 См., например: Hawkins K Op. at; Manning P.K. Symbolic Communication: Signifying Calls and the Police Response. Cambridge, Mass.: M.t.T. Press, 1988.

2 См., например: The Uses of Discretion / Ed. by K. Hawkins. P. 47.

3 Handler JF. The Conditions of Discretion: Autonomy, Community, Bureaucracy. N. Y.: Rns-sel Sage Foundations, 1986.

эффективно осуществляется усмотрение (в том числе и судьей в случае, если он разрешает дело с участием агентства по трудоустройству или вытекающее из его деятельности). Моральный компонент преобладает при принятии подобных отборочных решений. Данные решения используются агентствами по трудоустройству для создания условий при принятии и трудоустройстве только тех посетителей, которые важны для успешной деятельности агентства на рынке. Агентства, злоупотребляя своими правами, действуют системно и устанавливают дополнительные правила, которые воспринимаются судьей в процессе принятия решений в качестве истинных «практических идеологий» и не переоцениваются.

Выводы зарубежных специалистов интересны. В современной отечественной судебной практике конструкция создания «практических идеологий» не нашла еще подтверждения.

Однако следует отметить, что своего рода «практические идеологии» могут создаваться самими судами в виде несовершенной судебной практики, что может приводить к злоупотреблениям со стороны лиц, участвующих в деле, в частности, правом на заявление ходатайств.

Примером недобросовестного пользования указанным процессуальным правом является, в частности, злоупотребление со стороны нарушителей договорной дисциплины (ответчиков по делу), которые используют в собственных интересах судебную практику применения нормы ст. 333 ГК РФ по снижению договорных неустоек и процентов до размеров, ограничиваемых ставкой рефинансирования ЦБ РФ. Ответчики умышленно допускают нарушения договорных обязательств, предвидя реальную перспективу уменьшения имущественной ответственности за свое неправомерное поведение с помощью суда. Недобросовестная сторона, используя процессуальное право, ходатайствует в судебном заседании о снижении размера взыскиваемой неустойки и процентов. Современная судебная практика подтверждает, что подобные ходатайства удовлетворяются судами¹.

Хотелось бы надеяться, что арбитражные суды обратят внимание на обозначенную проблему и внесут ооодаетотвущие изменения в практику применения етг, 333 ГК РФ по массовому* снижению размера договорной отвеакзтвенности иди освобождения от нее. Неблагоприятным для недобросовестногч) ответчика последствием в данном случае должен быть отказ в удовлетворении ходатайства,

1 Арбитражная практика. 2003. № 11. С. 85,
140

Статья 161 (п. 1) АПК РФ устанавливает, что если лицо, участвующее в деле, обратится в арбитражный суд с заявлением в письменной форме о фальсификации доказательства, представленного другим лицом, участвующим в деле, суд:

- разъясняет уголовно-правовые последствия такого заявления;
- исключает оспариваемое доказательство с согласия лица, его представившего, из числа доказательств по делу;
- проверяет обоснованность заявления о фальсификации доказательства, если лицо, представившее это доказательство, заявило возражения относительно его исключения из числа доказательств по делу.

В этом случае арбитражный суд принимает предусмотренные федеральным законом меры для проверки достоверности заявления о фальсификации доказательства, в том числе назначает экспертизу, истребует другие доказательства и принимает иные меры.

Конституционный Суд РФ в одном из своих постановлений отмечает, что, «применяя общее правовое предписание (правовую норму) к конкретным обстоятельствам дела, судья,, зачастую оценивает обстоятельства, не имея достаточной информации (иногда скрываемой от него)»¹.

Верховный Суд РФ в постановлении Пленума от 21 ноября 2000 г. № 32 «О внесении изменений и дополнений в некоторые постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации» акцентирует внимание на необходимости оценивать достоверность информации по определенным категориям дел. В частности, указывается, что в связи с изменениями действующего законодательства и возникшими у судов вопросами, требующими разъяснения, Пленум Верховного Суда Российской Федерации постановляет внести изменения и дополнения в постановление Пленума от 29 сентября 1994 г. № 7 «О практике рассмотрения судами дел о защите прав потребителей» (с изменениями и дополнениями, внесенными постановлениями Пленума от 25 апреля 1995 г. № 6, от 25 октября 1996 г. № 10, от 17 января 1997 г. № 2).

При рассмотрении дел о возмещении вреда, причиненного жизни, здоровью или имуществу потребителя вследствие конструктивных, производственных, рецептурных или иных недостатков товара (работы, услуги), а также вследствие непредставления достоверной или полной

¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 25 января 2001 г. № 1-П «По делу о проверке конституционности положения п. 2 ст. 1070 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан И.В. Богданова, А.Б. Зернова, СИ. Кальнова и ВДВ. Труханова».

информации о товаре (работе, услуге), необходимо учитывать, что в соответствии со ст. 1095-1097 ГК РФ, п. 3 ст. 12 и п. 1-4 ст. 14 Закона Российской Федерации «О защите прав потребителей» такой вред подлежит возмещению продавцом или изготовителем либо исполнителем в полном объеме независимо от их вины (за исключением случаев, предусмотренных, в частности, ст. 1098 ГК РФ, п. 5 ст. 14, п. 5 ст. 18 Закона Российской Федерации «О защите прав потребителей») и независимо от того, состоял ли потерпевший с ними в договорных отношениях.

Вред в указанных случаях в соответствии со ст. 1097 ГК РФ возмещается, если он возник в течение установленного срока годности или срока службы товара (работы, услуги), а если срок годности или срок службы не установлены - в течение десяти лет со дня производства товара (работы, услуги), а также независимо от того, когда был причинен вред, если:

- в нарушение требований закона срок годности или срок службы не установлены;

- потребитель не был предупрежден о необходимых действиях по истечении срока годности или срока службы и возможных последствиях при невыполнении указанных действий либо ему не была предоставлена полная и достоверная информация о товаре (работе, услуге)¹.

В отечественной практике судам приходилось и приходится сталкиваться с злоупотреблением лицами, участвующими в деле, своими процессуальными правами, выражающимся в лжеобъяснениях, фальсификации доказательств.

Приведем два примера, в которых судом общей юрисдикции оценивалась существенность недостоверных сведений по делам в области защиты избирательных прав.

Так, разрешая заявление Динской территориальной избирательной комиссии об отмене регистрации кандидатом в депутаты Динского районного Совета депутатов гр. Р., суд, оценив по усмотрению достоверность информации, представленной гр. Р, счел существенным обстоятельством:, способным повлиять на волеизъявление избирателей, сокрытие дохода в сумме 8333 руб. Суд удовлетворил требование избирательной комиссии и отменил регистрацию кандидатом в депутаты гр. Р.²

¹ Российская газета. 1994, 26 ноября.

² Архив Дивеакш} районного <даа Краснодарского края, 2000. Дело № 2-188 (см.: ПоповаЮ.А, Защита публично-правовых интересов граждан в судах общей юрисдикции. Краснодар* 2001. С. Ш).

В другом деле тот же суд отказал в удовлетворении требования избирательной комиссии об отмене регистрации кандидатом в депутаты гр. К. на том основании, что неуказание сведений о доходах в сумме 248 руб. является несущественным. В качестве дополнительного основания суд также установил, что сведения о доходах кандидата в депутаты еще нигде не обнародовались, а потому избиратели не были введены в заблуждение этими недостоверными данными. На основании изложенного суд, оценив несущественное значение сокрытой информации, отказал избирательной комиссии в требовании об отмене регистрации кандидатом в депутаты гр. К.1

Таким образом, в первом примере суд усмотрел, что недобросовестные действия гр. Р., выразившиеся в предоставлении суду недостоверных объяснений по делу, являются злоупотреблением процессуальными правами, так как они могут причинить вред и противоречат целевому назначению указанных прав, и удовлетворил требование заявителя. Во втором примере суд не удовлетворил требование заявителя, поскольку недобросовестные действия гр. К. по даче объяснений по делу, которые противоречили целевому назначению процессуальных прав, при рассмотрении и разрешении дела не были признаны злоупотреблением соответствующими правами, так как не причинили вред.

В следующем примере из практики арбитражных судов прошлых лет также оценивалась по усмотрению недостоверность или достоверность представленной стороной информации.

Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации рассмотрел протест Председателя Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации на решение от 08.02.96, постановление апелляционной инстанции от 04.07.96 Арбитражного суда г. Москвы по делу № 33-280а и постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 02.09.96 по тому же делу.

Заслушав и обсудив доклад судьи, Президиум установил следующее.

Индивидуальное частное предприятие «А плюс Д» обратилось в Арбитражный суд г. Москвы с иском к Шереметьевской таможне о признании недействительным постановления от 01.09.95 №08500-215/95 о изыскании 6 030 700 000 руб. штрафных санкций за нарушение таможенных правил.

1 Архив Динского районного суда Краснодарского края. 2000. Дело № 2-212 (см.: Попова ЮЛ. Защита публично-правовых интересов граждан в судах общей юрисдикции. С. 151).

Решением от 08.02.96 в иске отказано.

Постановлением апелляционной инстанции от 04.07.96 решение суда оставлено без изменения.

Федеральный арбитражный суд Московского округа постановлением от 02.09 96 оставил решение и постановление без изменения.

В протесте Председателя Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации предлагается указанные судебные акты отменить и признать спорное постановление Шереметьевской таможни недействительным.

Президиум считает, что протест подлежит удовлетворению, в частности, по следующим основаниям.

Как видно из материалов дела, истец направил самолет Ил-76 для работы в Заир. В последующем указанный самолет по контракту от 04.01.94 № 14/0017 предприятием продан.

Шереметьевская таможня, сославшись на допущенные истцом нарушения таможенных правил, приняла постановление от 01.09.95 №08500-215/95, согласно которому с предприятия взыскано 6 030 700 000 руб., составляющих стоимость самолета, и штраф в размере 100 процентов от этой стоимости.

Принимая постановление, таможня исходила из того, что предприятием допущено нарушение таможенных правил, предусматривающих ответственность, установленную ч. 1 ст. 279 Таможенного кодекса Российской Федерации.

В частности, по мнению таможни, предприятием не заявлены в установленной форме достоверные сведения о самолете.

Президиум ВАС РФ не усмотрел лжи в объяснениях истца и пояснил, что недекларирование или недостоверное декларирование есть незаявление по установленной письменной, устной или иной форме достоверных сведений либо заявление недостоверных сведений о товарах и транспортных средствах, их таможенном режиме и других сведений, необходимых для таможенных целей.

В данном случае таких нарушений не допущено[^] поскольку самолет предприятием был продекларирован, о чем свидетельствует декларация от 19.10.94 №08502/19104/028452, на которой имеются отметки таможни о разрешении на его выпуск. Принадлежность этих отметок таможне подтверждена результатами экспертизы.

Президиум не усмотрел обмана в ссылке истца на незарегистрированную ранее таможенную декларацию? и указал, что данное обстоятельство не может служить основанием ДДО привлечения истца к ответ-

ственности по ч. 1 ст. 279 Таможенного кодекса Российской Федерации, так как первичная декларация была аннулирована. Кроме того, в упомянутой статье предусмотрена ответственность за недекларирование или недостоверное декларирование товаров и транспортных средств, а не за обстоятельства, связанные с регистрацией деклараций, проводимой самой таможней.

Таким образом, в приведенном примере Президиум ВАС РФ не усмотрел недобросовестности в поведении истца, не посчитал ложью данные им объяснения по делу и, следовательно, не установил злоупотребление процессуальными правами и не применил к истцу неблагоприятные последствия.

Недобросовестное поведение лица, участвующего в деле, может также проявляться в фальсификации доказательств. В современной отечественной судебной практике фальсификация доказательств чаще устанавливается в арбитражном судопроизводстве в силу нормы ст. 161 АПК РФ.

Так, по одному из дел, рассмотренных Арбитражным судом г. Москвы, общество с ограниченной ответственностью «Пробус» обратилось с заявлением к Инспекции МНС России № 28 по Юго-Западному административному округу г. Москвы о признании недействительным ее решения от 20 марта 2003 г. № 09-58-39 и обязанности возместить НДС.

Решением от 30 июня 2003 г., оставленным без изменения постановлением апелляционной инстанции от 2 декабря 2003 г., Арбитражный суд г. Москвы удовлетворил требования общества, признав истца добросовестным налогоплательщиком.

Инспекция МНС РФ № 28 обратилась в Федеральный арбитражный суд Московского округа с кассационной жалобой, в которой сослалась на недобросовестность налогоплательщика, создавшего видимость уплаты НДС российскому поставщику и видимость экспорта с целью возмещения налога из бюджета.

Кассационная инстанция установила, в частности, что ООО «Пробус», обратившись с требованием о возмещении НДС из федерального бюджета в размере 44 376 451 руб., фактически не занималось какой-либо финансово-хозяйственной деятельностью с момента регистрации до совершения данной экспортной операции, не имело в своем распоряжении каких-либо значимых средств и других активов для приобре-

1 Текст постановления (в извлечениях) опубликован в «Вестнике ВАС РФ» (1998 Ха 1).

тения материальных ценностей. В то же время в представленных в налоговую инспекцию ООО «Пробус» документах указывалось на то, что оно получило в свое распоряжение «многофункциональные анализаторы протоколов МАП-1» на сумму свыше 7 млн долл. США, которые экспортировало за рубеж по заключенным с иностранной фирмой крайне невыгодным и рискованным контрактам, а именно: с отсрочкой платежа за товар на один месяц после вывоза с таможенной территории РФ, без каких-либо обозначенных гарантий получения оплаты за товар, обязательных в международном деловом обороте.

Суд кассационной инстанции полагает, что объяснением указанным обстоятельствам может служить лишь то, что фактическая стоимость товара, приобретенного ООО «Пробус», обозначенного как МАП-1 и вывезенного в г. Дубай (ОАЭ), ничтожна мала, в силу чего необходимо исследовать происхождение товара. ГТК РФ ответил на запрос суда, что идентифицировать товар, определить его потребительские свойства и рыночную стоимость не представляется возможным ввиду отсутствия какой-либо информации о его существовании. Государственный комитет по стандартизации пояснил суду, что данными о заводе-производителе «многофункциональных анализаторов протоколов МАП-1» не располагает.

Налоговый орган настаивает на том, что денежными средствами, иными материальными активами, а также другими общепринятыми в финансово-хозяйственной деятельности гарантиями выполнения обязательств по заключенным договорам с иностранным покупателем от 04.10.02, от 07.10.02, от 08.10.02 г., где указано, что ООО «Пробус» получило в свое распоряжение «многофункциональные анализаторы протоколов МАП-1» на сумму свыше 7 млн долл. США, ООО «Пробус» не располагало.

В связи с этим кассационная инстанция судебные акты отменила, а дело предала на новое рассмотрение в суд первой инстанции в соответствии с требованиями ст. 161 АПК РФ в случае подачи инспекцией заявления о фальсификации доказательств¹.

Итак, в приведенном примере арбитражный суд кассационной инстанции поставил вопрос о недобросовестности налогоплательщика, злоупотреблении: процессуальным правом: являясь представителем доказательств путем фальсификации, поскольку из материалов дела усматри-

¹ См. постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 12 Марта 2004 г. (

вается, что ООО «Пробус» с помощью поддельной документации, создававшей видимость уплаты НДС российскому поставщику и видимость экспорта, имело цель возмещения налога из бюджета и причинения государству экономического ущерба в особо крупных размерах.

В процессе нового рассмотрения дела в суде первой инстанции необходимо выполнение требований ст. 161 АПК РФ, в частности, об обращении инспекции с письменным заявлением о фальсификации конкретных документов. В противном случае суд по своему усмотрению установить их поддельность не сможет

На наш взгляд, неблагоприятными последствиями при применении ст. 161 АПК РФ могут быть; отказ в удовлетворении требований стороны, ссылающейся на поддельные доказательства, уголовно-правовые последствия (ч. 1 ст. 303 УК РФ), отнесение всех судебных расходов на лицо, злоупотребившее правами (п. 2 ст. 111 АПК РФ).

(2) По нашему мнению, судебское усмотрение применяется при установлении злоупотребления правами непроцессуального характера лицами, участвующими в деле, в форме недобросовестности.

Данный вывод представляется правильным, поскольку находит подтверждение в судебной практике разных лет.

Так, Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации рассмотрел протест заместителя Председателя Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации на решение от 20.12.96, постановление апелляционной инстанции от 13.05.97 Арбитражного суда Новосибирской области по делу № 96-9/147 и постановление Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 28.07.97 по тому же делу

Президиум считает, что протест подлежит удовлетворению, в частности, по следующим основаниям.

Между Кузбассоцбанком в лице его Зыряновского филиала и фирмой «Арткос» 03.10.95 заключен договор № 62/95 на предоставление заемщику кредитной линии в сумме 300 000 000 руб. под 150 процентов годовых на срок до 03.04.96. При нарушении срока возврата кредита размер процентов составляет 300 процентов годовых.

В обеспечение возврата кредита банком заключен договор поручительства от 11.01.96 № 1-96 с фирмой «Артэкс», согласно которому поручитель принял на себя обязательство отвечать перед кредитором в том же объеме, что и должник, в частности, за уплату процентов, возмещение убытков, уплату неустойки. В договоре установлена солидарная ответственность поручителя и должника.

В связи с нарушением заемщиком срока возврата кредита Кузбассоцбанк обратился с иском к поручителю о взыскании суммы долга, процентов и повышенных процентов.

Решением Арбитражного суда Новосибирской области от 13.06.96 по делу № 96-18/82 исковые требования частично удовлетворены. Постановлением апелляционной инстанции от 05.08.96 уточнены суммы, подлежащие взысканию с поручителя: 294 214 507 руб. основного долга и 81 278 891 руб. процентов, включая повышенные за пользование кредитом.

Поскольку фирма «Артэкс» вышеуказанное решение суда своевременно не исполнила в связи с отсутствием достаточных денежных средств на расчетном счете и последующей реализацией имущества судебным исполнителем, банк предъявил к поручителю настоящий иск о дополнительном взыскании с него повышенных процентов за несвоевременный возврат кредита в сумме 294 214 507 руб. за период с 29.05.96 по 27.11.96.

Судебные инстанции, удовлетворяя полностью исковые требования Кузбассоцбанка, исходили из условий договора поручительства об ответственности поручителя перед кредитором в том же объеме, как и должника.

В соответствии с п. 2 ст. 363 ГК РФ поручитель отвечает перед кредитором в том же объеме, как и должник, включая уплату процентов, возмещение судебных издержек по взысканию долга и других убытков кредитора, вызванных неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства должником, если иное не предусмотрено договором поручительства.

Согласно п. 1 ст. 408 ГК РФ надлежащее исполнение прекращает обязательство.

Президиум считает, что в данном случае обязательство должника по возврату кредита из-за неперечисления поручителем части основного долга не прекращено, поэтому банк вправе по условиям кредитного договора начислять повышенные проценты на остаток задолженности. Причем истец может предъявить требование о дополнительном взыскании повышенных процентов по своему выбору или заемщику, или поручителю, отвечающему перед кредитором в том же объеме, как и должник.

Президиум ВАС РФ указывает, что повышенные проценты по сути являются мерой ответственности заемщика за невозврат кредита в срок.

Подлежащие уплате повышенные проценты явно несоразмерны последствиям нарушения обязательства, в связи с чем судебным инстанциям следовало применить ст. 333 ГК РФ и снизить их размер при удовлетворении исковых требований.

Более того, Президиум усматривает, что установление в кредитном договоре необоснованно завышенных процентов (300 процентов годовых) при невозврате кредита в срок по существу является злоупотреблением правом, так как потери банка полностью покрываются ставкой обычных процентов (150 процентов годовых).

При таких обстоятельствах Президиум ВАС РФ считает возможным применить ст. 10 ГК РФ и оставить ко взысканию с поручителя только проценты по ставке - 150 процентов годовых за пользование кредитом в сумме 177 510 338 руб., а во взыскании остальной части процентов отказать¹.

Таким образом, в приведенном примере Президиум ВАС РФ применил относительно-определенную норму ст. 10 ГК РФ, содержащую категорию добросовестности, и усмотрел в действиях банка злоупотребление гражданским правом, поскольку посчитал его действия по установлению в кредитном договоре необоснованно завышенных процентов при невозврате кредита в срок недобросовестными, причиняющими вред и противоречащими целевому назначению гражданских прав.

Отметим, что актуальность применения в современной отечественной арбитражной практике нормы ст. 10 ГК РФ, содержащей категорию добросовестности, несомненна, поскольку «мы живем в условиях недобросовестности в коммерческих делах, которая оказывает общее негативное влияние на макроэкономические тенденции»².

В частности, в арбитражные суды недобросовестно предъявляются иски о признании сделки недействительной в целях избежания платежей по договорам, в частности, за выполненные работы, оказанные услуги. В этих случаях, как представляется, арбитражная практика могла бы смелее использовать в своей деятельности категорию добросовестности, содержащуюся в норме ст. 10 ГК РФ.

Так, Л.В. Щенникова приводит следующий пример.

По договору строительного подряда организация-подрядчик взяла на себя обязательство произвести отделочные работы к установленному

¹ Справочная правовая система Гарант.

² Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право М.1997 Л

сроку с условием внесения авансовых платежей в середине срока и итоговой оплаты выполненных и принятых работ в сумме, указанной в долларовом эквиваленте. Подрядчик нарушил сроки выполнения работ, и на момент оплаты в связи с общим финансовым обвалом рублевая сумма, соответствующая валютной оговорке, оказалась явно неэквивалентной произведенным затратам С одной стороны, взыскание указанной в договоре суммы за выполненные работы составляло субъективное право требования подрядчика С другой - сам факт принудительного взыскания сумм, установленных договором с помощью валютной оговорки, мог бы повлечь нарушение принципа равноправия сторон, т.е добросовестности¹.

В приведенном примере заказчик, отстаивая свои имущественные интересы, пытался недобросовестно обосновывать недействительность договора Арбитражному суду при рассмотрении и разрешении дела по существу следовало бы применить категорию добросовестности и на основании ст 10 ГК РФ усмотреть в действиях истца злоупотребление гражданским правом

В последние годы вышестоящие судебные инстанции при рассмотрении конкретных дел подчеркивают значение установления добросовестности или недобросовестности в действиях стороны и определения неблагоприятных последствий вследствие злоупотребления субъективными правами

Так, ОАО «Ламзурь» обратилось в арбитражный суд с иском о признании неправомерными действий руководителя ИМНС РФ, выразившихся в отказе признать исполненной обязанность по уплате НДС и зачесть сумму уплаченного налога в счет предстоящих платежей, В качестве третьих лиц, не заявляющих самостоятельные требования на предмет спора, к участию в деле судом привлечены ООО «Айкон — XXI век» и АКБ «БМБ - Банк». Решением в удовлетворении исковых требований отказано. Постановлением апелляционной инстанции судебный акт отменен, исковые требования удовлетворены.

Отказывая в удовлетворении исковых требований, суд первой инстанции исходил из следующего. Отношения между ОАО «Ламзурь» и АКБ «БМБ — Банк» основаны на договоре расчетно-кассового обслуживания По сведениям налоговых органов, на момент открытия счета в

¹ См Щенникова Л В Злоупотребление правом (дух и буква закона) // Справочная правовая система «Гарант»

названном банке ОАО «Лазурь» имело шесть расчетных и шесть валютных счетов, среди них один расчетный и два валютных счета в других коммерческих банках, которые могли быть использованы для исполнения обязательств по уплате налогов

АКБ «БМБ - Банк» с 24 02 99 имел картотеку неоплаченных платежных документов, не прерывавшуюся до момента отзыва у него лицензии 06 06 00, что подтверждается письмом Главного управления Банка России

Суд первой инстанции на основании представленных налоговым органом доказательств дал оценку обстоятельствам, связанным с поступлением средств на расчетный счет ОАО «Ламзурь» в АКБ «БМБ - Банк», использованных для уплаты налога

Во внимание было принято, что ОАО «Ламзурь» (продавец) заключило с ООО «Айкон - XXI век» (покупателем) договор купли-продажи, по условиям которого продавец обязался продать, а покупатель - принять и оплатить продукцию на общую сумму 4 млн руб. Согласно названному договору покупатель должен произвести предварительную оплату продукции на всю сумму не позднее семи календарных дней с момента подписания договора

Соглашением стороны установили, что единственным условием возникновения обязанности продавца по отгрузке покупателю продукции являются успешно произведенные по определенной схеме полная предварительная оплата продукции и погашение задолженности перед федеральным бюджетом по НДС на сумму 4 млн руб

В счет оплаты по договору купли-продажи покупатель платежным поручением от 14.03 00 со своего расчетного счета, открытого в АКБ «БМБ - Банк», перечислил 4 млн руб. на расчетный счет продавца в том же банке. Банк исполнил платежное поручение путем внутренних банковских проводок. Между тем на расчетном счете ООО «Айкон - XXI век» до 10.03.00 денежные средства отсутствовали и были зачислены на него с расчетного счета ООО «БИК-Маркет», имевшегося в том же банке

В соответствии с п 2 ст 45 НК РФ обязанность налогоплательщика по уплате налога считается исполненной с момента предъявления в банк поручения на уплату соответствующего налога при наличии достаточного денежного остатка на счете налогоплательщика.

Принимая решение об отказе в иске, суд первой инстанции дал оценку обстоятельствам, связанным с исполнением истцом обязую-

стей по уплате налога в их взаимосвязи, и усмотрел, что ОАО «Лам-зурь» является недобросовестным налогоплательщиком и к нему не может быть применено положение ст. 45 НК РФ о надлежащем исполнении налоговой обязанности.

Отменяя решение суда первой инстанции и удовлетворяя исковые требования, суд апелляционной инстанции указал на факт списания денежных средств в счет уплаты налога в размере 4 млн руб. с расчетного счета ОАО «Ламзурь» Суд кассационной инстанции поддержал выводы апелляционной инстанции¹

Президиум ВАС РФ, пересматривая судебные акты, отметил, что важным для удовлетворения иска или отказа в его удовлетворении является вопрос о добросовестности налогоплательщика, который надлежащим образом не исследовался. Для установления злоупотребления субъективными правами со стороны истца и возможного применения неблагоприятных последствий ключевым является исследование преднамеренности действий налогоплательщика по созданию остатка средств на расчетном счете в неплатежеспособном банке, т.е. цели недобросовестного осуществления субъективного права и причинения действиями истца вреда

Рассмотрев категорию добросовестности в субъективном смысле и ее взаимосвязь с злоупотреблением правами и судебским усмотрением, перейдем к анализу добросовестности в объективном значении и изучим ее взаимоотношение с злоупотреблением правом на усмотрение суда.

Добросовестность, злоупотребление правом на судебское усмотрение. Отметим, что в отечественной юридической литературе проблема возмещения вреда, причиненного лицу при отправлении правосудия, длительное время связывалась в основном с последствиями необоснованного осуждения². В последние годы специалистами подчеркивается необходимость повышения эффективности правосудия по гражданским делам, совершенствования законодательства «об ответственности государства за неэффективное правосудие»³ и отмечается, в частности, что

1 См: Судебдаге акты кассационной инстанции, пересмотренные в порядке надзора // Налоговые споры. Теория и практика, 2003 С. 53

2 См подробнее, например' Поляков ЯЙ Ответственность по обязательствам вследствие причинения вреда, Ы.: Городец, 1998. С 61-72.

3 Цихоцкий Л.Д, Тевреопиеекве проблемы эффввдядаега праведна; по гражданским делам Новосибирск, 1997 С 298

III Определение судьейского усмотрения

«уголовно не наказуемые, но незаконные виновные действия (или бездействия) судьи в судопроизводстве (нарушение разумных сроков разбирательства, несвоевременное вручение заинтересованным лицам процессуальных документов, неправомерная задержка исполнения и т.п.), причинившие вред конкретным лицам, должны рассматриваться как нарушение права на справедливое судебное разбирательство. И это предполагает необходимость компенсации пострадавшим лицам независимо от того, установлена ли уголовная вина судьи или нет»¹

Л В Бойцова полагает, что «гражданская ответственность судьи должна наступать только в исключительных случаях серьезного пренебрежения обязанностями, явных злоупотреблений и грубой неосторожности»²

В пределах настоящего исследования проблема ответственности судьи связана с рассмотрением установленных неблагоприятных последствий при злоупотреблении правом на судьейское усмотрение. В этих целях нами будет проведен анализ соотношения добросовестности, злоупотребления судебной властью и судьейского усмотрения

Первоначально определим два блока основных положений.

Первый блок включает в себя следующие утверждения. Во-первых, право применения судьейского усмотрения предоставлено и закреплено законодателем. Во-вторых, применение усмотрения представляет собой процессуальное право (обязанность) суда. В-третьих, недобросовестность при осуществлении судьейского усмотрения может означать злоупотребление соответствующим процессуальным правом. В-четвертых, действия судьи по усмотрению, формально опирающиеся на принадлежащее ему право, могут оказаться злоупотреблением указанным правом в двух случаях: 1) если поведение судьи противоречит доброй совести, добрым нравам, причиняет зло (см. второй блок); 2) если оно не согласуется с установленными законодательно целями гражданского или арбитражного судопроизводства или закрепленными целями совершения определенного процессуального действия. В-пятых, злоупотребление правом на судьейское усмотрение может являться злоупотреблением должностными полномочиями при наличии условий, закрепленных ст. 285 УК РФ.

х Казанцев В Гражданско-правовая ответственность за вред, причиненный действиями судьи // Российская юстиция 2002 № 2 С 13 а БойцоваЛВ Ответственность государства и судей за вред, причиненный гражданам при отправлении правосудия //Журнал российского права 2001 №9. С 60

Второй блок основных положений устанавливает, что в предлагаемой проблеме исследования зло может представлять собой: 1) вред, причиненный усмотрением при осуществлении правосудия; 2) вред, причиненный усмотрением при осуществлении гражданского или арбитражного судопроизводства; 3) нарушение в процессе осуществления судебного усмотрения прав, свобод и интересов субъектов права, создание ситуации, при которой их невозможно реализовать; 4) явление, тождественное любому социальному вреду, который причиняется общественным отношениям при применении дискреции (*discretio*).

Рассмотрим приведенные блоки основных положений.

По нашему мнению, следует проводить различие между (1) ненадлежащим использованием права на судебское усмотрение, (2) злоупотреблением судьей должностными полномочиями, образующими состав уголовно-наказуемого деяния, и (3) злоупотреблением судьей процессуальными правами, закрепленными в нормах закона (ГПК РФ, АПК РФ), в частности правом на усмотрение.

(1) Ненадлежащее использование права на применение судебного усмотрения может противоречить целям гражданского или арбитражного судопроизводства или целям совершения отдельного процессуального действия, является недобросовестным виновным поведением в форме неосторожности, но не направлено на причинение вреда. Примером ненадлежащего использования права на осуществление судебного усмотрения является ошибка в оценке относимости доказательств по делу, когда суд по усмотрению принимает доказательства, не имеющие значения для рассмотрения и разрешения дела, что влияет на изменение или отмену решения суда первой инстанции (ст. 58, п. 2 ст. 362 ГПК РФ, п. 1 ст. 67, п. 3 ст. 270 АПК РФ). Наиболее часто встречающийся недостаток судебных решений - это ненадлежащее применение судом первой инстанции усмотрения при установлении фактов, имеющих значение для правильного разрешения дела. Неблагоприятными последствиями для судьи в данных случаях могут являться предусмотренные законодательством отмена или изменение решения суда.

(2) В случае злоупотребления правом на судебское усмотрение, образующим уголовно-наказуемое деяние, объективную сторону образуют недобросовестные действия судьи, имеющие противоправную цель, подпадающие под действие нормы ст. 285 УК РФ. Неблагоприятным последствием выступают возможная уголовная ответственность судьи и ответственность государства в силу ч. 2 ст. 1070 ГК РФ.

Согласно п. 2 ст. 1070 ГК РФ вред, причиненный при осуществлении правосудия, возмещается в случае, если вина судьи установлена приговором суда, вступившим в законную силу.

Причиненный вред должен возмещаться по правилам гражданского судопроизводства.

Из указанной статьи следует, что вред, наступивший вследствие, *inter alia*, недобросовестных действий (бездействия) суда по усмотрению, будет возмещаться государством при условии, если,

- причинение вреда вследствие применения судьейского усмотрения имеет место при осуществлении правосудия, т.е. при разрешении дела по существу и вынесении решения (ст. 18, 118 (ч. 1 и 2), 120, 125, 126, 127 Конституции РФ);

- действия судьи по усмотрению имеют противоправную цель;

- данные действия совершены судьей умышленно (ст. 305 УК РФ) или по неосторожности (ст. 293 УК РФ),

- вина судьи установлена приговором суда, вступившим в законную силу

(3) При злоупотреблении судьей процессуальными правами, закрепленными в нормах закона (АПК РФ, ГПК РФ), возможно возникновение дисциплинарной ответственности судьи и гражданско-правовой ответственности государства за действия (бездействие) судьи по усмотрению в тех случаях, когда вина судьи установлена судебным решением.

Дисциплинарная ответственность судей наступает в силу Закона РФ «О статусе судей в Российской Федерации». В соответствии с нормой ст. 12.1 указанного Закона за совершение дисциплинарного проступка (нарушение норм настоящего Закона, а также положений Кодекса судейской этики, утвержденного Всероссийским съездом судей) на судью, за исключением судей Конституционного Суда Российской Федерации, может быть наложено дисциплинарное взыскание в виде предупреждения, досрочного прекращения полномочий судьи.

Решение о наложении на судью дисциплинарного взыскания принимается квалификационной коллегией судей, к компетенции которой относится, рассмотрение вопроса о прекращении полномочий этого судьи на момент принятия решения.

Так, если судья, действуя грубо, неосторожно, осуществил усмотрение, нарушив требование материального или процессуального закона, содержание которого судье известно и понятно, то в силу ст. 12-2 Закона РФ «О статусе судей в Российской Федерации» к нему могут быть

применены меры дисциплинарной ответственности В случае умышленного (цель - оказать содействие одной из сторон) или неосторожного (без цели, в силу безответственного отношения к своим обязанностям) применения судьейского усмотрения, ведущего к затягиванию производства по делу, к судье также возможно применение дисциплинарной ответственности в силу ст. 12-2 Закона РФ «О статусе судей в Российской Федерации». Пленум Верховного Суда Российской Федерации в п. 2 постановления от 24 августа 1993 г «О сроках рассмотрения уголовных и гражданских дел судами Российской Федерации» разъяснил, что преднамеренное грубое или систематическое нарушение судьей процессуального закона, повлекшее волокиту при рассмотрении уголовных или гражданских дел и существенно ущемляющее права и законные интересы граждан, следует рассматривать с учетом конкретных обстоятельств как совершение поступка, позорящего честь и достоинство судьи или ущемляющего авторитет судебной власти¹. Согласно подп. 9 п. 1 ст. 14 Закона РФ «О статусе судей в Российской Федерации» такой поступок является основанием для прекращения полномочий судьи².

Положение о возмещении государством вреда, причиненного при осуществлении гражданского судопроизводства в случаях, когда спор не разрешается по существу в результате незаконных действий (или бездействия) суда, если вина судьи установлена не приговором суда, а иным соответствующим судебным решением, закреплено постановлением Конституционного Суда РФ от 25 января 2001 г. «По делу о проверке конституционности положения п, 2 ст. 1070 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан И.В. Богданова, А.Б. Зернова, СИ. Кальянова и Н.В. Труханова».

Конституционно-правовой смысл положения п. 2 ст. 1070 ГК РФ, выявленный в настоящем постановлении Конституционного Суда РФ, является общеобязательным и исключает любое иное его истолкование в правоприменительной практике,

В постановлении записано, что Федеральному Собранию надлежит в законодательном: порядке урегулировать основание И порядок возмещения государством вреда,, причиненного незаконными действиями (или бездействием) суда (судьи), а также определить подведомственность и подсудность соответствующих дел.

1 Бюллетень Верховного Суда № 1993. Ш12,

2 Справамящ правявда еюеиш^Гарми»*

3 Справочная правовая система «Гарант».

Вследствие названного постановления положение о вине судьи, установленной приговором суда, закрепленное п. 2 ст. 1070 ПС РФ, не может служить препятствием для возмещения вреда, причиненного злоупотреблением правом на судебское усмотрение в гражданском судопроизводстве, например, при вынесении соответствующих определений, принятии мер обеспечительного характера, отложении процесса и при совершении (или несовершении) иных действий по усмотрению, которые не связаны с разрешением дела по существу.

По нашему мнению, в судебном решении должно быть установлено: -осуществление недобросовестных действий (бездействия) суда по усмотрению;

- причинение вреда вследствие данного поведения; -применение судебного усмотрения в противоречии с целями

гражданского судопроизводства или целями совершения определенного процессуального действия;

- совершение данных действий судьей умышленно или по неосторожности;

- вина судьи (при этом не действует положение о презумпции вины причинителя вреда, предусмотренное и, 2 ст. 1064 ГК РФ),

Укажем, что, исходя из толкования приведенного постановления Конституционного Суда РФ, в настоящее время вина судьи арбитражного суда не может быть установлена судебным решением, что требует законодательного регулирования.

Отметим, что на сегодняшний день механизм привлечения государства к ответственности за действия (бездействие) судьи, если вина судьи установлена судебным решением, не определен.

Так, в определении Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 24 января 2002 г. по рассмотрению жалобы Ф. записано, в частности, что действующим законодательством основания и порядок возмещения государством вреда, причиненного незаконными действиями (бездействием) судьи, а также подведомственность и подсудность данной категории дел не урегулированы. Постановлением Конституционного Суда РФ от 25 января 2001 г. предусмотрено, что Федеральному Собранию надлежит в законодательном порядке урегулировать основания и порядок возмещения государством вреда, причиненного незаконными действиями (или бездействием) суда (судьи), а также определить подведомственность и подсудность дел применительно к случаям, когда ставится вопрос о возмещении государством

вреда, причиненного при осуществлении гражданского судопроизводства

До настоящего времени соответствующего закона не принято, следовательно, имеются препятствия к рассмотрению заявления Ф, поэтому сам вывод судьи о невозможности рассмотрения последнего в порядке гражданского судопроизводства является правильным¹.

Во втором блоке основных положений было указано, что в интересующем нас соотношении зло может представлять собой вред; нарушение в процессе осуществления судебское усмотрения прав, свобод и интересов субъектов права, создание ситуации, при которой их невозможно реализовать; явление, тождественное любому социальному вреду, который причиняется общественным отношениям при применении *discretio*.

Приведем характерный пример причинения зла, в котором прослеживается взаимосвязь между добросовестностью и злоупотреблением правом на судебское усмотрение.

В соответствии со ст. 140 ГПК РФ, ст. 91 АПК РФ суд в качестве меры по обеспечению иска может запретить ответчику совершать определенные действия. Указанная норма закрепляет право суда на осуществление усмотрения при принятии мер обеспечительного характера. Судебная практика показывает, что суды при применении п. 2 ст. 134 ГПК РСФСР (п. 2 ст. 140 ГПК РФ), п. 2 ст. 91 АПК РФ причиняют общественным отношениям вред, поскольку практически парализуют деятельность участников гражданского оборота. Следовательно, осуществляется злоупотребление правом на судебское усмотрение. Например, суд общей юрисдикции в Рязанской области в качестве меры по обеспечению иска физического лица к главе компании ЛУКОЙЛ запретил Транснефти экспортировать нефть ЛУКОЙЛа. Судья Кунцевского межмуниципального суда г. Москвы по иску акционера - физического лица о предоставлении документов общества в качестве мер по обеспечению иска запретила ЗАО «Техинфо Комьюникэйшяз» проводить действия, направленные на отчуждение любого имущества, открывать расчетные и иные счета и приостановила деятельность совета директоров общества². Акционерные общества в результате указанных действий понесли убытки. В данных случаях можно констатировать, что суды при приня-

¹ Архив Верховного Суд* РФ. Дело ^ЗУ-ГОМ» 2002.

² См.. Скуратов Д, Верховный Суд разрешил собираться мирно, без оружия // Коллегия. 2002 Январь, С 33.

тии обеспечительных мер по усмотрению злоупотребили правом, создали ситуацию, при которой субъекты не могли реализовать свои права. Вина судей не была доказана в судебном порядке.

В связи со сложившейся судебной практикой отметим, что исправить ситуацию возможно, если суды будут учитывать следующие положения Во-первых, суд осуществляет усмотрение при принятии мер по обеспечению иска на основании нормы закона (ст. 91 АПК РФ, ст. 140 ГПК РФ). Во-вторых, при применении усмотрения судом должны быть соблюдены специальные пределы, в частности добросовестность. В-третьих, в случаях, если в процессе применения судейского усмотрения происходит нарушение прав, свобод и интересов субъектов права, создается ситуация, при которой их невозможно реализовать, то суд осуществляет злоупотребление правом на судейское усмотрение. Следовательно, судам необходимо сосредоточить внимание на пределах осуществления судейского усмотрения, в частности, при применении ст. 140 ГПК РФ, ст. 91 АПК РФ, учитывая, что по любым категориям дел принятие мер обеспечительного характера должно соответствовать добросовестности, не нарушать права граждан, закрепленные в Конституции РФ и отраслевом законодательстве. В противном случае суды, осуществляющие злоупотребление правом, могут нести ответственность в соответствии с действующим гражданским законодательством и постановлением Конституционного Суда РФ от 25 января 2001 г.

Отметим также, что действия судьи по усмотрению принятия иных мер по обеспечению иска, формально опирающиеся на принадлежащее ему право, закрепленное ч. 2 п. 5 ст. 140 ГПК РФ, могут оказаться злоупотреблением правом в случае, *inter alia*, если они не согласуются с целями данного конкретного процессуального действия, указанными в ст. 139 ГПК РФ

Подведем итог рассмотрению категории добросовестности как специального предела выбора при осуществлении судейского усмотрения.

В рамках судейского усмотрения добросовестность представляет собой основной или субсидиарный предел выбора варианта решения правового вопроса в случаях закрепления указанной категории в материальной или процессуальной относительно-определенной правовой норме или постановлениях Пленума ВАС РФ, Конституционного Суда Российской Федерации и применения соответствующего положения при рассмотрении или разрешении конкретного дела. Является поведение добросовестным или недобросовестным, определяется судом по усмот-

рению с учетом конкретных обстоятельств дела и содержания нормы права. Отсутствие в юридической норме дефиниции добросовестности продумано законодателем.

Определяя добросовестность, мы имеем в виду поведение среднего разумного человека. Требование добросовестности применительно к субъективным правам и обязанностям связано с воздержанием лица от вредоносного поведения, модель которого установлена в законе (или договоре). При оценке добросовестности действий судом должен использоваться критерий их разумного осознания (понимания) и предвидения

В гражданском процессуальном и арбитражном процессуальном праве следует исходить из понимания добросовестности в объективном и субъективном значениях

Субъективное значение указанной категории связывается с добросовестностью лиц, участвующих в деле.

Добросовестность в объективном значении касается поведения суда, добросовестного, недобросовестного осуществления прав и обязанностей, которыми в соответствии с действующим законодательством наделены судьи для осуществления возложенных на них функций.

Недобросовестное осуществление процессуального права следует признавать злоупотреблением соответствующим правом. Недобросовестность является одной из форм злоупотребления правом непроцессуального характера. Не любые недобросовестные действия представляют собой злоупотребление правом.

Законодательно закрепленная дефиниция злоупотребления правом отсутствует, поскольку невозможно объективно предусмотреть все положения, которые в данном случае требуют правового регулирования. Применение данной категории в процессе осуществляется по усмотрению суда.

Злоупотребление правами - это использование субъективных прав (умышленное, небрежное/, самонадеянное) в противоречии с их целевым назначением, причиняющее вред.

Злоупотребление правом отличается от его ненадлежащего использования. При ненадлежащем пользовании правом лицо выходит за границы дозволенного поведения, которые установлены не Целевым предписанием (как при злоупотреблении правом), а запретом конкретных действий. Следовательно, данные действия представляют собой превышение субъективных прав.

Судейское усмотрение применяется при установлении недобросовестного пользования процессуальными правами лицами, участвующими в деле. Осуществляя усмотрение, суд устанавливает следующие способы злоупотребления процессуальными правами указанными участниками процесса:

- а) злоупотребление правом на обращение в суд;
- б) злоупотребление правом на установленный порядок возбуждения, рассмотрения и разрешения определенных групп дел в судах общей юрисдикции и арбитражных судах,
- в) искусственное изменение подсудности дела;
- г) умышленное затягивание процесса;
- д) представление недостоверных доказательств.

Судейское усмотрение применяется при установлении злоупотребления правами непроцессуального характера лицами, участвующими в деле, в форме недобросовестности.

Следует проводить различие между ненадлежащим использованием права на судебское усмотрение, злоупотреблением судьей должностными полномочиями, образующими состав уголовно-наказуемого деяния, и злоупотреблением судьей процессуальными правами, закрепленными в нормах закона (ГПК РФ, АПК РФ), в частности, правом на усмотрение.

Ненадлежащее использование права на применение судебного усмотрения может противоречить целям гражданского или арбитражного судопроизводства или целям совершения отдельного процессуального действия, является недобросовестным виновным поведением в форме неосторожности, но не влечет причинение вреда (не представляет собой зло).

В случае злоупотребления правом на судебское усмотрение, образующим уголовно наказуемое деяние, объективную сторону составляют недобросовестные действия судьи, имеющие противоправную цель, подпадающие под действие нормы ст. 285 УК РФ. Неблагоприятным последствием выступают возможная уголовная ответственность судьи и ответственность государства в силу ч. 2 ст. 1070 ГК РФ.

При злоупотреблении судьей процессуальными правами, закрепленными в нормах закона (АПК РФ, ГПК РФ), возможно возникновение дисциплинарной ответственности судьи и гражданско-правовой ответственности государства за действия (бездействие) судьи по усмотрению в тех случаях, когда вина судьи установлена судебным решением.

Перейдем к рассмотрению следующего специального предела выбора при осуществлении судебного усмотрения, а именно целесообразности.

Целесообразность как специальный предел выбора

Выделим основные положения, подлежащие рассмотрению:

- категория целесообразности в гражданском и арбитражном процессах;
- свободное судебное усмотрение.

Категория целесообразности в гражданском и арбитражном процессах. По толковому словарю русского языка «целесообразный» - «соответствующий поставленной цели, вполне разумный, практически полезный»¹. Black's Law Dictionary поясняет, что «целесообразный» («expedient») - это видимый, наиболее подходящий, соответствующий цели, то, что наиболее подходит и уместно как основание для достижения определенной цели².

Применяемое при рассмотрении и разрешении конкретных дел отечественное материальное и процессуальное законодательство прямо предусматривает учет требований целесообразности.

Так, в соответствии с п. 2 ст. 151 ГПК РФ, п. 3 ст. 130 АПК РФ судья вправе выделить одно или несколько из соединенных требований в отдельное производство, если признает раздельное рассмотрение требований более целесообразным.

Пункт 5 ст. 238 АПК РФ закрепляет следующее правило: «„если в суде, указанном в п. 5 ст. 239 настоящего кодекса, находится на рассмотрении заявление об отмене или о приостановлении исполнения решения третейского суда, арбитражный суд, в котором рассматривается заявление о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение этого решения, может, если признает целесообразным, отложить рассмотрение заявления о выдаче исполнительного листа и по ходатайству стороны, обратившейся с заявлением о выдаче исполнительного листа, может также обязать другую сторону предоставить надлежащее обеспечение по правилам, предусмотренным настоящим кодексом»-

Часть 2 п. 3 Федерального закона РФ от 25 февраля 1999 г. «О несостоятельности (банкротстве) кредитных организаций» устанавливает,

1 Ожегов С.Ж. Шведова Н.Ю, Толковый словарь русского языка. С 87&«

2 Black's Law Dictionary St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1990. P. 577.

что при поступлении заявления о признании кредитной организации банкротом в арбитражный суд судья до возбуждения производства по делу о банкротстве предлагает Банку России представить заключение Банка России о целесообразности отзыва у кредитной организации лицензии на осуществление банковских операций либо копию приказа Банка России об отзыве указанной лицензии. Банк России обязан направить указанные документы в арбитражный суд в месячный срок после получения предложения арбитражного суда.

Нередко категория целесообразности находит отражение в постановлениях Пленумов Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ.

Например, в постановлении Пленумов Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ от 8 октября 1998 г. указывается, что, исходя из п. 1 ст. 395 ГК РФ, в случаях, когда сумма долга уплачена должником с просрочкой, судом при взыскании процентов применяется учетная ставка банковского процента на день фактического исполнения денежного обязательства (уплаты долга), если договором не установлен иной порядок определения процентной ставки.

При взыскании суммы долга в судебном порядке и при отсутствии в договоре соглашения о размере процентов суд вправе определить, какую учетную ставку банковского процента следует применить: на день предъявления иска или на день вынесения решения суда.

В этом случае при выборе соответствующей учетной ставки банковского процента, в частности, принимается во внимание, в течение какого времени имело место неисполнение денежного обязательства, изменялся ли размер учетной ставки за этот период, имелись ли длительные периоды, когда учетная ставка оставалась неизменной.

Если за время неисполнения денежного обязательства учетная ставка банковского процента изменялась, то Пленумы Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ в совместном постановлении устанавливают, что «более целесообразным является отнесение предпочтения к той учетной ставке банковского процента (на день предъявления иска или на день вынесения решения судом), которая наиболее близка по значению к учетным ставкам, существовавшим в течение всего периода просрочки платежа»¹.

¹ Пункт 3 постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума ВАС РФ от 8 октября 1998 г. № 13/14 «О практике применения положений Гражданского кодекса Российской Федерации о процентах за пользование чужими денежными средствами».

Проводя стадию подготовки дела об усыновлении к судебному разбирательству, судья решает, *inter alia*, вопрос о необходимости вызова в судебное заседание несовершеннолетнего. Пленум Верховного Суда РФ указывает, что «судье целесообразно выяснить мнение по этому поводу органа опеки и попечительства с тем, чтобы присутствие ребенка в суде не оказало на него неблагоприятного воздействия»¹.

В процессе рассмотрения дела об ограничении дееспособности лица, злоупотребляющего спиртными напитками или наркотическими веществами, судья вправе отложить разбирательство дела, если ко времени проведения судебного заседания гражданин перестал злоупотреблять указанными напитками и веществами и утверждает, что принял окончательное решение по этому вопросу, однако период времени, в течение которого он изменил свое поведение к лучшему, является непродолжительным и не дает уверенности в том, что гражданин выполнит принятое им решение.

Если после отложения дела суд придет к выводу, что гражданин действительно изменил свое поведение, то, отказывая в удовлетворении заявления, Пленум Верховного Суда РФ признает «целесообразным обсуждение вопроса о необходимости предупреждения гражданина о недопустимости повторения злоупотребления спиртными напитками или наркотическими веществами»².

В порядке проведения стадии подготовки дела к судебному разбирательству при опросе истца по существу исковых требований (п. 1 ст. 150 ГГЖ РФ) судья должен установить наличие у него других связанных между собой требований к тому же ответчику или к другим ответчикам с целью их соединения для совместного рассмотрения (ст. 151 ГПК РФ). Постановлением Пленума Верховного Суда РФ устанавливается, что «разъединение требований может иметь место тогда, когда их раздельное рассмотрение явится целесообразным, например, в том случае, когда рассмотрение дела будет связано с привлечением или вызо-

1 Пункт 4 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 4 «июля» 1997 г. № 9 «О применении судами законодательства при рассмотрении дел об установлении усыновления».

2 Пункт 9 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 4 мая 1990 г. № 4 «О практике рассмотрения судами Российской Федерации дел об ограничении дееспособности граждан, злоупотребляющих спиртными напитками или наркотическими веществами» (в ред. от 21 декабря 1993 г., с изм. и доп. от 25 октября 1996 г.),

вом лиц, не имеющих отношения к одному или нескольким из соединенных требований»¹.

При рассмотрении в судах споров в области авторского права (об авторстве и соавторстве) признается «целесообразным истребовать экземпляры произведений и сличительные таблицы совпадений»².

Отечественная общая теория государства и права считает целесообразность одним из принципов правоприменительной деятельности и определяет его как «учет конкретных условий применения того или иного нормативно-правового акта, принятие во внимание специфики сложившейся ситуации в момент вынесения решения, выбор наиболее оптимального варианта реализации правовых требований в тех или иных конкретных обстоятельствах»³,

Д.Б. Абушенко относит целесообразность к мотивам, основанным на традиционных подходах к разрешению вопросов принадлежности собственности, и определяет указанную категорию как противоположность справедливости, содержащую в своей основе материальный критерий - соотносимость с какой-либо имущественной целью⁴.

В основном в отечественной юридической литературе не исключается целесообразное применение норм права⁵.

По нашему мнению, категория целесообразности является пределом выбора при осуществлении судьейского усмотрения в случаях применения при рассмотрении и разрешении конкретного дела относительно-определенной правовой нормы или положений постановлений Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ, Конституционного Суда Рос-

1 Пункт 5 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 14 апреля 1988 г, № 2 «О подготовке гражданских дел к судебному разбирательству» (с изм. и доп. от 22 декабря 1992 г., в ред. от 21 декабря 1993 г., с йзм. и доп. от 26 декабря 1995 г., 25 октября 1996 г.).

2 Пункт 15 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 18 апреля 1986 г. № 8 «О применении судами законодательства при рассмотрении споров, возникающих из авторских правоотношений».

3 Общая теория государства и права: Академический курс. Т. 2 / Под ред. проф. М.Н. Марченко. С. 318.

4См.; Абушенко Д.Б. Судебное усмотрение в гражданском процессе. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. С, 14.

5См.: Недбайло П.Е. Вопррсы обоснованности и целесообразности применения норм советского права // Вопросы общей теории советского права. М., 1960. С, 322—334; Александров Н.Г. Право И законность в период развернутого строительства коммунизма. М., 1961. С, 143^144; Боннер А.Т, Применение нормативных актов в гражданском процессе. С. 56-64; Он же. Установление обстоятельств гражданских дел. С. 111-122.

сийской Федерации, закрепляющих указанную категорию или устанавливающих цели, задачи закона или иного нормативного акта

Обосновывая собственную позицию, выделим основные положения, которые связаны с применением такого специального предела выбора при осуществлении судьейского усмотрения, как начала целесообразности.

Во-первых, применение судьейского усмотрения устанавливается законодателем в юридической норме в тех случаях, когда невозможно заранее предусмотреть и регламентировать все правоотношения. Нереальность нормативного закрепления точных границ субъективных прав и обязанностей делает необходимым использование механизма пределов усмотрения суда. Этим пределом может выступать категория целесообразности.

Во-вторых, целесообразность является пределом выбора при осуществлении судьейского усмотрения в случаях ее закрепления в диспозиции нормы права или постановлениях Пленума ВАС РФ, Конституционного Суда РФ.

В-третьих, в тех случаях, когда закон или иной нормативный акт предусматривают осуществление усмотрения при решении правового вопроса, но не закрепляют указанную категорию, целесообразность может выступать пределом выбора в случае ее субсидиарного применения в качестве общего правила. В подобной ситуации целесообразным решением будет то, которое учитывает конкретные условия, которым достигается нормативно установленная цель закона.

В-четвертых, в случае применения целесообразности в процессе рассмотрения или разрешения дела целесообразность понимается как выбор оптимального решения правового вопроса при применении судьейского усмотрения в соответствии с законными целями, задачами, а не в обычном смысле — практическая полезность, согласованность с поставленной субъективной целью. В связи с этим сложно согласиться с приведенным выше мнением Д. Б. Абушенко о противоположности категорий справедливости и целесообразности. Приведем характерный пример. Пункт 2 ст. 130 АПК РФ закрепляет применение судьейского усмотрения при выделении одного или нескольких: соединенных требований в отдельное производство с учетом требований целесообразности. Целесообразным решением данного правового вопроса будет решение, которое достигнет цели, задачи, арбитражного судопроизводства. В ст. 2 АПК РФ среди задач судопроизводства в арбитражных судах уста-

навливается задача справедливого публичного судебного разбирательства в установленный законом срок независимым и беспристрастным судом (п. 3) Следовательно, правильнее было бы говорить о взаимосвязи, а не о противопоставлении категорий справедливости и целесообразности

Представляется, что при применении целесообразности в процессе рассмотрения и разрешения дел в судах речь идет об определении оптимального решения правового вопроса в случаях, когда в пределах, установленных законом, возможно осуществление судейского усмотрения. На наш взгляд, в таком случае объективным критерием выступают принципы, задачи права

Причем субъективные представления судьи о целесообразности не могут выступать в качестве личных критериев, пределов при уяснении смысла и содержания нормы, подлежащей применению к спорным правоотношениям.

В-пятых, при применении категории целесообразности суд должен учитывать обстоятельства конкретного дела.

Обратимся к судебной практике применения категории целесообразности.

Так, Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации рассмотрел протест заместителя Председателя Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации на решение Арбитражного суда Астраханской области от 03.09.98 по делу № А06-1497-9/98.

Заслушав и обсудив доклад судьи, Президиум установил следующее

Приволжское территориальное управление Госкомрезерва России обратилось в Арбитражный суд Астраханской области с иском к государственному предприятию «Северо-Каспийское морское пароходство» о взыскании 245 716 руб., из которых 73 348 руб. составляет штраф в размере 100 процентов стоимости недостающих материальных ценностей государственного резерва и 172 368 руб. – пени.

Решением от 03.09.98 с ответчика взысканы 73 348 руб. стоимости недостающих материальных ценностей, 73 348 руб. штрафа и в той же сумме – пени. Сумма пеней уменьшена судом на основании ст. 333 Гражданского кодекса Российской Федерации

В протесте заместителя Председателя ВАС РФ предлагается решение в части взыскания 73 448 руб. стоимости материальных ценностей отменить, в остальной части решение оставить без изменения.

Президиум считает, что решение подлежит частичной отмене, дело - направлению на новое рассмотрение, и усматривает, в частности, следующее.

Применяя ст. 333 ПС РФ и уменьшая размер начисленных пеней, арбитражному суду следовало обсудить вопрос о правомерности и целесообразности снижения размера пеней, поскольку согласно ст. 16 Федерального закона «О государственном материальном резерве» пени взыскиваются до полного восстановления в государственном резерве недостающих материальных ценностей и взыскание пеней является главным механизмом обеспечения выполнения обязательств по восстановлению материальных ресурсов в государственном резерве. При этом необходимо учитывать, что в подобных случаях взыскание пеней преследует цель защиты публичных, а не частных интересов одной стороны по спору против другой.

Поэтому решение о применении ст. 333 ПС РФ может быть принято только с учетом данных обстоятельств¹.

Таким образом, в приведенном примере из судебной практики конца 90-х гг. XX в. Президиум ВАС РФ сослался на применение нормы ст. 333 ГК РФ с учетом положений ст. 16 Федерального закона «О государственном материальном резерве». Статья 333 ГК РФ закрепляет осуществление судебного усмотрения при уменьшении подлежащей уплате неустойки, устанавливая пределом выбора при решении правового вопроса несоразмерность неустойки последствиям нарушения обязательств. Президиум ВАС РФ усмотрел, что в целях защиты публичных интересов, установленных подлежащим применению Федеральным законом «О государственном материальном резерве», в этом случае выбор решения правового вопроса следует субсидиарно ограничить требованиями целесообразности, несмотря на то что данная категория нормативно не закреплена. Президиум ВАС РФ сослался на ст. 16 Федерального закона, которая устанавливает, что пени взыскиваются до полного восстановления в государственном резерве недостающих материальных ценностей и что взыскание пеней является главным механизмом обеспечения выполнения обязательств по восстановлению материальных ресурсов в государственном резерве. При этом Президиум учитывал обстоятельства конкретного дела и то, что в подобных случаях

¹ См. постановление Президиума ВАС РФ от 22 шовд 1999 п № 8275/98
// Справочная правовая система «Гарант».

взыскание пеней преследует цель защиты публичных интересов. Подобное решение правового вопроса привело к осуществлению правосудия.

Современная отечественная судебная практика демонстрирует, что суды, правомерно применяющие категорию целесообразности субсидиарно, в судебных актах не мотивируют свои выводы ссылками на общие принципы, нормы, закрепляющие цели, задачи закона или иного нормативного акта.

Так, из материалов одного из дел следует, что Федеральный арбитражный суд Восточно-Сибирского округа рассмотрел в судебном заседании кассационную жалобу общества с ограниченной ответственностью «Ламкор» на решение от 5 ноября 2003 г. Арбитражного суда Иркутской области по делу № А19-6094/03-5.

Изучив материалы дела, проверив доводы кассационной жалобы, Федеральный арбитражный суд Восточно-Сибирского округа считает, что решение от 5 ноября 2003 г. следует отменить и дело направить на новое рассмотрение. Судебной коллегией было установлено, в частности, следующее.

Суд первой инстанции удовлетворил требование межрайонной инспекции Министерства Российской Федерации по налогам и сборам № 7 по Усть-Ордынскому Бурятскому автономному округу о взыскании с ООО «Ламкор» 163 892 руб. налоговых санкций в связи с тем, в частности, что согласно ч. 2 ст. 69 АПК РФ обстоятельства, установленные вступившим в законную силу судебным актом арбитражного суда по ранее рассмотренному делу, не доказываются вновь при рассмотрении арбитражным судом другого дела, в котором участвуют те же лица.

Решением Арбитражного суда Иркутской области от 5 июня 2003 г. по делу № А19-5322/03-45 отказано в удовлетворении заявленных ООО «Ламкор» требований о признании недействительным решения налоговой инспекции № 05-04/06 от 13.03.03.

Постановлением кассационной инстанции от 3 декабря 2003 г. решение от 5 июня 2003 г. по делу № А19-5322/03-45 отменено, дело направлено на новое рассмотрение.

Таким образом, Федеральный арбитражный суд Восточно-Сибирского округа приходит к выводу о том, что установленные судебные акты, на которые ссылался суд первой инстанции по данному делу, как на имеющие преюдициальное значение, не могут быть положены в основу оспариваемого решения, в связи с чем оно подлежит отмене.

Федеральный арбитражный суд Восточно-Сибирского округа указывает на необходимость рассмотрения вопроса о целесообразности объединения требования по делу № А19-5322/03-45 и по данному делу в одно производство в порядке п. 2 ст. 130 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации¹.

Следовательно, в приведенном примере суд кассационной инстанции сослался на применение нормы п. 2 ст. 130 АПК РФ, которая закрепляет осуществление судьейского усмотрения при объединении нескольких однородных дел, но не содержит категорию целесообразности. Федеральный арбитражный суд Восточно-Сибирского округа в качестве предела выбора при решении указанного правового вопроса правомерно указал на целесообразность вследствие необходимости учета судом первой инстанции при новом рассмотрении и разрешении дела обстоятельств конкретного случая и соблюдения задач арбитражного судопроизводства, установленных в ст. 2 АПК РФ. Недостатком данного судебного акта является то, что в нем не было мотивировано применение категории целесообразности, поскольку судебной коллегией не было указано, следуя каким целям она считает возможным объединение нескольких однородных дел.

Отметим, что категория целесообразности правомерно применяется в современной судебной практике для установления фактических обстоятельств по делу наиболее экономичным способом в целях правильного и своевременного рассмотрения и разрешения дела.

Подобное направление в отечественном судопроизводстве не поддерживается рядом ученых. Так, Н.И. Ткачев полагает, что «процессуальная экономия в смысле неисполнения каких-либо процессуальных действий вообще неприемлема для гражданского судопроизводства. Выполнение требований процессуальной экономии способствует достижению истины по делу с наименьшими издержками, но противостоит задаче вынесения законного и обоснованного решения. Любое необоснованное решение, чем бы оно ни было оправдано, подлежит отмене»².

С мнением Н.И. Ткачева согласиться сложно. Под «процессуальной экономией» в отечественной юридической литературе понимается

1 См. постановление Федерального арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 25 марта 2004 г. }6А19-6094/03-5-Ф05-910Л)4-С1 // Справочная правовая система «Гарант».

2 Ткачев Н.И. Законность и обоснованность судебных постановлений по гражданским делам. Саратов, 1987. С. 56.

«начало, которым обеспечивается движение процесса в направлении наиболее полного и рационального использования процессуальных средств в целях правильного и быстрого разрешения гражданских дел с минимальными затратами сил, средств и времени суда и участвующих в деле лиц»¹.

Анализ отечественной судебной практики разных лет подтверждает утверждение о том, что в судах не удовлетворяются ходатайства стороны о проведении дорогостоящей экспертизы или о вызове далеко проживающего свидетеля при незначительной цене иска. Суд устанавливает фактические обстоятельства по делу наиболее простым и рациональным путем с тем, чтобы размер судебных расходов не превысил в несколько раз цену иска.

Подобную тенденцию в практике судов отмечает СВ. Курылев. В качестве примера ученый приводит следующее дело из судебной практики. Ж. предъявил иск к П. При опробовании отопительной системы в комнате П. давлением воды вырвало вентиль и вода проникла в находящуюся этажом ниже квартиру Ж. Размер причиненного ущерба составил 15 руб. По утверждению истца, вред был причинен в результате действий ответчика, который самовольно поставил недоброкачественный вентиль. Отрицая данные обстоятельства, П. указал, что вред был причинен в результате бездействия домоуправления, не организовавшего необходимого технического контроля при опробовании отопительной системы. Вследствие этого авария не только не была предупреждена, но и своевременно не ликвидирована. Ответить на вопрос о действительной причине аварии могла лишь экспертиза. Однако назначать ее, учитывая цену иска, суд счел нецелесообразным, разрешив дело на основе имеющихся в деле доказательств².

А.Т. Боннер приводит пример из современной судебной практики, из материалов которой следует, что в суде рассматривался иск о расторжении брака и разделе имущества супругов Мухиных. Указанное имущество состояло из нескольких сотен дорогостоящих предметов нескольких десятков наименований, причем товарных ярлыков и иных доказательств стоимости имущества у сторон не сохранилось. Поскольку спорное имущество было в наличии, то суд мог определить его стой-

1 Тихонович В.В. Принцип процессуальной экономии в советском гражданском процессуальном праве. Автореф дис. ... канд. юрид наук. Минск, 1975. С. 10.

2 См.. Курылев СВ. О достоверности и вероятности в правосудии // Правоведение. 1968. № 1 С 71-72.

мость с помощью заключения специалистов-товароведов. Однако в связи с тем, что истец оценил каждый предмет, входящий в состав совместной собственности супругов, а ответчик данную оценку не оспаривал, то суд счел нецелесообразным привлечение в процесс специалиста, так как это было бы связано с определенными затратами времени и средств. Таким образом, в данном случае одно из обстоятельств, имеющих значение для дела, было установлено, руководствуясь процессуальной экономией, исходя из категории целесообразности¹.

Не отрицая правомерность применения категории целесообразности субсидиарно, отметим, что недостатком приведенных дел из судебной практики является отсутствие ссылок в судебных актах на цель следования процессуальной экономии для достижения задач гражданского судопроизводства, закрепленных в общей части Гражданского процессуального кодекса (ст. 2 ГПК РФ).

Категории целесообразности неправильное толкование дает А.Я. Вышинский, который, имея в виду судебную и административную практику своего времени, утверждает, что требование, с формальной стороны совершенно правильное, обусловленное соответствующими законами, должно быть проконтролировано именно с точки зрения «революционной целесообразности». Устранение противоречия между действующей нормой и новыми требованиями он считает обязанностью суда². Такая трактовка соотношения судейского усмотрения и целесообразности означает рекомендации судьям не всегда следовать содержанию закона, подправлять закон в практической деятельности.

В современном российском гражданском и арбитражном процессах обязанность судей точно и неуклонно применять закон несовместима с возможностью изменять его содержание под каким-либо предлогом. Суд при рассмотрении дела не должен ставить под сомнение целесообразность закона. Он не вправе отказаться применять правовую норму, считая, что она не соответствует требованиям жизни.

Полагаем, что обязанность суда находить целесообразное решение при применении усмотрения по действующему гражданскому процессуальному и арбитражному процессуальному праву не может рассматриваться как требование, предъявляемое к судебным решениям наряду с требованиями законности, обоснованности. Данное указание есть тре-

1 См.: Боннер А.Т. Установление обстоятельств гражданских дел. С. 163.

2 См.: Вышинский Л.Я. Судостроительство в СССР, М., 1940. С. 60-61.

бование правильного применения закона (как один из рецептов правильного применения судебного усмотрения), следовательно, полностью охватывается требованием законности.

В юридической литературе высказывается мнение, согласно которому применение норм права, следовательно и судебного усмотрения, должно быть целесообразным¹, в частности, в гражданских делах, возникающих из административных отношений, суд проверяет не только законность, но в некоторых случаях и целесообразность действий органов управления². Здесь «целесообразности» придается самостоятельное значение по отношению к законности и применению судебного усмотрения, в то время как обязанность суда, осуществляя усмотрение, находить в рамках закона оптимальное (целевое) решение с учетом конкретных условий является одним из проявлений законности.

В гражданском и арбитражном процессах выделение «целесообразности» из законности в самостоятельное требование лишит обязанность по отысканию оптимального решения при применении судебного усмотрения основной гарантии, обеспечивающей ее соблюдение. Отмена или изменение решения вышестоящим судом возможны только по таким основаниям, как незаконность и необоснованность (ст. 347 ГПК РФ, ст. 286 АПК РФ). Закон не предусматривает отмены или изменения решения по такому основанию, как невыполнение требований целесообразности. Следовательно, указанное требование является проявлением законности.

Таким образом, категория целесообразности является одним из специальных пределов судебного усмотрения и проявляется в учете конкретных условий применения того или иного нормативно-правового акта (его целей, задач), в выборе наиболее оптимального варианта решения правового вопроса, исходя из обстоятельств конкретного дела.

Свободное судебское усмотрение. Самостоятельное значение целесообразности по отношению ж законности придают сторонники направления, известного под названием «школа свободного права». Они полагают, что «суд может проявить свободное творчество, разрешая вопросы, прямо не предусмотренные законами, не посредством логического развития наличных законодательных норм, а по своему убеждению, на основании справедливой оценки сталкивающихся в каждом отдельном

1 См: Эльганд Я. С. Сущность советского уголовно-процессуального права. Л., 1963. С. 155.

2 См.: Боннер А,Т. Судебный надзор за действиями органов управления и дела, возникающие из административных отношений // ТрудыВДОЗИ. Т. 5. М., 1966. С. 182.

случае интересов сторон. Некоторые представители этого направления находят возможным изменение судом постановлений закона и разрешение дел «вопреки им, когда закон явно не соответствует потребностям жизни»¹. Вышеперечисленная деятельность суда получила название «свободное судебное усмотрение»².

Представляется, что проявляющаяся в воззрениях школы свободного права тенденция - поставить судью наравне с законодателем - подрывает основной принцип правового государства - подзаконность судебной власти.

Правовой порядок не может успевать за непрерывным ростом изменяющихся правовоззрений. Закон, неактуальность которого признана, должен действовать и применяться судом до правомерной отмены его новым (п. 3 ст. 1 ГПК РФ, п. 4 ст. 3 АПК РФ).

Необходимо заметить, что жизнь смягчает эту формулу *status quo*. Закон может утратить «полную силу» задолго до его конституционной отмены благодаря судебной практике.

Однако данное явление школа свободного права желает сделать юридически признанным.

В общем потоке, направленном к свободному судебному усмотрению, существуют различные течения.

Для одного из них характерно признание за судом права действовать по своему усмотрению в пределах начал целесообразности.

Ученые, придерживающиеся подобных взглядов, категорично отвергают положение о подзаконностиTM судебной власти и признают за судами право выступать *contra legem*, к ним относится, например, И. Штампе (E. Stampe). Он утверждает: «...в настоящее время мне кажется наилучшим, если только высшая инстанция будет иметь право и обязанность выступить против закона, а низший судья будет лишь уполномочен представить высшему судье явно выраженное решение *contra legem*». Далее автор дает указание судье: «...изменяй закон только в известных случаях крайней необходимости, но тогда уж открыто»³, рассматривая таким образом «целесообразность» при применении норм права как антипод законности, как положение, ставящее под сомнение правильность законов и оправдывающее отступления от требований

1 Васильковский ЕМ. Курс гражданского процесса. Т. 1, МВ, МЗ.. С. 356-357.

2 Лазерсон М. Свободное судебное усмотрение.// Дряу* 1911. № 52. С. 2967-2974.

3 Stampe E. Die Freiheitsbewegung. P. 28, 29»

закона. При этом приверженцы свободного судейского усмотрения указывают, что их правовой принцип давно уже осуществился на практике.

Такие ученые, как Г. Канторович, В. Бернген, А. Барак, защищают свободное судейское усмотрение *sine lege*, т.е. признают его только в случаях, предусмотренных законом¹. Среди пределов выбора при осуществлении судейского усмотрения эти правоведы выделяют закон, однако, с тем дополнением, что данный законодательный акт содержит положение о возможности подправлять и творить право.

Первую попытку открытого рассмотрения этой проблемы в рамках законодательства дало Швейцарское гражданское уложение в ст. 1: «Закон применяется ко всем тем правовым вопросам, которые находят свое определение в его букве и толковании.

В случае отсутствия соответствующей нормы в законе судья разрешает спор на основании обычного права, а при отсутствии последнего - по тому правилу, которое он установил бы в качестве законодателя.

При этом он следует признанной науке и традиции»².

Статья 1 Швейцарского уложения завершила естественный путь признания индивидуального правосознания в суде, она закрепила новую ступень развития: судейское усмотрение, исходя из начал целесообразности, может действовать по отношению к закону *supplendi causa*.

Нельзя не согласиться, что в последнем случае — положение, принципиально отличное от защищаемого И. Штампе (E. Stampe), решений *contra legem*, оно признает обязательность законов и тем самым подза-конность судебной власти. Вместе с тем Швейцарское уложение, с чем И. Штампе (E. Stampe) был согласен, отвергает предпосылку традиционного правоведения, доктрину разделения властей, тем, что судья, наделенный правомочием осуществлять свободное судейское усмотрение, может действовать в качестве законодателя. Соответственно этому положению закон выделяется в качестве предела судейского усмотрения. Однако данный закон нормативно закрепляет свободное усмотрение суда.

Бесспорно, что применение свободного судейского усмотрения имеет ряд достоинств, среди которых в первую очередь должны быть выделены: гибкость правового развития, быстрое реагирование права на меняющиеся социальные условия; преодоление косности статутного права и

¹ Stampe E, Die Freiheits-bewegung. P. 19; Kantorowicz. Rechts-wissenschaft und Soziologie. P. 13-14; Барак Л. Указ. соч. 0.120-147. ² Перевод о изд.: Stof/arSJ. Problems of codification. Oxford, 1977. P. 137.

крепляющих указанную категорию или устанавливающих цели, задачи закона или иного нормативного акта.

В тех случаях, когда закон или иной нормативный акт предусматривают осуществление усмотрения при решении правового вопроса, не закрепляя применение категории целесообразности, последняя может быть использована субсидиарно, если необходимо учитывать нормативно установленную цель закона.

При применении целесообразности в процессе рассмотрения и разрешения дел в судах речь идет о требовании находить оптимальное решение правового вопроса в случаях, когда в пределах, установленных законом, возможно осуществление судебного усмотрения. В таком случае объективным критерием выступают принципы, задачи права и обстоятельства конкретного дела.

Категория целесообразности может применяться в судебной практике для установления фактических обстоятельств по делу наиболее экономичным способом в целях правильного и своевременного рассмотрения и разрешения дела.

Обязанность суда находить целесообразное решение при применении усмотрения по действующему гражданскому процессуальному и арбитражному процессуальному праву не может рассматриваться как требование, предъявляемое к судебным решениям наряду с требованиями законности, обоснованности.

Выбор целесообразного решения правового вопроса при осуществлении судебного усмотрения, не позволяющий суду заниматься нормотворчеством, является основой отечественного правосудия, а отсутствие свободного судебного усмотрения - закономерностью его развития.

Разумность как специальный предел выбора

Толковый словарь русского языка определяет разумность как «обладание разумом; рассудительность; логичность, основанность на разуме, целесообразность»¹. Black's Law Dictionary устанавливает, что «разумный» («reasonable») означает «справедливый, надлежащий, порядочный, здравый, соответствующий обстоятельствам...»².

¹ Ожегов СИ., Шведове ЕЮ. Толковый словарь русского языка. С. 654-655,

² Black's Law Dictionary. St Paul, Minn., West Publishing Co., 1990.P. 1265.

В российском законодательстве ссылки на категорию разумности многочисленны. Например, в ГК РФ говорится о разумной цене товара (ст. 524, 738), разумных расходах (ст. 520, 530, 744), разумных мерах, принимаемых к уменьшению убытков (ст. 404, 750, 962), разумном ведении дел (ст. 72, 76), разумной замене места передачи товара (ст. 524), разумном предвидении изменения обстоятельств (ст. 451), разумно понимаемых интересах (ст. 428), разумных сроках (ст. 314, 345, 375 и др.)

В ГПК РФ речь идет о разумных пределах размеров расходов на оплату услуг представителя (ст. 100), компенсации за фактическую потерю времени (ст. 99), о принципе разумности при исчислении процессуальных сроков (ст. 107 ГПК РФ)

В п. 3 ст. 14 АПК РФ, посвященной применению норм иностранного права, содержится положение, согласно которому если содержание норм иностранного права, несмотря на принятые в соответствии с настоящей статьей меры, в разумные сроки не установлено, арбитражный суд применяет соответствующие нормы российского права. Пункт 2 ст. 110 АПК РФ закрепляет правило о том, что расходы на оплату услуг представителя, понесенные лицом, в пользу которого был принят судебный акт, взыскиваются арбитражным судом с другого лица, участвующего в деле, в разумных пределах.

В судах общей юрисдикции при установлении того, насколько срок судебного разбирательства является разумным, во внимание принимаются сложность дела, поведение заявителя (истца, ответчика), поведение государства в лице соответствующих органов¹.

В Информационном письме Высшего Арбитражного Суда РФ от 20 декабря 1999 г. «Об основных положениях, применяемых Европейским судом по правам человека при защите имущественных прав и права на правосудие» закреплено, что разумность срока применительно к судебному разбирательству устанавливается в зависимости от конкретных обстоятельств спора, сложности дела, поведения сторон в процессе, добросовестности судебных структур, рассматривающих спор и выдающих исполнительные документы.

При этом Европейский суд, доверяя нравам человека, как правило, исключает из этого срока, периоды, когда затягивание разбирательства происходило по инициативе частного лица (изучаются ходатайства, за-

¹ См. п. 12 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10 октября 2003 г. «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации» Ц <http://www.supcourt.ru>

являвшиеся частным лицом, причины смены его адвоката, причины немотивированного отсутствия сторон в судебном процессе и т д)

Неоправданные действия государственных органов (по затягиванию рассмотрения жалоб), а также судов (по отказу в приеме исковых заявлений, необъективному распределению дел, неоправданному объединению дел, смене судей, отложению и приостановлению рассмотрения и т д) расцениваются как факты, свидетельствующие о нарушении принципа разумности срока разбирательства имущественного спора

Европейский суд по правам человека, как правило, признает, что для рассмотрения спора, вытекающего из административных правоотношений, требуется значительно меньше времени, чем для разбирательства спора гражданско-правового характера¹

А Барак полагает, что разумность является материальным ограничением судейского усмотрения и заключается в сознательной интеллектуальной борьбе между несколькими законными возможностями, в которой судья применяет объективные стандарты. Тогда единственная обязанность судьи заключается в том, чтобы из всех возможностей выбрать одну, которая кажется ему наилучшей² Следовательно, А. Барак правильно относит категорию разумности к области ограничений усмотрения суда и основывает ее на эталонной законной интеллектуальной деятельности объективного человека

Д Б Абушенко относит разумность к мотивам, лежащим в основе судейского усмотрения и основанным на традиционных подходах к разрешению вопросов принадлежности собственности По его мнению, разумность представляет собой «нечто среднее между справедливостью и целесообразностью нравственная оценка здесь накладывается на имущественный интерес»³. Сложно признать указанную позицию верной. По нашему мнению, во-первых, разумность не относится к области субъективной мотивации при судейском усмотрении, а представляет собой предел, определяющий выбор при осуществлении усмотрения, одной из характеристик которого является объективное начало Во-вторых, следует говорить о взаимосвязи справедливости, добросовестности и разумности в следующем соотношении* справедливость является общим правилом, разумность - его конкретизацией. Разумность со-

¹ Справочная правовая система «Гарант» 2 См.,. Впрок А Указ соч С 36,37

² Абушенко ДБ Судебное усмотрение в гражданском процессе Автореф дис. канд. юрид наук С 13,14

относит поведение конкретного лица с действиями среднего человека и представляет собой сочетание субъективных и чужих интересов, основанное на добросовестности.

Представляется, что разумность - это комплексное понятие. Согласимся с позицией В.И. Емельянова, который указывает, что «разумными следует считать действия, которые совершил бы человек, обладающий нормальным, средним уровнем интеллекта, знаний и жизненного опыта. Абстрактная личность, обладающая такими качествами, может быть названа разумным человеком. Юридически значимым качеством, критерием правомерности актов психической (разумное предвидение, разумное понимание) или физической (разумные меры, разумное ведение дел) деятельности реального субъекта в предусмотренных законом случаях является их соответствие возможному поведению разумного человека в конкретной ситуации»¹.

По нашему мнению, в том случае, если нормы материального, процессуального права или положения постановлений Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ, Конституционного Суда РФ содержат категорию разумности, то ее применение в процессе рассмотрения и разрешения конкретного дела связывается с осуществлением усмотрения. Выбор в данной ситуации ограничивается категорией разумности. В судебной практике возможно субсидиарное применение указанной категории.

Обоснуем собственную позицию и укажем основные положения, связанные с рассматриваемым пределом выбора.

Во-первых, законодатель устанавливает общее правило - требование разумности в тех случаях, когда невозможно предусмотреть и нормативно закрепить все возможные правоотношения. Законодательство содержит относительно-определенные нормы, закрепляющие категорию разумности, на случай неопределенности поведения субъекта в тех или иных конкретных обстоятельствах. Нормативно закрепленное определение разумности объективно отсутствует.

Во-вторых, категория разумности закрепляется в нормах процессуального и материального права/ В любом случае при применении ее в процессе рассмотрения и разрешения конкретного дела данная категория является пределом выбора при осуществлении судейского усмотрения.

¹ Емельянов ВЛ Указ. соч, С. 115.

В-третьих, в процессе применения категории разумности суды должны учитывать следующие положения.

1. Разумность связана с объективной стороной действий субъекта,
2. Разумность характеризует действие лица опосредованно, через сравнение его поведения с возможным поведением среднего человека в конкретных обстоятельствах.

3. Необходимо различать разумное предвидение, осознание и разумные действия. Так, в ст. 451 ГК РФ говорится о «разумном предвидении изменения обстоятельств», в ст. 428 ГК РФ - о «разумно понимаемых интересах». В том случае, если норма права закрепляет правила разумного выбора цены (ст. 524 ГК РФ), осуществления разумных мер (ст. 404 ГК РФ), установления разумных расходов (ст. 520 ГК РФ, ст. 110 АПК РФ, ст. 99, 100 ГПК РФ), то используется критерий разумности действий. Разумное предвидение, осознание означают понимание своих действий и возможного наступления вреда в результате их совершения на уровне среднего человека. Разумное действие связано с правилами поведения среднего добросовестного человека. В обоих случаях учитываются обстоятельства конкретного дела. В связи с этим судья, применяя норму ст. 100 ГПК РФ, устанавливающую возмещение расходов по оплате помощи представителя в разумных пределах, должен соотносить категорию разумности с объектом судебной защиты, учитывать конкретные обстоятельства, опираться на критерий «действия среднего добросовестного судьи». В связи с этим представляется неверным утверждение авторов научно-практического комментария к Гражданскому процессуальному кодексу РФ о том, что «пределы разумности определяются» только средним уровнем оплаты аналогичных услуг¹.

Разумный срок для исполнения обязательства, названный в п. 2 ст. 314 ГК РФ, должен определяться судом «с учетом предмета обязательства, условий его исполнения и других обстоятельств, влияющих на действие должника по исполнению». В данном случае категория разумности обуславливает совершение конкретного действия по установлению срока и является его количественной характеристикой. Разумный предел представляет собой неопределенный элемент, указанный в норме права (в отличие от самого действия). Его использование в содержа-

¹ Гражданский процессуальный кодекс:1 Комментарий / Под ред. М.К. Треушникова,

В.М. Жуйкова, В.К. Еучиного. М, 2(ЮЗ, С. 270. ' Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. М, 1995. С. 334.

нии ст. 314 ГК РФ необходимо для выяснения того, соответствует ли указанное определенное действие модели дозволенного, должного поведения среднего добросовестного человека.

Рассмотрим применение категории разумности в современной судебной практике.

Так, решением от 19.02.04 Арбитражный суд г. Москвы признал исполненной обязанность ООО «ИОНИКС - Декор» (далее - Общество) по уплате в бюджет налогов в сумме 49 775 руб. 94 коп. по платежным поручениям от 28.09.98 № 242 и от 05.10.98 № 247. Этим же судебным актом признаны недействительными решение Инспекции МНС России № 17 по Северо-Восточному административному округу г. Москвы от 29.09.03 №44 «Об отказе в отражении в лицевых счетах налогоплательщиков денежных средств, списанных с расчетных счетов налогоплательщиков, но не зачисленных на счета по учету доходов бюджета» и требование № 1022 об уплате налога по состоянию на 15 октября 2003 г. как не соответствующие налоговому законодательству. По решению суда заявителю возвращена из бюджета государственная пошлина в размере 3000 руб. и взысканы в его пользу 6000 руб. судебных издержек.

В кассационной жалобе Инспекция указывает, в частности, на нарушение судом требований п. 2 ст. 110 АПК РФ, ссылаясь на необоснование судом разумности взысканной суммы судебных расходов по оплате услуг представителя заявителя, обращает внимание на ст. 15, 16 ГК РФ и постановление Правительства России от 04.07.03 № 400 «О размере оплаты труда адвоката, участвующего в качестве защитника в уголовном судопроизводстве по назначению органов дознания, органов предварительного следствия, прокурора или суда».

Рассмотрев доводы жалобы, кассационная инстанция, в частности, отмечает, что в соответствии с ч. 2 ст. 110 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации судебные расходы, понесенные участвующими в деле лицами, в пользу которых был принят судебный акт, взыскиваются арбитражным судом с другого лица, участвующего в деле, в разумных пределах.

В постановлении по делу записано следующее: «Судебные расходы в сумме 6000 руб. по оплате услуг представителя в судебном заседании взысканы в пользу Общества обоснованно, Их наличие и размер подтверждаются соглашением по арбитражному делу от 10.11.03 № 99, актом выполненных работ от 30.01.04, платежным поручением от

11.11.03 № 142 и выпиской банка. При этом суд с учетом требований ч. 2 ст. ПО АПК РФ, в том числе разумности взыскиваемых расходов, уменьшил их размер с 3000 руб. до 6000 руб. Доводов, опровергающих вывод суда в этой части, в жалобе не содержится.

Ссылка в жалобе на постановление Правительства России от 04.07.03 № 400 отклоняется, поскольку судебные расходы взыскиваются в порядке, определенном Арбитражным процессуальным кодексом Российской Федерации»¹.

Из материалов другого дела следует, что Федеральный арбитражный суд Северо-Западного округа, рассмотрев в открытом судебном заседании кассационную жалобу Инспекции Министерства по налогам и сборам по Василеостровскому району г. Санкт-Петербурга на решение от 27.10.03 и постановление апелляционной инстанции от 15.01.04 Арбитражного суда г. Санкт-Петербурга и Ленинградской области по делу № А56-28459/03 в части необоснованности взыскания с Инспекции 1700 руб. судебных издержек, постановил, что «в данном случае суд первой инстанции в ходе судебного разбирательства с участием адвоката установил, что заявленные Обществом требования обоснованны, и взыскал в его пользу расходы по оплате услуг этого адвоката в сумме 1700 руб., уплаченные в установленном порядке платежным поручением от 17.10.03 № 247. Суд апелляционной инстанции в ходе рассмотрения жалобы Инспекции дополнительно установил, что согласно договору от 25.08.03 за осуществление адвокатом представительства интересов заявителя в ходе рассмотрения дела № А56-28459/03 в первой инстанции арбитражного суда Общество выплатило ему вознаграждение в размере 3000 руб. Факт исполнения адвокатом установленных этим договором обязанностей при рассмотрении дела в суде первой инстанции отражен в протоколе судебного заседания от 20.10.03 и решении суда от 27.10.03, а уплата вознаграждения подтверждена платежным поручением: от 17.10.03. При таких обстоятельствах суд правомерно взыскал с Инспекции в пользу Общества 1700 руб. фактически понесенных им расходов по оплате услуг адвоката, признав их разумными»².

Таким образом, в приведенных примерах арбитражными судами применялась категория разумности действий, закрепленная арбитраж-

¹ Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 30 апреля 2004 г. № КА-А40/3054-04 // Справочная правовая система «Гарант».

² Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 13 апреля 2004 г. № А56-28459/03 // Справочная правовая система «Гарант».

но-процессуальной нормой. Указанная категория являлась основным пределом выбора при решении вопроса о сумме судебных расходов на основании ч. 2 ст. ПО АПК РФ. Суд должен был совершить такие действия, которые в конкретных обстоятельствах совершил бы добросовестный средний судья. Отметим, что в норме ч. 2 ст. 110 АПК РФ установлена разумная граница определенного процессуального действия, а именно взыскание судебных расходов, понесенных участвующими в деле лицами, в пользу которых принят судебный акт, с другого лица, участвующего в деле. То есть приведенная норма арбитражного процессуального права содержит ссылку на два положения. Во-первых, это определенное положение о совершении конкретного процессуального действия по взысканию судебных расходов. Во-вторых, это неопределенное положение о сумме судебных расходов. Итак, применение указанной категории в данном случае связано с обязанностью суда добросовестно выбрать разумную величину одной из характеристик (суммы) определенного процессуального действия (взыскания судебных расходов). То есть в соответствии с п. 4 ст. 170 АПК РФ в судебных постановлениях должны быть указаны мотивы, доводы, в соответствии с которыми была исчислена выбранная судом сумма. Следовательно, недостатком приведенных выше актов судов является отсутствие обоснования применения усмотрения при выборе, исчислении той или иной разумной суммы.

В современной судебной практике встречается применение категории разумного предвидения, осознания.

Так, закрытое акционерное общество «Московский электромашиностроительный завод «Памяти революции 1905 года»» (ЗАО «МЭМЗ») обратилось в Арбитражный суд г. Москвы с иском к открытому акционерному обществу энергетики и электрификации «Мосэнерго» (ОАО «Мосэнерго») о признании права перехода на одноставочный тариф и внесении изменений в договор энергоснабжения от 24.11.99 в части применения одноставочного тарифа.

Иск заявлен на основании ст. 12,450-452 ГК РФ.

Решением от 22.10.03, оставленным без изменения постановлением апелляционной инстанции от 15.01.04, иск в части требования о внесении изменения в договор удовлетворен.

При этом суд первой и апелляционной инстанций исходил из того, что обстоятельства, на которые ссылается истец, заявляя об изменении договора, связаны с изменениями в сфере государственного регулиро-

вания ценообразования и являются существенными, в связи с чем имеют важное значение для определения условий договорных отношений сторон.

Не согласившись с решением и постановлением, ответчик обратился в Федеральный арбитражный суд Московского округа с кассационной жалобой, в которой просил об их отмене как принятых с нарушением норм материального права и направлении дела на новое рассмотрение.

Изучив материалы дела, выслушав представителей сторон, обсудив доводы кассационной жалобы, судебная коллегия установила, в частности, следующее.

Между истцом и ответчиком заключен договор энергоснабжения от 24.11.99 №12200301, согласно условиям которого расчеты за потребленную электроэнергию производятся по двухставочному тарифу.

Обращаясь в суд, истец в обоснование своих требований ссылается на то, что постановлением РЭК г. Москвы от 14.02.03 № 08 «Об утверждении тарифов на электрическую и тепловую энергию, отпускаемую ОАО «Мосэнерго» потребителям г. Москвы в 2003 году» утверждено тарифное меню, которым предложен выбор между одно- и двухставоч-ными тарифами.

При этом согласно «Основам ценообразования в отношении электрической и тепловой энергии в Российской Федерации», утвержденным постановлением Правительства РФ от 02.04.02 № 226, потребитель самостоятельно выбирает один из вариантов тарифа, предварительно уведомив организацию, поставляющую ему электроэнергию.

Так как существующим договором для истца устанавливался только двухставочный тариф, истец обратился к энергоснабжающей организации с предложением внести изменения в договор и установить расчеты по одноставочному тарифу, что ответчик отказался сделать.

Согласно положениям п. 1 ст. 451 ГК РФ существенное изменение обстоятельств, из которых стороны исходили при заключении договора, является основанием для его изменения или расторжения. Изменение обстоятельств признается существенным, когда они изменились настолько, что если бы стороны могли это разумно предвидеть, договор вообще не был бы ими заключен или был бы заключен на значительно отличающихся условиях.

Судебная коллегия в своем постановлении по делу записала: разрешая спор, суд первой и апелляционной инстанций установил, что постановлением Правительства РФ от 02.04.02 потребителям электроэнер-

гии предоставлено право выбора одного из вариантов тарифов, постановлением РЭК Москвы от 14.04.03 № 8 установлены три варианта тарифов: одноставочный, двухставочный и зонный.

Также судом установлено, что исполнение договора без изменения условия о расчетах по двухставочному тарифу при наличии у потребителя права выбора нарушит соотношение имущественных интересов сторон.

При таких обстоятельствах суд первой и апелляционной инстанций сделал обоснованный вывод о том, что данные обстоятельства, связанные с изменениями в сфере государственного регулирования, являются существенными, удовлетворил заявленные требования в части внесения изменений в договор¹.

В приведенном примере судебная коллегия ссыалась на норму гражданского законодательства, закрепляющую категорию разумного предвидения в качестве основного предела выбора при решении судом вопроса о существенном характере изменения обстоятельств. В данном случае разумность обуславливает осознание и предвидение средним человеком обстоятельств, которые могут наступать вследствие или независимо от действий субъектов. Таким образом, норма ст. 451 ГК РФ состоит из двух положений: во-первых, положения об основании для расторжения иди изменения договора, которым является существенное изменение обстоятельств; во-вторых, положения о признании существенным изменение обстоятельств, которое зависит от применения категории разумности. В соответствии с п. 4 ст. 170 АПК РФ в мотивировочной части судебного акта в указанном случае должны содержаться обоснования разумного предвидения и осознания средним человеком обстоятельств, при наличии которых договор был бы не заключен или заключен на значительно отличающихся условиях. В приведенном судебном постановлении присутствует ссылка на существенность изменения обстоятельств, на разумное предвидение, но не объясняется, не мотивируется применение судом категории разумности с позиции поведения среднего человека.

На наш взгляд, в процессе рассмотрения и разрешения дел в судах возможно субсидиарное применение кашегории разумности. Судебная практика разных лет подтверждает данное положение.

¹ Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 26 апреля 2004 г. № КГ-А40/2936-04 // Справочная правовая система «Гарант».

Так, Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации рассмотрел протест заместителя Председателя Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации на постановление апелляционной инстанции Арбитражного суда Калининградской области от 04.10.95 и постановление Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 13.12.95 по делу № 1282.

Заслушав и обсудив доклад судьи, Президиум установил следующее.

Акционерное общество открытого типа «Система» обратилось в Арбитражный суд Калининградской области с исковыми требованиями о признании недействительными: регистрации изменений устава АООТ «Система» от 16.08.94, договора о паевом взносе от 05.10.94, заключенного АООТ «Система» и товариществом с ограниченной ответственностью «Калининградский народный банк»; договора купли-продажи здания инженерного корпуса, столовой и лечебного пансионата, включенных в паевой взнос, заключенного 05.12.94 Калининградским народным банком и акционерным обществом закрытого типа «Балтэкспоцентр»; договора купли-продажи части названного имущества от 22.05.95, заключенного АОЗТ «Балтэкспоцентр» и балтийским дочерним региональным банком Внешторгбанка Российской Федерации; о возврате имущества из чужого незаконного владения.

Определением от 24.07.95 арбитражный суд выделил исковые требования АООТ «Система» о признании недействительным договора о паевом взносе от 05.10.94 в отдельное производство, присвоив делу № 1282.

Решением от 21.08.95 исковые требования по делу № 1282 удовлетворены

Постановлением апелляционной инстанции от 04.10.95 решение отменено, в иске отказано.

Федеральный арбитражный суд Северо-Западного округа постановлением от 13.12.95 по делу оставил постановление апелляционной инстанции без изменения

В протесте заместителя Председателя Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации предлагается постановления от 04.10.95 и от 13.12.95 отменить, решение суда от 21.08.95 оставить без изменения.

Президиум считает, что протест подлежит удовлетворению по следующим основаниям

Согласно договору о паевом взносе от 05.10.94 АООТ «Система» в качестве пайщика передало в уставный капитал Калининградского народ-

ного банка паевой взнос в виде здания инженерного корпуса, столовой, лечебного пансионата общей площадью 7 996,8 кв м, находящихся по адресу: г. Калининград, ил Василевского, д. 2, оцененный в 2,3 млрд руб. Договор от имени акционерного общества был подписан председателем совета директоров Колесниковым О.А

В соответствии со ст 53 Гражданского кодекса Российской Федерации юридическое лицо приобретает гражданские права и принимает на себя гражданские обязанности через свои органы, действующие в соответствии с законом, иными правовыми актами и учредительными Документами. Часть 3 названной статьи устанавливает, что лицо, которое в силу закона или учредительных документов юридического лица выступает от его имени, должно действовать в интересах представляемого им юридического лица добросовестно к разумно.

В соответствии с решением Арбитражного суда Калининградской области от 24.07 95 по делу № 1132 на момент заключения спорного договора действовал устав АООТ «Система», утвержденный 12.1192 Комитетом по управлению государственным имуществом Калининградской области

Пункт 7.2 данного устава содержит требования, согласно которым при наличии заинтересованности члена совета директоров или члена правления в сделке, в которой стороной является или намеревается стать общество, он обязан об этом сообщить Он также не имеет права принимать участие ни в обсуждении, ни в голосовании, относящихся к такой сделке. Считаются лично финансово заинтересованными лица, если они состоят в трудовых отношениях или обладают правами собственника в отношении юридических лиц, которые, в частности, могут извлечь выгоду из распоряжения имуществом общества

Одним из акционеров АООТ «Система» с пакетом акций в количестве 11 964 являлось индивидуальное частное предприятие Клиничая-на Р.М. «К-91». Указанное предприятие также являлось одним из учредителей Калининградского народного банка.

Колесников О А. был избран в совет директоров АООТ «Система» как представитель ИЧП «К-91» по доверенности от 21.01.94. Кроме того, в акционерном обществе он представлял потенеральной доверенности от 26.04.94 интересы начальника кредитного отдела банка (3888 акций), а на основании доверенности от 04.01.94 - интересы банка в целом (5464 акции).

Президиум ВАС РФ в своем постановлении по делу записал следующее «.принимая во внимание, что по спорному договору паевой взнос АООТ «Система» был оценен в 2,3 млрд руб, а спустя два месяца включенное в него имущество было продано банком акционерному обществу закрытого типа «Балтэкспоцентр» уже за 7 млрд руб, что п 3.2 договора содержит условие о возвращении пая пайщику в денежном, а не в натуральном выражении, следует признать правильным вывод суда первой инстанции о том, что заключение договора о паевом взносе от 05.11.94 направлено на защиту интересов Калининградского народного банка, а председатель совета директоров АООТ «Система» действовал в нарушение требований ст 53 Гражданского кодекса Российской Федерации и устава акционерного общества.

В соответствии со ст 168 Гражданского кодекса Российской Федерации такая сделка является ничтожной»¹.

Таким образом, в приведенном примере категория разумности, закрепленная относительно-определенной нормой ст. 53 Общей части Гражданского кодекса РФ, применялась судом совместно с конкретными правилами поведения, связанными с признанием сделки недействительной, установленными в ст. 168 ГК РФ, категорией добросовестности и носила субсидиарный характер Президиум ВАС РФ признал договор о передаче истцом (АООТ) в уставный капитал ответчика (банка) имущества, заключенный председателем совета директоров АООТ, ничтожной сделкой в соответствии со ст. 168 ГК РФ Судебная коллегия усмотрела, что представитель АО действовал вопреки интересам АО, нарушив требования ст. 53 ГК РФ о добросовестности и разумности, и устава¹ паевой взнос был оценен в 2,3 млрд руб., а спустя два месяца имущество продано за 7 млрд руб., в договор было включено условие о возврате пая в денежном, а не в натуральном выражении. Согласно уставу АО председатель совета директоров обязан был сообщить о своей заинтересованности в сделке, чего он не сделал Правильно применив усмотрение при осуществлении выбора варианта решения правового вопроса с учетом добросовестности и разумности, Президиум ВАС РФ в своем постановлении сослался на указанные категории, но не обосновал свои выводы

¹ Постановление Президиума Высшего Арбитражного (Зуда РФ от 2 июля 1996 г № 757/9 // Вестник ВАС РФ 1996 № 10

Подведем итог рассмотрению категории разумности как специального предела выбора при осуществлении судебного усмотрения.

Законодательство содержит относительно-определенные нормы, закрепляющие категорию разумности, на случай неопределенности поведения субъекта в тех или иных конкретных обстоятельствах. Нормативно закрепленное определение разумности объективно отсутствует.

Разумность не является правовым принципом. В том случае, если норма материального, процессуального права или положения постановлений Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ, Конституционного Суда Российской Федерации содержат категорию разумности, то ее применение в процессе рассмотрения и разрешения конкретного дела связывается с осуществлением усмотрения. Требование разумности является основным или субсидиарным пределом выбора при осуществлении усмотрения. Суд оценивает разумность поведения остальных участников гражданского или арбитражного процессов. Им проверяется возможность совершения определенных действий не конкретным лицом, а средним человеком. Суд определяет разумность поведения, основываясь на обстоятельствах конкретного дела, акцентируя внимание на объективной и субъективной сторонах поведения. Суд сам совершает разумные добросовестные действия.

Разумность связана с объективной стороной действий субъекта, поскольку характеризует действие лица опосредованно, через сравнение его поведения с возможным поведением среднего человека в конкретных обстоятельствах.

Следует проводить различие между разумным предвидением, осознанием и разумными действиями. Разумное предвидение, осознание означают понимание как своих действий, так и возможного наступления вреда в результате их совершения на уровне среднего человека. В разумных действиях добавляется правило поведения на уровне среднего добросовестного человека. В обоих случаях учитываются обстоятельства конкретного дела.

При исследовании категории «добросовестность» мы говорили о субъективной стороне поведения того или иного лица, изучение требования «разумности» связано с объективной стороной. Отметим, что толкование данных категорий является необходимым для судебной практики, поскольку неуверенное их применение при рассмотрении и разрешении конкретных дел, отсутствие обоснований в судебных постановлениях связаны с непониманием указанных категорий судьями.

Нравственность как специальный предел выбора

Толковый словарь русского языка определяет нравственность как внутренние, духовные качества, которыми руководствуется человек, этические нормы; правила поведения, определяемые этими качествами¹. Black's Law Dictionary разъясняет, что термин «нравственность» относится к характеру, поведению, намерению, социальным отношениям и т.д, имеет отношение к совести или моральным качествам или к основным принципам правильного поведения; оценивается только совестью или принципами правильного поведения, чем отличается от позитивного права; зависит или является результатом вероятности; создает в уме веру, убеждение, не поддающиеся прямому или логическому объяснению; включает в себя или посягает на чувство морали².

Некоторые авторы полагают, что нравственность имеет «вездесущий, всепроникающий характер»³. Иные считают, что «о совпадении права и морали («пересекающиеся окружности») трудно говорить по той причине, что в содержании права слишком много такого, к чему мораль решительно безразлична»⁴.

Представляется верным мнение О.Э. Лейста, согласно которому «право (в цивилизованном обществе) не вторгается в нравственное сознание общества и индивида, оставляя без юридических оценок почти все области моральных отношений. Там, где действительно необходима юридическая регламентация каких-либо нравственных отношений, мораль воздействует на право через правосознание» ,

Думается, что именно по указанной причине в российском законодательстве ссылки на категорию нравственности немногочисленны. В качестве примера можно привести ст. 1 ГК РФ, от. 150, 152 ГПК РФ, п. 5 ч. 1 ст. 33 АПК РФ. Влияние требования нравственности на усмотрение суда может быть опосредовано толкованием ряда правовых норм, например ст. 65 Семейного кодекса РФ, ст. 139, 140 ГПК РФ.

1 См.: Ожегов СЮ, Шведова НЮ Толковый словарь русского языка. С. 423.

2 Black's Law Dictionary. St Paul, Minn., West Publishing Co, 1990. P. 1008
Забросимова ОК Взаимодействие права и морали в современном российском обществе

Авторы, 2001. С. 5. Ал<яктОЭ Указ. соч. С 168. <

5 Там же С. 169

В постановлениях Пленумов ВС РФ и ВАС РФ также редко встречаются ссылки на категорию нравственности. Так, в постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 18 августа 1992 г. № 11 «О некоторых вопросах, возникших при рассмотрении судами дел о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц» записано, что «порочащими являются не соответствующие действительности сведения, содержащие утверждения о нарушении гражданином или юридическим лицом действующего законодательства или моральных принципов (о совершении нечестного поступка, неправильном поведении в трудовом коллективе, быту и другие сведения, порочащие производственно-хозяйственную и общественную деятельность, деловую репутацию и т.д.), которые умаляют честь и достоинство гражданина либо деловую репутацию гражданина или юридического лица»¹.

Зарубежные авторы отмечают, что в судебных решениях по отдельным категориям дел часто отражаются нравственные ценности как общества в целом, так и суда в частности².

Отечественные ученые нередко отрицают социально-нравственную оценку судом фактов по делу. Так, СВ. Курылев приходит к выводу о том, что основы морали не оказывают влияния на осуществление правосудия. Автор указывает на возможные противоречия между правовыми и нравственными требованиями, которые могут возникать вследствие отставания законов от изменяющихся потребностей общества, несовершенства законодательства. При осуществлении правосудия данные противоречия должны разрешаться в пользу закона вне нравственной оценки фактов, не нашедшей соответствующего отражения в законе. «Таким образом, — резюмирует СВ. Курылев, — моральная оценка фактов не играет, наряду с правовой оценкой, самостоятельной роли в... правосудии: она либо излишняя (в отношении фактов, не способных быть предметом нравственной оценки), либо может привести к нарушению закона (при противоречии между нравственной и правовой оценками). Мнение же о самостоятельном значении общественно-политической оценки фактов в правосудии ведет к оправданию такого нарушения зако-

¹ Справочная правовая система «Гарант».

² См., inter alia: Emerson R.M. Judging Delinquents: Context and Process in the Juvenile Court. Chicago: Aldine Press, 1969; Hawkins K. Environment and Enforcement: Regulation and the Social Definition of Pollution. Oxford: Clarendon Press, 1984.

на»¹. Точку зрения, высказанную С.В. Курылевым, разделяет Л.А. Ванеева. Она полагает, что при осуществлении правосудия по гражданским делам моральная оценка поведения участников процесса, безусловно, важна. Но такого рода оценка применима лишь в той мере, в какой это предусмотрено законом. Суд может столкнуться с обстоятельствами, при которых отдельные нормы права не соответствуют нормам морали. Однако в любом случае следует исходить из указаний закона². Похожая позиция высказана в литературе и С.Ф. Афанасьевым³. С подобного рода утверждениями отечественных ученых нельзя не согласиться.

Дополняя приведенные выше высказывания отечественных ученых, А.Т. Боннер указывает, что «установление истины, правильное разрешение судебных дел зачастую невозможно без верной социальной и моральной оценки их фактических обстоятельств. Причем это бывает не только в ситуациях, когда нормы права отсылают к нормам морали, но и во многих иных случаях»⁴. В отечественной судебной практике установлено, что, например, нравственная ненадежность ответчика способна привести к принятию судьей мер по обеспечению иска (ст. 139, 140 ГПК РФ).

Представляется, что предел выбора при осуществлении судьейского усмотрения может быть установлен категорией морали в тех случаях, когда законодатель не может нормативно закрепить точный объем субъективных прав и обязанностей в силу его зависимости от оценки нравственности поведения. Указанная оценка опирается на общие критерии, определяющие содержание моральных принципов и норм, в частности категории справедливости, разумности и добросовестности.

Справедливость является основной и общей для права и морали категорией. Добросовестность характеризует действия конкретного субъекта. Нравственность связана с правилами поведения в социуме, представляющими собой среднюю величину добросовестного поведения. Разумные действия (действия добросовестного среднего человека) свя-

¹ Курылев С.В. Установление истины в советском правосудии. Автореф. дис. ... докт. юрид. наук. М., 1967. С. 4–5.

² См.: Ванеева Л.А. Судебное познание в советском гражданском процессе. Владивосток, 1972. С. 106–108.

³ См.: Афанасьев С.Ф. Проблема истины в гражданском судопроизводстве. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1998. С. 20.

⁴ Боннер А.Т. Установление обстоятельств гражданских дел. С. 88

заны с интересами других субъектов, поэтому включают в себя категорию нравственности.

Законодательная дефиниция категории нравственности объективно отсутствует. Суд применяет ее по усмотрению.

На наш взгляд, указанная категория относится к пределам выбора при осуществлении судьейского усмотрения в случаях: 1) если она закрепляется в относительно-определенной норме процессуального, материального права, положениях постановлений Пленума ВАС РФ, Конституционного Суда РФ или 2) если применение иных категорий, установленных в юридической норме, осуществляется с учетом требований нравственности. В судебной практике в основном встречается субсидиарное применение указанной категории.

При осуществлении усмотрения противоречия между основами морали и положениями закона должны разрешаться судом в пользу закона вне нравственной оценки фактов, не нашедшей соответствующего нормативного закрепления.

Рассмотрим современную судебную практику применения указанной категории.

Отметим, что при рассмотрении судами конкретных дел категория нравственности иногда оказывает решающее воздействие на выбор в процессе осуществления судом усмотрения.

Так, в судах первой инстанции в процессе разрешения дел о защите чести, достоинства и деловой репутации устанавливается, являются ли оспариваемые сведения порочащими. Например, по одному из дел, рассмотренных арбитражным судом, индивидуальный предприниматель в числе других просил признать порочащим его деловую репутацию искажение фамилии (в статье было написано: «досточтимый Кошкин», в действительности его фамилия Корочкин), а также размещение вокруг статьи снимков с изображением бутылок водки и пива... В обоснование своего требования он указал, что знакомые после выхода статьи стали называть его Кошкиным, что отрицательно влияет на его хозяйственную деятельность.

Суд пришел к выводу, что слова «досточтимый Кошкин» не содержат сведений о нарушении закона или норм морали, поэтому не могут быть расценены как порочащие, снимки с изображением бутылок водки и пива не имеют оскорбительной эмоциональной окраски. Их размещение в газете не может быть расценено как посягательство на деловую репутацию истца,

По другому делу по иску ООО к редакции газеты и автору статьи сведениями, порочащими деловую репутацию истца, судом были признаны сообщения о том, что предприятие является недобросовестным контрагентом, заведомо не исполняющим своих обязанностей по заключенным договорам («...уже с первых дней сотрудничества ООО раздумало выполнять свои обязательства перед энергетиками») и нарушающим финансовую дисциплину («... пусть разберутся, куда уходят деньги, в каких австралийских банках крутятся»)

Суд пришел к выводу, что эта информация, не соответствующая действительности, носила публичный характер, стала достоянием неопределенного круга лиц, нарушала положительную деловую репутацию истца и нормы морали, следовательно, являлась порочащей¹.

В приведенных примерах арбитражными судами первой инстанции была применена относительно-определенная норма ст. 152 Гражданского кодекса РФ, которая не закрепляет категорию нравственности, но содержит требование об ее учете при защите чести, достоинства и деловой репутации. Суды, исследовав, в частности, нарушение моральных принципов, применили усмотрение и сделали выбор при решении правового вопроса о признании распространенных сведений порочащими, сравнив действия ответчиков и их последствия с правилами поведения в социуме, представляющими собой среднюю величину добросовестного поведения.

В практике судов Российской Федерации разных лет встречались и встречаются случаи негативного влияния на разрешение дела по существу общественных взглядов нравственного характера. В подобных случаях речь идет о ненадлежащем применении предела выбора при осуществлении судьейского усмотрения.

Во-первых, споры о малолетних детях обычно решаются судом в пользу матери, отражая таким образом устоявшееся мнение социума о том, что она в большей мере может обеспечить заботу и уход за ребенком. Иногда это случается даже тогда, когда отец способен доказать, что он может проявить большую заботу о детях².

По данным Г. И. Литвиновой, при разводе в девяти случаях из десяти дети остаются с матерью. Суд чаще всего встает на сторону матери

¹ Арбитражная практика 2003 № 11 С 5–6

² См. о зарубежной судебной практике *Scott E S, Reppucci N D, Aber M. Children's Preference in Adjudicated Custody Decisions // Georgia Law Review, 1988 22(4) P 1076–1077.*

из-за «стереотипа судейского мышления», основанного на принятых взглядах общества на данный вопрос.

Подобные дела встречаются в современной судебной практике несмотря на то, что ст. 65 Семейного кодекса РФ обязывает суд при разрешении споров о воспитании прежде всего исходить из интересов ребенка, таким образом устанавливая категорию нравственности в качестве предела выбора при осуществлении судейского усмотрения.

Во-вторых, в постановлениях судов Российской Федерации по конкретным делам иногда отражаются отрицательные взгляды социума на религию. В значительной степени этому способствуют насаждавшиеся в течение 70 лет в государстве и обществе негативные нравственные установки по отношению к религии.

Отношение к религии сторон и иных участников процесса выявляется, как правило, сравнительно редко. Однако в отдельных случаях, в частности при рассмотрении споров о праве на воспитание детей, о возмещении вреда, причиненного смертью, и некоторых других, данная проблема обсуждается в судебном заседании и находит отражение в судебном решении. Причем религиозность стороны часто расценивается судом в качестве негативного обстоятельства, что по существу находится в противоречии с положениями ст. 28 Конституции РФ, гарантирующей гражданам свободу совести.

Так, определением Судебной коллегии по гражданским делам Республики Калмыкия по делу супругов Д. о расторжении брака и передаче детей на воспитание записано, что суд первой инстанции пришел к обоснованному выводу о том, что ответчик не сможет дать сыновьям правильного воспитания в силу ее религиозного мировоззрения¹.

В приведенном примере религиозное предубеждение суда негативно повлияло на выбор в процессе применения судейского усмотрения².

Подведем итог рассмотрению категории нравственности в качестве предела выбора при осуществлении судейского усмотрения.

Предел выбора при осуществлении судейского усмотрения может быть установлен категорией морали в тех случаях, когда законодатель

¹ См.: Боннер АТ. Законность и справедливость в правоприменительной деятельности С. 82.

² См. о зарубежной судебной практике, например: Sohauer F, *Playing by the Rules: A Philosophic*! Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life/ Oxford: Clarendon Press, 1991. P. 259,

не может нормативно закрепить точный объем субъективных прав и обязанностей в силу его зависимости от оценки нравственности поведения. Указанная оценка опирается на общие критерии, определяющие содержание моральных принципов и норм, а именно категории справедливости, разумности и добросовестности.

Справедливость является основной и общей для права и морали категорией. Добросовестность характеризует действия конкретного субъекта. Нравственность связана с правилами поведения в социуме, представляющими собой среднюю величину добросовестного поведения. Разумные действия (действия добросовестного среднего человека) связаны с интересами других субъектов, поэтому включают в себя категорию нравственности.

Суд решает правовой вопрос, опираясь на категорию нравственности, установленную (или вытекающую из толкования) относительно-определенной нормой процессуального или материального права, положениями постановлений Пленума ВАС РФ, Конституционного Суда РФ.

Подведем итог взаимосвязи таких специальных пределов выбора при осуществлении судьейского усмотрения, как справедливость, добросовестность, целесообразность, разумность, нравственность, суммируя изложенные выводы в отношении указанных категорий.

Необходимость нормативного закрепления осуществления судьейского усмотрения с применением механизма выбора поведения суда связана с невозможностью законодательного установления определенных границ субъективных прав и обязанностей участников материальных или процессуальных правоотношений. Выбор при осуществлении судьейского усмотрения устанавливается пределами, в частности категориями справедливости, добросовестности, разумности, целесообразности и нравственности.

Законодательные дефиниции указанных категорий объективно отсутствуют. Суд применяет их по усмотрению.

Категории справедливости, добросовестности, разумности, целесообразности, нравственности являются основными или субсидиарными пределами выбора в том случае* если они установлены относительно-определенной юридической нормой или положениями постановлений Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ, Конституционного Суда Российской Федерации и применяются при рассмотрении и разрешении конкретного дела.

Суд может применять один или несколько пределов одновременно.

Категории справедливости, добросовестности, разумности, нравственности взаимосвязаны, поэтому они в указанном составе закреплены в законодательстве.

Требование справедливости - это общее правило, действующее в социуме. Все остальные категории являются его конкретизацией.

Справедливость как специальный предел выбора включает в себя соблюдение начал различных отраслей права - принципов юридического равенства субъектов правоотношений, равенства всех перед законом и судом, равноправия сторон.

В судопроизводстве в категорию справедливости добавляется юридическая справедливость, находящая свое закрепление в нормах Конституции РФ - высшей юридической силе и прямом действии и в соответствующих постановлениях Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ, Конституционного Суда РФ.

Категория разумности является более узким понятием, чем категория справедливости.

Для определения требования разумности обратимся к категории добросовестности.

Добросовестность как юридическая категория имеет субъективную окраску, характеризует отношение к возможности причинения вреда другому субъекту и его последствиям.

Разумность представляет собой объективную сторону поведения субъекта. При решении вопроса о разумности оцениваемые судом действия сравниваются с действиями эталона, которым является средний человек.

В случае оценки судом добросовестности используется критерий разумного понимания своих действий и предвидения наступления вреда.

Категориями «добросовестность», «недобросовестность» обозначается проявляемое в процессе совершения действий отношение лица к предвидимому вреду или возможности его предвидения, имеющейся у среднего разумного человека.

Разумное предвидение и осознание представляют собой поведение среднего эталонного человека.

Разумные действия — это действия среднего человека, которые совершаются добросовестно. Разумные действия - это добросовестный выбор разумного поведения.

Добросовестность основывается на разумном предвидении и осознании. Разумные действия опираются на добросовестность и разумное предвидение.

Нравственность связана с правилами поведения в социуме. Основными, общими критериями, определяющими содержание моральных принципов и норм как основы нравственного поведения, являются справедливость, разумность, добросовестность. Нравственное поведение представляет собой среднюю величину эталонного добросовестного поведения. Разумные действия (действия добросовестного среднего человека) пересекаются с интересами других субъектов, поэтому содержат в себе категорию нравственности. Справедливость считается основной и общей для права и морали категориями.

Целесообразность - необходимый предел выбора при осуществлении судебного усмотрения, так как он объективен, учитывает конкретные обстоятельства каждого дела и цели, задачи применяемого законодательства.

Надлежащее толкование названных категорий позволяет судам уверенно применять нормы, содержащие требования справедливости, разумности, добросовестности, целесообразности, нравственности. По нашему мнению, одной из главных причин нестабильности в судебной системе является неприменение или неправильное применение в силу непонимания судом норм, устанавливающих требования о справедливости, добросовестности, разумности, целесообразности, нравственности.

Судейское усмотрение как свобода

По мнению ряда ученых, понятие усмотрения предполагает, что соответствующий орган действует по своей воле, не связанной при принятии решения какой-либо нормой.

Так, А. Барак указывает, что «усмотрение предполагает свободу выбора»¹. Д. Галлиган (D. Galligan) полагает, что в широком смысле усмотрение означает пределы самостоятельности (свободы), в рамках которых решение конкретного правоприменителя можно рассматривать как частный случай правосудия. М. Галантер (M. Galanter) отрицает влияние норм закона на формирование усмотрения, отдавая предпочтение роли субъекта (правоприменителя) в процессе разрешения спора³.

¹ Барак А. Судейск? усмотрение, С, *Gal\iganDJ. Op.citP.8. 3 Galanter M. Op. cit. P, 206.

Д.М. Чечот считает, что судья «свободен в выборе соответствующего решения» в пределах предоставленных ему полномочий¹. Д.Б. Абушенко обращает внимание на свободу суда при осуществлении судьейского усмотрения, следуя сложившимся отраслевым подходам к пониманию свободы воли². Т.В. Сахнова, анализируя проблему инициативы в назначении судебной экспертизы, указывает, что «здесь можно говорить о судебном усмотрении... - как свободе действия в определении потребности»³.

Члены Конституционного Суда РФ полагают, что, «применяя общее правовое предписание (норму права) к конкретным обстоятельствам дела, судья .. принимает решение в пределах предоставленной ему законом свободы усмотрения (иногда весьма значительной)...»⁴.

А.Т. Боннер определяет свободу как познанную необходимость, т.е. как способность индивида действовать в соответствии со своими интересами и целями, опираясь на познание действительности. Под усмотрением судьи ученый понимает такую деятельность по отысканию наиболее оптимального решения спорного правового вопроса, которая обусловлена поставленными перед судом задачами, соответствует интересам государства и общества и основана на познании действительности⁵.

А.Т. Боннер верно указывает, что между свободой поведения личности и деятельностью судьи, осуществляемой по усмотрению, не может не быть существенных различий. Не обладая свободой в выборе условий своего существования, личность имеет известную свободу в выборе целей своей деятельности, поскольку в каждый данный момент обычно существуют не одна, а несколько реальных возможностей их осуществления, хотя и с разной степенью вероятности. Кроме того, личность свободна в выборе средств достижения намеченных целей⁶.

¹ Чечот ДМ. Административная юстиция (теоретические проблемы). Л., 1973, С. 68,72 ²См: Абушенко ДБ Судебное усмотрение в гражданском процессе. Автореф. дне ... канд. юрнд наук. С 6-8

³ Сахнова ТВ Судебная экспертиза М • Городец, 1999. С 135.

⁴ Постановление Конституционного Суда РФ от 25 января 2001 г. № 1-П «По делу о проверке конституционности положения п. 2 ст. 1070 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан И.В. Богданова, А Б, Зернова, С И Кальнова и НВ Труханова».

⁵ Боннер А.Т. Советский закон и судебное усмотрение // Советское государство и право 1979 № 6. С. 35.

⁶ Там же

Действительно, в условиях рыночного хозяйства важное значение приобретает принцип свободы договора. В гражданском праве устанавливается, что система товарно-денежных отношений предполагает, с одной стороны, необходимость использования договорной формы организации хозяйственных связей самостоятельных, независимых и юридически равноправных субъектов, а с другой – наделение этих субъектов свободой в их хозяйственной деятельности, определяя их взаимоотношения на основе свободного волеизъявления, согласования своих интересов и потребностей¹. Что же касается органов правосудия, то цели их деятельности и средства достижения таких целей, как правило, четко определены законом (например, в ст. 2, 148 ГПК РФ).

Д.Б. Абушенко критикует положение, указанное А.Т. Боннером, и полагает, что свобода суда должна рассматриваться как возможность выбора².

На наш взгляд, Д.Б. Абушенко неправильно раскрывает понятие свободы и, следовательно, приходит к неверным выводам.

Представляется, что в отношении судьейского усмотрения нельзя применять термин «свобода». Ученые и юристы-практики правы лишь в том смысле, что понятия «свобода» и «усмотрение» связаны между собой³. Объясним собственную позицию.

Толковый словарь русского языка определяет свободу, *inter alia*, как отсутствие стеснений и ограничений⁴.

Black's Law Dictionary также содержит указание на то, что свобода означает отсутствие ограничений⁵.

Поскольку нами было установлено, что усмотрение связано с осуществлением выбора, который ограничен общими и специальными пределами, то, следовательно, усмотрение не представляет собой свободу поведения (выбора) судьи.

Более корректным является определение дискреции как «мерь» (ограничения и допущения) свободы. В связи с тем, что усмотрение суда представляет собой правоприменительную деятельность, то приведенное положение возможно обосновать выводами Т. Гоббса, касающимися взаимосвязи права и свободы: «Законы придуманы не для пре-

¹ См.: Гражданское право. В 2 т. Т. 1 / Под ред. Е. А. Суханова М.: БЕК, 1994. С. 26

² См., Абушенко Д.Б. Судебное усмотрение в гражданском и арбитражном процессе С. 43.

³ См. выше о свободном судьейском усмотрении.

⁴ См. Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. С. 704.

⁵ Black's Law Dictionary. St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1990. P. 664.

кращения человеческой деятельности, а для ее направления, подобно тому как природа создала берега не для того, чтобы остановить течение реки, а чтобы направлять его. Мера этой свободы должна определяться благом граждан и государства»¹.

СУДЕЙСКОЕ УСМОТРЕНИЕ КАК ВЛАСТЬ

Толковый словарь русского языка определяет власть как «право и возможность распоряжаться кем-чем-нибудь, подчинять своей воле»², Black's Law Dictionary – как право, способность, полномочие совершать какое-либо действие; полномочие на осуществление лицом любого законного действия. В узком смысле слова власть определяется как способность или полномочие, полученное лицом в целях обладания собственностью в своих интересах или интересах других лиц, или невозможность одного лица обладать интересом, который законно принадлежит другому. Применительно к судебной власти в словаре юридической терминологии записано: власть включает в себя вынесение решений и усмотрение в определении вопросов права по отдельным делам, в которых затрагиваются интересы субъектов или собственности. Она отлична от исполнительной власти, не содержащей в себе усмотрения³.

В зарубежной юридической литературе активно используется термин «усмотрительная власть» («discretionary power»).

Так, К. Дэвис (K. Davis) определяет, что усмотрительная власть (discretionary power) означает «власть осуществлять выбор: должностное лицо обладает усмотрением всякий раз, когда действительные ограничения его власти позволяют ему свободно осуществлять выбор среди возможных вариантов действий или бездействия. Вопрос не в том, какая процедура должна быть соблюдена, а в том, какие правила применяются *in fact*; не в том, что пересматривается в соответствии с применяемым правом, а в том, что пересматривается *in fact*; не в том, какие ограничения накладывает юридическая норма на усмотрительную власть должностного лица, а в том, какие ограничения являются действенными в конкретном деле *in fact*»⁴.

¹ Гоббс Т. Соч В 2 т Т. I. М., 1989. С. 410.

² Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка. С. 86.

³ Black's Law Dictionary. P. 848, 1169.

⁴ Davis K C Op cit. P 3-4.

Усмотрительная власть (discretionary power) суда является предметом различных исследований, проводимых иностранными учеными. Интерес зарубежной социологии находится в области тех способов, которыми осуществляется судебная власть, юридическая наука изучает способы контроля с помощью права за осуществлением властных полномочий, зарубежная теория права сконцентрирована на рассмотрении способов распределения властных полномочий в обществе.

Анализ судейского усмотрения как особого вида власти не является новеллой в зарубежной юридической науке¹. Указанные выше научные труды ученых Д. Галлигана (D.J. Galligan), Дж. Венезии (J.C. Venezia) связаны с рассмотрением властных отношений, которые проявляются прежде всего в отношениях между должностными лицами государства (в том числе судьями) и гражданами. Подобное положение позволяет не исследовать указанную проблему эмпирическим путем, а изучить подробнее взгляды зарубежных ученых.

Так, Дж. Венезия (J.C. Venezia) полагает, что полномочие на осуществление одностороннего выбора не ограничивается публичной областью, а может быть найдено в отношениях между доктором и пациентом, учителем и учеником, родителем и ребенком. Отсюда автор делает вывод о наличии родительской власти, власти доктора над пациентом, работодателя над работником, учителя над учеником, et cetera. Отталкиваясь от названного положения, ученый исследует полномочие на осуществление одностороннего выбора, сравнивая усмотрительную власть, например, работодателя при увольнении работника, с осуществлением полномочий органами судебной власти. Дж. Венезия (J.C. Venezia) приходит к выводу о том, что усмотрение не является исключительным властным полномочием должностных лиц государства.

Исследование, проведенное Д. Галлиганом (D.J. Galligan)², продолжает тему Дж. Венезии (J.C. Venezia) и основывается на различии между публично-правовой и частноправовой моделями усмотрения. В частноправовой модели, по мнению ученого, праву отведена роль закрепления стабильных условий для частных правоотношений (особенно добровольного, согласованного вида). В данных правоотношениях действия властей преимущественно ограничены созданием благоприятных усло-

¹ См., например *Adler M.J., Asquith S.* Discretion and Welfare. Ch. 1; *Bankowski Z., Nelken D.* Discretion as a Serial Problem Ch. 12; *Goodin R.E.* Welfare, Rights and Discretion // *Oxford Journal of Legal Studies* 1986. N 6(3). *passim*; *Барак А.* Судейское усмотрение С. 121, 131.

² *Galligan D.J.* Op. cit. P. 86-87

вий для реализации правовых норм. В названной модели усмотрению отведено ограниченное место, а его законный статус находится под вопросом. В публично-правовой модели, по мнению автора, общественный порядок требует более позитивных интервенционных мер и усмотрение является составляющей частью процесса достижения социальных целей и, таким образом, наделено законностью.

Несомненно, что проведенный учеными анализ обладает большой ценностью. На наш взгляд, различие, предложенное Д. Галлиганом (DJ. Galligan), не связано только лишь с ролью усмотрения в праве, а своей центральной частью имеет проблему сосредоточения усмотрительной власти в руках должностных лиц (в частности, судей).

Д. Галлиган (DJ. Galligan) указывает, что, поскольку властные правоотношения могут осуществляться вне области действий государства, то ограничения усмотрения государственных органов должны приводить к расширению сферы частных усмотрений. Наглядным примером подобного положения ученым объявляется отношение, не урегулированное правом, при наличии которого государство должно принять на себя роль гаранта прав и обязанностей, осуществляемых частными лицами. Из приведенного анализа не ясно, однако, чем отличается усмотрение, применяемое в указанных обстоятельствах, от усмотрения должностных лиц государства (в том числе судей). В связи с этим, рассматривая предложенные Д. Галлиганом (DJ. Galligan) модели, ряд зарубежных ученых высказывает аргументы в пользу распространения действия публичной модели усмотрения на частную деятельность¹. Модели Д. Галлигана (DJ. Galligan) помогают определить отношение к усмотрению должностных лиц государства, но требуют дополнения, чтобы продемонстрировать, действительно ли они отражают различное отношение к усмотрению как. одному из способов осуществления социальной политики или являются спорами о месте усмотрения в праве.

По нашему мнению, в демократическом обществе неизбежно возникает проблема уместности власти, осуществляемой должностными лицами государства (в том числе судьями) или гражданами, такими как доктора, родители; учителя. Может ли профессиональный врач, например, осуществлять свою власть неограниченно в отношении объекта своего благосостояния - пациента? Данный вопрос походит на многие,

¹См., например: Wool/H. Public Law ^ЩЩи&ьтг Why th»Divide? Public Law, 1986. P. 224-225; Collins H. Against AbstentionJsm in Labour Law. P, 94-100

задаваемые зарубежными учеными в отношении осуществления усмот-рительной власти¹. В то же время, несмотря на то что теория права уделяет большое внимание изучению роли государства, анализ усмотрения, проводимый в правовой науке, на наш взгляд, не должен сводиться к рассмотрению односторонних властных полномочий, осуществляемых должностными лицами государства (в том числе судьями).

Учитывая рассмотренные выше различия между темой усмотрения судей в разных правовых системах, заметим, что приведенное исследование дискреции как власти в большей степени отражает особенности юридической мысли ученых стран общего права.

Поскольку судебная власть в Российской Федерации осуществляется только судами в лице судей и привлекаемых в установленном законом порядке к осуществлению правосудия присяжных и арбитражных заседателей (ст. 1 Федерального конституционного закона «О судебной системе Российской Федерации»), усмотрение судьи при осуществлении правосудия может быть рассмотрено как составляющая часть судебной власти. Статья 5 Закона указывает, что суды осуществляют судебную власть самостоятельно, подчиняясь только Конституции Российской Федерации и закону. В связи с этим, на наш взгляд, акцент при изучении судьейского усмотрения в отечественной науке гражданского процессуального и арбитражного процессуального права должен быть смещен в сторону определения, является ли дискреция полномочием і суда или выступает как правоприменительная деятельность.

Судейское усмотрение как полномочие

Большинство зарубежных ученых полагают, что усмотрение является полномочием. Например, Х. Харт (H. Hart), Э. Сэкс (A. Sacks) предлагают следующее определение: «Усмотрение означает полномочие выбирать между двумя или более линиями действий, каждая из которых считается разрешенной»². А. Барак соглашается с точкой зрения ученых, указывая, что «усмотрение - полномочие, данное лицу, которое

¹ Ackerman B.A. Social Justice in the Liberal State. New Haven, Conn.: Yale University Press,

1980, Ch.I. rHar1H., Sacks A. The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law.

Tentative Edition, 1958. P, 162.

обладает властью, выбирать между двумя или более альтернативами, когда каждая из альтернатив законна»¹.

Некоторые отечественные ученые поддерживают подобные определения судейского усмотрения. К.И. Комиссаров рассматривает дискрецию (*discretio*) как предоставленное суду «правомочие² принимать, сообразуясь с конкретными условиями, такое решение по вопросам права, возможность которого вытекает из общих и лишь относительно определенных указаний закона»³. А.Т. Боннер отмечает, что «под судебным усмотрением следует понимать предоставленное суду правомочие решать правовые вопросы исходя из обстоятельств дела, общих положений закона, принципов права..»⁴.

Похожий вариант определения судейского усмотрения предложен Д.Б. Абушенко. Ученый выделяет существенные признаки дискреции (*discretio*), характеризуя ее как полномочие⁵.

По мнению М.В. Баглая, судейское усмотрение в отечественном процессе является одной из форм правотворчества и определяется ученым как «данное судье полномочие выбирать из ряда возможностей, каждая из которых законна в контексте правовой системы»⁶.

Некоторые судебные работники, в частности Р.С. Вахитов и Е.В. Севастьянова, соглашались с мнением о том, что судейское усмотрение является полномочием⁷.

На наш взгляд, судейское усмотрение, применяемое в отечественном арбитражном и гражданском процессах, не является полномочием.

Обратимся к толковому словарю русского языка. «Полномочие - это официально предоставленное кому-нибудь право какой-нибудь деятельности, ведения дел»⁸. Следовательно, полномочием является офи-

1 Барак А. Указ. соч. С. 13.

2 Правомочие - обладание законным правом, полномочием (Ожегов СИ., Шведова Н.Ю Толковый словарь русского языка. С. 577).

3 Комиссаров К.И. Задачи судебн^{тм}0 надзора в сфере гражданского судопроизводства С 26.

* Боннер А.Т. Применение нормативных актов в гражданском процессе. С. 42.

5 См.: Абушенко Д.Б. Указ. соч. С. 143-144.

6 Вступительная статм,М-В. Баглая в: Барак А. Указ. соч. С. IX.

7 См.: Вахитов Р С, Севастьянова Е.В. Судейское усмотрение и некоторые проблемы его реализации // Арбитражная практика. 2002. № 5. С 43.

8 Ожегов СМ., Шведова ЯМ, Толковый словарь русского языка С. 554.

циально предоставленное судье право осуществления «какой-нибудь деятельности». Рассмотрим данное положение.

В Российской Федерации судебные органы входят в структуру государственного аппарата. Судья обладает правами и обязанностями в силу предоставления их государством. Следовательно, «официально предоставленное» в рассматриваемом контексте означает «предоставленное государством».

Одним из специфических признаков, отличающих государственные органы от негосударственных, является, *inter alia*, наделение государственных органов полномочиями государственно-властного характера. В Российской Федерации система судебных органов выступает в качестве носителя судебной власти. Предоставление прав и обязанностей государством осуществляется посредством закрепления их в нормах закона¹. Итак, полномочиями суда являются те права и обязанности, которыми его наделило государство посредством закрепления их в Конституции Российской Федерации (гл. 7) и иных федеральных законах. Статья 128 Конституции РФ устанавливает, что полномочия Конституционного Суда РФ, Верховного Суда РФ, Высшего Арбитражного Суда РФ и иных федеральных судов устанавливаются федеральным конституционным законом. Статья 1 Закона РФ «О статусе судей в Российской Федерации» определяет, что судьи наделены полномочиями осуществления правосудия. Следовательно, «какая-нибудь деятельность» применительно к судам в Российской Федерации означает «осуществление правосудия по конкретным делам». Таким образом, полномочие органов судебной власти в Российской Федерации составляет осуществление правосудия².

1 См. подробнее о государственном аппарате, функциях государства: Общая теория государства и права: Академический курс. Т. 1 / Под ред проф. М Н. Марченко. С. 86-102, 197-212.

2 В юридической литературе продолжается полемика о сущности правосудия. Так, АД". Боннер характеризует правосудие как деятельность суда по рассмотрению и разрешению спора о праве (см. Боннер А.Т. Некоторые проблемы социалистического правосудия //Труды ВЮЗИ. 1971. Т. 17. С. 194). Высказывается мнение о том, что разрешение правового спора и есть правосудие (см., например: Хутпыз М.С. Понятие стороны в гражданском процессе // Советское государство и право. М., 1981. С. 117). Есть и широкое понимание правосудия. Так, Д.М. Филиппов полагает, что к правосудию следует отнести деятельности суда не только по рассмотрению дел, но и во подготовке его к судебному разбирательству и в исполнительном производстве (см. Филиппов П.М. Судебная защита и правосудие в СССР. Саратов, 1987. С. 36, 173), По мнению А.В. Цихощкого, правосудие - это вид осуществляемой судом в установленной законом гражданской

Раскрытие содержания данного понятия устанавливается законодателем, в частности федеральными конституционными законами «О Конституционном Суде Российской Федерации» (от 21 июля 1994 г.), «О мировых судьях в Российской Федерации», «Об арбитражных судах в Российской Федерации», et cetera.

Так, ст. 10, 26, 36 ФКЗ от 26 апреля 1995 г «Об арбитражных судах в Российской Федерации»¹ закрепляют полномочия Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, федерального арбитражного суда округа, арбитражного суда субъекта Российской Федерации

Статья 10 ФКЗ «Об арбитражных судах в Российской Федерации» устанавливает.

1 Высший Арбитражный Суд Российской Федерации:

1) рассматривает в первой инстанции:

- — дела о признании недействительными (полностью или частично) ненормативных актов Президента Российской Федерации, Совета Федерации и Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации, Правительства Российской Федерации, не соответствующих закону и нарушающих права и законные интересы организаций и граждан;
- — экономические споры между Российской Федерацией и субъектами Российской Федерации, между субъектами Российской Федерации;

2) рассматривает дела в порядке надзора по протестам на вступившие в законную силу судебные акты арбитражных судов в Российской Федерации;

3) пересматривает по вновь открывшимся обстоятельствам принятые им и вступившие в законную силу судебные акты,

процессуальной форме государственной деятельности по рассмотрению и разрешению конкретных судебных дел с вынесением по ним законных, обоснованных и справедливых постановлений с обеспечением при определенных условиях социально значимых целей, (см ЦихоцтйЛ.В Теоретические проблемы эффективности правосудия по гражданским делам. Автореф дис. докт юрид наук. Новосибирск, 1998 С 16) ПА Попов полагает, что правосудие ~ это исключительная функция судебной власти по рассмотрению, разрешению дел, отнесенных к компетенции судов, а также постановлению и пересмотру судебных актов в строгой процессуальной форме, установленной отраслевым процессуальным законодательством, с целью защиты прав и свобод граждан и юридических лиц, общественного и государственного правопорядка (см. Попов ПА Правосудие - основная функция судебной: ввв.и.и. М Ацруаяыше проблемы процессуальной цивилиспиесиз науки. Саратов, 2002» С 107),,, ' Российская газея 1995* 16 мал

4) обращается в Конституционный Суд Российской Федерации с запросом о проверке конституционности указанных в ч. 2 ст. 125 Конституции Российской Федерации законов, иных нормативных актов и договоров; обращается в Конституционный Суд Российской Федерации с запросом о проверке конституционности закона, примененного или подлежащего применению в деле, рассматриваемом им в любой инстанции,

5) изучает и обобщает практику применения арбитражными судами законов и иных нормативных правовых актов, регулирующих отношения в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, дает разъяснения по вопросам судебной практики,

6) разрабатывает предложения по совершенствованию законов и иных нормативных правовых актов, регулирующих отношения в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности,

7) ведет судебную статистику и организует работу по ее ведению в арбитражных судах,

8) осуществляет меры по созданию условий для судебной деятельности арбитражных судов, в том числе по их кадровому, организационному, материально-техническому и иным видам обеспечения,

9) решает в пределах своей компетенции вопросы, вытекающие из международных договоров Российской Федерации,

10) осуществляет другие полномочия, предоставленные ему Конституцией Российской Федерации, настоящим Федеральным конституционным законом и другими федеральными конституционными законами.

2 Высшему Арбитражному Суду Российской Федерации принадлежит право законодательной инициативы по вопросам его ведения.

3. По вопросам внутренней деятельности арбитражных судов в Российской Федерации и взаимоотношений между ними Высший Арбитражный Суд Российской Федерации принимает регламент, обязательный для арбитражных судов в Российской Федерации

Статья 26 ФКЗ «Об арбитражных судах в Российской Федерации», закрепляющая полномочия федерального арбитражного суда округа, устанавливает.

Федеральный арбитражный суд округа:

- проверяет в кассационной инстанции законность судебных актов по делам, рассмотренным арбитражными судами субъектов Российской Федерации в первой и апелляционной инстанциях;

- - пересматривает по вновь открывшимся обстоятельствам принятые им и вступившие в законную силу судебные акты;
- - обращается в Конституционный Суд Российской Федерации с запросом о проверке конституционности закона, примененного или подлежащего применению в рассматриваемом им деле;
- - изучает и обобщает судебную практику;
- - подготавливает предложения по совершенствованию законов и иных нормативных правовых актов;
- - анализирует судебную статистику.

Статья 36 ФКЗ «Об арбитражных судах в Российской Федерации», посвященная полномочиям арбитражного суда субъекта Российской Федерации, определяет:

арбитражный суд субъекта Российской Федерации:

- 1) рассматривает в первой инстанции все дела, подведомственные арбитражным судам в Российской Федерации, за исключением дел, отнесенных к компетенции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации;
- 2) рассматривает в апелляционной инстанции повторно дела, рассмотренные в этом суде в первой инстанции;
- 3) пересматривает по вновь открывшимся обстоятельствам принятые им и вступившие в законную силу судебные акты;
- 4) обращается в Конституционный Суд Российской Федерации с запросом о проверке конституционности закона, примененного или подлежащего применению в деле, рассматриваемом им в любой инстанции;
- 5) изучает и обобщает судебную практику;
- 6) подготавливает предложения по совершенствованию законов и иных нормативных правовых актов;
- 7) анализирует судебную практику.

Осуществление правосудия относится к принципам гражданского процессуального и арбитражного процессуального права Российской Федерации и закрепляется в ст. 1 АПК РФ, ст. 5 ГПК РФ.

В частности, ст. 5 ГПК РФ определяет, что правосудие по гражданским делам, подведомственным судам общей юрисдикции, осуществляется только этими судами по правилам, установленным законодательством о гражданском судопроизводстве.

Статья 1 АПК РФ устанавливает, что правосудие в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности осуществляется ар-

битражными судами в Российской Федерации (далее - арбитражные суды), образованными в соответствии с Конституцией РФ и федеральным конституционным законом, путем разрешения экономических споров и рассмотрения иных дел, отнесенных к их компетенции АПК РФ и другими федеральными законами, по правилам, установленным законодательством о судопроизводстве в арбитражных судах

Рассмотрение приведенного законодательства позволяет прийти к заключению о том, что государство Российской Федерации не наделяет судей таким полномочием, как усмотрение, поскольку подобное полномочие не закреплено в нормах указанных законов

В противоположность отечественному законодательству правовые нормы зарубежных государств (страны общего права) устанавливают, что полномочия суда¹ включают в себя как рассмотрение и разрешение дела по существу, вынесение, оглашение решений, так и усмотрение в определении вопросов права по отдельным делам, в которых затрагиваются интересы субъектов или собственности². Данное правило установлено прецедентным правом (*Fewel v. Fewel*, 23 Cal.2d 431, 144 P.2d общего права правомерно рассматривают судьейское усмотрение как полномочие.

Судейское усмотрение как правопримешательная деятельность

Поскольку отечественное государство не наделяет суды посредством законодательного закрепления таким полномочием, как усмотрение, то последнее в силу своего применения в арбитражном и гражданском процессах должно относиться к одной из форм реализации норм права закрепляющих полномочия суда. Рассмотрим подробнее указанное положение.

В общей теории государства и права выделяются четыре основные формы реализации права: осуществление (использование), исполнение, соблюдение, применение³.

¹ «Authority» часто рассматривается как синоним «power» (см., например: *Black's Law Dictionary*. P. 133, 1169).

² Ibid P. 848, 1169.

³ См. подробнее о различной классификации форм реализации права: *Общая теория государства и права: Академический курс*. Т. 2. С. 312 и ел.

Осуществление (использование) правомочий выражается в активной реализации возможностей, предоставляемых субъектам различных общественных отношений нормами права. В пределах данной формы происходит осуществление субъективных прав участниками регулируемых с помощью права общественных отношений.

Исполнение как форма реализации права представляет собой реализацию обязывающих норм, выполнение субъектом права возложенных на него обязательств.

Соблюдение норм права связано с реализацией запрещающих норм:

- - правоприменительный процесс¹ имеет свои особенности, которые состоят в нижеследующем;
- - правоприменительная деятельность может осуществляться уполномоченными на то государственными органами или должностными лицами;
- - правоприменение - один из видов государственной деятельности - имеет государственно-властный характер;
- - применение норм права осуществляется в строго установленном законом порядке;
- - правоприменительная деятельность государственных органов и должностных лиц всегда осуществляется в соответствии с определенными принципами;
- - правоприменительный процесс осуществляется в определенной последовательности;
- - правоприменительная деятельность государственного органа или должностного лица связана с принятием решения и его оформлением.

По нашему мнению, усмотрение является правоприменительной деятельностью суда, поскольку, во-первых, применение усмотрения в арбитражном и гражданском процессах может осуществляться только судьями, во-вторых, ему свойственен государственно-властный характер. Это означает, что акты, принятые судом с применением усмотрения, являются юридически обязательными, их неисполнение влечет за собой государственное принуждение. В-третьих, применение усмотрения осуществляется судом в пределах установленной законом процедуры рассмотрения: подведомственных суду общей юрисдикции и арбитра-

¹ См. подробнее об определении понятия «применение права»: Общая теория государства и права: Академический курс, Т. 2 /Под ред. проф. МН. Марченко. С. 214-415.

ражному суду дел. В-четвертых, выбор при применении усмотрения имеет пределы, в качестве которых могут выделяться признанные во многих странах принципы и категории: законности, справедливости, разумности, добросовестности, нравственности, целесообразности (см. выше). В-пятых, усмотрение может осуществляться судом в определенной последовательности проведения арбитражного и гражданского процессов: а) при установлении и исследовании фактических обстоятельств по делу; б) в процессе толкования норм права; в) при оценке доказательств; г) в процессе вынесения решения. В-шестых, применение усмотрения отражается в принятом решении по делу и его оформлении.

Отметим, что подобного мнения об отнесении судейского усмотрения к правоприменительной деятельности придерживаются и ряд представителей юридической научной мысли¹. Рассмотрим усмотрение суда как правоприменительную деятельность.

Применение в судебной практике юридических норм заключается в подведении конкретных спорных правоотношений под предусматривающие их в общей форме установления. Е.В. Васьковский пишет, что данное подведение «имеет вид силлогизма, в котором большою посылкой служит законодательная норма или ряд норм, малою - фактические обстоятельства данного конкретного случая, а вытекающее из них с логической необходимостью заключение дает ответ на возникший и подлежащий разрешению юридический вопрос»².

К. Хокинс (K. Hawkins) указывает, что перед применением правовой нормы судья должен истолковать первоначально фактические обстоятельства конкретного дела, затем допустить, что установленные юридические факты позволяют применить определенную правовую норму. Ученый подчеркивает, что факты, от которых может зависеть применение правовой нормы, должны быть обязательно истолкованы судом³.

Соглашаясь с мнениями указанных авторов, уточним, что применение правовых норм в судебной практике включает в себя три операции: 1) юридический анализ обстоятельств конкретного дела; 2) анализ правовой нормы; 3) толкование нормы права.

¹См.: Боннер АТ, Применение нормативных актов в гражданском процессе. С. 42; Абу-щенко ДМ Указ, соч. С, 12.

Васьковский Е.В. Руководство к толкованию и применению законов (практическое пособие). М.,: Городец, 1997. С. 6.

³ The Uses of Discretion. P. 35.

По нашему мнению, усмотрение осуществляется в двух операциях по применению правовых норм в судебной практике 1) в юридическом анализе обстоятельств конкретного дела; 2) в толковании норм права

Конкретизируем осуществление усмотрения в каждой из указанных операций

Юридический анализ обстоятельств конкретного дела и усмотрение суда

Д. Галлиган (D.J. Galligan), отражая взгляды большинства иностранных правоведов, полагает, что в процессе установления фактических обстоятельств по любому делу судья применяет усмотрение. Д. Галлиган (D.J. Galligan) указывает, что важными в процессе определения фактического материала каждого конкретного случая являются следующие положения а) установление фактических обстоятельств по делу только соответствующими средствами при соблюдении установленных процедур; б) доказательством по делу может являться что-то восприятие и понимание, в) оценка доказательств, г) ограничения во времени; д) выбор средств доказывания, е) достаточность доказательств¹. Выделяя вышеуказанные элементы процесса установления фактических обстоятельств по делу, Д. Галлиган (D.J. Galligan) приходит к выводу об осуществлении судейского усмотрения при установлении фактических обстоятельств. На наш взгляд, данное заключение ученого требует корректировки применительно к отечественному судопроизводству. Остановимся на мнениях российских авторов

Д.Б. Абушенко связывает разрешение проблемы установления фактических обстоятельств по делу по усмотрению с ответами на два вопроса: «...свободен ли суд при установлении фактических обстоятельств, и если свободен, то можно ли это именовать судебным усмотрением?»² Исследуя проблему доказывания фактических обстоятельств в гражданском и арбитражном процессах, ученый приходит к отрицательным ответам на поставленные вопросы. По нашему мнению, указанная научная позиция должна быть подвергнута критике.

В этих целях выделим проблему осуществления судейского усмотрения в юридическом анализе обстоятельств конкретного дела и остановимся на следующем. судебное доказывание и усмотрение суда.

¹ Galligan D.J. Op. cit. P. 34-35.

² Абушенко Д.Б. Указ соч. С. 18

Судебное доказывание и усмотрение суда

В ходе разрешения конкретного спора суд устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств, обосновывающих требования и возражения сторон, и иные обстоятельства, имеющие значение для правильного разрешения дела (ст 55 ГПК РФ, ст. 64 АПК РФ)

Современные отечественные процессуалисты в основном полагают, что деятельность по представлению и истребованию доказательств и деятельность по их исследованию и по их оценке является единой по природе и целям¹

Согласимся с мнением И. В. Решетниковой, согласно которому собирание, исследование, оценка доказательств соответствуют понятию этапов (стадий) доказывания²

Собирание доказательств сопряжено с определением их относимости и допустимости. Важным этапом собирания доказательств является их раскрытие

Исследование доказательств - это восприятие и изучение судом и лицами, участвующими в деле, доказательственной информации. Цель исследования доказательств - уяснение их содержания. Исследование доказательств представляет собой систему процессуальных действий, осуществляемых в порядке, установленном законодательством.

Следующий элемент процесса доказывания - оценка доказательств. Согласно ч. 3 ст. 67 ГПК РФ, п. 2 ст. 71 АПК РФ оценке подлежат относимость, допустимость и достоверность каждого доказательства в отдельности, а также достаточность и взаимная связь доказательств в их совокупности.

Рассматривая проблему применения судебного усмотрения в процессе установления судом фактов, имеющих значение для дела, остановимся на следующих вопросах¹: 1) определение относимости доказательств (ст. 59 ГПК РФ, ст. 67 АПК РФ) и усмотрение суда; 2) установление допустимости доказательств (ст. 60 ГПК РФ, ст. 68 АПК РФ) и

¹ См(> например Треушников МК Указ соч С 31, Молчанов В В. Собирание доказательств в гражданском процессе М.1991 С 8, Власов А А. Должен ли суд нести ответственность за доказывание // Современное право 2001. №1 С 34

² См Решетникова ИВ Курс доказательственного права в российском гражданском Процессе М, 2000 С 83

дискреция; 3) оценка доказательств (ст. 67 ГПК РФ, ст. 71 АПК РФ) и усмотрение суда.

Вначале отметим, что исследование поставленных проблем не связано с рассмотрением дискуссионных в юридической литературе вопросов о понятии, субъектах, видах доказательственной деятельности, правовой природе и содержании института распределения доказательственных обязанностей и т.п.¹ В рамках настоящей работы необходимо определить, осуществляется ли судебское усмотрение при установлении фактических обстоятельств конкретного дела.

Определение относимости доказательств и усмотрение суда. Из всех представляемых участвующими в деле лицами доказательств суд отбирает для дальнейшего исследования и обоснования мотивов решения только те из них, которые имеют связь с фактами, подлежащими установлению.

В процессе определения фактических обстоятельств по делу суд должен, с одной стороны, привлечь необходимые доказательства и, с другой стороны, исключить загромождающие процесс фактические данные.

В отечественной юридической литературе выработано верное мнение, согласно которому решение проблемы относимости доказательств распадается на два этапа.

(1) Требуется правильно определить относимость к делу фактов, для установления которых привлекаются доказательства².

(2) Следует решить, может ли представляемое или истребуемое судебное доказательство по содержанию подтвердить или опровергнуть относимые к делу факты, т.е. способно ли доказательство устанавливать факты³.

(1) Зарубежные ученые стран общего права отмечают, что юридические нормы и усмотрение суда являются взаимосвязанными понятиями. К. Хокинс (K. Hawkins), например, указывает, что усмотрение применяется как при толковании норм права, так и в процессе их примене-

¹ См. подробнее: Треушников М.К. Указ. соч. С. 127.

² См. подробнее; Кдейнмак А.Ф. Основные вопросы теории доказательств в советском гражданском процессе. М., 1950. С. 35-36.

³ См.: Теория доказательств в советском уголовном процессе. М., 1973. С. 247; Треушников М.К. Относимость и допустимость доказательств в гражданском процессе. М., 1981. С. 28.

ния¹. К. Хокинс (K. Hawkins) соотносит взаимосвязь усмотрения и юридических норм с различием между правоустанавливающими решениями, с одной стороны, и побудительными - с другой. Он указывает, что суд должен определить содержание и применимость в конкретном случае нормы права. К. Хокинс (K. Hawkins) считает, что «даже в том случае, если содержание нормы кажется ясным, должны быть истолкованы факты, к которым предполагается применить норму». По мнению ученого, в целях применения конкретной юридической нормы, во-первых, необходимо провести толкование обстоятельств по делу; во-вторых, допустить, что собранные факты позволяют применить к ним конкретную юридическую норму².

А. Барак отмечает, что «судейское усмотрение при установлении фактов принято в любом обществе». Ученый полагает, что определение судом представленных фактов и нормы права, согласно которой подлежит разрешить дело, свидетельствует о побочном (случайном) характере судейского усмотрения. «Усмотрение является не целью процесса, а его побочным продуктом»³, - считает А. Барак.

Приведенные мнения зарубежных ученых применимы и к отечественному гражданскому и арбитражному процессам. На наш взгляд, с ними следует согласиться.

Российские специалисты, исследуя поставленную проблему, приходят к дополнительным выводам. Так, А.Т. Боннер указывает, что «решения, принимаемые на основе судебного усмотрения, должны полностью соответствовать обстоятельствам дела. Применение материально-правовых и процессуальных ситуационных норм, сформулированных по типу «суд вправе», «суд может» и т.п., должно отвечать обстоятельствам конкретного случая».

Д.Б. Абушенко, рассматривая проблему установления фактических обстоятельств, поднимает два вопроса: «...имеют ли вообще какое-то значение (для акта, принимаемого на основе усмотрения) обстоятельства, указанные в гипотезе нормы? Не являются ли они просто некоторой общей предпосылкой для применения нормы, которая, в свою очередь, уполномочивает правоприменительный орган принять один из возмож-

1 Hawkins K Using Legal Discretion // The Uses of Discretion. P. 35.

2 Ibidem.

3 Барак А Указ. соч. С. 349.

4 Боннер А Т. Указ. соч. С. 47.

ных правоприменительных актов?»¹ В результате исследования ученый приходит к выводу о том, что «правоприменитель в решении вопроса, отданного на его усмотрение, сам, во-первых, дополняет (при простом указании) либо конкретизирует (при использовании оценочных категорий) перечень фактов, входящих в юридический состав, и, во-вторых, в ряде случаев создает специальное правило для выбора конкретного акта из тех, что предусмотрены законодателем»² На наш взгляд, ученый смещает акцент исследования в сторону анализа процесса принятия судом того или иного решения по усмотрению Вместе с тем Д.Д Абу-шенко правильно не отрицается наличие усмотрительного элемента при установлении судом фактических обстоятельств по делу

В настоящее время в отечественном гражданском и арбитражном процессах собирание и представление доказательств являются обязанностью процессуально равноправных сторон и других лиц, участвующих в деле. По основному правилу суд собиранием доказательств не занимается. Он при сохранении беспристрастности создает условия для всестороннего и полного исследования обстоятельств дела

Одним из необходимых условий всестороннего и полного исследования фактических обстоятельств является активное участие суда в определении совокупности юридических фактов, от установления которых зависит правильное разрешение дела

Согласно п. 2 ст 56 ГПК РФ суд определяет, какие обстоятельства имеют значение для дела, какой стороне надлежит их доказывать, выносит обстоятельства на обсуждение, даже если стороны на них не ссылались.

В силу п. 2 ст. 65 АПК РФ обстоятельства, имеющие значение для правильного рассмотрения дела, определяются арбитражным судом на основе требований и возражений лиц, участвующих в деле, в соответствии с подлежащими применению нормами материального права.

На наш взгляд, указанные нормы Гражданского процессуального и Арбитражного процессуального кодексов закрепляют осуществление судейского усмотрения, поскольку являются относительно-определенными, содержат в себе категорию выбора, специальным пределом которого выступает требование определения только тех обстоятельств, которые имеют значение для дела. Дополнительными пределами выбора, установленными нормой п. 2 ст. 65 АПК РФ, являются требования и

¹ АбушенкоДБ Указ соч С 16

² Там же

возражения лиц, участвующих в деле, и содержание норм материального права, регулирующих спорные правоотношения

Отметим, что и в гражданском судопроизводстве пределом выбора при применении судейского усмотрения в процессе установления юридически значимых обстоятельств является комплекс норм материального права, регулирующих конкретные правоотношения, который закрепляет стабильный для данного вида дел круг указанных обстоятельств. Суд по усмотрению может сократить или расширить названный перечень. В связи с этим следует признать более корректной формулировку нормы ст 65 АПК РФ, прямо закрепляющую указанный предел выбора при осуществлении судейского усмотрения.

В российском гражданском и арбитражном процессах отсутствует правило, в силу которого суд должен исследовать только те обстоятельства, на которые ссылаются стороны. Определение круга юридически значимых обстоятельств осуществляется с применением судейского усмотрения. Суд, допустив доказательство одной стороны по обстоятельству, признанному судом в качестве имеющего значение для правильного рассмотрения дела, не может применить усмотрение и отказать противоположной стороне в представлении доказательств, опровергающих это обстоятельство. Ненадлежащее осуществление усмотрения суда в части определения указанных обстоятельств влечет за собой отмену решения.

(2) Статья 59 ГПК РФ закрепляет, что суд принимает только те доказательства, которые имеют значение для рассмотрения и разрешения дела. Статья 67 АПК РФ устанавливает, что арбитражный суд принимает только те доказательства, которые имеют отношение к рассматриваемому делу. По нашему мнению, приведенные нормы закрепляют осуществление судейского усмотрения, поскольку являются относительно широкими, не указывают перечень относимых к тому или иному делу доказательств, устанавливают применение категории выбора, пределом которого выступает требование «значения» или «отношения» доказательств к рассматриваемому делу. Таким образом, относимость доказательств по конкретному делу определяется по усмотрению суда.

Так, суд применяет усмотрение в процессе определения относимых фактов и доказательств при разрешении споров, вытекающих из правоотношений, урегулированных относительно-определенными нормами материального права, когда суд учитывает обстоятельства дела и оценивает или иные факты с точки зрения их правовой значимости.

Например, в соответствии с п. 5 ст. 87 Семейного кодекса РФ дети могут быть освобождены от обязанности по содержанию своих нетрудоспособных нуждающихся в помощи родителей, если судом будет установлено, что родители уклонялись от выполнения обязанностей родителей. Формулировка «могут быть освобождены» означает, что суд применяет усмотрение, во-первых, при решении вопроса об освобождении или не освобождении детей от указанной обязанности, во-вторых, при установлении в судебном заседании обстоятельств дела, свидетельствующих об уклонении или не уклонении родителей от выполнения обязанностей родителей.

Сложно согласиться с мнением О.В. Баулина о том, что «сами по себе формулировки «заслуживающие внимания интересы», «разумные меры» включают выраженный субъективный элемент»¹. Осуществляя усмотрение, суд не должен руководствоваться личностными моментами.

Представляется, что суд применяет усмотрение при установлении юридического значения относительно-определенных обстоятельств, прямо в законе не установленных. Пределом выбора в данном случае являются не конкретные законодательные ориентиры, а сформированный судом круг доказательственных фактов, применимый к конкретной правовой ситуации. Приведенное положение подчеркивает необходимость мотивированного закрепления в процессуальном документе применения дискреции.

В процессе рассмотрения и разрешения дел суд применяет усмотрение при конкретизации обобщающих понятий, с которыми связаны правовые последствия, поскольку они проявляются в конкретной ситуации в определенных фактах, которые должны быть обоснованы относимыми доказательствами. Например, решение суда об уменьшении размера взыскиваемой госпошлины должно быть обосновано доказательствами, свидетельствующими о фактах трудного материального положения истца, ненадлежащих условиях работы.

Судейское усмотрение осуществляется не только при установлении фактов материально-правового значения (предмета доказывания), доказательственных фактов, но и при: определении фактов, являющихся основанием совершения отдельных процессуальных действий: по принятию мер обеспечения иска или их отмене, отложению судебного раз-

¹ Баулин О В Бремя доказывания при разбирательстве гражданских дел. М.: Еуродец, 2004. С. 72

бирательства и т.п. Для совершения перечисленных процессуальных действий нужны определенные фактические основания. Фактические основания отказа в принятии заявления, прекращения производства по делу, оставления заявления без рассмотрения, приостановления производства по делу перечислены в законе (ст. 134, 220, 222, 215, 216 ГПК РФ, ст. 143, 144, 148, 150 АПК РФ), обстоятельства, необходимые для принятия мер обеспечения иска, отложения производства по делу, отсрочки исполнения решения, изменения способа его исполнения, представлены в законе в обобщающей форме, что включает в себя категорию выбора, рассчитано на учет обстоятельств конкретного случая и связано с применением судейского усмотрения. Например, обеспечение иска допускается во всяком положении дела, если непринятие мер обеспечения может затруднить или сделать невозможным исполнение решения суда (ст. 139 ГПК РФ). В п. 1 ст. 324 АПК РФ устанавливается, что при наличии обстоятельств, затрудняющих исполнение судебного акта, арбитражный суд, выдавший исполнительный лист, по заявлению взыскателя, должника или судебного пристава-исполнителя вправе отсрочить или рассрочить исполнение судебного акта, изменить способ и порядок его исполнения. Указания на конкретные факты приведенные нормы не содержат. Суд применяет усмотрение при конкретизации фактических оснований с учетом имеющихся доказательств.

Согласно ст. 79 ГПК РФ в случае уклонения стороны от участия в экспертизе, когда по обстоятельствам дела без участия данной стороны экспертизу провести невозможно, суд в зависимости от того, какая из сторон уклоняется от экспертизы, а также какое для нее она имеет значение, вправе признать факт, для выяснения которого экспертиза была назначена, установленным или опровергнутым. Применение приведенной нормы процессуального права должно осуществляться судом на основании осуществления усмотрения с учетом обстоятельств конкретного дела

Так, при подготовке дел об установлении отцовства к судебному разбирательству и в ходе рассмотрения дела судья (суд) в необходимых случаях для разъяснения вопросов, связанных с происхождением ребенка, вправе с учетом мнения сторон и обстоятельств по делу назначить экспертизу.

Заключение экспертизы по вопросу о происхождении ребенка, в том числе проведенной методом генетической дактилоскопии, в силу ст. 86 ГПК РФ является одним из доказательств, которое должно быть

оценено судом в совокупности с другими имеющимися в деле доказательствами, поскольку в соответствии с ч 2 ст 67 ГПК РФ никакие доказательства не имеют для суда заранее установленной силы.

Исходя из ст. 79 ГПК РФ, неявка стороны на экспертизу по делам об установлении отцовства, когда без этой стороны экспертизу провести невозможно, либо непредставление экспертам необходимых предметов исследования сами по себе не являются безусловным основанием для признания судом установленным или опровергнутым факта, для выяснения которого экспертиза была назначена

Этот вопрос разрешается судом по усмотрению в каждом конкретном случае в зависимости от того, какая сторона, по каким причинам не явилась на экспертизу или не представила экспертам необходимые предметы исследования, а также какое значение для нее имеет заключение экспертизы, исходя из имеющихся в деле доказательств в их совокупности¹.

Судейское усмотрение осуществляется в процессе заслушивания объяснений сторон и третьих лиц (ст 68 ГПК РФ, ст. 81 АПК РФ), свидетельских показаний (ст. 69 ГПК РФ, ст 88 АПК РФ), ознакомления с письменными (ст 71 ГПК РФ, ст. 75 АПК РФ), вещественными доказательствами (ст. 73 ГПК РФ, ст. 76 АПК РФ), заключением эксперта (ст 86 ГПК РФ, ст 86 АПК РФ)

Судебная практика разных лет подтверждает приведенные положения.

Так, в постановлении по одному из дел судебная коллегия Федерального арбитражного суда Московского округа указала, что «суд первой инстанции правомерно отказал в удовлетворении требований Кулеш Г.М. о взыскании процентов по вкладам № 3609 от 04.09.97 и № 3438 от 22.08.97 за период с 29.10.98 по 01.02.00, поскольку этот вывод суда основан на материалах дела, в том числе положениях спорных договоров, из которых вытекает, что проценты по вкладам не начисляются в случае, если срок договора истек и вкладчик не требует возврата вкладов».

Помимо этого судебная коллегия отметила, что «заявитель не представил надлежащих доказательств предъявления к должнику своих заявлений о возврате вкладов, ибо в материалах дела содержатся лишь

¹ См постановление Пленума Верховного Суда РФ от 25 октября 1996 г «О применении судами Семейного кодекса Российской Федерации при рассмотрении дел об установлении отцовства и взыскании алиментов» // Российская газета 1996 5 ноября

ксерокопии указанных заявлений, на которых к тому же отсутствуют какие-либо отметки ответчика, свидетельствующие о том, что последние ему предъявлялись, в связи с чем утверждения в жалобе заявителя о том, что такие заявления им предъявлялись, коллегия признала несостоятельными, ибо обратное противоречило бы требованиям ст 64 АПК РФ»¹

В приведенном примере арбитражный суд сослался на норму п. 1 ст 64 АПК РФ, закрепляющую установление судом наличия или отсутствия обстоятельств, обосновывающих требования и возражения лиц, участвующих в деле, или иных обстоятельств, имеющих значение для правильного рассмотрения дела. Указанная норма Арбитражного процессуального кодекса не перечисляет круг относимых к делу обстоятельств. Она устанавливает, что решение данного правового вопроса основывается на специфике конкретного случая и ограничивается выбором между «обстоятельствами, обосновывающими требования и возражения лиц, участвующих в деле» («обстоятельствами, имеющими значение для дела») и «обстоятельствами, не обосновывающими требования и возражения лиц, участвующих в деле» («обстоятельствами, не имеющими значения для дела»). Следовательно, в процессе рассмотрения данного дела арбитражный суд на основании усмотрения определил круг юридических фактов, подлежащих установлению и доказыванию, дал им юридическую оценку, сделал правильный выбор, указав, что обстоятельства, на которые ссылался заявитель, не обосновывают его требования.

Современная отечественная судебная практика и практика десятилетней давности показывают, что ненадлежащее применение судом первой инстанции усмотрения при установлении фактов, имеющих значение для правильного разрешения дела, - это наиболее часто встречающийся недостаток судебных решений.

Так, в газете «Невское время» 19 августа 1992 г. была опубликована статья «Слухи о пытках сильно преувеличены». Содержание статьи основывалось на ответе исполнявшего обязанности прокурора г. Санкт-Петербурга на запрос по поводу действий работников следственного изолятора в отношении адвоката Мj В статье, в частности, указывалось, что действительно был произведен личный досмотр адвоката М., но это

¹ Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 25 ноября 2003 г. № КГ-А40/9264-03 // Справочная правовая система «Гарант».

сделано на законных основаниях, ибо обвиняемым Шутовым и его защитником М. допускались грубые нарушения требований инструкции о работе изоляторов ОВД, выразившиеся в попытке незаконной передачи обвиняемому письменной информации.

В связи с этим адвокат М. обратился в суд с иском, уточненным им в судебном заседании, в котором просил признать, что письменное сообщение и.о. прокурора г. Санкт-Петербурга о попытке передать им, адвокатом М., письменную информацию обвиняемому Шутову не соответствует действительности и что произведенный в отношении него обыск незаконен. Адвокат М. считает, что ему причинен моральный вред, который он просил возместить в размере 2 млн руб.

Санкт-Петербургский городской суд в иске М. отказал, ссылаясь, в частности, на то, что ни в письме прокурора, ни в публикации его в газете не указано, что конкретно адвокатом М. была предпринята, а работниками следственного изолятора предотвращена попытка незаконной передачи Шутову письменной информации. Такую субъективную трактовку документа и публикации дал истец, и она не может быть, по мнению городского суда, принята во внимание.

Между тем с таким выводом согласиться нельзя, поскольку он противоречит содержанию статьи. Суд не учел и не дал оценку записи в статье «Слухи о пытках сильно преувеличены» о том, что защитником Шутова допускались грубые нарушения требований инструкции о работе изоляторов ОВД, выразившиеся в попытке незаконной передачи обвиняемому письменной информации.

Из содержания статьи усматривается, что М. является защитником Шутова. Суд же не выяснил, порочат ли честь и достоинство адвоката М. приведенные сведения, тем более что, по словам М., он не нарушал правовых норм. Поэтому нельзя признать судебное решение законным и обоснованным¹.

Таким образом, в приведенном примере суд общей юрисдикции первой инстанции неправильно определил относимость к делу фактов, для установления которых должны были привлекаться доказательства, в соответствии со ст. 56 ГПК РФ. Указанная норма ГПК РФ закрепляет осуществление судьейского усмотрения, поскольку является относительно-определенной, содержит в себе категорию выбора, специальным пределом которого выступает требование определения только тех обстоя-

1 Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 1995. № 6. С. 3.

тельств, которые имеют значение для дела. Суд первой инстанции также неверно ответил на вопрос, может ли конкретное судебное доказательство по содержанию подтвердить или опровергнуть относимые к делу факты, т.е. способно ли доказательство устанавливать факты, в соответствии со ст. 59 ГПК РФ. Приведенная норма закрепляет осуществление судьейского усмотрения, поскольку является относительно-определенной, не указывает перечень относимых к делу доказательств, устанавливает применение категории выбора, пределом которого выступает требование «значения» доказательств для рассмотрения и разрешения дела. Итак, в приведенном примере следует говорить о ненадлежащем применении судьейского усмотрения, во-первых, при установлении фактов, имеющих значение для правильного разрешения дела, во-вторых, при определении относимости доказательств. Решение суда первой инстанции было отменено.

В современной судебной практике встречаются категории дел, отличающиеся сложностью применения усмотрения при установлении юридических фактов, входящих в предмет доказывания, в силу объективных причин.

Подобная ситуация складывается, например, в процессе рассмотрения и разрешения арбитражными судами дел, связанных с применением мер имущественной ответственности к нарушителям договорных обязательств. Арбитражные суды должны быть перегружены рассмотрением подобных исков, поскольку «среди мер гражданско-правовой ответственности главная роль принадлежит возмещению убытков»¹. На практике дело обстоит иначе. Количество исков о возмещении убытков ежегодно снижается. Так, в 2001 г. они составили один процент от всех рассмотренных арбитражными судами дел, по сравнению с 2000 г. их количество уменьшилось на 2,7 процента. В 2002 г. количество указанных дел уменьшилось по сравнению с 2001 г. на 1,8 процента². Следовательно, институт возмещения убытков фактически не работает. Обусловлено подобное положение, в частности, сложностью применения усмотрения при установлении юридических фактов в процессе рассмотрения и разрешения исков о возмещении убытков в силу объективных причин. Изучение современной арбитражной судебной практики показывает, что суду проблематично осуществлять усмотрение при установ-

1 Яковлев В.Ф. Россия: экономика, гражданское право (вопросы теории и практики). М., 2000. С. 100.

2 Арбитражная практика. 2003. № 11. С 83.

лении факта и размера реального ущерба, упущенной выгоды. Так, в случае возникновения нестандартной ситуации, когда факт и размер ущерба не являются явными (например, вследствие простоя оборудования из-за нарушения энергоснабжающей организацией договорных обязательств по поставке электроэнергии или по причине срыва поставки контрагентом комплектующих), пострадавшая сторона и суд оказываются в сложном положении, пытаясь рассчитать и обосновать понесенные убытки. Установление юридических фактов в данном случае требует подготовки большого количества документов, дорогостоящей и трудоемкой работы по фиксации, обоснованию и расчету убытков и т.д. Судебные работники отмечают, что «проблема заключается в том, что на сегодняшний день практически нет современных методик расчета убытков, наступающих вследствие наиболее распространенных нарушений договорных обязательств. В результате сложно правильно и обоснованно сделать расчет»¹. Процесс доказывания затрудняется расплывчатостью формулировки п. 1 ст. 15 ГК РФ в отношении предварительного определения субъектами договорных отношений в заключаемых ими договорах размера убытков², отсутствием в действующем гражданском законодательстве РФ и постановлениях Пленума ВАС РФ понятия виновности субъекта хозяйственной деятельности в совершении нарушения договорных обязательств.

В качестве примера приведем одно из дел, рассмотренных Арбитражным судом Смоленской области, в котором юридическое лицо предъявило иск к аудиторской фирме о взыскании убытков, возникших у него в связи с уплатой налоговых санкций. Санкции были начислены за составы налоговых нарушений, связанных с неправильным отражением истцом в 2000 г. ряда бухгалтерских операций по счетам бухгалтерского учета, Истец ссылаясь на то, что убытки возникли вследствие ненадлежащего выполнения аудиторской фирмой договорных обязательств по проведению аудиторской проверки.

¹ Цветков И.В. Применение мер ответственности к нарушителям договорной дисциплины // Арбитражная практика. 2003, № 11. С. 83.

² Подобный способ определения размера убытков, носящий название «заранее согласованных убытков», упростил бы процесс доказывания в суде. Данная методика широко распространена в зарубежной коммерческой практике (см. подробнее: Комаров А.С. Ответственность в коммерческом обороте, М., 1991).

Арбитражный суд не усмотрел противоправности в поведении ответчика. Суд пришел к выводу, что «аудиторская фирма лишь высказала свое мнение о качестве бухгалтерской отчетности истца и выполненные ответчиком работы были приняты истцом без замечаний и возражений». Суд не усмотрел причинно-следственной связи между возникшими у истца убытками по уплате налоговых санкций и результатами аудиторской проверки, указав, что объектом аудиторской проверки являлись бухгалтерские документы, а не документы, относящиеся к налоговой отчетности.

Очевидно, что при подобном подходе судов к установлению относимых фактов при рассмотрении и разрешении аналогичных дел привлечь аудиторские фирмы к ответственности в форме возмещения причиненных убытков практически невозможно.

Таким образом, приведенный пример демонстрирует ненадлежащее применение судьейского усмотрения при установлении юридических фактов в процессе рассмотрения и разрешения определенной категории дел ввиду объективной сложности доказывания. Для исправления ситуации, сложившейся с применением обозначенной меры имущественной ответственности, необходимо изменение применения усмотрения суда при определении относимости к делу юридических фактов, для установления которых должны привлекаться доказательства. В частности, в процессе рассмотрения и разрешения исков о взыскании убытков судьейское усмотрение должно применяться не для определения противоправности поведения ответчика как условия, необходимого для взыскания, а в целях установления неправомерности действий обязанного лица¹. В подобной ситуации суд будет осуществлять усмотрение при определении выбора ненадлежащего или надлежащего исполнения договорных обязательств с привлечением относимых доказательств. Для освобождения от ответственности суду необходимо будет определить положение (правило), в соответствии с которым обязанное лицо имеет право совершать оспариваемые действия. Осуществление судьейского усмотрения подобным образом будет соответствовать задачам судопроизводства, закрепленным в ст. 2 АПК РФ, в частности содействию становления и развития партнерских деловых отношений, формированию обычаев и этики делового оборота.

¹См. подробнее: Комаров А.С. Ответственность в коммерческом обороте. М., 1991; Пу-гтскийБИ, СафиуминДН. Правовая экономика проблемы становления. М., 1991,

Подведем итог рассмотрению проблемы относимости доказательств и судебного усмотрения.

Определение судом относимости к делу фактов, для установления которых привлекаются доказательства, в силу норм Гражданско-процессуального и Арбитражно-процессуального кодексов осуществляется с применением судебного усмотрения, поскольку соответствующие нормы законов являются относительно-определенными, содержат в себе категорию выбора.

Специальными пределами выбора, применяемыми при осуществлении дискреции в процессе определения относимости к делу фактов в арбитражном и гражданском процессах, являются:

- — требование определения только тех обстоятельств, которые имеют значение для дела;
- — комплекс норм материального права, регулирующих конкретные правоотношения, который закрепляет стабильный для данного вида дел круг указанных обстоятельств¹. (Суд по усмотрению может сократить или расширить названный перечень.);
- — сформированный судом круг доказательственных фактов, применимый к конкретной правовой ситуации, при установлении юридического значения относительно-определенных обстоятельств, прямо в законе не установленных.

Дополнительным пределом выбора, применяемым в арбитражном судопроизводстве, установленным нормой п. 2 ст. 65 АПК РФ, являются требования и возражения лиц, участвующих в деле.

Статья 59 ГПК РФ закрепляет, что суд принимает только те доказательства, которые имеют значение для рассмотрения и разрешения дела. Статья 67 АПК РФ устанавливает, что арбитражный суд принимает только те доказательства, которые имеют отношение к рассматриваемому делу. Приведенные нормы закрепляют осуществление судебного усмотрения, поскольку являются относительно-определенными, не указывают перечень относимых к тому или иному делу доказательств, устанавливают применение категории выбора, пределом которого выступает требование «значения» или «отношения» доказательств к рассматриваемому делу. Таким образом, относимость доказательств по конкретному делу определяется по усмотрению суда.

¹ Данный предел закреплен нормой п. 2 ст. 65 АПК РФ и не установлен гражданским процессуальным законодательством.

Суд применяет усмотрение в процессе определения относимых фактов и доказательств при разрешении споров, вытекающих из правоотношений, урегулированных относительно-определенными нормами материального права, когда суд учитывает обстоятельства дела и оценивает те или иные факты с точки зрения их правовой значимости.

В процессе рассмотрения и разрешения дел суд применяет усмотрение при конкретизации обобщающих понятий, с которыми связаны правовые последствия, при определении фактов, являющихся основанием совершения отдельных процессуальных действий, в процессе заслушивания объяснений сторон и третьих лиц (ст. 68 ГПК РФ, ст. 81 АПК РФ), свидетельских показаний (ст. 69 ГПК РФ, ст. 88 АПК РФ), ознакомления с письменными (ст. 71 ГПК РФ, ст. 75 АПК РФ), вещественными доказательствами (ст. 73 ГПК РФ, ст. 76 АПК РФ), заключением эксперта (ст. 86 ГПК РФ, ст. 86 АПК РФ).

Приведенные положения подчеркивают необходимость мотивированного закрепления в процессуальном документе применения судейского усмотрения.

Современная отечественная судебная практика показывает, что ненадлежащее применение судом первой инстанции усмотрения при установлении фактов, имеющих значение для правильного разрешения дела, - это наиболее часто встречающийся недостаток судебных решений.

Установление допустимости доказательств и усмотрение суда.

В соответствии со ст. 55 ГПК РФ для установления обстоятельств по конкретному делу участниками гражданского процесса применяются следующие средства доказывания: объяснения сторон и третьих лиц, показания свидетелей, письменные, вещественные доказательства, аудио- и видеозаписи, заключение эксперта. Статья 60 ГПК РФ гласит, что обстоятельства дела, которые по закону должны быть подтверждены определенными средствами доказывания, не могут подтверждаться другими средствами доказывания¹.

Пункт 2 ст. 64 АПК РФ устанавливает, что в арбитражном процессе в качестве доказательства допускаются письменные и вещественные доказательства, объяснения лиц, участвующих в деле, заключения экспертов, показания свидетелей, аудио- и видеозаписи, иные документы и материалы. Статья 68 АПК РФ гласит, что обстоятельства дела, которые

¹ См. подробнее о допустимости доказательств: Треушнжов М.К. Судебные доказательства С. 133¹153.

согласно закону должны быть подтверждены определенными доказательствами, не могут подтверждаться в арбитражном суде иными доказательствами.

Нормы, закрепленные в указанных статьях, применяются судами совместно с определенной нормой права различных отраслей, регулирующих спорное правоотношение, что подтверждается, в частности, постановлениями Пленума Верховного Суда РФ.

Например, Верховный Суд РФ указывает, что при рассмотрении заявления об усыновлении, поданного лицом, состоящим в браке, суд применяет п. 1 ст. 133 СК РФ, в соответствии с которым усыновление возможно только при наличии согласия супруга заявителя.

Исключение составляют случаи, когда судом, рассматривающим заявление об усыновлении, устанавливается, что супруги прекратили семейные отношения, не проживают совместно более года и место жительства супруга заявителя неизвестно

Указанные обстоятельства могут быть установлены любыми средствами доказывания, предусмотренными ст. 49 ГПК РСФСР (ст. 55 ГПК РФ), а также вступившим в законную силу решением суда о признании этого супруга безвестно отсутствующим¹.

При рассмотрении дел об установлении отцовства и взыскании алиментов в отношении детей, родившихся после введения в действие

Семейного кодекса РФ (т.е. 1 марта 1996 г. и после этой даты), суд, исходя из ст. 49 СК РФ, принимает во внимание любые доказательства, с достоверностью подтверждающие происхождение ребенка от конкретного лица. К таким доказательствам относятся любые фактические данные, установленные с использованием средств доказывания, перечисленных в ст. 49 ГПК РСФСР (ст. 55 ГПК РФ)².

При рассмотрении жалобы на постановление по делу об административном правонарушении суд вправе использовать любые средства доказывания, предусмотренные законом (ст. 49 ГПК РСФСР, ст. 55 ГПК РФ), в том числе и заключения экспертов

¹ См, постановление Пленума Верховного Суда РФ от 4 Июля 1997 г. «О применении судами законодательства при рассмотрении дел об установлении отцовства» // Российская газета. 1997.19 июля.

² См, постановление Пленума Верховного Суда РФ от 25 октября 1996 г. «О применении судами Семейного кодекса Российской Федерации при рассмотрении дел об установлении отцовства и взыскании алиментов» // Российская газета. 1996,5 ноября.

³ См. постановление Пленума Верховного Суда РФ от 14 апреля 1988 г, «О некоторых вопросах рассмотрения судами в порядке гражданского судопроизводства жалоб на по-

При рассмотрении дел об ограничении дееспособности граждан, злоупотребляющих спиртными напитками и наркотическими веществами, судами могут быть использованы любые средства доказывания, перечисленные в ст. 49 ГПК РСФСР (ст. 55 ГПК РФ), в частности свидетельские показания, акты милиции и общественных организаций, справки из медицинских вытрезвителей, акты администрации об отстранении лица от работы в связи с появлением в нетрезвом состоянии либо в состоянии наркотического опьянения, копии решений судов по делам о восстановлении на работе лиц, уволенных по п. 7 ст. 33 КЗоТ Российской Федерации, документы о доходах семьи и количестве ее членов, а также другие материалы, подтверждающие факты злоупотребления спиртными напитками или наркотическими средствами и характеризующие материальное положение семьи¹.

При рассмотрении дел об установлении отцовства причины, по которым родитель более шести месяцев не проживает совместно с ребенком, уклоняется от его воспитания и содержания, устанавливаются судом при рассмотрении заявления об усыновлении на основании исследования и оценки в совокупности всех представленных доказательств (например, сообщения органов внутренних дел о нахождении родителя, уклоняющегося от уплаты алиментов, в розыске, показаний свидетелей и других допустимых доказательств)².

М.А. Гурвич полагает, что в гражданском процессе суд по своему усмотрению вправе отойти от правила допустимости доказательств, Ученый пишет, что «в жизни могут встретиться, и практика это подтверждает, отдельные случаи, когда правовой интерес... настолько велик, что необходимость его охраны преодолевает барьер правила допустимости, когда отказ в защите из соблюдения формы превращается в формализм... В этих исключительных случаях вопрос решает принцип объективной истины, осуществляемый в данном случае по соображени-

становления по делам об административных правонарушениях» (в ред. от 21.12.93) // Сборник постановлений Пленума Верховного Суда РФ. М.: Юрид. лит., 1994.

1 См. постановление Пленума Верховного Суда РФ от 4 мая 1990 г. «О практике рассмотрения судами Российской Федерации дел об ограничении дееспособности граждан, злоупотребляющих спиртными напитками и наркотическими веществами» // Сборник постановлений Пленума Верховного Суда РФ. М.: Юрид. лит., 1994.

2 См. постановление Пленума Верховного Суда РФ от 4 июля 1997 г. «О применении судами законодательства при рассмотрении дел об установлении отцовства» // Российская газета. 1997.19 июля.

ям неформалистического общего характера советской самой по себе строгой процессуальной формы»¹.

На наш взгляд, в гражданском процессе при установлении допустимости доказательств по конкретному делу суд не вправе по своему усмотрению отступить от предписаний, содержащихся в федеральных законах или иных нормативных актах, которые указывают на применение определенных средств доказывания из числа предусмотренных в ст. 55 ГПК РФ.

Например, при установлении психического состояния лица в случае предъявления заявления о признании его недееспособным судом должна быть назначена судебно-психиатрическая экспертиза (ст. 283 ГПК РФ).

Правила допустимости доказательств, от которых суд не может отступить по своему усмотрению, действуют в случае установления фактов об условиях сделок. Например, по иску об освобождении от ареста имущества, оценивая в совокупности собранные по делу доказательства и решая вопрос о возможности удовлетворения иска, суд должен руководствоваться требованиями ст. 60 ГПК РФ о том, что принадлежность отдельных видов имущества может быть подтверждена лишь определенными средствами доказывания. При отсутствии таких доказательств иск не подлежит удовлетворению².

В том случае, если стороны заявляют, что истребуемое из-под ареста имущество получено супругами в период брака в дар, то суд обязан проверять, действительно ли имел место договор дарения и кому было подарено имущество — одному из супругов или обоим, поскольку от этого зависит правильное решение вопроса о том, подлежат ли удовлетворению исковые требования, а если подлежат, то полностью либо частично (ст. 36 Семейного кодекса РФ). При отсутствии допустимых законом доказательств, подтверждающих наличие договора дарения имущества одному из супругов, это имущество относится судом к общей совместной собственности супругов³.

По нашему мнению, при установлении допустимости доказательств по конкретному делу суд общей юрисдикции применяет усмот-

¹ Гурвич М.А. Судебное решение. Теоретические проблемы С. 61.

² См. постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23 апреля 1985 г. «О практике рассмотрения судами Российской Федерации; дея об освобождении имущества от ареста (исключения из описи)» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1988. Ш 7.

³ См, там же.

рение в отношении выбора одного или нескольких средств доказывания, указанных в ст. 55 ГПК РФ, в случае, если в законе отсутствует прямое указание на средства доказывания для установления определенных юридических фактов.

Правило допустимости доказательств, установленное вышеприведенными нормами, означает, что суд общей юрисдикции не вправе по своему усмотрению заменить средство доказывания, предписанное в законе, на другое, указанное в ст. 55 ГПК РФ. Вместе с тем для подтверждения факта или его опровержения суд может использовать дополнительно и другие средства доказывания, если этого требуют обстоятельства дела, исходя из закрытого перечня ст. 55 ГПК РФ. На наш взгляд, в указанной ситуации потребность в привлечении иных средств доказывания и их количество устанавливаются судом по усмотрению. Пределами выбора в данном случае являются нормы материального права, регулирующие конкретное правоотношение, обстоятельства конкретного дела, цели судопроизводства, поскольку в силу ч. 2 ст. 50 Конституции РФ, ч. 2 ст. 55 ГПК РФ недопустимо использование доказательств, полученных с нарушением закона.

В судебной практике разных лет встречалось и встречается ненадлежащее применение усмотрения при установлении допустимости доказательств.

Так, по одному из дел прокурор г. Новороссийска обратился в суд с исковым заявлением в интересах несовершеннолетнего Дмитриева Д. к Кольцову о признании недействительным договора купли-продажи, по которому Анна - теща покупателя, действующая по доверенности от имени Дмитриева В. - отца Дмитриева Д., продала ответчику Уз доли жилого дома. По мнению прокурора, сделка совершена с нарушением требований закона: скрыт факт проживания в отчуждаемом жилом помещении несовершеннолетнего сына продавца, не получено согласие органа опеки и попечительства на продажу части дома, не имеется данных об уплате покупной цены в размере 20 млн руб., продавец злоупотреблял наркотиками и договор был заключен вследствие стечения тяжелых обстоятельств на явно невыгодных для него условиях, после смерти Дмитриева В. ответчик лишил его несовершеннолетнего сына возможности проживания в доме.

Дмитриева И. - опекун несовершеннолетнего Дмитриева Д., представлявшая его интересы, в заявлении от 6 мая 1997 г. просила признать

договор купли-продажи части дома недействительным, считая, что сделка была совершена фиктивно с целью получения земельного участка.

Решением Октябрьского районного суда г. Новороссийска от 11 июля 1997 г. (оставленным без изменения судебной коллегией по гражданским делам Краснодарского краевого суда) в удовлетворении заявленных требований отказано.

Президиум Краснодарского краевого суда отклонил протест прокурора края об отмене решений.

Заместитель Председателя Верховного Суда РФ в протесте также поставил вопрос об отмене судебных решений.

Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда РФ 20 сентября 1999 г. протест удовлетворила, указав, в частности, следующее.

В соответствии со ст. 54 ГПК РСФСР (ст. 60 ГПК РФ) обстоятельства дела, которые по закону должны быть подтверждены определенными средствами доказывания, не могут подтверждаться никакими другими средствами доказывания.

Сделка купли-продажи части жилого дома заключается письменно и была совершена в этой форме, поэтому условия такой сделки, а равно их выполнение могут подтверждаться только письменными доказательствами. В случае спора стороны лишены права ссылаться на свидетельские показания (п. 1 ст. 162 ГК РФ).

Как видно из п. 2 договора купли-продажи, доля жилого дома продана «за двадцать миллионов рублей, уплачиваемых покупателем продавцу полностью при подписании настоящего договора». Указания на то, что эта сумма уплачена, в договоре не содержится. Расписка продавца о получении цены за часть дома либо иные письменные доказательства, подтверждающие выполнение условия об уплате покупной цены, в материалах дела отсутствуют.

При таких данных вывод суда, признавшего лишь на основании свидетельских показаний установленным факт уплаты ответчиком покупной цены по договору, основан на недопустимых доказательствах и не может быть признан законным.

Судебные решения были отменены, а дело направлено на новое судебное рассмотрение¹.

См определение Судебной коллегии Верховного Суда РФ от 20 сентября 1999 г. «Вывод судебных инстанций о возможности отчуждения 2/3 долей дома без согласия органа опеки и попечительства при условии дальнейшего проживания собственника с несовершенно-

Таким образом, приведенный пример из судебной практики конца XX в. демонстрирует ненадлежащее применение усмотрения суда при установлении допустимости доказательств, поскольку определение фактических обстоятельств факта и условий сделки купли-продажи совмещается с привлечением письменных доказательств, на что прямо указано в законе. Суд не имел права по усмотрению отступать от приведенного правила. Для подтверждения факта купли-продажи или его опровержения суд мог по усмотрению использовать дополнительно к письменным доказательствам и другие средства доказывания из перечисленных в закрытом перечне ст. 55 ГПК РФ. Неблагоприятным последствием ненадлежащего применения судебного усмотрения явилась отмена решения суда.

Отметим, что к отмене решения суда общей юрисдикции может привести также ненадлежащее применение судебного усмотрения в отношении выбора достаточного числа средств доказывания в целях установления фактических обстоятельств по делу.

Данное положение представляется верным в силу своего подтверждения судебной практикой разных лет.

Так, Белов, Уварова, Дырдина, Ростовцева обратились в суд с иском к Управлению архитектуры и градостроительства администрации г. Липецка, предприятию «Ольга и Александр» об устранении препятствий в пользовании своими квартирами, расположенными в домах 55/1 и 55/3 по ул. Гагарина в г. Липецке, утверждая, что к перечисленным домам пристроен магазин «Ольга» с существенным нарушением строительных норм и правил: допущено примыкание крыши магазина к стенам жилых домов на уровне нижней части окон квартир истцов, в результате чего с крыши имеется свободный доступ к квартирам, у крыши нет стока, на ней скапливается пыль, грязь, зимой снег заносит окна, летом от покрытия крыши отражается тепло, в квартирах создается высокая температура, коробятся рамы окон. Этими обстоятельствами создаются невозможные для проживания условия.

Решением Советского районного суда г. Липецка от 20 января 1998 г. (оставленным без изменения судебной коллегией по гражданским делам Липецкого областного суда) в иске отказано.

волетним ребенком на оставшейся части дома признан неправильным в связи с неустановлением, имел ли ребенок право пользования жилыми помещениями в продажной части дома до сделки»//Бюллетень Верховного Суда РФ. 2000. № 4 С 19

Заместитель Председателя Верховного Суда РФ в протесте поставил вопрос об отмене судебных постановлений в связи с существенными нарушениями норм процессуального права.

Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда РФ, рассмотрев дело 8 февраля 1999 г. ввиду отсутствия кворума в президиуме Липецкого областного суда, протест удовлетворила, указав следующее.

Разрешая спор, суд признал, что пристроенное здание магазина «Ольга» к жилым домам, где проживают истцы, не создает каких-либо препятствий в пользовании истцами квартирами.

В основу своего вывода суд положил заключение экспертов Центральной воронежской лаборатории судебных экспертиз, согласно которому здание магазина «Ольга» соответствует проектной документации и не противоречит требованиям СНиП (строительных норм и правил).

Между тем судебная коллегия указывает, что экспертиза была назначена и проведена с существенными нарушениями норм процессуального права.

Как видно из протокола судебного заседания от 31 марта 1997 г., никто из лиц, участвующих в деле, не заявлял ходатайства о проведении экспертизы, суд не поставил этот вопрос на обсуждение по своей инициативе, не предложил сторонам высказать свое мнение относительно необходимости назначения экспертизы, того, кем она должна быть проведена и какие вопросы следует поставить на разрешение эксперта. Таким образом, судебная коллегия приходит к выводу, что, назначив судебно-строительную экспертизу без обсуждения указанных вопросов, суд нарушил права лиц, участвующих в деле, предусмотренные ст. 74 ГПК РСФСР (ст. 79 ГПК РФ). Согласно этой статье для разъяснения возникающих при рассмотрении дела вопросов, требующих специальных знаний в области науки, искусства, техники или ремесла, суд назначает эксперта; каждое лицо, участвующее в деле, вправе представить суду вопросы, которые должны быть разъяснены экспертом; окончательно круг вопросов, по которым требуется заключение эксперта, определяется судом; отклонение предложенных вопросов суд обязан мотивировать.

В силу ст. 77 ГПК РСФСР (ст. 86 ГПК РФ) эксперт дает свое заключение в письменной форме; записи эксперта должно содержать подробное описание произведенных исследований, сделанные в результате их выводы и обоснованные ответы на поставленные судом вопросы.

Судебная коллегия отмечает, что этим требованиям экспертное заключение не отвечает.

В нем не содержится подробного описания произведенных исследований, отсутствуют ссылки на положения СНиП, которым, по мнению экспертов, соответствуют проект и построенное по нему здание.

Заключение эксперта для суда необязательно и оценивается судом по правилам, установленным в ст. 56, 78 ГПК РСФСР (ст. 67, 86 ГПК РФ). Однако суд в решении привел в качестве доказательства лишь экспертное заключение, не сослался на иные материалы дела, в том числе те, которые ставят под сомнение выводы экспертов.

Так, по сообщению главного архитектора города, в процессе проектирования проектировщиками допущено некоторое завышение отметок кровли против нормативных, в нарушение проекта строительной организацией отметки завышены еще больше. Доводы истцов в этой части не учтены. Несмотря на противоречие экспертного заключения другим материалам дела, суд принял решение без вызова в суд и допроса экспертов в порядке ст. 180 ГПК РСФСР (ст. 187 ГПК РФ), без оценки всей совокупности исследованных доказательств.

«Таким образом, - делает вывод судебная коллегия, — суд при разрешении спора допустил существенные нарушения норм процессуального права, повлекшие вынесение незаконного решения, а суд кассационной инстанции оставил эти упущения без внимания. При таких обстоятельствах судебные постановления подлежат отмене, а дело — направлению на новое рассмотрение, в ходе которого суду надлежит с учетом изложенного тщательно проверить доводы истцов и возражения ответчиков, в соответствии с требованиями материального и процессуального права постановить решение»¹.

Итак, в приведенном примере суд общей юрисдикции ненадлежащим образом применил судебское усмотрение в процессе выбора достаточного числа средств доказывания, указанных в норме ст. 55 ГПК РФ. Неблагоприятным последствием в данном случае явилась отмена судебного решения.

По нашему мнению, в арбитражном процессе при установлении допустимости доказательств до конкретному делу суд применяет усмотрение:

¹ Определение СК Верховного Суда РФ от 8 февраля 1999 г. «Решение суда об отказе в иске об устранении препятствий в пользовании квартирами отменено как постановленное о нарушении норм процессуального права» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1999- № 6. С. 7.

- а) в отношении выбора одного или нескольких средств доказывания, содержащихся в п. 2 ст. 64 АПК РФ, в случае, если в законе отсутствует прямое указание на средства доказывания для установления определенных юридических фактов;
- б) при дополнении перечня средств доказывания, который является открытым,
- в) в отношении установления процессуального порядка и правил получения доказательственной информации, за исключением аудио-, видеозаписи, поскольку п. 2 ст. 162 АПК РФ определяет порядок исследования данных доказательств. Условия, при которых звукозаписи и видеозаписи могут быть приняты как доказательства, определяются арбитражным судом по усмотрению.

Ненадлежащее применение судьейского усмотрения в отношении выбора достаточного числа средств доказывания в целях установления фактических обстоятельств по делу приводит к отмене решений арбитражного суда.

Представляется, что правило допустимости доказательств, установленное вышеприведенными нормами, означает, что арбитражный суд не вправе по своему усмотрению заменить средство доказывания, предписанное в законе, на другое, указанное или не указанное в ст. 64 АПК РФ. Вместе с тем для подтверждения факта или его опровержения арбитражный суд может использовать дополнительно и другие средства доказывания, если этого требуют обстоятельства дела, исходя из открытого перечня ст. 64 АПК РФ. Пределами выбора в данном случае являются нормы материального права, регулирующие конкретное правоотношение, обстоятельства конкретного дела, цели судопроизводства, поскольку в силу ч. 2 ст. 50 Конституции РФ, ч. 3 ст. 64 АПК РФ недопустимо использование доказательств, полученных с нарушением закона.

Судебная практика подтверждает приведенные положения.

Так, в постановлении Федерального арбитражного суда Московского округа от 30 марта 2004 г. № КГ-А40/1649-04'П записано, что, «как установлено судами обеих инстанций при рассмотрении дела по существу, решением Ленинского райисполкома г. Москвы от 10 августа 1956 г. разрешена организация ЖСК «Наука-4» с заявленной к строительству площадью 9137 кв. м, сведений о дополнительном выделении кооперативу земель площадью 15437 кв. м в установленном порядке истцом не представлено, а техпаспорт на домовладение и план к нему

допустимыми доказательствами землеотвода не являются (ст. 10 Основ земельного законодательства, ст. 12 ЗК РСФСР, ст. 68 АПК РФ)»¹.

Таким образом, в приведенном примере арбитражный суд правильно не применил усмотрения в выборе средств доказывания, установленных нормой п. 2 ст. 64 АПК РФ, поскольку в законе есть указание на допустимые доказательства для установления факта землеотвода.

В постановлении Федерального арбитражного суда Московского округа от 26 февраля 2004 г. № КГ-А41/883-04 указывается, что для установления наличия или отсутствия обстоятельств, обосновывающих, возражения и требования лиц, участвующих в деле, судебная коллегия из открытого перечня п. 2 ст. 64 АПК РФ выбирает письменные доказательства и считает необходимым привлечение дополнительных документов².

Таким образом, судебная коллегия правильно осуществила усмотрение в отношении выбора, во-первых, одного из средств доказывания, закрепленных нормой п. 2 ст. 64 АПК РФ, и, во-вторых, достаточного для разрешения дела количества письменных доказательств.

Подведем итог рассмотрению проблемы установления допустимости доказательств и усмотрения суда

Итак, в гражданском процессе при установлении допустимости доказательств по конкретному делу суд не вправе по своему усмотрению отступить от предписаний, содержащихся в федеральных законах или иных нормативных актах, которые указывают на применение определенных средств доказывания из числа предусмотренных в ст. 55 ГПК РФ. Для подтверждения факта или его опровержения суд может использовать дополнительно и другие средства доказывания, если этого требуют обстоятельства дела, исходя из закрытого перечня ст. 55 ГПК РФ. В данном случае потребность в привлечении иных средств доказывания и их количество устанавливаются судом по усмотрению.

При установлении допустимых доказательств по конкретному делу суд общей юрисдикции применяет усмотрение в отношении выбора одного или нескольких средств доказывания, указанных в ст. 55 ШКРФ, в случае, если в законе отсутствует прямое указание на средства доказывания для установления определенных юридических фактов.

¹ Справочная правовая система «Гарант». ! Там же.

Ненадлежащее применение судейского усмотрения в отношении выбора допустимых доказательств, достаточного числа средств доказывания в целях установления фактических обстоятельств по делу приводит к отмене решений суда общей юрисдикции.

В арбитражном процессе при установлении допустимости доказательств по конкретному делу суд применяет усмотрение:

- а) в отношении выбора одного или нескольких средств доказывания, указанных в п. 2 ст. 64 АПК РФ, в случае, если в законе отсутствует прямое указание на средства доказывания для установления определенных юридических фактов;
- б) при дополнении перечня средств доказывания, который является открытым;
- в) в отношении установления процессуального порядка и правил получения доказательственной информации, за исключением аудио-, видеозаписи, поскольку п. 2 ст. 162 АПК РФ определяет порядок исследования данных доказательств. Условия, при которых звукозаписи и видеозаписи могут быть приняты как доказательства, определяются арбитражным судом по усмотрению.

Ненадлежащее применение судейского усмотрения в отношении выбора средств доказывания в целях установления фактических обстоятельств по делу приводит к отмене решений арбитражного суда.

Пределами выбора в процессе применения усмотрения при установлении допустимости доказательств в гражданском и арбитражном процессах являются перечень средств доказывания, закрепленный в ст. 64 АПК РФ и от, 55 ГПК РФ, круг норм материального права, регулирующих конкретное правоотношение, обстоятельства конкретного дела, цели судопроизводства, поскольку в силу ч. 2 ст. 50 Конституции РФ, ч. 3 ст. 64 АПК РФ, ч. 2 ст. 55 ГПК РФ недопустимо использование доказательств, полученных с нарушением закона.

Оценка доказательств и усмотрение суда. Оценка доказательств судом представляет собой сложный мыслительный процесс, который отечественные ученые верно рассматривают в трех аспектах: психологическом, логическом, правовом¹.

С точки зрения психологии, познавательная деятельность суда включает в себя осмысливание судьями непосредственно восприня-

¹ См : Быков А., Матюшин Б. Оценка доказательств во 1гражданоким, дедам судом первой инстанции II Советская юстиция. 1976. № 7. С. 9,

тыхи исследованных доказательств и принятие на их основе решения,

Оценка судебных доказательств в логическом плане представляет собой неразрывную цепь, систему умозаключений — от аргументов к тезису, т.е. от сведений о фактах к доказательственным фактам и от них к установлению обстоятельств дела, прав и обязанностей сторон.

Правовая сторона оценки доказательств выражается в соблюдении требований процессуального и материального законов, регулирующих порядок исследования доказательств, условия оценки доказательств судом и ее отражение в судебном решении.

Мыслительной деятельности суда по оценке доказательств предшествует их восприятие, от характера которого зависит и оценка.

Проблема основного правила оценки доказательств, которое применяется судом при разрешении вопроса о том, какое значение, какую доказательственную силу следует придать каждому отдельному доказательству, рассмотренному судом, в учении о доказательствах занимает центральное место. В рамках проводимого исследования необходимо рассмотреть соотношение правила оценки доказательств с судебским усмотрением. В этих целях коснемся истории.

В древнеримском процессе судьи не были связаны никакими формальностями в оценке доказательств, применяли свободное судебское усмотрение¹. В стадии *in iudicio* дело рассматривалось *iudices privati* - частными судьями, избранными самими сторонами. В экстраординарном процессе, который не делился на две стадии - *in iure* и *in iudicio*, когда судьи являлись чиновниками Империи, появились правила о доказательствах, ограничивающие свободное усмотрение судей. Как для римского суда, так и вообще для суда эпохи раннего феодализма была характерна древнейшая формула состязательного процесса (некоторые авторы называют его обвинительным), когда «решает вера и правосудие богов», и поэтому суд божий, присяга решали правоту стороны. Судьи были призваны только констатировать, на чьей стороне «победа», «победивший» признавался правым в споре.

На смену состязательному процессу пришли следственный, розыскной, инквизиционный процессы. Розыскные начала закреплялись не только в уголовном, но и в гражданском процессе. Подобное судопро-

¹ См. подробнее о влиянии римского процесса на гражданское судопроизводство России: Салогубова Е В Римский гражданский процесс М,:Городец, 1997

изводство получило свое развитие в эпоху абсолютистского полицейского государства. Для названного процесса была характерна теория формальных или законных доказательств, не допускающая судебного усмотрения при их оценке. В России указанная теория сохранялась до Судебной реформы 1864 г.

Сущность теории формальных доказательств заключалась в том, что доказательственная сила тех или иных доказательств устанавливалась законом, а не судом. Доказательства делились на совершенные и несовершенные. Так, по Своду законов Российской империи (ч. 2 т. X) письменные акты, признанные подлинными, считались совершенными доказательствами. Купеческие книги являлись только половинными доказательствами. Суд не мог присудить иск на основании половинного доказательства, и истец должен был дополнить его другой половиной - таким дополнительным доказательством считалась присяга.

«Арифметическая» оценка доказательств была особенно характерна для свидетельских показаний. Сами свидетели делились на законных (или достоверных) и недостоверных. Показания одного свидетеля были недостаточным доказательством, совершенным доказательством считались показания двух свидетелей. Если показания свидетелей противоречили друг другу, то вопрос решался по большинству совпадающих свидетельских показаний. Суд был обязан принять то, что показало большинство свидетелей, а при равенстве количества свидетелей суд должен был отдавать предпочтение мужчине перед женщиной, знатному перед незнатным, ученому перед неученым, духовному перед светским.

Один из видных российских процессуалистов К.И. Малышев отмечает, что законодательство Российской империи «никогда не доходило до тех тонкостей в этом деле, какие существовали на Западе под влиянием юридической схоластики»¹. Эти тонкости заключались в том, что показание одного достоверного свидетеля считались половинным доказательством; если же к нему присоединялось показание еще одного недостоверного свидетеля, то получалось доказательство больше чем половинное, однако неполное, потому что для полного требовались показания двух достоверных свидетелей. Если же в пользу истца давал показание один недостоверный, свидетель, то это считалось меньше чем половинным доказательством. К.И. Малышев цодает, что действительные результаты этой регламентации процесса не оправдывали на-

¹ Малышев К.И. Куре гражданского (Здбшроизводемш*^ 1. ОИб^ 1876i С. 289.

дежд законодателей, сковывали судейское усмотрение при оценке доказательств, и потому подобная регламентация требовала отмены. По этим же основаниям и при введении Уставов 1864 г. прежняя теория доказательств подверглась существенному преобразованию, арифметическая оценка их была отменена и формализм значительно смягчен.

На смену формальной теории доказательств пришла теория оценки доказательств по внутреннему убеждению судей. По этой теории судьи не связаны в оценке доказательств рамками закона, они решают дела «по убеждению совести». «Так как убеждение есть дело чисто субъективное, - пишет Т.М. Яблочков, - то суд не может быть стеснен в суждении о достоверности и правильности представляемых сторонами доказательств. Вот почему закон... предоставляет суду право свободной оценки доказательств»¹.

Теория оценки доказательств по внутреннему убеждению судьи соответствует и современной состязательной форме гражданского и арбитражного процессов России.

Правило оценки доказательств, закрепленное в ст. 67 ГПК РФ, гласит: «Суд оценивает доказательства по внутреннему убеждению, основанному на беспристрастном, всестороннем и полном рассмотрении имеющихся в деле доказательств».

Пункт 1 ст. 71 АПК РФ устанавливает, что арбитражный суд оценивает доказательства по своему внутреннему убеждению, основанному на всестороннем, полном, объективном и непосредственном исследовании имеющихся в деле доказательств.

Указав правило оценки доказательств, остановимся далее на проблеме соотношения судейского усмотрения и внутреннего убеждения судьи.

Д.Б. Абушенко, изучая поставленную проблему, выделяет два последовательных этапа, которые должен пройти правоприменитель «для вывода о существовании какого-либо обстоятельства...

-первый - исследование явлений материального мира, содержащих какую-либо информацию об интересующем обстоятельстве, с точки зрения их способности адекватно эту информацию отражать, сохранять и воспроизводить;

¹ Яблочков ТМ. Учебник русского гражданского судопроизводства. Ярославль, 1910 С. 66.

- второй - извлечение информации из объекта исследования и ее качественная оценка (включая сопоставление с информацией, полученной в результате исследования других объектов), иначе говоря - сам вывод о существовании обстоятельства» .

Д.Б. Абушенко полагает, что оценка по внутреннему убеждению противостоит формально-логической оценке. Он указывает, что «логика, конечно же, присутствует при свободной оценке, но сами логические механизмы начинают использоваться уже после того, как правоприменителем интуитивно сделан вывод о доказательственной силе того или иного доказательства... Субъективная уверенность в достоверности того или иного доказательства в данном случае первична и по сути выступает имплицитной основой последующего формально-логического основания». Д.Б. Абушенко приходит к заключению, что «сделанный на основе внутреннего убеждения вывод суда о наличии либо отсутствии обстоятельства, входящего в предмет доказывания, сам по себе предполагает некоторую несвязанность суда», которая отлична от усмотрения, поскольку суд не свободен распоряжаться фактами прошлого. По мнению ученого, следует разграничивать свободу как некое исходное начало для оценки доказательств и свободу, которой законодатель наделяет суд в целях максимального учета специфики конкретного дела².

О.В. Баудин отмечает, что «основным принципом доказывания следует считать свободную оценку...»³.

На наш взгляд, неверно проследивать взаимосвязь внутреннего убеждения суда и усмотрения с позиции свободы. Приведем аргументы. Традиционным в гражданско-процессуальной литературе является представление о внутреннем убеждении как о чувстве уверенности судьи в истинности или ложности искомых фактов. При этом основу внутреннего убеждения составляет совокупность фактов, установленных по делу⁴. То есть в данном случае в рамках исследования проблемой является не наличие свободы, интуиции или «несвязанности» суда при оценке дока- а соотношение доняли «внутреннее убеждение судьи» и

1 Абушенко Д.Б, Судебное усмотрение в гражданском и арбитражном процессе. С. 142-143,

² Там же.

³ Баудин О.В. Бремя доказывания при разбирательстве гражданских дел. М.: Городец, 2004. С. 31.

⁴ См.: Матюшин Б.Т. Оценка доказательств судом первой инстанции по гражданским делам // Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1977. С. 12.

«судейское усмотрение». Отталкиваясь от неверных посылок, Д.Б. Абушенко, О.В. Баулин приходят, на наш взгляд, к неправильным выводам.

Корректным является мнение И.М. Резниченко, согласно которому «предмет внутреннего убеждения должен быть расширен за счет и доказательств, и юридической квалификации, и правильного разрешения дела по существу»¹.

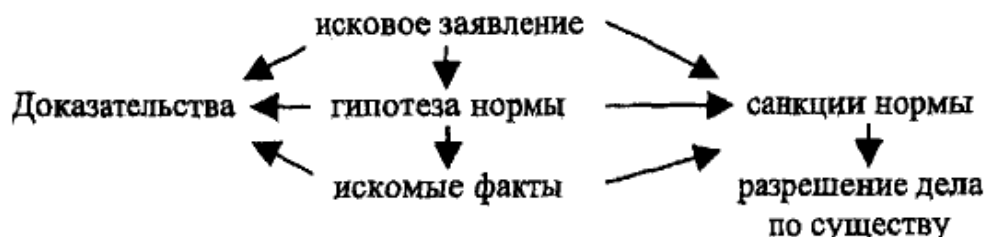
Схематично «предмет внутреннего убеждения» И.М. Резниченко представлен следующим образом:

		регулятивный элемент	
доказательства	факты	юридическая квалификация	разрешение дела по существу

Если признать правильным данное положение, т.е. вывести внутреннее убеждение судьи за рамки оценки доказательств и придать ему общее значение, то будет легче ответить на вопрос о соотношении внутреннего убеждения и усмотрения судьи.

Учитывая, что суд для выводов о юридической квалификации исходит не из доказательств, а из фактов основания иска и возражений против иска (другими словами, не от доказательств к фактам, а от утверждений о фактах – к гипотезе нормы, к юридической квалификации), применение судьей внутреннего убеждения можно представить следующей схемой:

юридическая квалификация:



Изложенное позволяет наметить следующую очередность вопросов, которые ставит перед собой судья перед вынесением решения.

¹ Резниченко И.М. Внутреннее судебное убеждение и правовые чувства // Теория и практика установления истины в правоприменительной деятельности. Иркутск, 1985. С. 13.

- Верно ли определены обстоятельства, имеющие значение для правильного рассмотрения дела'
- 2 Правильно ли установлены относимые и допустимые доказательства"?
- Достаточно ли собранных доказательств?
- Исследованы ли собранные по делу доказательства всесторонне, полно, объективно и непосредственно?
- Исследована ли взаимная связь доказательств в их совокупности?
- Правильно ли установлены искомые факты?
- Правильно ли применен и истолкован закон?
- Правильно ли разрешено дело по существу?
- Все ли сделано для правильного рассмотрения и разрешения дела (последний вопрос имеет контрольный характер)?

Совокупность этих вопросов, на наш взгляд, охватывает все стороны внутреннего убеждения. Ряд из поставленных вопросов решается судьей с применением усмотрения. Это в свою очередь означает, что внутреннее убеждение судьи складывается и относительно применения усмотрения судьей в процессе решения правового вопроса.

В связи с этим внутреннее убеждение судьи является общим понятием по отношению к судейскому усмотрению. Указанные термины не являются синонимами. Что касается оценки доказательств, то она производится по внутреннему убеждению суда, элементом которого является судейское усмотрение. Внутреннее убеждение суда имеет более интенсивную субъективную окраску по сравнению с дискрецией.

Рассмотрим применение усмотрения при оценке доказательств. В процессе оценки доказательств внутреннее убеждение суда формируется в отношении относимости, допустимости, достоверности каждого из доказательств в отдельности, а также достаточности и взаимной связи доказательств в тес совокупности. Установление обстоятельств, имеющих значение для дела» относимости:, допустимости, достоверности, достаточности доказательств, как было установлено выше, осуществляется с применением судейского усмотрения. Взаимная связь доказательств также устанавливается с применением усмотрения суда. То есть во внутреннем убеждении суда при оценке доказательств присутствует такой элемент, как судейское усмотрение. Иными элементами внутреннего убеждения суда могут являться, в частности, правоприменительная деятельность, же содержащая в себе усмотрения, психолога-

ческая, мыслительная, логическая деятельность, что подтверждает более выраженный субъективный характер внутреннего убеждения по сравнению с дискрецией. Поскольку усмотрение суда - это правоприменительная деятельность, основной составляющей которой является категория выбора, имеющая общие и специальные пределы, то осуществление судебного усмотрения в процессе оценки доказательств неправильно рассматривать с точки зрения свободы, несвязанности, интуиции суда. По нашему мнению, доля судебного усмотрения во внутреннем убеждении в процессе оценки доказательств зависит от того, какие обстоятельства определяются судом, достоверно или вероятно устанавливающие обстоятельства дела. Процент судебного усмотрения выше в том случае, если суд оценивает доказательства, вероятно устанавливающие обстоятельства дела.

Анализ разновременной отечественной судебной практики подтверждает данное положение

Укажем, что в большинстве случаев при разрешении дел по существу суд оценивает доказательства, достоверно устанавливающие обстоятельства дела. На данное обстоятельство обращает внимание и Верховный Суд РФ. Так, в одном из постановлений Пленума указывается, что в отношении детей, родившихся после введения в действие Семейного кодекса РФ (т.е. 1 марта 1996 г. и после этой даты), суд, исходя из ст. 49 СК РФ, принимает во внимание любые доказательства, с достоверностью подтверждающие происхождение ребенка от конкретного лица. К таким доказательствам относятся любые фактические данные, установленные с использованием средств доказывания, перечисленных в ст. 49 ГПК РСФСР (ст. 55 ГПК РФ)¹.

Отметим, что при рассмотрении конкретных споров суды не всегда глубоко анализируют обстоятельства, существенные доказательства остаются вне их внимания и им не дается оценка по правилам ст. 71 АПК РФ, ст. 67 ГПК РФ. В данных случаях, *inter alia*, происходит ненадлежащее применение судебного усмотрения. Неблагоприятным последствием является отмена судебных постановлений.

Так, по одному из дел Б. обратился в суд общей юрисдикции с иском о признании приватизации квартиры, нанимателем которой являлась его сестра В., состоявшейся. Как он указал в исковом заявлении, в 1993 г.

¹ См., постановление Пленума Верховного Суда РФ от 25 октября 1996 г. «О применении судами Семейного кодекса РФ при рассмотрении дел об установлении отцовства и о взыскании алиментов» // Российская газета 1996 5 ноября

сестра подала заявление о приватизации квартиры, однако после ее смерти в 1995 г. выяснилось, что договор приватизации заключен не был.

Решением суда (оставленным без изменения последующими судебными инстанциями) Б. в иске отказано.

Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда РФ удовлетворила протест, внесенный в порядке надзора, и отменила судебные постановления, направив дело на новое рассмотрение по следующим основаниям.

Принимая решение, суд исходил из того, что приватизация квартиры не состоялась в связи с отказом нанимателя от этого намерения, который подтвержден актом, подписанным должностными лицами исполкома

Между тем данный акт противоречил всем действиям В., направленным на получение квартиры в собственность: В. подала заявление о передаче ей в собственность квартиры, оплатила услуги по оформлению договора приватизации. Решение о передаче В. квартиры в собственность было принято в тот же день, когда был составлен акт об отказе приватизировать квартиру. Из содержания акта не видно, была ли В. приглашена в исполком для подписания акта или он был составлен у нее дома и почему отказ от приватизации оформлен актом, а не путем отзыва заявления, как было разъяснено в п. 8 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24 августа 1993 г, «О некоторых вопросах применения судами Закона Российской Федерации «О приватизации жилищного фонда в Российской Федерации»».

В нарушение ст. 50 ГПК РСФСР (ст. 56 ГПК РФ) суд неполно определил обстоятельства, имеющие значение для дела, и не указал, какой из сторон они подлежат доказыванию.

Суд не исследовал достоверность акта, хотя это вызывалось необходимостью.

В случае отказа В. от приватизации квартиры исполком был обязан немедленно возвратить ей все приватизационные документы и денежную сумму, внесенную за услуги по приватизации, однако этого сделано не было, хотя с момента составления акта до смерти В. прошло более двух лет, и, как следует из содержания акта, отказ от приватизации квартиры обусловлен тяжелым материальным положением В. А также не выяснены вопросы, связанные с обстоятельствами отмены решения исполкома о передаче квартиры в собственность спустя год после его принятия; не проверено, принадлежит ли В. подпись в акте, не допро-

шено в качестве свидетеля лицо, подписавшее акт. (Определение № 22В-96ПР-14.)¹

Таким образом, в приведенном примере суд общей юрисдикции первой инстанции ненадлежащим образом применил усмотрение при установлении обстоятельств, имеющих значение для дела, при оценке достоверности информации, содержащейся в письменном доказательстве, при выборе достаточного числа средств доказывания. В результате было сформировано неверное внутренне убеждение суда, решение было отменено. Приведенное ненадлежащее осуществление судейского усмотрения, ведущее к формированию неправильного внутреннего убеждения суда, часто встречается и в современной практике как судов общей юрисдикции, так и арбитражных судов.

Отметим, что в жизни не так уж редки ситуации, когда достоверное установление интересующих суд фактов в силу объективных причин невозможно. При указанных обстоятельствах возрастают роль и доля судейского усмотрения в процессе оценки доказательств по делу.

В качестве подтверждения указанного положения приведем дело по иску Махарадзе к организации-владельцу источника повышенной опасности о возмещении вреда, причиненного ее имуществу. Истец следовала в рейсовом автобусе по маршруту «Москва- аэропорт Внуково». Водитель «ЗИЛ-133» организации-ответчика находился в состоянии сильного алкогольного опьянения. По пути следования в г. Москву автомашина «ЗИЛ-133» столкнулась с автобусом. В результате часть пассажиров получили телесные повреждения, а оба автомобиля загорелись. После того как из автобуса были извлечены последние пассажиры, начали взрываться бензобаки. В огне погибли все вещи, деньги и документы Махарадзе. Принципиальная необходимость удовлетворения заявленных Махарадзе требований у суда сомнения не вызывала. Проблема состояла в определении их размера.

Допрошенные судом свидетели показали, что в период нахождения в командировке они видели у Махарадзе деньги и приобретенные ею вещи, однако точную сумму оставшихся денег и стоимость покупок назвать не смогли.

По запросу суда организация, в которой работала истец, представила копию расходных кассовых ордеров, из которых следовало, что

1 См.: Обзор судебной практики Верховного Суда РФ за первый квартал 1997 г (по гражданским делам) (утв постановлением Президиума Верховного Суда РФ от 14 мая 1997 г.) // Бюллетень Верховного Суда РФ 1997 №8. С. 17.

перед командировкой в г. Москву она получила в кассе организации, в которой работала, определенную сумму денег. Из данного обстоятельства суд сделал правильный вывод о том, что деньги и покупки в указанных пределах в момент происшествия могли находиться у истца. Одновременно было установлено, что в период командировки питание и жилье предоставлялись Махарадзе бесплатно¹.

Таким образом, в конкретной ситуации суд применил усмотрение при установлении обстоятельств дела, причем часть из них была определена судом достоверно, а часть - на основе высокой степени вероятности. Суд оценивал доказательства по внутреннему убеждению с высокой долей судебного усмотрения. В результате было вынесено законное и обоснованное решение об удовлетворении иска.

По нашему мнению, судебское усмотрение применяется при оценке по внутреннему убеждению суда взаимной связи доказательств в их совокупности.

Приведем характерный пример из современной практики арбитражных судов.

ООО обратилось в Арбитражный суд г. Москвы с иском к ИМНС РФ о признании недействительными п. 2 и 3 резолютивной части ее решения от 13.03.02 об отказе в возмещении НДС за май 2001 г. и об уменьшении суммы НДС на 193 тыс. руб., а также об обязанности инспекции возместить путем возврата указанную сумму НДС и проценты в размере 17 424 руб. из бюджета.

Решением от 29.08.02, оставленным без изменения постановлением апелляционной инстанции от 05.11.02, исковые требования в части взыскания процентов отклонены, в остальной части исковые требования удовлетворены.

Законность и обоснованность судебных актов проверены в порядке ст. 284 АПК РФ в связи с кассационной жалобой ИМНС РФ, где налоговый орган ссылается на то, что на одной из представленных СМР отсутствует отметка пограничного таможенного органа о вывозе товара за пределы территории РФ, наличие которой требуется в силу подп. 4 п. 1 ст. 165 НК РФ.

Как усматривается из материалов дела и установлено судами первой и апелляционной инстанций, налогоплательщиком в подтверждение права на получение возмещения при налогообложении по налоговой

¹ Си.: Боннер А.Т. Установление обстоятельств гражданских дел. С. 149-150.

ставке 0 % представлены все документы по перечню, установленному подл. 1-4 п. 1 ст. 165 НК РФ.

В решении и постановлении судов первой и апелляционной инстанций указано, что все представленные обществом по установленному НК РФ перечню документы оценивались в их совокупности. Судом учтено, что наряду с CMR, на недостатки в оформлении которой ссылается инспекция, ООО представлена ГТД со штампом Себежской таможни:

«Товар вывезен». Кроме того, в CMR. помимо отметок московской Южной таможни «Выпуск разрешен» и Себежской таможни «Товар поступил» имеются оттиски штампа и круглой печати иностранного грузополучателя, подтверждающие пересечение таможенной границы РФ.

В заседании суда кассационной инстанции представитель ИМНС РФ пояснил, что в инспекции отсутствуют противоположные данные

В связи с этим суд кассационной инстанции посчитал, что судами первой и апелляционной инстанций в результате исследования всех имеющихся в деле доказательств в их взаимной связи и совокупности, в том числе CMR наряду с ГТД, дана обоснованная оценка тому обстоятельству, что груз по спорной CMR реально пересек таможенную границу РФ. Поэтому отсутствие на CMR отметки Себежской таможни о вывозе товара в данном конкретном деле не может иметь для арбитражного суда заранее установленной силы при наличии иных доказательств, подтверждающих фактический вывоз товара. При таких обстоятельствах оснований к отмене судебных актов не имелось¹

Таким образом, в приведенном примере арбитражный суд кассационной инстанции обосновал правомерность отступления от формальных требований Налогового кодекса РФ и оформления документов, обосновывающих применение налоговой ставки 0 %, применил усмотрение и оценил письменные доказательства, представленные налогоплательщиком в подтверждение права на возмещение НДС из бюджета при экспорте товаров, в их взаимной связи и совокупности. Пример из арбитражной практики подтверждает, что именно применение судейского усмотрения при оценке документов, представляемых налогоплательщиками в подтверждение права на возмещение НДС из бюджета при экспорте товаров, привело к осуществлению правосудия.

Подведем итог рассмотрению применения судейского усмотрения при оценке доказательств.

¹ Архив ФАС МО. Дело № КА-А40/9187-02 от 29.01.2003.

Итак, в соответствии с законодательством арбитражный суд и суд общей юрисдикции оценивают доказательства по своему внутреннему убеждению.

Внутреннее убеждение судьи складывается, *inter alia*, относительно применения судейского усмотрения в процессе рассмотрения и разрешения конкретного дела. Внутреннее убеждение судьи является общим понятием по отношению к судейскому усмотрению.

Оценка доказательств производится по внутреннему убеждению суда, элементом которого является судейское усмотрение. Иными элементами формирования внутреннего убеждения суда могут являться, в частности, правоприменительная деятельность, не содержащая в себе усмотрения, психологическая, мыслительная, логическая деятельность, что подтверждает более выраженный субъективный характер внутреннего убеждения по сравнению с судейским усмотрением. Доля судейского усмотрения во внутреннем убеждении в процессе оценки доказательств зависит от того, какие обстоятельства определяются судом, достоверно или вероятно устанавливающие обстоятельства дела. Процент судейского усмотрения выше в том случае, если суд оценивает доказательства, вероятно устанавливающие обстоятельства дела. Судейское усмотрение применяется также при оценке по внутреннему убеждению суда взаимной связи доказательств в их совокупности.

При рассмотрении конкретных споров суды не всегда глубоко анализируют обстоятельства, существенные доказательства остаются вне их внимания и им не дается оценка по правилам ст. 71 АПК РФ, ст. 67 ГПК РФ. В данных случаях, *inter alia*, происходит ненадлежащее применение судейского усмотрения. Неблагоприятным последствием является отмена судебных постановлений.

Применение усмотрения судьей, ведущее к последовательному изложению доказательств в решении суда, их логически и юридически убедительный анализ являются залогом осуществления правосудия.

Усмотрение суда при толковании норм права

Вначале обратим внимание на неоднозначность термина «толкование». В гуманитарных науках им обозначается способ познания различных объектов человеческой культуры (интерпретация произведений искусства, культурного значения материальных объектов, созданных человеком, и т.п.) или понимание различного рода языковых текстов

(письменных источников). Именно в последнем смысле понимается данный термин, когда речь идет о толковании права¹.

Е.В. Васьковский определяет задачу интерпретации следующим образом: «...толкование должно воспроизвести те представления и понятия, которые связывал с данной нормой ее создатель. Эти представления и понятия составляют смысл и содержание нормы и в то же время выражают мысль и волю автора. Поэтому задачу толкования можно еще сформулировать как «раскрытие содержания нормы» или «развитие ее смысла», или «выяснение мысли и воли законодателя»².

Остановимся на общей характеристике толкования права в различных правовых системах.

Black's Law Dictionary поясняет, что «толкование» («interpretation») в странах англо-американского права — это «умение или процесс раскрытия и установления смысла закона, завещания, договора или другого письменного документа. Раскрытие и представление действительного смысла любых знаков, служащих для достижения определенных целей»³.

Представители науки стран общего права указывают, что толкование может быть легальным (законным) («legal»), которое основывается на власти закона, или научным (доктринальным) («doctrinal»), базирующимся на его внутренней разумности.

Легальное (законное) толкование подразделяется на аутентическое («authentic») и обыкновенное («usual», «customary»). Первое дается органом, издавшим толкуемый нормативный акт, и вытекает из правотворческого полномочия органа. Второе следует из неписанной практики и относится к духу закона, обычаям, обыкновениям, справедливости.

Доктринальное (научное) толкование может основываться на смысле слов или предложений, тогда оно называется грамматическим («grammatical»), или исходить из намерения законодателя. В последнем случае толкование именуется «логическим» («logical»).

Логическое толкование подразделяется на расширительное («extensive») и ограничительное («restrictive»).

Расширительное объясняет слова закона исходя из их действительного, наиболее общего, смысла. Данный вид также называется «либе-

¹ См. подробнее о толковании права: Васьковский Е.В. Руководство к толкованию и применению законов (практическое пособие). М.: Городец, 1997.

² Там же. С. 30.

³ Black's Law Dictionary. P. 817.

ральным толкованием». Ограничительное, наоборот, старается не объяснять слова с точки зрения их полного смысла для того, чтобы не противоречить намерению законодателя¹.

Общему праву также известны:

-предопределенное («predestined») толкование, которое имеет место в том случае, если правоприменитель объясняет текст с позиции своих личных взглядов или желаний. Данное толкование включает в себя творческое пояснение смысла текста, которое до данного момента никем не давалось;

-свободное или неограниченное («free», «unrestricted») толкование, основывающееся на общих принципах добросовестности, не связанное иными специальными правилами;

-экстравагантное («extravagant») толкование, которое устанавливает смысл, противоположный действительному;

- языковое («literal») толкование, связанное с формулировкой или характером текста, заставляющим принимать слова в их самом узком значении².

Современная отечественная общая теория права поясняет, что «под толкованием права понимается, во-первых, определенный мыслительный процесс, направленный на установление смысла (содержания) норм права... во-вторых, результат указанного мыслительного процесса, выраженный в совокупности суждений (грамматических предложений), в которых раскрывается, отражается содержание толкуемых норм...»³.

Среди способов толкования отечественная теория права выделяет языковой, систематический, логический, исторический и функциональный. Первый основывается на знании языка, на котором сформулированы нормы права, на использовании правил синтаксиса, морфологии, словоупотребления. Второй — на таком свойстве правовых норм, как их системность. Он предполагает установление смысла норм права на основе использования знаний о логических связях с другими нормами. Третий способ толкования — это такой мыслительный процесс, в ходе которого интерпретатор с помощью логических приемов оперирует материалом самой нормы права, не обращаясь к другим средствам толкования. В результате таких операций общее, абстрактное содержание

1 Black's Law Dictionary» P, 817,

2 Ibidem.

3 См подробнее о понятии толкования права; Общая теория государства и права; Академический курс Т. 2 / Под ред. проф. М*Н, Марченко, С. 323-343,

правовой нормы приобретает более конкретный, развернутый характер, приближенный к конкретной ситуации. При логическом способе толкования применяются различные приемы: логическое преобразование, логический анализ понятий, умозаключения степени, выводы по аналогии, выводы от противного, доведение до абсурда и т.д. Четвертый способ толкования имеет цель установить смысл нормы права исходя из условий, обстоятельств их возникновения. При этом интерпретатор опирается на знания о конкретно-исторических условиях, обстановке, причинах и поводах, вызвавших принятие толкуемого акта для определенных целей и задач, которые преследовал законодатель, издавая его. Функциональный способ толкования опирается на знание факторов и условий, в которых действует, применяется толкуемая норма права. При функциональном толковании используются оценки и аргументы, относящиеся к сфере политики, правосознания, морали и т.д. Судом может применяться любой из способов толкования.

По объему отечественная общая теория права различает буквальное, распространительное и ограничительное толкование, каждое из которых может осуществляться судом.

По субъектам выделяется официальное и неофициальное толкование. Официальное толкование подразделяется на аутентическое и делегированное, казуальное и нормативное¹, Разновидностью неофициального толкования является доктринальная интерпретация, Судом как одним из субъектов осуществляется казуальное и нормативное толкование.

Таким образом, из вышеизложенного вытекает, что ученые различных правовых систем приходят к похожим выводам при рассмотрении проблемы толкования права. Перейдем к исследованию толкования права, осуществляемого судом

Из материала, рассмотренного выше, следует, что суд осуществляет казуальное и нормативное толкование с применением любого из указанных способов и видов толкования. Изучаемая проблема требует разрешения вопроса о применении судебного усмотрения в процессе интерпретации норм права судом.

Исследованием указанной проблематики занимаются ученые различных правовых систем.

¹ См, подробнее: Общая теория государства и права: Академический курс, Т. 2 / Под ред пр«ф, МН. Марченко. С 323-343.

В зарубежном праве о принципах толкования говорится следующее: «Положения законов толкуются в соответствии с естественным смыслом употребленных в них терминов, но в случаях, когда их текст может быть истолкован по-разному, он толкуется в интересах осуществления общих целей, сформулированных в настоящей статье, и специальных целей толкуемого положения. Предоставляемое законом право на усмотрение осуществляется в соответствии с установленными законом критериями, а в тех пределах, в которых эти критерии не имеют решающего значения, - в интересах осуществления общих целей, сформулированных в настоящей статье»¹.

Выделим основные выводы, к которым приходят зарубежные специалисты по проблеме применения судебного усмотрения при толковании юридических норм.

Во-первых, в процессе толкования может осуществляться судебское усмотрение. Интерпретация, как отмечают правоведы стран общего права, «включает в себя как минимум уяснение смысла, содержания правовой нормы, характеристику поставленной проблемы и установления, разрешает ли данная правовая норма выделенную проблему»². Даже в том случае, если правовая норма имеет ясное значение, есть возможность для осуществления усмотрения не только при оценке применимости данной нормы, но также в процессе вывода о правильности применения усмотрения. «Факты, ~ указывает Д. Галлиган (D.J. Galligan), -могут быть установлены только с помощью неполноценных средств, полагаясь на неполноценные процедуры - на основе доказательств, полученных от других субъектов, оценки чьего-то восприятия и понимания, классификации данного восприятия... кроме того существуют ограничения в сроках, которые должны быть соблюдены в точности... любая правовая проблема требует оценки и разрешения с помощью предусмотренных средств на основании имеющихся доказательств. Понимание в таком смысле дает возможность говорить об усмотрении при установлении фактов до делу. Проще говоря, при применении юридических предписаний к фактам судья должен установить как содержание,

1 Wisoonsia statutes. Volume one. Wisconsin, 1989.

2 Hawkins K. Using Legal Discretion // The Uses of Discretion. Oxford: Clarendon Press, 1992. P. 3.5; см. подробнее: The Uses of Discretion / Ed, by K. Hawkins. P. 55; Twining W., Miers D. How to do Things with Rules (2nd edn.). London*. Weidenfeld and Nicolson, 1982.

значение правовой нормы, так и характеристику фактов с точки зрения содержания нормы»¹.

Во-вторых, большинство правоведов определяют усмотрение в качестве власти или властного полномочия. Дж. Комарофф (J.L. Comaroff) и С. Роберте (S. Roberts) указывают, что повышенное внимание правоведов к проблеме осуществления судебного усмотрения при толковании юридических норм объясняется «областью выбора, предоставленной неопределенностью в правовом регулировании, которая создает возможность для осуществления властных полномочий»². На основании данного общего положения иностранные специалисты полагают, что осуществление усмотрения в процессе интерпретации зависит от того, будет ли в дальнейшем пересматриваться вынесенное судом решение.

Такие авторы, как Р. Дворкин (R.M. Dworkin)³, С. Ковэл (S.C. Coval), Дж. Смит (J.C. Smith)⁴ считают, что выбор, осуществляемый в процессе толкования юридических норм, должен быть окончательным, не подлежащим пересмотру. При этом интерпретатор осуществляет «слабое усмотрение» («weak discretion»). Наряду с этим ими выделяются положения, закрепленные в законах, в отношении надлежащего толкования которых возможна проверка в вышестоящих судебных инстанциях. Подобная интерпретация не является окончательной и не содержит в себе усмотрительного элемента. Похожую точку зрения высказывают и зарубежные судьи. Например, судьи Германского Конституционного суда проводят различие между правильным толкованием «неопределенных правовых концепций», которое является предметом строгого контроля в вышестоящих судах, и «усмотрением», которое не является таковым. Рассуждения на данную тему продолжают такие специалисты, как Ф. Мэйер (F. Mayer) и Ф. Коп (F. Корр). Ученые указывают, что для того, чтобы усмотрение являлось социальной властью, оно должно выступать в качестве неоспариваемого и неизменяемого полномочия по вынесению решения. Усмотрение, по мнению правоведов, «включает в себя чувство ответственности, а не является просто разрешением спора

1 Galhgan D.J. Op. cit. P. 34-35.

2 Comaroff J.L, Roberts S Rules and Proces: The Cultural Logic of Dispute in an African Context. Chicago: University of Chicago Press, 1981. P. 231-239.

3 Dworkin R.M. No Right Answer? // Hacker P.M., Raz J. (eds.) Law, Morality and Society. Oxford: Clarendon Press, 1977.

4 Coval S.C, Smith J.C The Completeness of Rules // Cambridge Law Journal. 1977. N 36. P. 364-368.

5 BVerfG 1960:11,168,191-192; Jesch 1957:163; Ule 1985.

между субъектами, являющимися частью общества»¹. Таким образом, второй вывод, к которому приходят зарубежные специалисты, связан с определением *discretio* как власти, властного полномочия и заключается в том, что толкование юридических норм осуществляется по усмотрению тогда, когда оно является окончательным и не пересматривается вышестоящими судебными инстанциями. В противном случае интерпретация не содержит в себе усмотрения.

Зарубежные специалисты подчеркивают значение проводимого различия и вместе с тем отмечают, что оно порождает ряд сложностей.

Так, Э. Бетти (E. Betti) указывает, что «усмотрение является концепцией, включающей в себя различные степени выбора в толковании текстов юридических норм или в применении их»². Ученым выделяются несколько вариантов усмотрения. «Независимое усмотрение» («*sovereign discretion*») включает в себя свободу выбора при вынесении решения и средств его достижения. «Исполнительное усмотрение» («*administrative discretion*») состоит в осуществлении выбора в рамках достижения определенных целей. «Техническое усмотрение» («*technical discretion*») представляет собой выбор одного возможного способа из ряда предлагаемых. Примеряя данные варианты к процессу толкования, Э. Бетти (E. Betti) отмечает, что при интерпретации может осуществляться «независимое усмотрение», распространительное толкование юридической нормы в целях ее соответствия конкретным обстоятельствам, или просто «оценка», разрешение вопроса о применимости нормы. В том случае, когда смысл и содержание правового стандарта являются достаточно ясными, то, по мнению ученого, остается небольшая возможность для осуществления не просто «оценки». В этом случае позволительно говорить о применении «слабого усмотрения». Э. Бетти (E. Betti) указывает, что «неполная юридическая норма или неполнота ее содержания могут приводить к более высокой степени выбора, который не укладывается в «независимое усмотрение», или «сильное усмотрение», как его именует Р.М. Дворкин (R.M. Dworkin), но может включать в себя создание серьезных стандартов-установок»³.

1 Mayer F., Kopp F. *Algemeines Verwaltungsrecht* (5ft edn.). Stuttgart: Richard Boorberg Ver-lag, 1985. P. 154.

2 Betti E. *Interpnstazione della legge a degli atti giuridici* (2 edn.). Milan: Giuffre, 1971. P. 149- 150.

3 Ibidem.

Дж. Бэлл (J. Bell) считает, что «чем более судья должен оценивать соответствующие цели или не следовать одной из них как несостоятельной и чем в большей степени он должен рассматривать не просто техническую возможность применения конкретных средств для достижения поставленных целей, а исследовать их всестороннее действие, делать выводы об отказе от некоторых из них, тем более соответствующим является определение «усмотрения как стандарта-установки» по сравнению с «усмотрением как разрешением дела»». Вместе с тем, делает еще один вывод ученый, исключить «оценку» или буквальное толкование из центрального смысла усмотрения нельзя¹.

А. Барак рассматривает проблему толкования в рамках изучения материальных источников судейского усмотрения. В процессе исследования специалист приходит к нескольким выводам. Во-первых, он выделяет язык статутной нормы как источник неопределенности и судейского усмотрения. Во-вторых, поскольку «толкователь - не просто лингвист»², ученый рассматривает правила толкования и отмечает, что «вопрос не в том, требует ли данная статутная норма по своим условиям судейского усмотрения, а скорее в том, требует ли усмотрения это самое правило после того, как оно прошло через толковательные фильтры»³. А. Барак указывает, что принятые правила толкования недостаточны по своей структуре, чтобы исключить всякое судейское усмотрение в интерпретации и применении статутной нормы. Причину этого специалист видит в том, что правила толкования сами по себе суть правовые правила. Как и любое другое правовое правило, они также выражены в словах, и неопределенность, характеризующая при интерпретации слова нормы, описывает также и формулировку толковательной нормы. В-третьих, ученый связывает с неопределенностью в отношении обстоятельств применения правила толкования. Он указывает, что «некоторые правила толкования применяются только в случае, если язык статута неясен и двусмыслен или если ясный и недвусмысленный язык статута ведет к абсурду или результату, который очевидно нелогичен. Если существуют эти условия, нужно обратиться к заголовку правоположения, взвесить логические доводы, добавить или исключить слова, ознакомиться с историей законодательства и искать помощи в намере-

1 Bell J. Discretionary Decision-Making II The Uses of Discretion. P. 99.

1 Kohler. Judicial Interpretation of Enacted Law // Science of Legal Method // The Modern Legal

Philosophy Series. 1917. N 9. P. 102,125. 3 Барак А. Указ. соч. С. 75.

ниях законодателя»¹. В четвертых, вывод ученым связывается с неопределенностью содержания некоторых правил толкования, в частности: «замысел законодательства», «общие принципы». А. Барак указывает, что «иногда в отношении применимости правила толкования не существует никакого усмотрения. Тем не менее возникают вопросы относительно содержания правила. Здесь также в изобилии обстоятельства, при которых содержание правила толкования не вызывает... никакого сомнения, однако есть другие ситуации, в которых сама природа предписания, установленного в правиле толкования, неопределенна, и тем самым создается ситуация судебного усмотрения. Не исключено и судебское усмотрение, процветающее на почве неопределенности толкуемой нормы. В этой области есть два ключевых примера. Один относится к понятию замысла законодательства. Второй имеет дело с приемлемыми ценностями, используемыми при толковании»². В-пятых, А. Барак устанавливает, что усмотрение применяется судом при определении, действует ли в настоящее время конкретное правило толкования.

Таким образом, общий вывод ученого состоит в том, что судебское усмотрение в процессе толкования осуществляется двояко: во-первых, применительно к конкретной правовой норме, регулирующей возникшее правоотношение; во-вторых, относительно осуществления правил толкования.

Представляется, что заключения зарубежных специалистов применимы к отечественному гражданскому и арбитражному процессам в пределах вывода об осуществлении судебного усмотрения в процессе толкования норм права и бесспорно являются фундаментом для исследования, которое будет проводиться ниже.

Среди отечественных правоведов применение усмотрения суда при толковании норм права рассматривает Д.Б. Абушенко. Он полагает, что в процессе толкования правовой нормы «вряд ли имеет смысл... говорить об усмотрении правоприменителя»³. Ученый указывает, что усмотрение ориентировано на «нечто единичное, на его индивидуальность, специфику. Правовая же норма (вне зависимости от того, общая она или специальная) как правило поведения всегда рассчитана на неопределенное количество случаев. И потому имеется какое-то противо-

¹ Барак А. Указ. соч. С. 75.

² Там же. С. 81-101.

³ Абушенко Д.Б. Судебное усмотрение в гражданском процессе. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. С. 18.

речие, когда действительная или мнимая несвязанность правоприменителя в процессе толкования рассматривается именно как усмотрение»¹. Подобный вывод российского ученого не представляется верным, но логически неизбежен в связи с тем, что Д.Б. Абушенко, как и зарубежные ученые, считает усмотрение свободой, а в отечественном гражданском и арбитражном судопроизводстве в отличие от стран общего права в процессе толкования норм права суд таковой не обладает.

Исследования, проведенные учеными, приводят к выводу, что в рамках разрешения проблемы применения судьейского усмотрения при интерпретации судом норм права в российском гражданском и арбитражном процессах необходимо рассмотреть положение о видах, способах толкования и усмотрении суда.

Виды, способы толкования и усмотрение суда

Е.В. Васьковский пишет, что «выяснение смысла каждой нормы должно происходить в следующей постепенности: сначала необходимо убедиться, нельзя ли воспользоваться легальным толкованием; затем, при отсутствии легального толкования, следует подвергнуть норму словесно-му толкованию, чтобы установить ее буквальный смысл, и, наконец, обратиться к реальному толкованию, чтобы проверить результат словесного толкования и раскрыть ее действительный, внутренний смысл»².

Рассмотрим проблему применения судьейского усмотрения при осуществлении различных способов толкования.

Способы толкования и судьейское усмотрение. В связи с тем, что, на наш взгляд, судьейским усмотрением является правоприменительная деятельность суда, заключающаяся в выборе решения правового вопроса, имеющая общие и специальные пределы, то при анализе применения способов толкования по усмотрению определяющим положением служит категория выбора.

Языковой способ толкования. Ознакомление с рядом правил языкового толкования, разработанных отечественной юридической наукой³, приводит к выводу о возможности осуществления усмотрения при

¹ Абушенко Д.Б. Судебное усмотрение в гражданском процессе. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. С. 18.

² Васьковский Е.В. Указ. соч. С. 31,

³ См. подробнее о правилах языкового толкования: Общая теория государства и права: Академический курс. Т. 2 / Под ред. проф. М.Н. Марченко. С. 328-329.

названном способе, поскольку у суда существует возможность выбора в процессе определения значения терминов и слов. Судья применяет усмотрение при условии, если в законе четко не определено значение термина, а в юридической науке и практике ему еще не придан определенный смысл. При указанном условии в процессе языкового толкования возможны две ситуации.

во-первых, интерпретация терминов и выражений по усмотрению Конституционного Суда РФ, Пленума Верховного Суда РФ или Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ в целях обеспечения правильного и единообразного применения судами положений законодательства;

во-вторых, толкование терминов и выражений судами по усмотрению при рассмотрении конкретного гражданского дела в случае отсутствия интерпретации Конституционного Суда РФ, Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ.

Так, судьи Верховного Суда РФ в постановлении Пленума от 10 октября 2003 г. «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации» толкуют понятие общепризнанных принципов. Постановление в целях обеспечения единообразного применения судами международного права в п. 1 постановляет обратить внимание судов на то, что под общепризнанными принципами международного права следует понимать основополагающие императивные нормы международного права, принимаемые и признаваемые международным сообществом государств в целом, отклонение от которых недопустимо¹.

В п. 1 постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 12, 15 ноября 2001 г. указывается, что формулировка «право лица, подлежащее защите судом», содержащаяся в ст. 195 Гражданского кодекса РФ, означает «субъективное гражданское право конкретного лица»².

В п. 4 постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 1 июля 1996 г. устанавливается, что под обычаем делового оборота, который в силу ст. 5 ПС РФ может быть применен судом, при разрешении спора, вытекающего из предпринимательской деятельности, следует понимать не предусмотренное зако-

² Российская газета. 2001. 8 декабря.

нодательством или договором, но сложившееся, т.е. достаточно определенное в своем содержании, широко применяемое в какой-либо области предпринимательской деятельности правило поведения, например традиции исполнения тех или иных обязательств и т.п.

Обычай делового оборота может быть применен независимо от того, зафиксирован ли он в каком-либо документе (опубликован в печати, изложен в вступившем в законную силу решении суда по конкретному делу, содержащему сходные обстоятельства, и т.п.).

В указанном постановлении Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ следующим образом толкуется понятие «место нахождения юридического лица»: «Согласно п. 2 ст. 54 ГК РФ место нахождения юридического лица определяется местом его государственной регистрации, если в соответствии с законом в учредительных документах юридического лица не установлено иное.

Порядок регистрации юридических лиц, в том числе определения места регистрации, должен быть установлен законом о регистрации юридических лиц (п. 1 ст. 51). Учитывая, что в соответствии со ст. 8 Федерального закона от 21 октября 1994 г. «О введении в действие части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» впредь до введения в действие закона о регистрации юридических лиц применяется действующий порядок регистрации юридических лиц, при разрешении споров следует исходить из того, что местом нахождения юридического лица является место нахождения его органов»¹.

В п. 2 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 20 декабря 1994 г. «Некоторые вопросы применения законодательства о компенсации морального вреда» дается развернутое по сравнению со ст. 151 ГК РФ определение морального вреда. Под последним понимаются «нравственные или физические страдания, причиненные действиями (бездействием), посягающими на принадлежащие гражданину от рождения или в силу закона нематериальные блага (жизнь, здоровье, достоинство личности, деловая репутация, неприкосновенность частной жизни, личная и семейная тайна и т.п.) или нарушающими его личные неимущественные права (право на пользование своим именем, право авторства и другие неимущественные права в соответствии с Законом об охране

¹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 1 июля 1996 г. «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского Кодекса Российской Федерации» // Российская газета. 1996. 10, 13 августа.

прав на результаты интеллектуальной деятельности) либо нарушающими имущественные права гражданина»¹.

В постановлении от 6 июня 2000 г. № 9-П «По делу о проверке конституционности положения абзаца третьего п. 2 ст. 77 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» в связи с жалобой открытого акционерного общества «Тверская прядельная фабрика»» Конституционный Суд Российской Федерации отметил, что термином «имущество» охватывается любое имущество, связанное с реализацией права частной и иных форм собственности, в том числе имущественные права, включая полученные от собственника права владения, пользования и распоряжения имуществом, если эти имущественные права принадлежат лицу на законных основаниях².

Таким образом, в случае толкования термина или выражения, данного Конституционным Судом Российской Федерации, пленумами высших судебных инстанций, следует говорить о применении усмотрения судьями - членами КС РФ или пленумов. Интерпретация, представленная в постановлении Конституционного Суда РФ, является обязательной для судов общей юрисдикции и арбитражных судов. Толкование, закрепленное в определении КС РФ, носит рекомендательный характер. Интерпретация, установленная в постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ, является обязательной для системы арбитражных судов. Толкование терминов и выражений, данное Пленумом Верховного Суда РФ, должно носить рекомендательный характер.

Перейдем ко второму положению и рассмотрим применение усмотрения при толковании судами отдельных терминов и выражений в процессе рассмотрения и разрешения конкретных дел в случае отсутствия интерпретации Конституционного Суда РФ, Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ.

В качестве примера остановимся на интерпретации судами термина «публичный порядок» Толкование указанного понятия в постановлениях Конституционного Суда РФ, Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ и Пленума Верховного Суда РФ отсутствует.

Отметим, что категория публичного порядка в отечественном международном частном праве является «размытой». Вместе с тем она обладает некоторыми четкими чертами. К их числу относится такая харак-

1 Бюллетень Верховного Суда РФ 1995 X« 3. С. 9

2 Справочная правовая система «Гарант».

теристика публичного порядка, как его проявление через конкретные нормы. Публичный порядок является воплощением и синонимом основ правопорядка, принципов законодательства, поэтому он не может не находить выражение в конкретных правовых нормах. Например, основополагающим принципом можно считать закрепленное в ст. 19 Конституции РФ равноправие мужчины и женщины, Основные начала семейного законодательства отражены и в ст. 1 Семейного кодекса РФ.

В ст. 167 СК РФ речь идет не об общей оценке действующего в иностранном государстве законодательства в области брака и семьи, а о возможности применения конкретных норм этого законодательства к конкретным ситуациям. В этой статье, как и в ранее действовавшей ст. 169 КоБС РСФСР, говорится о противоречии основам правопорядка не самих иностранных законов, а их применения в России. Например, нормы иностранного права, допускающие полигамию, противоречат основным принципам российского семейного права, но это не означает, что полигамные браки, заключенные в стране, где они признаются, не могут порождать юридических последствий, признаваемых в России; нельзя, в частности, возражать против признания алиментных обязательств членов полигамной семьи¹.

Публичный порядок есть не что иное, как воля самого законодателя; законодатель, а не судья решает, что нужно для общего блага; судья, применяя усмотрение, должен исходить не из своих представлений об общем благе, а из воли законодателя.

Отметим, что в законодательстве ряда стран, в российском законодательстве, в международных договорах применяются разные формулировки понятия публичного порядка. Следовательно, определение содержания понятия «публичный порядок» в процессе рассмотрения и разрешения конкретных дел осуществляется с применением судейского усмотрения, поскольку суд имеет возможность выбора одного из толкований термина. Проследим толкование указанного понятия, основываясь на материалах рассмотрения и разрешения различных дел.

Так, при рассмотрении и разрешении одного дела Президиум Верховного Суда РФ выбрал следующее определение термина «публичный порядок»: «...публичный порядок - это основные принципы, закрепленные в Конституции Российской Федерации и законах Российской Федерации». Судом была сделана ссылка на принципы гражданского

¹ Комментарий к Семейному кодексу РФ / Под ред И М Кузнецовой. М. БЕК, 1996.

права. Президиум указал, что согласно ст. 1 ГК РФ свобода договора, недопустимость произвольного вмешательства кого-либо в частные дела, необходимость беспрепятственного осуществления гражданских прав относятся к основным началам гражданского законодательства Российской Федерации¹.

Из материалов другого дела следует, что, по мнению судей Верховного Суда РФ, противоречие публичному порядку Российской Федерации не связано с несовместимостью с законодательством Российской Федерации способа расчетов между сторонами по определенным контрактам. Президиум Верховного Суда РФ усмотрел, что возложение на ответчика как стороны внешнеэкономической сделки уплаты долга в свободно конвертируемой валюте не противоречит валютному законодательству Российской Федерации².

Из материалов третьего приведенного в качестве примера дела вытекает, что городской суд среди прочего усмотрел, что противоречие публичному порядку Российской Федерации связано с несоответствием действий ее законодательству. Судьи Верховного Суда РФ выбрали иное толкование понятия «публичный порядок Российской Федерации». Они указали, что применение норм национального российского права не может трактоваться как нарушение публичного порядка Российской Федерации. Судебная коллегия ВС РФ определила, что содержание понятия «публичный порядок Российской Федерации» не совпадает с содержанием национального законодательства Российской Федерации. Судебная коллегия отметила, что, поскольку законодательство Российской Федерации допускает применение норм иностранного государства (ст. 28 Закона Российской Федерации «О международном коммерческом арбитраже»), наличие принципиального различия между российским законом и законом другого государства само по себе не может быть основанием для применения оговорки о публичном порядке³.

1 См. постановление Президиума Верховного Суда РФ от; 2 июня 1999 г. «Определение суда о разрешении принудительного исполнения на территории Российской Федерации решения Хозяйственного суда Латвии признано правильным» (извлечение).

2 См. обзор судебной практики Верховного Суда РФ «Ю некоторых вопросах судебной практики по гражданским делам» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1998, № 8, 9, 1, 0.

3 См. определение СК Верховного Суда, РФ от 25 сентября 1998 г. «Вывод городского суда о противоречии решения Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации публичному порядку Российской Федерации признан неправильным» (извлечение) // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1999.

Следовательно, под «публичным порядком Российской Федерации» в общем значении Верховный Суд РФ понимает основы общественного строя Российского государства. При толковании указанного термина в процессе рассмотрения и разрешения конкретных дел суды должны выбрать ту интерпретацию понятия «публичный порядок», которая в большей степени соответствует обстоятельствам данного случая. При таких условиях можно говорить о надлежащем применении судейского усмотрения в процессе толкования термина.

В рамках рассмотрения поставленной проблемы отметим, что споры по поводу содержательного наполнения формулировки «оговорка о публичном порядке» не утихают.

По мнению Судебной коллегии Президиума Верховного Суда РФ, оговорка о публичном порядке возможна лишь в тех отдельных случаях, когда применение иностранного закона могло бы породить результат, недопустимый с точки зрения российского правосознания.

В связи с тем, что публичный порядок считается одним из предметов публичного интереса государства¹, кратко остановимся на толковании судом термина «публичный интерес», Статья 1 ПС РФ в числе основополагающих принципов гражданского законодательства называет недопустимость произвольного вмешательства кого-либо в частные дела. Отметим, что на законодательном уровне отсутствуют критерии публичного интереса. В связи с этим в юридической литературе существует немало толкований указанного понятия². Примечательно, что в изученных нормативных и ненормативных актах, комментариях законодательства, постановлениях и определениях Конституционного Суда РФ, определениях Верховного Суда РФ по конкретным делам, трудах отечественных ученых, в которых применяется понятие публичного интереса, последнему не дается толкования³.

¹ См, например: Морозова ЮГ. Оговорка о публичном порядке: причины возникновения // Законодательство 2000. № 6.

² См. подробнее: Решетникова И.В. Право общественного интереса и российский гражданский процесс // Российский юридический журнал. 1996. № 4. С 8.

³ См, например: постановление Конституционного Суда РФ от 17 июля 1998 г. № 22-П «По делу о проверке конституционности постановлений Правительства Российской Федерации от 26 сентября 1995 г. № 962 «О взимании платы с владельцев или пользователей автомобильного транспорта, перевозящего тяжеловесные грузы, при проезде по автомобильным дорогам общего пользования» и от 14 октября 1996 г. № 1211 «Об установлении временных ставок платы за провоз тяжеловесных грузов по федеральным автомобильным дорогам и использовании средств, получаемых от взимания этой платы»»; постановление Конституционного Суда РФ от 10 июня 1998 г № 17-П «По делу о проверке конституционности положений п 6 ст. 4, подп. «а» п. 3 и п. 4 ст. 13, п. 3 ст. 19 и п. 2 ст. 58 Федерального

Именно поэтому отечественными юристами подчеркивается субъективный элемент при интерпретации судом указанного терми-

закона от 19 сентября 1997 г. «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации»»; постановление Конституционного Суда РФ от 19 мая 1998 г № 15-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений статей 2, 12, 17, 24 и 34 Основ законодательства Российской Федерации о нотариате»; постановление Конституционного Суда РФ от 12 мая 1998 г № 14-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений абзаца шестого ст. 6 и абзаца второй части первой ст. 7 Закона Российской Федерации от 18 июня 1993 г. «О применении контрольно-кассовых машин при осуществлении денежных расчетов с населением» в связи с запросом Дмитровского районного суда Московской области и жалобами граждан»», Федеральный закон от 21 июля 1997 г. Ха 122-ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним»; определение Конституционного Суда РФ от 14 июля 1998 г. «По делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» по жалобе гражданки И.Г. Черновой»; постановление Правительства РФ от 12 августа 1998 г. № 936 «О заключении Соглашения между Правительством Российской Федерации и Правительством Федеративной Республики Германия о взаимном обеспечении сохранности секретных материалов»; постановление правительства Московской области от 27 июля 2000 г. №65/18 «Об утверждении Программы развития системы государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним на 2000-2002 гг.»; Письмо МНС РФ от 24 декабря 1999 г. №ВГ-6-02/1049 «О постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 28.10.99 № 14-П»; комментарий к части первой Гражданского кодекса Российской Федерации для предпринимателей (под общ. ред. М.И. Брагинского); комментарий к части второй Гражданского кодекса Российской Федерации для предпринимателей (под общ. ред. М.Ц. Брагинского); комментарий к Федеральному закону от 14 апреля 1998 г. № 63-ФЗ «О мерах по защите экономических интересов Российской Федерации при осуществлении внешней торговли товарами» (Р.А. Шепенко); комментарий к Таможенному кодексу РФ (по главам) (под ред. АЛ. Козырнна); комментарий к Налоговому кодексу РФ части первой (в ред. Федерального закона от 9 июля 1999 г.); Голомазова ИИ, Афилированные и зависимые лица в хозяйственных обществах // Бухгалтерский учет. 2000. № 1; комментарий к Федеральному закону «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» (А.М. Эрделевский); Миронов В.К. Право на забастовку как новый институт трудового права стран Восточной Европы // Вестник Московского университета. Серия 11, Право. 1998. № 2; Морозова ЮТ. Оговорка о публичном порядке: причины возникновения // Законодательство. 2000» № 6; Бартти ВМ- Приватизация публичного имущества путем внесения его в качестве вклада в уставные капиталы хозяйственных обществ //Законодательств*о. 2000. Хs 5; Борисова ЕЛ Особеннсрда рассмотрения дел о признании недействительными (полностью или частично) ненормативных актов // Законодательство. 2000. № 4; Костин А.В, Взыскание задолженности Российской федерации за счет казны // Зтонодательетжо, 2000» № 3| Затт ШГ, Утег целей договора, вдагей децельности сторон при формировании: условий договора поставки // Законодательство. 2000, № 1; Богданов Е. Соотношение частного и публичного в гражданском законодательстве // Российская юстиция. 2000. № 4; Уксузова Ж Оспаривание законности нормативных актов в судах общей 1ориедюдсикЛ]?осоийст^ 1S98, J& 8; ШминТ. Дрязяани&iормашцвних ш-Ф/'Ю& 1998М7

на1. В действительности же следует говорить о надлежащем или ненадлежащем применении судейского усмотрения при толковании названного понятия при отсутствии его интерпретации в постановлении Конституционного Суда Российской Федерации, постановлениях пленумов j высших судебных инстанций.

В заключение отметим, что суды вышестоящих инстанций нередко применяют усмотрение и указывают на неправильную интерпретацию терминов и выражений нижестоящими судами. Приведем пример, в котором одна из судебных инстанций неверно истолковала понятие «арбитражное соглашение».

Открытое акционерное общество (ОАО) «Судоходная компания «Волжское пароходство»» обратилось в суд с ходатайством об отмене решения Морской арбитражной комиссии при Торгово-промышленной палате Российской Федерации (далее - МАК при ТПП РФ) от 20 августа 1998 г. о взыскании денежных сумм в пользу закрытого акционерного общества (ЗАО) «Руарус». По мнению заявителя, решение принято с нарушением компетенции МАК при ТПП РФ. При заключении хозяйственного договора с ЗАО «Руарус» не было сделано оговорки по поводу того, что в случае возникновения спора, вытекающего из данного договора, МАК при ТПП РФ явится органом по рассмотрению спора. По этой причине требования ЗАО «Руарус» могли быть рассмотрены только в арбитражном суде.

Определением Московского городского суда (оставленным без изменения Судебной коллегией по гражданским делам Верховного Суда РФ) заявленное ходатайство удовлетворено.

Заместитель Председателя Верховного Суда РФ в протесте поставил вопрос об отмене судебных постановлений

Президиум Верховного Суда РФ от 24 ноября 1999 г. протест удовлетворил, указав следующее

Мосгорсуд признал установленным при рассмотрении ходатайства, что в договоре от 12 мая 1997 г. № 15 по ремонту теплохода «Сормовский» стороны не сделали специальной оговорки относительно того, что споры по договору подлежат рассмотрению в МАК при ТПП РФ. В соответствии с о. 12 договора все споры и разногласия подлежат рассмотрению в арбитражной комиссии г. Москвы.

! См., например: Материалы второй научно-практической конференции «Принципы гражданского процессуального права, их реализация в проекте ГПК России». Тверь, 2000.С. 34.

Президиум Верховного Суда РФ указывает, что содержание этого пункта договора не дает возможности определить, в какой именно арбитражной комиссии подлежат рассмотрению споры между сторонами договора, и не свидетельствует о том, что стороны пришли к соглашению о передаче спора именно в МАК при ТПП РФ. Переписки или обмена мнениями способами, предусмотренными законом, по вопросу арбитражного соглашения о передаче спора в МАК при ТПП РФ в деле нет.

Мосгорсуд считает, что МАК при ТПП РФ приняла решение по спору, не предусмотренному арбитражным соглашением, т.е. превысила свою компетенцию, так как действия судоходной компании после предъявления иска в МАК при ТПП РФ, в том числе ненаправление ответа на иск, подтверждают доводы заявителя об отсутствии соглашения о передаче спора в МАК при ТПП РФ.

С таким выводом суда Президиум не согласился, поскольку, по его мнению, он сделан без проверки юридически значимых обстоятельств. В обоснование суд надзорной инстанции сделал выбор при истолковании понятия «арбитражное соглашение».

Президиум указал, что в силу ст. 7 Закона Российской Федерации от 7 июля 1993 г. «О международном коммерческом арбитраже» арбитражное соглашение - это соглашение сторон о передаче в арбитраж всех или определенных споров, которые возникли или могут возникнуть между ними в связи с каким-либо конкретным правоотношением, независимо от того, носило оно договорный характер или нет. Арбитражное соглашение может быть заключено в виде арбитражной оговорки в договоре или в виде отдельного соглашения.

Арбитражное соглашение, отметил Президиум, заключается в письменной форме. Соглашение считается заключенным в письменной форме, если оно содержится в документе, подписанном сторонами, или заключено путем обмена письмами, сообщениями по телетайпу, телеграфу или с использованием иных средств электросвязи, обеспечивающих фиксацию такого соглашения, либо путем обмена исковыми заявлениями и отзывом на иск, в которых одна из сторон утверждает о наличии соглашения, а другая против этого не возражает. Ссылка в договоре на документ, содержащий; арбитражную оговорку, является арбитражным соглашением при условии, что договор заключен в письменной форме и данная ссылка такова, что делает упомянутую оговорку частью договора.

Следовательно, по мнению Президиума Верховного Суда РФ, соглашение о передаче спора в арбитраж (третейский суд), к числу которого относится МАК при ТПП РФ (ст. 2 Закона Российской Федерации «О международном коммерческом арбитраже»), может быть заключено различными способами. Один из таких способов - обмен исковыми заявлениями и отзывами на иск, в которых одна из сторон утверждает о наличии соглашения, а другая против этого не возражает.

Как видно из материалов дела, в п. 12 договора о ремонте теплохода определено, что все споры и разногласия по настоящему договору или в связи с ним подлежат рассмотрению в арбитражной комиссии г. Москвы.

Таким образом, указал Президиум, в тексте хозяйственного договора сделана специальная арбитражная оговорка, содержание которой неясно, поскольку арбитражной комиссии г. Москвы не существует.

В соответствии со ст. 431 ГК РФ при толковании условий договора судом принимается во внимание буквальное значение содержащихся в нем слов и выражений.

Буквальное значение условий договора в случае его неясности устанавливается путем сопоставления с другими условиями и смыслом договора в целом (ч. 1).

Если правила, содержащиеся в части первой настоящей статьи, не позволяют определить содержание договора, должна быть выяснена действительная общая воля сторон с учетом цели договора. При этом принимаются во внимание все соответствующие обстоятельства, включая предшествующие договору переговоры и переписку, практику, установившуюся во взаимных отношениях сторон, обычаи делового оборота, последующее поведение сторон.

Президиум отметил, что при рассмотрении дела суд не определил действительную волю сторон, сделавших в договоре такую арбитражную оговорку, и не установил юридически значимых обстоятельств, подлежащих доказыванию.

Между тем в деле имеется протокол разногласия к договору, в котором арбитражная оговорка уточнена и указано, что споры подлежат рассмотрению в Морской арбитражной комиссии г. Москвы.

Кроме того, в своем письме руководитель ОАО «Судоходная компания «Волжское пароходство»^ предлагал погасить задолженность перед ЗАО «Руарус» за счет ареста двух теплоходов.

На эти обстоятельства, которые имеют значение для толкования условий договора, представитель ЗАО «Руарус» ссылался в письменном отзыве на иск в судебном заседании. Однако они судом первой инстанции оставлены без внимания, в определении суд не дал оценки объяснениям представителя ЗАО «Руарус» о действительной воле сторон по поводу выбора органа, компетентного рассмотреть спор.

В решении МАК при ТПП РФ указано, что ответчик претензию не удовлетворил и ЗАО «Руарус» в соответствии с п. 12 договора № 15 от 12 мая 1997 г. обратился в МАК при ТПП РФ с иском к пароходству.

Вместе с тем, сделал вывод Президиум, если ЗАО «Руарус» ссылалось на наличие соглашения о рассмотрении спора МАК при ТПП РФ, а пароходство против этого не возражало, то в силу п. 2 ст. 7 Закона Российской Федерации «О международном коммерческом арбитраже» признается, что такое соглашение было заключено.

Президиум отметил, что согласно ст. 4 Закона если сторона, которая знает о том, что от какого-либо положения Закона стороны могут отступать или какое-либо требование, предусмотренное арбитражным соглашением, не было соблюдено, и тем не менее продолжает участвовать в арбитражном разбирательстве, не заявив возражений, то сторона считается отказавшейся от своего права на возражение.

Как видно из материалов дела, после возбуждения дела в МАК при ТПП РФ пароходство не представило возражений по поводу того, что МАК при ТПП РФ не вправе рассматривать спор. В таком случае она является стороной, отказавшейся от своего права на возражение.

Кроме того, в п. 2 ст. 16 вышеуказанного Закона заявление об отсутствии у третейского суда компетенции может быть сделано не позднее представления возражений по иску. Третейский суд может принять, заявление, сделанное позднее, если он сочтет задержку оправданной.

Президиум заключил:, что обстоятельства, с которыми закон связывает решение вопроса о компетентности МАК при ТПП РФ рассмотреть хозяйственный спор, суд первой инстанции не установил.

При таких обстоятельствах дело подлежит направлению на новое судебное рассмотрение¹.

(См. постановление Президиума Верховного Суда РФ от 24 ноября 1999 Г. «Одним из способов заключили соглашения о Передаче спора в третейский суд является обмен исковыми заявлениями и отзывами на иис, в которых одна из сторон утверждает о наличии соглашения, а другая против этого не возражает» (извлечение) // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2000. №7. С. 8.

Таким образом, в приведенном примере суд надзорной инстанции применил усмотрение при толковании термина «арбитражное соглашение», обосновав ненадлежащую интерпретацию данного понятия судом нижестоящей инстанции.

Логический способ толкования. Поскольку логический способ толкования - это мыслительный процесс, в ходе которого интерпретатор оперирует материалом самой нормы права, не обращаясь к другим средствам толкования, с помощью логических приемов¹, то при названном способе может присутствовать категория выбора, а следовательно, осуществляться судебское усмотрение.

На наш взгляд суд может применять усмотрение при логическом способе толкования, используя прием «умозаключение степени».

Так, Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации рассмотрела в судебном заседании 26 сентября 2000 г. по кассационной жалобе Кянганена В.А. на решение Челябинского областного суда от 4 августа 2000 г. дело по заявлению Кянганена В.А. о признании недействующим и не подлежащим применению абз. 4 п. 1 ст. 3 Закона Челябинской области «О налоге с продаж».

Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации, в частности, установила:

Кянганен В.А. обратился в суд с заявлением о признании противоречащим ст. 20 Закона РФ «Об основах налоговой системы в Российской Федерации» абз. 4 п. 1 ст. 3 Закона Челябинской области «О налоге с продаж», ссылаясь на то, что п. 3 ст. 20 Закона РФ «Об основах налоговой системы в Российской Федерации» устанавливает перечень товаров, стоимость которых подлежит налогообложению налогом с продаж, и перечень товаров, стоимость которых не является объектом налогообложения данным налогом. При этом в перечне товаров не первой необходимости, стоимость которых является объектом налогообложения, указано, что объектом налогообложения могут являться и другие товары и услуги не первой необходимости по решению законодательных (представительных) органов субъектов Российской Федерации. Истец указал на то, что формулировка п. 3 ст. 20 Закона РФ «Об основах налоговой системы в Российской Федерации» обязывает законодательные (представительные) органы субъекта Российской Федерации устанавли-

¹ См. подробнее о логическом способе толкования: Общая теория государства и права: Академический курс. Т. 2 / Под ред. проф. М.Н. Марченко. С. 330-332.

вать конкретные перечни товаров и услуг не первой необходимости, стоимость которых подлежит обложению налогом с продаж. В нарушение требований указанного Федерального закона Законодательное Собрание Челябинской области не установило такого перечня и тем самым нарушило права истца как потребителя товаров и услуг, поскольку сумма налога включается в цену товара и ведет к его удорожанию, в связи с чем нарушаются его права как покупателя.

Решением Челябинского областного суда от 4 августа 2000 г. заявление Кянганена В.А. было оставлено без удовлетворения.

В кассационной жалобе заявителя поставлен вопрос об отмене решения как вынесенного с нарушением норм материального и процессуального права.

Проверив материалы дела, Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации находит решение суда подлежащим отмене по следующим основаниям.

В соответствии с п. «и» ст. 72 Конституции Российской Федерации установление общих принципов налогообложения находится в совместном ведении Российской Федерации и субъектов Российской Федерации.

В соответствии со ст. 76 Конституции Российской Федерации законы и иные нормативные правовые акты субъектов Российской Федерации по вопросам налогообложения не могут противоречить федеральному законодательству.

В соответствии с п. 3 ст. 2Q Закона РФ от 27 декабря 1991г. № 2118-1ФЗ «Об основах налоговой системы в Российской Федерации» плательщиками налога с продаж признаются юридические лица, созданные в соответствии с законодательством Российской Федерации, их филиалы, представительства и другие обособленные подразделения; иностранные юридические лица, компании и другие корпоративные образования, обладающие гражданской правоспособностью, созданные в соответствии с законодательством иностранных государств, международные организации, их филиалы и представительства, созданные на территории Российской Федерации; а также индивидуальные предприниматели, осуществляющие свою деятельность без образования юридического лица, самостоятельно реализующие товары (работы, услуга) на территории Российской Федерации,

Объектом налогообложения по налогу с продаж признается стоимость товаров (работ, услуг), реализуемых в розницу или оптом за наличный расчет

Налог с продаж устанавливается и вводится в действие законами субъектов Российской Федерации и обязателен к уплате на территории соответствующих субъектов Российской Федерации.

Устанавливая налог с продаж, законодательные (представительные) органы субъектов Российской Федерации определяют ставку налога, порядок и сроки уплаты налога, льготы и форму отчетности по данному налогу, а также могут устанавливать дополнительный перечень товаров (работ, услуг), реализация которых освобождается от налога с продаж.

Таким образом, указывает Судебная коллегия Верховного Суда РФ, Федеральный закон установил:

- специальный перечень товаров (работ, услуг) как первой, так и не первой необходимости, являющихся объектами налогообложения по налогу с продаж;

- перечень товаров (работ, услуг), которые не могут являться объектами налогообложения по налогу с продаж, — товары и услуги первой необходимости;

- условие, при котором объектами налогообложения по налогу с продаж признаются товары и услуги по решению законодательного (представительного) органа субъекта Российской Федерации.

В противоречие Федеральному закону абз, 4 п. 1 ст, 3 Закона Челябинской области установлено, что налогом с продаж облагается стоимость других товаров (работ, услуг), за исключением товаров (работ, услуг), перечисленных в п. 2 настоящей статьи.

Таким образом, в соответствии с выводом Судебной коллегии, обжалуемым областным законом в качестве объекта налогообложения, указаны все товары, работы и услуги (кроме специально перечисленных товаров первой необходимости) независимо от того, товарами первой или не первой необходимости они являются.

Судебная коллегия Верховного Суда РФ усмотрела, что при рассмотрении дела суд неправильно истолковал нормы федерального законодательства и ошибочно указал на то, что данная формулировка объекта налогообложения по налогу с продаж соответствует п. 3 ст. 20 Закона Российской Федерации от 27 декабря 1991 г. № 2118-1 «Об основах налоговой системы в Российской Федерации».

В ст, 5 Закона Российской Федерации «Об основах налоговой системы в Российской Федерации» и в ст. 38 части первой Налогового кодекса Российской Федерации установлены принципы определения объ-

екта налогообложения, в соответствии с которыми объектом налогообложения являются стоимость (реализованных) определенных товаров, стоимость (реализованных) отдельных видов работ, услуг либо иное экономическое основание, имеющее стоимостную, количественную или физическую характеристики. Под товаром, работой, услугой понимаются виды объектов гражданских прав, предусмотренных гл. 6 ч. 1 Гражданского кодекса Российской Федерации, каждый из которых имеет свое наименование, материальное или иное выражение и свою совокупность отличительных признаков.

Эта характеристика объекта налогообложения приведена и в п. 3 ст. 20 Закона Российской Федерации «Об основах налоговой системы в Российской Федерации»; объектом налогообложения по налогу с продаж признается стоимость товаров (работ, услуг), реализуемых в розницу или оптом за наличный расчет, а именно, стоимость подакцизных товаров, дорогостоящей мебели, радиотехники, одежды, деликатесных продуктов и т.п., а также других товаров и услуг не первой необходимости по решению законодательных (представительных) органов субъектов Российской Федерации.

Содержание этих норм федерального законодательства, по усмотрению Судебной коллегии Верховного Суда РФ, не может истолковываться иначе, как обязывающее субъект Российской Федерации при установлении налога с продаж определять налогооблагаемую базу путем принятия решения об установлении конкретного перечня товаров не первой необходимости, от стоимости которых рассчитывается налог.

При таких условиях решение суда как противоречащее федеральному налоговому законодательству, установившему принцип отнесения к налогооблагаемой базе по налогу с продаж лишь тех товаров (работ, услуг), которые должны включаться в специальные перечни товаров (работ, услуг) не первой необходимости, подлежит отмене в соответствии с п. 4 ст. 306 ип, 3 ст. 307 ГПК РСФСР¹,

Таким образом» в приведенном примере Судебная коллегия Верховного Суда РФ истолковала, логическим способом, применяя прием «умозаключение степени», содержание норм федерального законодательства. Судьи Верховного Суда 1*ф выбрали интерпретацию об обязанности субъектов РОССИЙСКОЙ Федерации при установлении налога с продаж определять налогооблагаемую базу, приняли» решения об

¹ См определение СК Верховного Суда РФ от 26 сентября 2000 г. по делу № 48-Г00-17.

установлении конкретного перечня товаров не первой необходимости, от стоимости которых рассчитывается налог, Судебная коллегия объяснила сделанный выбор тем, что данное толкование основано на том, что платежеспособность населения в настоящее время невелика и позволяет, как правило, приобретать лишь товары, необходимые для удовлетворения насущных потребностей. Таким образом, платежеспособный спрос на реализуемую продукцию в подавляющем большинстве случаев распространяется именно на необходимые людям товары (работы, услуги). По этой причине федеральным законодательством субъектам Российской Федерации предоставлена возможность установить расширенный перечень товаров не первой необходимости и признать объектом ! налогообложения стоимость иных, не указанных в Федеральном законе, но также строго определенных товаров (работ, услуг) не первой необходимости, а не устанавливать иной принцип налогообложения, по которому налогом облагаются все товары, а из налогооблагаемой базы исключается лишь стоимость некоторых товаров первой необходимости.

Следовательно, осуществляя логический способ толкования, Судебная коллегия Верховного Суда РФ применила усмотрение.

На наш взгляд, суд может осуществлять усмотрение, применяя другой прием логического толкования: выводы по аналогии.

Так, Кассационная коллегия Верховного Суда Российской Федерации рассмотрела в судебном заседании от 9 ноября 1999 г. дело по жалобе Филимоновой Н.Н. о признании частично недействительным подл, «в» п. 14 Инструкции Государственной налоговой службы Российской Федерации от 29 июня 1995 г. №35 «По применению Закона Российской Федерации «О подоходном налоге с физических лиц»» по кассационной жалобе Министерства Российской Федерации по налогам и сборам на решение Верховного Суда Российской Федерации от 14 октября 1999 г., которым жалоба Филимоновой Н.Н. удовлетворена.

Кассационная коллегия, в частности, установила:

29 июня 1995 г. Государственная налоговая служба РФ приняла Инструкцию № 35 «По применению Закона Российской Федерации «О подоходном налоге с физических лиц» (с последующими изменениями и дополнениями)».

Подпунктом «в» п. 14 этой Инструкции предусмотрены положения, ограничивающие возможность использования гражданами налоговой льготы по уменьшению совокупного дохода на суммы, направленные на погашение кредитов и процентов по ним, полученных ими

в банках и других кредитных организациях на новое строительство либо приобретение жилого дома, или квартиры, или дачи, или садового домика на территории Российской Федерации (абз 2 и 16 этого подпункта), в частности возможность применения льготы по суммам, направленным на погашение кредитов и процентов по ним (для указанных выше целей), ограничена трехлетним сроком, положения абз 17, 18 и примера № 2 подп «в» ограничивают льготу по суммам, направленным на погашение кредитов и процентов по ним, полученных в банках на приобретение квартиры или жилого дома, пятидесятикратным размером установленного законом минимального размера оплаты труда за трехлетний период

Филимонова Н. Н. обратилась в Верховный Суд РФ с жалобой, в которой поставила вопрос о признании недействительными изложенных положений подп. «в» п. 14 Инструкции, сославшись на несоответствие их требованиям закона и нарушение данным нормативным актом права заявительницы на пользование предоставленной ей законом налоговой льготой без ограничения размерами и сроками указанных сумм, направленных на погашение кредитов и процентов по ним, полученных в банках на новое строительство либо приобретение жилого дома, или квартиры, или дачи, или садового домика на территории Российской Федерации

Верховный Суд РФ постановил приведенное выше решение

В кассационной жалобе Министерство Российской Федерации по налогам и сборам (правопреемник Государственной налоговой службы Российской Федерации) поставило вопрос об отмене судебного решения, полагая ошибочным выводы суда о незаконности обжалованных положений Инструкции.

Проверив материалы дела, обсудив доводы кассационной жалобы, Кассационная коллегия не нашла оснований для отмены судебного решения

Удовлетворяя заявленный Филимоновой Н.Н. требования, суд первой инстанции Обоснованно сослался на несоответствие оспоренных положений Инструкции требованиям подп. «в» п. 6 ст. 3 Закона РФ «О подоходном налоге с физических лиц», согласно которому совокупный доход, полученный физическими лицами в налогооблагаемый период, уменьшается на суммы, направленные физическими лицами, яв-«ющимися застройщиками либо покупателями, по их письменным заявлениям,, предъявляемым указанными лицами в бухгалтерию пред-

приятия, учреждения или организации по месту основной работы либо в налоговый орган по месту постоянного жительства, на новое строительство либо приобретение жилого дома, или квартиры, или дачи, или са-
Российской Федерации, в пределах пяти-тысячекратного размера установленного законом минимального размера оплаты труда, учитываемого за трехлетний период, а также суммы, направленные на погашение кредитов и процентов по ним, полученным физическими лицами в банках и других кредитных организациях на эти цели Эти суммы не могут превышать размер совокупного дохода физических лиц за указанный период.

Кассационная коллегия указала, что изложенное дословно положение Федерального закона однозначно свидетельствует о введении ограничения (в пределах пятидесятикратного размера установленного законом минимального размера оплаты труда, учитываемого за трехлетний период) лишь сумм (на которые уменьшается совокупный доход), направленных на новое строительство либо приобретение жилого дома, или квартиры, или дачи, или садового домика, и не касается данное ограничение сумм (на которые уменьшается совокупный доход), направленных на погашение кредитов и процентов по ним, полученных физическими лицами в кредитных организациях на эти цели

При таких обстоятельствах, по мнению Кассационной коллегии, Верховный Суд РФ пришел к правильному выводу.

Отметим, что в приведенном примере рассматривались различные варианты толкования федерального законодательства. В частности,

Верховный Суд РФ пришел к выводу о том, что содержащиеся в подл, «в» п. 14 Инструкции Государственной налоговой службы Российской Федерации от 29 июня 1995 г. № 35 положения, ограничивающие возможность использования гражданами в полном объеме налоговой льготы по уменьшению совокупного дохода на суммы, направленные на погашение кредитов и процентов по ним, полученных ими в кредитных организациях на новое строительство либо приобретение жилого дома, или квартиры, или дачи, или садового домика на территории Российской Федерации, противоречат подп, «в» п. 6 ст. 3 Закона РФ «О подоходном налоге с физических лиц», не содержащему подобного ограничения в отношении таких сумм

В кассационной жалобе Министерства РФ по налогам и сборам из-яжены доводы в обоснование законности (по мнению министерства) обжалованных положений Инструкции (предложен определенный вари-

ант толкования закона) В кассационной жалобе Министерство РФ по налогам и сборам ссылалось на то, что содержание второго предложения подп «в» п 6 ст 3 Закона РФ «О подоходном налоге с физических лиц» («. эти суммы не могут превышать размер совокупного дохода физических лиц за указанный период») свидетельствует о распространении законодателем ограничения в реализации гражданами налоговой льготы и при направлении ими сумм на погашение кредитов и процентов по ним, полученных физическими лицами в кредитных организациях на эти цели

Кассационная коллегия Верховного Суда РФ сделала выбор варианта толкования и объяснила, что интерпретация Министерства РФ по налогам и сборам не подкреплена никакими основаниями, а приведенное содержание второго предложения подп. «в» п 6 ст 3 Закона предусматривает лишь определенное соотношение перечисленных в первом предложении этого подпункта сумм и размера совокупного дохода физических лиц за указанный период

Не согласилась Кассационная коллегия и с утверждением Министерства РФ по налогам и сборам о том, что при толковании подп. «в» п 6 ст 3 Закона РФ «О подоходном налоге с физических лиц», произведенном Верховным Судом РФ, норма о суммах, направленных на погашение кредитов и процентов по ним, якобы не может быть реализована в связи с отсутствием предписаний о том, кому, на основании каких документов предоставляется эта льгота (без ограничения), на какие цели используются средства, полученные в кредитных организациях и т д.

Кассационная коллегия дала иное толкование, состоящее в том, что для реализации данной льготы применим порядок, аналогичный предусмотренному в отношении сумм, направляемых физическими лицами на новое строительство либо приобретение жилого дома, или квартиры, или дачи, или садового домика (такое лицо должно подать письменное заявление в бухгалтерию предприятия, учреждения или организации по месту основной работы либо в налоговый орган по месту постоянного жительства)

Следовательно, сделав выбор в процессе логического способа толкования («выводы по аналогии») норм законодательства, Кассационная коллегия Верховного Суда РФ применила усмотрение надлежащим образом, в результате чего было осуществлено правосудие.

Остановимся на ненадлежащем применении судейского усмотрения в процессе логического способа толкования.

1. Укажем, что в разновременной судебной практике, в частности, встречается неверное понимание общей концепции закона, не соответствующее его смыслу

Например, судами неоднозначно трактовалась концепция Закона РФ «О защите прав потребителей». При рассмотрении ряда дел, вытекающих из отношений между гражданами, вступающими в договорные отношения между собой с целью удовлетворения личных бытовых нужд, а также из отношений, возникающих в связи с приобретением гражданином-предпринимателем товаров, выполнением для него работ или предоставлением услуг не для личных бытовых нужд, а для осуществления предпринимательской деятельности либо в связи с приобретением товаров, выполнением работ и оказанием услуг в целях удовлетворения потребностей предприятий, учреждений, организаций, суды руководствовались законодательством о защите прав потребителей

Судебные органы совершали ошибку в логическом толковании концепции указанного законодательства, которая состоит в регулировании отношений между гражданином, имеющим намерение заказать или приобрести либо заказывающим, приобретающим или использующим товары (работы, услуги) исключительно для личных (бытовых) нужд, не связанных с извлечением прибыли, с одной стороны, и организацией либо индивидуальным предпринимателем, производящими товары для реализации потребителям, реализующими товары потребителям по договору купли-продажи, выполняющими работы и оказывающими услуги потребителям по возмездному договору, с другой стороны.

Учитывая вышеназванные ошибки судов, Пленум Верховного Суда РФ в постановлении от 17 января 1997 г. «О внесении изменений и дополнений в постановление Пленума Верховного Суда РФ от 29 сентября 1990 г. «О практике рассмотрения судами дел о защите прав потребителей» (с изменениями, внесенными постановлением Пленума от 25 апреля 1995 г. и от 25 октября 1996 г.)» указал, что отношения, регулируемые законодательством о защите прав потребителей, могут возникать из договоров розничной купли-продажи; аренды, включая прокат; найма жилого помещения, в том числе социального найма, в части выполнения работ, оказания услуг по обеспечению надлежащей эксплуатации жилого дома, в котором находится данное жилое помещение, по предоставлению или обеспечению предоставления нанимателю необходимых коммунальных услуг, проведению текущего ремонта общего имущества многоквартирного дома и устройств для оказания комму-

нальных услуг (п. 2 ст. 676 ГК РФ); подряда (бытового, строительного, подряда на выполнение проектных и изыскательских работ, на техническое обслуживание приватизированного, а также другого жилого помещения, находящегося в собственности граждан), перевозки граждан, их багажа и грузов; комиссии; хранения; из договоров на оказание финансовых услуг, направленных на удовлетворение личных (бытовых) нужд потребителя-гражданина, в том числе предоставление кредитов для личных (бытовых) нужд граждан, открытие и ведение счетов клиентов-граждан, осуществление расчетов по их поручению, услуги по приему от граждан и хранению ценных бумаг и других ценностей, оказание им консультационных услуг, и других договоров, направленных на удовлетворение личных (бытовых) нужд граждан, не связанных с извлечением прибыли¹.

В целях единообразного толкования судами концепции названного законодательства было принято разъяснение ГКАП РФ, в котором указывается, что Закон Российской Федерации «О защите прав потребителей» в редакции Федерального закона «О внесении изменений и дополнений в Закон Российской Федерации «О защите прав потребителей»» и Кодекс об административных правонарушениях от 9 января 1996 г. № 2-ФЗ распространяются на отношения, связанные с оказанием гражданам-потребителям, например, финансовых услуг, аналогично как и Закон в ранее действующей редакции.

В соответствии с постановлением Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 29 сентября 1994 г. Ш 7 «О практике рассмотрения судами дел о защите прав потребителей», а также дополнением, внесенным постановлением ГХпенума Верховного Суда от 25 апреля 1995 г. № 6, к отношениям, регулируемым Законом Российской Федерации «О защите прав потребителей», относятся, в частности, отношения, вытекающие из договоров на оказание финансовых услуг, направленных на удовлетворение личных бытовых нужд потребителя-гражданина, в том числе предоставление кредита для личных бытовых нужд граждан, открытие и ведение счетов клиентов-граждан, осуществление расчетов по их поручению, услуги по приему от граждан и хранению ценных бумаг и других ценностей, оказание консультационных услуг.

При решении вопроса о возможности применения Закона Российской Федерации «О защите прав потребителей» при разрешении спора,

¹ Российская газета. 1997 5 февраля.

возникшего в связи с предоставлением гражданину финансовой услуги, суд в каждом конкретном случае должен выяснить, направлена ли такая услуга на удовлетворение личных бытовых нужд¹.

На наш взгляд, ненадлежащее применение усмотрения судов в процессе логического толкования может быть связано с несовершенством отечественного законодательства, которое зачастую содержит нормы либо прямо противоречащие друг другу, либо допускающие различную интерпретацию. Подобная норма, вызывающая многочисленные вопросы на практике и неоднозначную трактовку, содержится, в частности, в Законе РФ от 21 ноября 1996 г. № 129-ФЗ «О бухгалтерском учете» (далее – Закон о бухгалтерском учете).

Пункт 3 ст. 7 Закона о бухгалтерском учете устанавливает, что финансовые и кредитные обязательства без подписи главного бухгалтера считаются недействительными и не должны приниматься к исполнению. Названный Закон не толкует понятие «финансовые и кредитные обязательства».

Интерпретация указанного термина содержится в п. 14 Положения по ведению бухгалтерского учета и бухгалтерской отчетности в Российской Федерации (утвержденного Приказом Минфина РФ от 29 июля 1998 г. № 34н), который разъясняет, что под финансовыми и кредитными обязательствами понимаются документы, оформляющие финансовые вложения организации, договоры займа, кредитные договоры и договоры, заключенные по товарному и коммерческому кредиту.

По поводу интерпретации понятия «финансовые и кредитные обязательства» сложились два мнения.

Во-первых, в комментарии к Гражданскому кодексу РФ (части первой) (под редакцией О.Н. Садикова) говорится, что норма п. 3 ст. 7 Закона о бухгалтерском учете предусматривает особые последствия несоблюдения дополнительных требований к форме сделки (подписи главного бухгалтера) – недействительность сделки со ссылкой на абз. 3 п. 1 ст. 160 ГК РФ, который предусматривает, что законом, иными правовыми актами и соглашением сторон могут устанавливаться дополнительные требования, которым должна соответствовать форма сделки (совершение на бланке определенной формы, скрепление печатью и т.п.), и предусматриваться последствия несоблюдения этих требований.

¹ Письмо Верховного Суда Российской Федерации от 30 мая 1995 г. № 1878-5/общ

Во-вторых, по мнению судов, положения названного Закона не являются основанием для предъявления дополнительных требований к форме заключаемых договоров в виде подписи главного бухгалтера. В качестве логического обоснования данной точки зрения обратим внимание на следующие аргументы.

Целью Закона о бухгалтерском учете не было и не могло быть установление ограничений гражданских прав юридических лиц в виде ограничения правоспособности органа юридического лица при заключении договоров. Согласно ст. 3 Закона его целями являются: обеспечение единообразного ведения учета имущества, обязательств и хозяйственных операций, осуществляемых организациями; составление и представление сопоставимой и достоверной информации об имущественном положении организаций и их доходах и расходах, необходимой пользователям бухгалтерской отчетности.

Как видно из приведенной нормы, названный Закон не регулирует прямо или косвенно гражданско-правовые отношения.

Сторонники точки зрения о необходимости подписи главного бухгалтера на гражданско-правовых договорах отождествляют два различных понятия; сделка и обязательство. Понятие обязательства содержится в ст. 307 ГК РФ: в силу обязательства одно лицо (должник) обязано совершить в пользу другого лица (кредитора) определенное действие, как-то: передать имущество, выполнить работу, уплатить деньги и т.п., либо воздержаться от определенного действия, а кредитор имеет право требовать от должника исполнения его обязанности. Обязательства возникают из договора и иных оснований, указанных в Кодексе. Таким образом, обязательство - это определенное правоотношение, тогда как сделка — это юридический факт, с которым закон связывает установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей. Гражданское законодательство предъявляет требования к форме сделки, тогда как форма обязательства не может быть установлена в силу его правовой природы.

В соответствии со ст. 167 ГК РФ недействительная сделка не влечет юридических последствий, т.е. не является основанием для возникновения обязательства между сторонами. Понятие «недействительное обязательство», использованное в Законе о бухгалтерском учете, и правовые последствия такого обязательства в гражданском законодательстве отсутствуют, так же как и в нормах названного Закона.

Таким образом, положение п. 3 ст. 7 Закона о бухгалтерском учете, фактически устанавливающее требование к форме обязательства, про-

тиворечит нормам гражданского законодательства, регулирующим обязательственные правоотношения между хозяйствующими субъектами.

Исходя из смысла Закона, термин «обязательство» использован в нем не в гражданско-правовом смысле. К неверному выбору в процессе толкования судами данного понятия может привести как некорректность формулировки указанного Закона, так и неверное толкование его норм в Положении по ведению бухгалтерского учета. Суд, рассматривая и разрешая соответствующее дело, должен выбрать следующее толкование: под обязательством в данном случае понимаются бухгалтерские документы, опосредующие бухгалтерский учет хозяйственных операций и заключаемых договоров. При подобной интерпретации возможно говорить о надлежащем применении судейского усмотрения в процессе толкования.

2, Отметим, что в судебной практике встречается ненадлежащее применение судейского усмотрения в процессе логического анализа понятий

Так, Федеральным законом от 31 июля 1998 г, № 150-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в ст. 20 Закона РФ «Об основах налоговой системы в Российской Федерации» » в налоговую систему включен налог с продаж, право на установление которого предоставлено законодательным органам власти субъектов Российской Федерации.

Налог с продаж устанавливается и вводится в действие законами субъектов РФ и обязателен к уплате на территории соответствующего субъекта РФ.

При принятии соответствующего закона местным органам власти необходимо незамедлительно проинформировать МНС РФ о его введении.

С введением в действие налога с продаж на территории соответствующего субъекта РФ не взимаются налоги, предусмотренные подп. «г» п. 1 ст. 20 и подп. «г», «е», «и», «к», «л», «м», «н», «о», «п», «р», «с», «г», «у», «ф», «х», «ц» п. 1 ст. 21 Закона РФ от 27 декабря 1991 г. №2118-1 «Об основах налоговой системы в Российской Федерации» (далее - Закон № 2118-1) (ст. 2 Федерального закона № 150-ФЗ).

Формулировка приведенной нормы Закона №2118-1 позволяет сделать вывод о том, что если юридические, а также физические лица (независимо от того, являются они зарегистрированными предпринимателями или нет) осуществляют расчеты с продавцом посредством кредитных и иных платежных карточек, а также расчетными чеками бан-

ков то у последнего возникает объект налогообложения по налогу с продаж при условии, что он является плательщиком этого налога в соответствии с абз. 1 п. 3 ст. 20 этого же Закона.

Устанавливая данное требование, законодатель не истолковал, в отношении каких физических лиц оно действует. В связи с этим при рассмотрении соответствующих дел суды применяют усмотрение при интерпретации данного термина.

Проведем анализ различных вариантов выбора суда.

Укажем, что формулировка «физические лица» имеет обобщающее значение. В контексте действующих нормативных актов данный термин распространяется на всех граждан, а значит, должен применяться для любых физических лиц независимо от того, зарегистрированы они как предприниматели или нет. Тем более что гражданин, осуществляющий свою деятельность без образования юридического лица как индивидуальный предприниматель, остается при этом физическим лицом.

Понятие «перечисления... по поручениям физических лиц» также в Законе № 2118-1 не раскрывается. В связи с этим в судебной практике возникают несколько вариантов его толкования.

Исходя из общих положений о расчетах (см., например, п. 1 ст. 863 ГК РФ), данный термин интерпретируется судом как оформление физическими лицами платежных документов на перечисление денежных средств с их счетов в банках.

При таком выборе суда буквальное прочтение указанной нормы означает вывод о том, что при получении денежных средств безналичным путем от физических лиц (в том числе индивидуальных предпринимателей) за отгруженные им товары у продавца возникает объект для исчисления налога с продаж.

Возможен и иной вариант толкования судом рассматриваемого положения Закона. Например, когда физическое лицо, в том числе индивидуальный предприниматель, не имея собственного банковского счета, заключает договор поручения со сторонним лицом на перечисление денежных средств продавцу приобретенных товаров (работ, услуг) за определенное вознаграждение или без него. Такая ситуация вполне допустима с практической Точки зрения, но представляется сомнительным, что законодатель вкладывал именно этот смысл в данную норму Закона.

Поскольку в рамках действующего законодательства возникшая висисхжъ не ааджет быть разрешена % существует возможность толко-

вать одну и ту же норму по-разному, судья, применяя усмотрение в процессе интерпретации, должен исходить из общих положений законодательства, в частности п. 7 ст. 3 НК РФ.

Согласно п. 7 ст. 3 НК РФ все неустранимые сомнения, противоречия и неясности актов законодательства о налогах и сборах должны толковаться судом в пользу налогоплательщика (плательщика сборов).

Таким образом, приведенные примеры подтверждают, что ненадлежащее применение усмотрения судов в процессе логического толкования может быть опосредовано несовершенством отечественного законодательства, которое зачастую содержит нормы либо прямо противоречащие друг другу, либо допускающие различную интерпретацию.

Исторический способ толкования. В процессе исторического способа толкования судья опирается на знания о конкретно-исторических условиях, обстановке, причинах и поводах, вызвавших принятие толкуемого акта для определения целей и задач, которые преследовал законодатель, издавая его¹. По нашему мнению, при осуществлении судами указанного способа интерпретации возможно применение усмотрения в силу наличия категории выбора. Обратимся к примерам из судебной практики, подтверждающим данное положение.

Так, Верховный Суд РФ своим постановлением от 2 октября 2001 г. № ГКПИ 01-1348 (далее - Постановление) признал недействующим положение распоряжения Правительства РФ от 29 мая 2001 г. № 747-р, согласно которому налогоплательщики были обязаны реализовать до 1 сентября 2001 г. всю алкогольную продукцию, не маркированную региональными специальными марками. Имеется в виду алкогольная продукция, которая находилась у организаций по состоянию на 1 июня 2001 г. С 10 сентября 2001 г. это положение распоряжения Правительства РФ не подлежит применению.

Верховный Суд РФ принял указанное постановление на основании анализа «истории» законодательства о региональных специальных марках, состоящего в нижеследующем.

Уплату акцизов регламентирует гл. 22 Налогового кодекса РФ. В первоначальной редакции п. 2 ст. 193 НК РФ было указано, что вся алкогольная продукция подлежит обязательной маркировке региональными специальными марками. Правила изготовления и реализации ма-

¹ Оме, подробнее об историческом способе толкования: Общая теория государства и права: Академический курс Т. 2 / Под ред проф М.Н. Марченко. С. 331-332.

рок были утверждены Правительством РФ в постановлении от 27 декабря 2000г. № 1023, вступившим в силу в январе 2001 г., когда организации должны были уже продавать только маркированную алкогольную продукцию. Процедура изготовления специальных марок растянулась на долгие месяцы. Технические требования к ним были утверждены совместным приказом Минфина России и МНС России № 17н, БГ-3-31/65 только 28 февраля 2001 г. В результате сложилась ситуация, в силу которой Налоговый кодекс РФ запрещает продавать алкогольную продукцию без региональных специальных марок, которые отсутствуют у организаций. В связи с этим Правительство РФ приняло распоряжение от 18 января 2001 г. № 65-р, в котором разрешило продавать алкогольную продукцию, не маркированную региональными специальными марками, до 1 июля 2001 г.

Законодательное разрешение проблемы последовало в марте 2001 г. Федеральный закон от 24 марта 2001 г. № 33-ФЗ внес изменения в Федеральный закон от 5 августа 2000 г. № 118-ФЗ. В новой редакции ст. 18 Закона № 118-ФЗ появилось указание, согласно которому все нормы данной главы, касающиеся региональных специальных марок, вводятся в действие с 1 июля 2001 г.

29 мая 2001 г. Правительство РФ приняло распоряжение № 474-р, предписывающее организациям провести инвентаризацию остатков немаркированной алкогольной продукции по состоянию на 1 июня 2001 г. Эти остатки было разрешено продавать до 1 сентября 2001 г.

7 августа 2001г. был издан Федеральный закон № 118-ФЗ, внесший изменения в гл. 22 НК РФ. Среди прочего из данной главы было исключено требование маркировать алкогольную продукцию региональными специальными марками. По замыслу законодателя данное требование должно было появиться в новой редакции Федерального закона «О государственном регулировании производства и оборота этилового спирта и алкогольной продукции». Но законопроект был отклонен Советом Федерации. В итоге получилось, что с 10 сентября 2001 г. у организаций вновь появились все основания продавать алкогольную продукцию без региональных специальных марок.

Рассмотрев ситуацию, сложившуюся с указанными марками, применив способ исторического толкования, Верховный Суд РФ усмотрел, что с 10 сентября 2001 г. законодательство не запрещает продавать алкогольную продукцию без данных марок. Положение распоряжения Правительства РФ № 747-р было признано судом недействительным.

Фактический запрет на продажу немаркированной алкогольной продукции действовал с 1 по 9 сентября 2001 г.

Наличие категории выбора при историческом способе толкования, осуществленным судом в указанном примере, подтверждается также тем обстоятельством, что налоговые органы представляют иной вариант исторической интерпретации приведенных выше норм права¹.

Функциональный способ толкования. На наш взгляд, в связи с тем, что при функциональном способе толкования используются оценки и аргументы, относящиеся к сфере политики, правосознания, морали, справедливости и т.д.², то суд имеет возможность применить категорию выбора и, следовательно, осуществить усмотрение. Функциональный способ толкования содержит усмотрение при установлении судом содержания правовых норм, включающих оценочные термины.

В процессе рассмотрения гражданских дел интерпретируются следующие оценочные термины, обозначающие различные явления: действия (добросовестные - ст. 10 ГК РФ), причины (уважительные, ува-

1 Аргументы налоговых органов см.' Волошин ДА Нужно ли маркировать региональными специальными марками алкогольную продукцию? // Главбух. 2001. № 21. С. 85-86.

2 См. подробнее о функциональном способе толкования: Общая теория государства и права: Академический курс. Т. 2 / Под ред, проф. М.Н. Марченко. С. 332-335.

3 См., например: Обзор судебной практики Верховного Суда РФ за первый квартал 2000 г. (по гражданским делам) (утв. постановлением Президиума Верховного Суда РФ от 28 июня 2000 г.); постановление Пленума Верховного Суда РФ от 14 февраля 2000 г. К» 9 «О некоторых вопросах применения судами законодательства о воинской обязанности, военной службе и статусе военнослужащих»; постановление Президиума Верховного Суда РФ от 3 февраля 1999 г. «Работник милиции может быть уволен по достижении предельного возраста, если продолжение срока службы невозможно по состоянию его здоровья либо вследствие отрицательной аттестации его деловых качеств», постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23 апреля 1991 г, №2 «О некоторых вопросах, возникающих у судов по делам о наследовании» (в ред. от 21 декабря 1993 г., с изм. и доп. от 25 октября 1996 г.), постановление Пленума Верховного Суда РФ от 14 апреля 1988 г. № 3 «О применении норм ГПК РСФСР при рассмотрении дел в суде первой инстанции» (с изм. и доп. от 22 декабря 1992 г., в ред. от 21 декабря 1993 г, с изм. и доп. от 26 декабря 1995 г., 25 октября 1996 г.); определение СК Верховного Суда РФ от 22 ноября 1999 г. «Решение суда о признании права собственности на дом в силу приобретательной давности отменено как постановленное в результате неправильного применения норм материального права и с существенным нарушением норм процессуального права»; определение СК Верховного Суда РФ от 17 июня 1999 г. «Обязанность физического лица по уплате налога прекращается уплатой им налога со дня списания кредитным учреждением платежа с расчетного счета плательщика независимо от времени зачисления сумм на соответствующий бюджетный или внебюджетный счет»; определение СК Верховного Суда РФ от 7 июня 1999 г. «Нарушение норм материального права по-

жильные¹), свойства предметов (благоустроенное жилое помещение -ст. 91 ЖК РФ²) и т.д.

Приведем несколько примеров толкования Пленумами Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ оценочных понятий.

влекло отмену судебных постановлений об отказе в иске к УВД области о возмещении ущерба, связанного с действиями работников ГАИ по регистрации автомобиля»; определение СК Верховного Суда РФ от 14 июля 1998 г. «Вывод суда о правомерности расторжения трудового договора (контракта) признан неправильным».

1 См., например: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 14 февраля 2000 г. № 9 «О некоторых вопросах применения судами законодательства о воинской обязанности, военной службе и статусе военнослужащих»; постановление Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 9 декабря 1999 г. № 90/14 «О некоторых вопросах применения Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью»; постановление Пленума Верховного Суда РФ от 5 ноября 1998 г. № 15 «О применении судами законодательства при рассмотрении дел о расторжении брака»; постановление Президиума Верховного Суда РФ от 11 сентября 1996 г. «Отказ работника исполнить незаконное распоряжение работодателя не может повлечь наложение дисциплинарного взыскания»; постановление Президиума Верховного Суда РФ от 7 августа 1996 г. «Передача членом садоводческого товарищества имущества, находящегося на садовом участке, своему сыну без согласия на это лица, имеющего право на общее совместное имущество, признана судом незаконной»; постановление Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 28 февраля 1995 г., № 2/1 «О некоторых вопросах, связанных с введением в действие части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»; Обзор судебной практики Верховного Суда РФ за третий и четвертый кварталы 1996 г. (по гражданским делам); Определение Верховного Суда РФ от 29 октября 1999 г. № 49-В99пр-17; определение Судебной коллегии Верховного Суда РФ от 13 апреля 1999 г. «Суд надзорной инстанции обязан мотивировать необходимость выхода за пределы протеста»; определение СК Верховного Суда РФ от 21 июля 1998 г. «На срочное трудовое соглашение, являющееся одним из видов трудовых договоров, распространяется общее для всех работников основание его прекращения, предусмотренное п. 1 ст. 2,9 КЗоТ РФ, - соглашение сторон»; определение СК Верховного Суда РФ от 14 июля 1998 г. «Вывод суда о правомерности расторжения трудового договора (контракта) признан неправильным»; определение СК Верховного Суда РФ от 9 июня 1998 г. «Отказ миграционной службы г. Москвы в предоставлении статуса вынужденного переселенца признан неправильным».

2 См., например: постановление Президиума Верховного Суда РФ от 1 декабря 1999 г. «Решение суда, рассмотревшего иск о предоставлении благоустроенного жилого помещения исходя из норм ПС РСФСР, регламентирующих правоотношения, возникающие из договора имущественного найма, а не из норм ЖК РСФСР, признано неправильным»; определение СК Верховного Суда РФ от 24 июля 2000 г. по делу № 4-В00-11 «Требования истца о предоставлении его семье освободившихся двух, изолированных комнат основаны на ч. 2 ст. 46 ЖК РСФСР * удовлетворены судом на законных основаниях, поскольку у семьи истца имелось право на получение освободившихся в квартире комнат в дополнение к занимаемому жилому помещению»; определение СК Верховного Суда РФ

Так, ст. 203 ГК РФ гласит о перерыве течения срока исковой давности в связи с совершением обязанным лицом действий, свидетельствующих о признании долга.

Пленум Верховного Суда РФ и Пленум Высшего Арбитражного Суда РФ в постановлении от 12, 15 ноября 2001 г. указывают, что к действиям, свидетельствующим о признании долга в целях перерыва срока исковой давности, исходя из конкретных обстоятельств, в частности, могут относиться: признание претензии, частичная уплата должником или с его согласия другим лицом основного долга и (или) сумм санкций, равно как и частичное признание претензии об уплате основного долга, если последний имеет под собой только одно основание, а не складывается из различных оснований; уплата процентов по основному долгу; изменение договора уполномоченным лицом, из которого следует, что должник признает наличие долга, равно как просьба должника о таком изменении договора (например, об отсрочке или рассрочке платежа); акцепт инкассового поручения.

В постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 20 декабря 1994 г. «Некоторые вопросы применения законодательства о компенсации морального вреда» толкуется, что моральный вред, в частности, может заключаться в нравственных переживаниях в связи с утратой родственников, невозможностью продолжать активную общественную жизнь, потерей работы, раскрытием семейной, врачебной тайн, распространением не соответствующих действительности сведений, порочащих честь, достоинство или деловую репутацию гражданина, временным ограничением или лишением каких-либо прав, физической болью, связанной с причиненным увечьем, иным повреждением здоровья либо

от 9 ноября 1995 г. «Изъятие для государственных или общественных нужд земельного участка, на котором находится дом, являющийся собственностью гражданина, влечет правовые последствия»; определение СК Верховного Суда РФ от 6 марта 1995 г. «Решение суда об удовлетворении иска военнослужащего, уволенного в запас по достижении предельного возраста пребывания на военной службе, о праве на предоставленную жилую площадь признано обоснованным»; определение СК Верховного Суда РФ от 7 сентября 1994 г. «Переустройство и перепланировка жилого помещения и подсобных помещений могут производиться в целях повышения благоустройства квартиры и допускаются лишь с согласия нанимателя и совершеннолетних членов его семьи. Нанимателю и членам его семьи должно быть предоставлено другое благоустроенное жилое помещение до начала капитального ремонта в тех случаях, когда занимаемое ими жилое помещение не может быть сохранено». ' Российская газета. 2001. 8 декабря.

в связи с заболеванием, перенесенным в результате нравственных страданий, и др.

Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 4 июля 1997 г. «О применении судами законодательства при рассмотрении дел об установлении усыновления» содержит положение, в соответствии с которым при решении вопроса о допустимости усыновления в каждом конкретном случае следует проверять и учитывать нравственные и иные личные качества усыновителя (обстоятельства, характеризующие поведение заявителя на работе, в быту, наличие судимости за преступления против личности, за корыстные и другие умышленные преступления и т.п.), состояние его здоровья, а также проживающих вместе с ним членов семьи, сложившиеся в семье взаимоотношения, отношения, возникшие между этими лицами и ребенком, а также материальные и жилищные условия жизни будущих усыновителей. Эти обстоятельства в равной мере должны учитываться при усыновлении ребенка как посторонними лицами, отчимом, мачехой, так и его родственниками².

Пункт 7 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 4 июля 1997 г. «О применении судами законодательства при рассмотрении дел об установлении усыновления» определяет, что при разрешении требования об усыновлении судам необходимо обсуждать вопрос о том, нет ли оснований, исключающих для заявителя возможность быть усыновителем¹. 127,128 СК РФ).

При этом следует иметь в виду, что, в частности, не могут быть усыновителями лица, не состоящие в браке, если разница в возрасте между ними и усыновляемыми менее 16 лет, за исключением случаев усыновления ребенка отчимом (мачехой), а также случаев, когда суд признает, что имеются уважительные причины для усыновления ребенка не состоящим в браке лицом при наличии разницы в возрасте между ними менее 16 лет (например, если ребенок привязан к лицу, желающему его усыновить, считает его своим родителем и т.п.)³–

Судебная практика разных лет подтверждает применение усмотрения в процессе функционального способа толкования. Приведем пример интерпретации судом оценочного понятия при разрешении конкретного спора в конце XX в.

1 Бюллетень Верховного Суда РФ, 1995. № 3.

2 Российская газета. 1997.19 июля.

3 Там же.

Так, Лаже, работавшему с 1986 г. в Быковском авиапредприятии водителем самоходных механизмов, администрацией приказом от 24 января 1992 г. объявлен выговор.

19 ноября 1992 г. он был уволен с работы по п. 3 ст. 33 КЗоТ РФ за систематическое неисполнение без уважительных причин трудовых обязанностей. Непосредственным поводом увольнения явилось то, что вопреки распоряжению агента по организации перевозок Сорокина не загружать багаж в самолет до регистрации пассажиров он, Яманов и Власов провезли 21 октября 1992 г. через запасную дверь зоны спецконтроля 103 коробки сигарет весом 1500 кг и загрузили их в самолет, из-за чего произошла перегрузка самолета.

Не согласившись с увольнением, Лаже обратился в суд с иском о восстановлении на работе и взыскании среднего заработка за время вынужденного прогула, утверждая, что нарушений трудовых обязанностей во время работы не допускал.

Решением Раменского городского народного суда Московской области (оставленным без изменения определением судебной коллегии по гражданским делам Московского областного суда, постановлением президиума этого же суда и определением Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ) в иске отказано.

Заместитель Генерального прокурора РФ в протесте поставил вопрос об отмене судебных постановлений, мотивируя тем, что суд неправильно применил нормы материального права.

Президиум Верховного Суда РФ 11 сентября 1996 г. протест удовлетворил, указав следующее.

Согласно п. 3 ст. 33 КЗоТ РФ трудовой договор может быть расторгнут администрацией предприятия в случае систематического неисполнения работником без уважительных причин обязанностей, возложенных на него трудовым договором или правилами внутреннего трудового распорядка, если к работнику ранее применялись меры дисциплинарного или общественного взыскания.

Как видно из содержания приказа от 24 января 1992 г., 25 декабря 1991 г. Лаже самовольно, без разрешения агента службы организации пассажирских перевозок загрузил в самолет сверхнормативный багаж, который не был заявлен при приобретении билета, что явилось причиной задержки рейса.

Между тем изложенное в приказе не соответствует действительным обстоятельствам спора. Согласно показаниям Лаже и свидетеля

Острейко 25 декабря 1991 г. распоряжение загрузить в самолет ЯК-42 груз опоздавшего на регистрацию пассажира дала агент по организации перевозок Острейко. Но Лаже отказался загрузить груз без контейнера и загрузил его в контейнер, ссылаясь на запрет провозить в грузовом отсеке самолета ЯК-42 груз без контейнера. О превышении предельной загрузки Лаже поставил в известность командира самолета, которого попросил дать разрешение на такое превышение, однако его не получил.

Объяснение истца подтверждается справкой заместителя главного конструктора Московского машиностроительного завода им. А.С. Яковлева о том, что перевозка багажа, почты и груза в грузовых отсеках самолета ЯК-42 производится в авиационных контейнерах. Одновременная перевозка багажа, почты, а также груза в контейнерах и без них в одном грузовом отсеке невозможна, что подтверждено эксплуатационной документацией - инструкцией по загрузке и центровке самолета ЯК-42 и руководством по технической эксплуатации этого самолета. Укладка перевозимых грузов на шариковые и роликовые узлы панелей грузового пола недопустима, является грубым нарушением и ведет к повреждению как самолета, так и груза.

Однако названная справка судом не учтена, оценка ей не дана, хотя она указывает на причины неисполнения ответчиком распоряжения Острейко.

Вывод суда о том, что Лаже не отвечал за организацию погрузки багажа, а также ручной клади и должен был выполнить указание агента по организации перевозок Острейко, которая и должна была бы отвечать за свое неверное распоряжение, является неправильным.

О запрещении перевозить в грузовом отсеке самолета ЯК-42 груз без контейнера Лаже, по его утверждению, знал, поскольку окончил в 1991 г. Рижский институт инженеров гражданской авиации. Кроме того, Лаже характеризовался инициативным работником, умелым организатором работы в сложных условиях, дважды признавался лучшим по профессии, в отсутствие начальника смены исполнял его обязанности.

По смыслу п. 3 ст. 33 КЗоТ РСФСР увольнение работника за неисполнение им трудовых обязанностей может последовать, если трудовые обязанности не исполняются без уважительных причин. Отказ же работника исполнить распоряжение по причине его незаконности следует признать уважительным., поэтому он не может влечь дисциплинарного взыскания.

Изложенные обстоятельства подлежат исследованию в суде первой инстанции, и если они будут установлены при новом рассмотрении дела, то отпадает основание для увольнения Лаже по п. 3 ст. 33 КЗоТ РФ, так как по данному пункту увольнение работника допускается, если он ранее подвергался дисциплинарному или общественному взысканию.

При таких данных все вынесенные решения подлежат отмене, а дело - направлению на новое рассмотрение¹.

Таким образом, приведенный пример подтверждает применение судейского усмотрения в процессе применения функционального способа толкования при интерпретации оценочного термина «уважительные (неуважительные) причины». Судебная коллегия Верховного Суда РФ усмотрела, что отказ работника исполнить незаконное распоряжение работодателя является уважительной причиной неисполнения трудовых обязанностей.

Систематический способ толкования. На наш взгляд, в связи с тем, что в процессе систематического способа интерпретации для уточнения смысла нормы суд учитывает наиболее типичные функциональные связи норм права, оказывающих влияние на смысл толкуемой нормы (связь толкуемой нормы с нормой, тем или иным способом раскрывающей смысл термина; связи общих и специальных норм; связи отсылочных статей; связи близких по содержанию норм, не находящихся в соотношении общей и специальной норм)², возможность выбора отсутствует, и, следовательно, не может быть применено усмотрение. В связи с этим при систематическом способе интерпретации возможно говорить о надлежащем или ошибочном установлении судом функциональных связей правовых норм без применения усмотрения.

Приведем несколько примеров, которые подтверждают отсутствие усмотрения при систематическом способе толкования.

Так, в § 1 гл. 24 ГК РФ закреплены два вида сделок, которые могут переносить право требования: общегражданская уступка права требования (цессия) и индоссамент. Правоотношения, возникающие из уступки права (требования), возможно разделить на три группы: 1) отношения

1 См постановление Президиума Верховного Суда РФ от 11 сентября 1996 г. «Отказ работника исполнить незаконное распоряжение работодателя не может повлечь наложение дисциплинарного взыскания» (извлечение) // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1997. №2.

2 См, подробнее о систематическом способе толкования: Общая теория государства и права; Академический курс. Т. 21 Под ред Проф. М.Н. Марченко С. 329-330

между цедентом и цессионером (устанавливаются договором цессии); 2) отношения между кредиторами и должником по договору, право требования к которому передается по цессии (цессионером); 3) отношения между кредиторами и прочими третьими лицами. В пределах проблематики нас будет интересовать первая группа правоотношений.

Классическая цессия - это двустороннее соглашение (договор), в соответствии с которым одна сторона (первоначальный кредитор, цедент) передает, а другая сторона (новый кредитор, цессионарий) принимает право требования исполнения обязательств должником.

В судебной практике встречается иное толкование классической цессии, основывающееся на буквальном толковании п. 1 ст. 382 и п. 1 ст. 389 ГК РФ, в которых уступка требования названа сделкой, а не договором. Поэтому суды делают вывод, что цессия может быть совершена и в виде односторонней сделки, и в виде договора¹.

Подобное толкование отражено, например, в абз. 7 п. 8 постановления Пленума ВАС РФ и Пленума ВС РФ от 4 декабря 2000 г. «О некоторых вопросах практики рассмотрения споров, связанных с обращением векселей», из которого следует, что при определенных обстоятельствах возможно перепутать цессию и индоссамент. Подобное может случиться только в одной ситуации - когда цессия, как и индоссамент, составлена в виде односторонней сделки. Для данного случая в п. 8 предусмотрена презумпция, что сделка по передаче права должна рассматриваться как индоссамент, если из ее содержания не вытекает, что права переданы «в порядке общегражданской уступки прав»².

Изложенная правовая позиция демонстрирует не ненадлежащее применение судьейского усмотрения, а игнорирование правил системного толкования (в данном случае - норм § 1 гл. 24 ГК РФ), не содержащих в себе категорию выбора. Так, п. 3 ст. 389 ГК РФ относит индоссамент, который является классической односторонней сделкой, к разновидности усаупки требования. В этих условиях в общем определении уступки требования, содержащемся в п. 1 ст. 382 ГК РФ, законодатель не мог закрепить термин «договор», поскольку он не охватывает индоссамент. Следовательно, законодатель был вынужден употребить родовое понятие «сделка», одинаково применимое как к индоссаменту (односторонняя сделка), так и к общегражданской цессии (договор).

1 Арбитражная практика! 2003. № 11. С. 9.

2 Вестник ВАС РФ. 2001. № 2.

Следующий пример демонстрирует неверное применение судами правил системного толкования норм процессуального законодательства.

Остановимся на порядке оформления требования арбитражного суда о предоставлении доказательств. Согласно ч. 6 ст. 66 АПК РФ об истребовании доказательств арбитражный суд выносит определение, в котором указываются срок и порядок их представления. Данная норма в судебной практике иногда толкуется как обязанность суда вынести отдельное определение об истребовании доказательств¹. Подобное заблуждение свидетельствует о неправильном применении правил системного толкования, не содержащих в себе категории выбора и, следовательно, не связанных с осуществлением судьейского усмотрения. Так, В.М. Шерстюк пишет: «Из содержания ч. 6 ст. 66 и ч. 5 ст. 158 АПК РФ следует, что об истребовании доказательств либо о представлении стороной таких доказательств арбитражный суд может указать в определении об отложении судебного разбирательства»².

На основании проведенного анализа приходим к выводу о том, что суд не применяет усмотрение при установлении функциональных связей правовых норм в связи с отсутствием категории выбора.

По нашему мнению, интерпретация конкретной нормы с применением усмотрения начинается с языкового способа, далее в зависимости от конкретной истолковательной ситуации решающее место занимает другой способ толкования или используется вся их совокупность. Посмотрим, подтверждается ли приведенное положение материалами судебной практики. В этих целях обратимся к одному из дел, при рассмотрении и разрешении которого суды применяли различные способы толкования.

Так, Президиум Верховного Суда Российской Федерации рассмотрел гражданское дело по заявлению Гавриленко Ж.Г. о признании недействительными нормативных актов.

Президиум Верховного Суда Российской Федерации установил; п. 1 распоряжения Правительства Российской Федерации от 15 июня 1999 г. № 942-р Государственному таможенному комитету России поручено обеспечить выдачу в установленном порядке паспортов транспортных средств при ввозе на территорию Российской Федерации с территории Республики Беларусь транспортных средств, подлежащих

¹ Арбитражная практика. 2003. № 1,1. С. 69.

² Шерстюк В М О применении норм АПК РФ 2002 года // Арбитражная практика. 2003 №4. С. 86.

государственной регистрации в Российской Федерации (код ТН ВЭД СНГ 8701, 8702, 8703, 8704, 8705, 8711, 8716). В преамбуле данного распоряжения указано, что оно принято в целях упорядочения государственной регистрации на территории Российской Федерации транспортных средств, ввозимых с территории Республики Беларусь и происходящих с территории третьих стран, до унификации таможенного законодательства Российской Федерации и Республики Беларусь.

Абзацем 4 п. 4 указания Государственного таможенного комитета Российской Федерации от 28 ноября 1996 г. № 01-14/1310 «О таможенном оформлении товаров» (далее - Указание) предусмотрено, что статус товаров, происходящих с территории иного, чем Республика Беларусь, государства, выпущенных для свободного обращения на территории Республики Беларусь, должен быть подтвержден для таможенных целей экземпляром грузовой таможенной декларации с отметками таможенных органов Республики Беларусь о выпуске товаров для свободного обращения и уплате таможенных платежей, а также документом, свидетельствующим о перечислении уплаченных сумм таможенных пошлин и налогов на расчетный счет представительства таможенной службы Российской Федерации при таможенной службе Республики Беларусь.

Абзацами 1 и 2 п. 5 Указания предписано, что в отношении товаров, перечисленных в подл, «а» — «в» п. 1 данного Указания, не осуществлять таможенное оформление и таможенный контроль при условии подтверждения статуса товаров в соответствии с п. 4 настоящего акта. Во всех остальных случаях, в том числе указанных в подл, «г» п. 1, применяются правила производства таможенного оформления и проведения таможенного контроля, определенные таможенным законодательством Российской Федерации (к товарам, указанным в подог, «в» п. 1, относятся товары, происходящие с территории иного, чем Республика Беларусь, государства, включая Российскую Федерацию, в отношении которых причитающиеся % уплате при выпуске для свободного обращения суммы таможен-нщ: пошлин и налогов внесены в бюджет Республики Беларусь).

Гавриленко Ж.Г. обратилась в Верховный Суд Российской Федерации с жалобой о признании недействительным распоряжения Правительства Российской Федерации от 15 Июня 1999 г. № 492*-р в части сйив що унификации таможенного законодательства' Российской Феде-рации и Республики Беларусь» и «ГТК России обеспечить выдачу в установленном порядке» и п. 4, 5 вышеназванного Указания Государст-в«иого «вамоэкеннорб комитета Российской Федерации от 28 ноября

1996 г. В обоснование жалобы заявительница ссылалась на то, что оспариваемые ею положения правовых актов не соответствуют международным договорам между Российской Федерацией и Республикой Беларусь и неправомерно возлагают на граждан Российской Федерации обязанность по уплате таможенных пошлин при ввозе на территорию России транспортных средств, выпущенных в свободное обращение на территории Республики Беларусь.

Решением Верховного Суда Российской Федерации от 2 февраля 2000 г., оставленным без изменения определением Кассационной коллегии Верховного Суда Российской Федерации от 14 марта 2000 г., жалоба заявительницы удовлетворена частично;

-суд признал недействительным (незаконным) абз. 4 п. 4 в части слов «... а также документом, свидетельствующим о перечислении таможенных пошлин и налогов на расчетный счет, указанный в пункте 3» и абз. 1 и 2 п. 5 (в полном объеме)» Указания ГТК России от 28 ноября 1996 г. №01-14/1310;

-отказал в удовлетворении жалобы в части признания недействительным распоряжения Правительства Российской Федерации от 15 июня 1999 г. № 942-р.

Проверив материалы дела, Президиум, в частности, указал, что согласно п. 1 ст. 4 Соглашения о Таможенном союзе между Российской Федерацией и Республикой Беларусь от 6 января 1995 г. (далее - Соглашение о Таможенном союзе) суммы ввозных таможенных пошлин, налогов и сборов, имеющих эквивалентное действие, на товары, происходящие с территории третьей страны, вносятся в бюджет государства той договаривающейся стороны, которая является страной назначения товара.

Толкуя данный пункт Соглашения и вытекающие из него нормативные акты - Указ Президента Российской Федерации от 25 мая 1996 г. №525 «Об отмене таможенного контроля на границе Российской Федерации с Республикой Беларусь», постановление Правительст-ва Российской Федерации от 23 июня 1995 г. № 583 «О мерах по реализации Указа Президента Российской Федерации от 25 мая 1995 г. № 525 «Об отмене таможенного контроля на границе Российской Федерации с Республикой Беларусь»», нижестоящие судебные инстанции пришли к следующим выводам:

-таможенная территория Российской Федерации и таможенная территория Республики Беларусь образуют единую таможенную территорию;

- товары, выпущенные для свободного обращения на территории Республики Беларусь и ввозимые в последующем на территорию Российской Федерации, не подлежат таможенному оформлению и контролю; данные товары не облагаются таможенными платежами, установленными законодательством Российской Федерации;

- таможенные пошлины и налоги уплачиваются в бюджет той страны - участницы Таможенного союза, которая является страной назначения товара, т.е. где первый раз товары были представлены для таможенного оформления;

- оспоренные положения Указания ГТК РФ приводят к необоснованному ограничению движения на территории Таможенного союза товаров, выпущенных для свободного обращения на территории Республики Беларусь.

Президиум Верховного Суда РФ усмотрел, что указанные выводы основаны на неверном толковании примененных судебными инстанциями нормативных актов и сделаны без учета ряда обстоятельств, имеющих юридическое значение.

В обоснование указанного заключения Президиум дал следующую интерпретацию правовых норм. В соответствии с п. 2 ст. 1 Соглашения о Таможенном союзе формирование единой таможенной территории осуществляется путем:

- отмены в торговле между договаривающимися сторонами товарами, происходящими с их территорий, таможенных пошлин, налогов и сборов;

- установления и применения в отношениях с третьими странами одинакового торгового режима, общих таможенных тарифов и т.д.

Пунктом 4 ст. 2 Соглашения объединение таможенных территорий государств договаривающихся сторон в единую таможенную территорию обусловлено выполнением всех мероприятий, предусмотренных первым этапом формирования Таможенного союза.

По утверждению представителя ГТК РФ, к настоящему времени в торцовых' отношениях с Республикой Беларусь действуют соглашения, предусматривающие неприменение таможенных пошлин, налогов и оборов лишь в отношении товаров, происходящих из таможенной территории одной да договаривающихся сторон и предназначенных для таможенной территории другой договаривающейся стороны, В отношении товаров, 1фоисходящих С территорий третьих стран, ни в одном щц я© установлены льготы до уद्याда таможенных: пошлин и эквивалентных им налогов и сборов.

Президиум указал, что эти доводы не учтены нижестоящими судебными инстанциями надлежащим образом. Так, ссылка в решении суда первой инстанции на Протокол о введении режима свободной торговли без изъятий и ограничений между Российской Федерацией и Республикой Беларусь от 6 января 1995 г. сделана без проверки имеющего значение для дела обстоятельства: распространяется ли провозглашенный в Протоколе принцип беспошлинной торговли на товары, происходящие с территорий третьих стран.

Президиум усмотрел, что неубедительны ссылки в судебных постановлениях в подтверждение вывода об образовании единой таможенной территории на названные выше Указ Президента Российской Федерации от 25 мая 1995 г. № 525 и постановление Правительства Российской Федерации от 23 июня 1995 г. № 583. В указанных документах речь идет об отмене таможенного контроля и таможенного оформления на границе Российской Федерации с Республикой Беларусь с обеспечением контроля за этой границей за транзитными грузами третьих стран.

Вместе с тем, по утверждению ГТК РФ, выполнение международного обязательства об отмене таможенного контроля на границе не означает отмену такого контроля на остальной таможенной территории России. Отмена контроля на границе преследовала цель создания дополнительных условий для более удобного прохождения необходимых процедур по месту доставки перемещаемых товаров, где в соответствии со ст. 127 Таможенного кодекса Российской Федерации производится таможенное оформление, что не учтено судебными инстанциями.

В определении Кассационной коллегии Верховного Суда Российской Федерации в обоснование вывода о единой таможенной территории была сделана ссылка и на Решение Высшего Совета Союза Беларуси и России от 28 апреля 1999 г. № 2 «О завершении формирования единого таможенного пространства». Между тем, интерпретировал Президиум, из данного Решения следует, что единая таможенная территория образована только в отношении товаров гражданского назначения, происходящих с территорий России и Беларуси. В отношении торговли товарами, происходящими с территорий третьих стран, в Решении говорится лишь о принятии «идентичных мер по регулированию каждым государством[^] участником Союза» такой торговли.

О каких мерах идет речь, в чем их содержание, не выяснено.

В соответствии с Декларацией о дальнейшем единении России и Беларуси, подписанной 25 декабря 1998 г. Президентом Российской

Федерации и Президентом Республики Беларусь, единое таможенное пространство предполагалось сформировать к концу первой половины 1999 г., что должно было быть зафиксировано установленным порядком. Однако согласно Договору о создании Союзного государства от

8 декабря 1999 г., ратифицированного Государственной Думой Федерального Собрания и вступившего в силу 26 января 2000 г., формирование единого таможенного производства планируется завершить лишь к 2002 г. (п. 6 Программы действий Российской Федерации и Республики Беларусь по реализации положений Договора о создании Союзного государства). Тем самым международным договором высшей юридической силы констатировано отсутствие завершенного процесса создания юридически и фактически единого таможенного пространства.

Президиум указал, что, исходя из ошибочного выбора при толковании намерения Российской Федерации и Республики Беларусь об образовании единой таможенной территории как уже свершившегося факта, судебными инстанциями сделан необоснованный вывод о том, что оспариваемым указанием ГТК России от 28 ноября 1996 г. № 01-14/1310 (п. 4 и 5) «фактически введены не предусмотренные законодательством двойные таможенные платежи на ввозимые на территорию России с территории Республики Беларусь товары, выпущенные для свободного обращения в Республике Беларусь».

В то же время, по утверждению ГТК РФ, до тех пор, пока не будет осуществлена Программа действий Российской Федерации и Республики Беларусь по реализации положений Договора о создании Союзного государства, вопросы уплаты таможенных платежей при ввозе из Республики Беларусь на таможенную территорию Российской Федерации товаров и транспортных средств, происходящих из третьих стран, будут регулироваться законодательством Российской Федерации, которое не предусматривает ввоз указанных товаров без уплаты таможенных платежей лишь на том основании, что они ввозятся в Россию с территории Республики Беларусь. Это утверждение не было опровергнуто в судебных постановлениях.

Президиум приступил к языковому способу толкования и указал, что для определения «страны назначения товара» суды нижестоящих инстанций применили н. 9 Единой методологии таможенной статистики внешней торговли государств — участников Содружества» Независимых Государств, утвержденной Решением Совета глав правительств СНГ 9 декабря 1994 г.

В данном пункте под «страной назначения товара» понимается страна, известная на момент отгрузки как конечная страна назначения товара. Данное понятие используется для целей таможенной статистики при определении страны-контрагента при вывозе товаров, т.е. при экспорте товаров за пределы государства, из которого товары вывозятся. Может ли это понятие быть применимым для таможенных целей при определении страны назначения товара при ввозе товаров, происходящих из третьих стран, в судебных постановлениях не мотивировано.

По утверждению ГТК РФ, договаривающиеся стороны определяют в каждом конкретном случае, что следует понимать под страной назначения товаров, происходящих из третьих стран, при их ввозе. Так, в Соглашении между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Беларусь о таможенном оформлении товаров, ввозимых физическими лицами государств - участников Союза Беларуси и России, от 15 июня 1999 г. под государством назначения понимается любое государство - участник Союза Беларуси и России, на территории которого по заявлению физического лица, перемещающего товары, они будут потребляться или использоваться.

Статьей 4 Соглашения о Таможенном союзе предусмотрено, что «суммы ввозных пошлин, налогов и сборов, имеющих эквивалентное действие, на товары, происходящие с территории третьей страны, вносятся в бюджет той договаривающейся стороны, которая является страной назначения товара» (л. 1). Российская Федерация рассматривает себя в качестве страны назначения товара во всех случаях, когда ввоз товаров производится для хранения, реализации, потребления или использования товаров в иных целях на территории России, что подтверждается указанным выше межправительственным Соглашением от 15 июня 1999 г. и что не получило оценки в судебных постановлениях;

Президиум: указал¹, что в решении суда первой инстанции сделана ссылка на ст. 24 Оснв таможенных законодательств государств - участников Содружества Независимых Государств, в соответствии с которой одним из условий выпуска товаров для свободного обращения является уплата таможенных пошлин, Залогов и внесение иных таможенных платежей. Следовательно, по мнению суда, выпуск товаров для свободного обращения в Республике Беларусь означает, что таможенные пошлины и налоги вносятся в бюджет Республики Беларусь и дальнейшее движение таких товаров «не должно подлежать ограничению».

Президиум полагал, что судом при этом не учтено содержание ст. 23 тех же Основ (их применение предусмотрено п. 5 ст. 2 Соглашения о Таможенном союзе), в соответствии с которой выпуск товаров для свободного обращения - таможенный режим, при котором ввозимые на таможенную территорию государства товары остаются постоянно на этой территории без обязательств об их вывозе с этой территории. То есть товары, помещенные под данный таможенный режим, должны оставаться постоянно на таможенной территории государства, данный таможенный режим распространяется на таможенную территорию государства и заканчивает свое действие при вывозе товаров с этой территории,

Суд первой инстанции сослался также на решение Экономического суда Содружества Независимых Государств от 15 сентября 1997 г., по утверждению которого между Российской Федерацией и Республикой Беларусь образована «единая таможенная территория» и «движение товаров, выпущенных для свободного обращения на территории одного из государств, впоследствии ограничению не подлежит».

Признавая обязательный характер данного решения, суд не учел, что по смыслу п. 3 и 5 Положения об Экономическом суде СНГ, последний наделен правом осуществлять толкование лишь тех международных соглашений, которые являются «актами Содружества». Что же касается Соглашения о Таможенном союзе, то этот договор актом Содружества не является.

В соответствии с п. 1 ст. 8 Соглашения о Таможенном союзе все споры и разногласия между договаривающимися сторонами относительно толкования и (или) применения положений данного Соглашения должны решаться путем консультаций.

Как следует из преамбулы оспоренного Указания ГТК РФ от 28 ноября 1996 г., оно было издано в целях реализации постановления Правительства Российской Федерации от 17 августа 1996 г. № 974 «О мерах по повышению эффективности таможенного контроля в условиях формирования общего экономического пространства Российской Федерации и Республики Беларусь», п. 1 которого ГТК России было поручено разработать и осуществить комплекс мер по повышению эффективности таможенного контроля за происходящими из третьих стран товарами, статус которых для таможенных целей не является унифицированным в нормативных правовых актах Российской Федерации и Республики Беларусь.

То, что процесс унификации таможенного законодательства не завершен, следует из письма Министерства иностранных дел Российской Федерации.

В этой связи Президиум не согласился с толкованием Кассационной коллегией положения о «самостоятельном значении» распределения таможенных пошлин, налогов и сборов. В соответствии с п. 4 ст. 4 Соглашения о Таможенном союзе договаривающиеся стороны должны были согласовать порядок взаимного зачисления таможенных пошлин, налогов и сборов, имеющих эквивалентное значение. В деле нет сведений о том, что такой порядок действует. В этой связи применение п. 1 ст. 4 данного Соглашения не может осуществляться по принципу прямого действия без учета других норм указанного Соглашения, регулирующих, в частности, вопросы создания единой таможенной территории, установления и применения в отношениях с третьими странами одинакового торгового режима, общих таможенных тарифов, унификации законодательства и т.д.

При указанном положении Президиум признал, что применение норм материального права по данному делу нельзя считать правильным. Кроме того, ряд обстоятельств, имеющих значение для дела, не были исследованы в ходе судебного разбирательства и не получили оценки в судебных постановлениях. Это позволяет говорить о наличии оснований к отмене судебных постановлений в надзорном порядке.

Президиум Верховного Суда Российской Федерации постановил; отменить решение Верховного Суда Российской Федерации от 2 февраля 2000 г. и определение Кассационной коллегии Верховного Суда Российской Федерации от 14 марта 2000 г. в части удовлетворения заявленных требований. Дело в той части направить на новое рассмотрение в суд первой инстанции.

Таким образом, приведенный объемный пример из судебной практики подтверждает вывод о том, что при рассмотрении и разрешении конкретного дела суд применяет усмотрение, во-первых, выбирая перечень способов интерпретации и, во-вторых, в процессе языкового, логического, исторического способов толкования на основании надлежащей систематической интерпретации (без осуществления усмотрения).

Перейдем к рассмотрению проблемы применения судейского усмотрения в процессе осуществления различных видов толкования по объему.

Виды толкования по объему и судебское усмотрение.

Отечественная общая теория государства и права указывает, что объем толкования нормы права определяется его соотношением с текстуальным выражением (текстом) нормы. По объему толкование может быть буквальным, распространительным или ограничительным¹.

При буквальном толковании действительное содержание нормы права, установленное в ходе использования всех необходимых способов интерпретации, совпадает с результатом, полученным на основе простого прочтения ее текста (смысл и буква закона совпадают). Следовательно, при буквальном толковании судебское усмотрение не применяется.

При распространительном толковании действительное содержание оказывается шире буквальной формулы нормы, при ограничительном, наоборот, - уже.

В российской юридической литературе высказано мнение о том, что суд не вправе ограничительно либо расширительно толковать закон. Данный вывод мотивируется тем, что при разрешении дела суд не может осуществлять нормотворческую деятельность². Последнее положение является правильным, но вряд ли оно имеет отношение к толкованию законодательства судом. Иногда подлинный смысл закона остается не вполне ясным вследствие неудачно используемых формулировок. В отдельных случаях выявление действительного содержания закона возможно путем распространительного или ограничительного толкования. Одновременно следует подчеркнуть, что толкование нормативных актов по объему не носит самостоятельного характера, а является следствием грамматического, систематического и иных рассмотренных выше способов уяснения действительного содержания закона* Истолкование нормы по объему (буквальное, ограничительное или распространительное) является не способом, а результатом толкования.

На наш взгляд, в процессе ограничительной и распространительной интерпретации суд может осуществлять усмотрение.

В подтверждение данного положения проведем анализ законодательства» и примеров из судебной* практики.

См. подробнее о видах толкования по объему: Общая теория государства и права: Академический курс. Т. 2 / Под ред. проф. М-Н. Марченко. С. 335-338. 2 См.: Трубников ПЛ. Пересмотр решений в порядке судебного надзора. М, 1974. С. 232; Авдюков М.Г. Указ. соч, С. 29-30.

III. Определение судьейского усмотрения

Остановимся на ограничительном толковании.

1. Так, Закон Российской Федерации от 24 декабря 1992 г. «Об основах федеральной жилищной политики» допускал при определенных обстоятельствах передачу освободившихся в коммунальной квартире жилых помещений в частную собственность других нанимателей этой квартиры (ч. 2 ст. 16), т.е. запрет на приватизацию жилых помещений в коммунальных квартирах не являлся абсолютным. Это следовало также из ч. 2 ст. 4 Закона Российской Федерации «О приватизации жилищного фонда в Российской Федерации», позволявшей собственникам жилищного фонда или уполномоченным ими органам, а также предприятиям, за которыми закреплён жилищный фонд на праве хозяйственного владения, и учреждениям, в оперативное управление которых передан жилищный фонд, принимать решения о приватизации. Однако для граждан возможность осуществить приватизацию на основании этой нормы была связана с дополнительными, ограничительными по своему характеру, условиями. Одним из таких условий являлось решение собственника (владельца) жилья, который был вправе произвольно, не будучи связанным какими-либо установленными в законе предпосылками, разрешить или не разрешить приватизацию. Согласно же сложившейся судебной правоприменительной практике, основанной на ограничительном толковании ч. 2 ст. 4 Закона Российской Федерации «О приватизации жилищного фонда в Российской Федерации», коммунальная квартира приватизировалась только как совокупность всех ее жилых помещений, т.е. только в том случае, если все наниматели в такой квартире изъявляли желание стать собственниками занимаемого ими жилья.

Тем самым реализация права на приватизацию жилого помещения была поставлена в зависимость от усмотрения как самого собственника (владельца) жилья, так и нанимателей других жилых помещений в коммунальной квартире.

Стремление суда учесть волю других нанимателей могло быть обосновано положением ст. 17 (ч. 3) Конституции Российской Федерации, согласно которому осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц. Однако установленное приводимой нормой регулирование, как подтверждала судебная практика, не исключало, что гражданин, являющийся нанимателем жилого помещения в коммунальной квартире, мог произвольно (необоснованно) препятствовать приватизации. Следовательно, указанная

норма не согласовалась в полной мере с целями и сущностью указанного положения ст. 17 (ч. 3) Конституции Российской Федерации.

Согласно ч. 3 ст. 8 Закона Российской Федерации «О приватизации жилищного фонда в Российской Федерации» в случае нарушения прав гражданина при решении вопросов приватизации жилья он вправе обратиться в суд. В соответствии с этим положением Пленум Верховного Суда Российской Федерации в постановлении от 24 августа 1993 г. № 8 «О некоторых вопросах применения судами Закона Российской Федерации «О приватизации жилищного фонда в Российской Федерации»» подтвердил, что судам подведомственны дела, возникающие в связи с осуществлением и защитой прав граждан при приватизации занимаемых ими жилых помещений в государственном и муниципальном жилищном фонде, включая ведомственный жилищный фонд (жилищный фонд, находящийся в хозяйственном ведении предприятий или оперативном управлении учреждений). Однако при имеющемся законодательном регулировании граждане, желающие приватизировать жилые помещения в таких квартирах, лишены возможности реально воспользоваться судебной защитой от нарушающих их права действий как собственника, так и других нанимателей.

Как показывает практика применения ч. 2 ст. 4 Закона Российской Федерации «О приватизации жилищного фонда в Российской Федерации», суд, установив отсутствие разрешения со стороны собственника или согласия других нанимателей на приватизацию, на основе ограничительного толкования отказывал гражданину в праве на приватизацию, что противоречило принципу равенства перед судом (ст. 19 ч. 1 Конституции Российской Федерации)¹. В данном случае следует говорить о ненадлежащем применении судейского усмотрения. В подобной ситуации суду необходимо устанавливать факты возможного злоупотребления правом, исследовать обоснованность отказа в приватизации со стороны собственника,

б. В соответствии со ст. 1 Гаагской Конвенции 1970 г. о получении за границей доказательств по гражданским в торговым делам область ее применения сводится к одяучдаию доказательств или выполнению

¹ См. постановление Конституционного Суда РФ от 3 ноября 1998 г. «По делу о проверке конституционности отдельных положений 4 Закона Российской Федерации, «О приватизации жилищного фонда * Росетйюкой Федерации» в оаязи с запросами Волгоградской областной Думы, Дмигроводоаго районного суда и жалобой В.А. Мостилано-ва»// Российская тааера, 1998.12 ноября.

«другого процессуального действия» в рамках начавшегося или намечаемого судебного процесса по рассмотрению и разрешению дела, возникшего из гражданских или коммерческих отношений. В судебной практике возникает проблема толкования данного положения¹.

Отметим, что процессе разбирательства соответствующих дел суды должны сделать выбор ограничительного толкования понятия «гражданские или торговые дела», не включая в его содержание налоговые и иные споры с публичным элементом, хотя бы возникшие из предпринимательской деятельности и рассматриваемые российским законодательством как экономические². Результатом подобного варианта при применении судьейского усмотрения является вывод о невозможности использования судами Конвенции для получения доказательств по делам, возникающим из административных и иных публичных правоотношений.

Остановимся на конкретном деле из судебной практики конца 90-х гг. XX в., в котором суд первой инстанции неверно дал ограничительное толкование ст. 1064, 1082 ГК РФ. Применил ли он усмотрение?

Так, Куликовы, Барановы и другие лица, проживающие в индивидуальных жилых домах по ул. Телеграфной г. Нижнего Новгорода, обратились в суд с исками к АО ЗКПД-4, администрации Сормовского района, муниципальному предприятию «Водоканал», администрации г. Нижнего Новгорода обязать предоставить им жилые помещения, пригодные для постоянного проживания. При этом они ссылались на то, что в ходе строительства 7-го микрорайона на значительную высоту был поднят грунт, с нарушением строительных норм и правил сооружены водовод и канализационный коллектор, в результате чего их дома постоянно подтапливаются водой, заливаются фекалиями и постепенно разрушаются, в связи с чем проживание в этих домах стало невозможным.

Судебная коллегия по гражданским делам Нижегородского областного суда иски оставила без удовлетворения по тем основаниям, что нормы жилищного законодательства не предусматривают возможность удовлетворения требований истцов о предоставлении им на всех членов семей других жилых помещений взамен приведенных в негодность индивидуальных жилых домов и на данные правоотношения не распространяются.

1 Арбитражная практика, 2003. № П. С. 49.

г (Stt подробнее: Медведев И. Додучевие доказательств 3* границей: новые рубежи или хщ старых проблем? // Коллегия, 2002. М° 6. С. 39.

Вред же, причиненный истцам порчей их домов, как указал суд, должен быть возмещен в соответствии с нормами ПС РФ путем возмещения затрат на ремонт поврежденных домов или производства виновными лицами этого ремонта безвозмездно, но таких требований истцы в суде не заявили.

В кассационных жалобах Куликовы, Барановы и другие лица просили отменить решение как вынесенное с нарушением норм материального и процессуального права.

Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда РФ 31 марта 1998 г. решение отменила, указав следующее.

Решение суда постановлено без проверки доводов истцов о невозможности ремонта этих домов, поскольку они приведены в полную негодность. В обоснование своих доводов истцы ссылались на заключение экспертов, проводивших судебную строительно-техническую экспертизу и подтвердивших невозможность ремонта, но в решении суда это заключение не упоминается.

Таким образом, сделала вывод Судебная коллегия, суд неправильно определил юридически значимые для дела обстоятельства и не исследовал основной вопрос по данному делу: возможно ли дальнейшее проживание в домах истцов или их дома приведены в негодное для постоянного проживания состояние и ремонт неосуществим.

Судебная коллегия указала, что в том случае, если судом будет установлено, что дома истцов в результате действий ответчиков приведены в непригодное для постоянного проживания состояние, он должен при рассмотрении спора применить как нормы гражданского законодательства, регулирующие порядок реализации и защиты права собственности на жилой дом, так и нормы жилищного законодательства, предусматривающие порядок предоставления жшхх помещений гражданам, по тем или иным причинам лишившимся жилья. Судебная коллегия отметила, что при этом суду следует иметь в виду то, что права собственников домов и членов их семей защищаются не только нормами гражданского законодательства, но и нормами жилищного законода-тельства*

Право собственника дома и членов его семьи пользоваться жилыми помещениями в доме предусмотрено как в гл. 18 ГК РФ, так и в гл. 6 ЖК РСФСР, действовавшими на момент рассмотрения спора.

В соответствии с ч. 3 ст. 127 ЖК РСФСР жилые дома, находящиеся в собственности граждан, же могут быть у них изъяты, собственник не

может быть лишен права пользования жилым домом, кроме случаев, установленных законодательством.

Судебная коллегия указала, что это положение относится и к тем случаям, когда в результате строительных работ, проводимых муниципальным органом, индивидуальные дома приводятся в непригодное для проживания состояние. Поскольку такими действиями нарушаются законные права собственников жилых домов и членов их семей, последние вправе требовать от виновных лиц восстановления этих прав в полном объеме.

Судебная коллегия усмотрела, что суд первой инстанции правильно сослался в решении на ст. 1064, 1082 ГК РФ, устанавливающие ответственность причинителя вреда возместить вред в полном объеме, но дал ограничительное толкование этих норм и сделал ошибочный вывод об отсутствии у истцов права требовать взамен поврежденных ответчиками домов предоставления других жилых помещений.

В п. 1 ст. 1064 и в ст. 1082 ГК РФ предусмотрено право потерпевшего на получение возмещения вреда в натуре путем предоставления вещи того же рода и качества, в данном случае — другого жилого помещения. По этому делу такие требования предъявлены к государственному органу и органу местного самоуправления, несущим ответственность по возмещению убытков в соответствии со ст. 16, 1069 ГК РФ.

Таким образом, в гражданском законодательстве предусмотрена возможность возмещения вреда собственнику дома и членам его семьи в том числе и путем предоставления другого жилого помещения.

По общему смыслу гражданского законодательства вред потерпевшему должен быть возмещен реально и в возможно более короткие сроки. В связи с этим государственный или муниципальный орган, по вине которого индивидуальный жилой дом приведен в непригодное для проживания состояние, по требованию потерпевшего в соответствии с п. 4 ст. 37 ЖК РСФСР обязан предоставить ему другое жилое помещение во внеочередном порядке.

Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда РФ решение судебной коллегии по гражданским делам Нижегородского областного суда отменила, а дело направила на новое судебное рассмотрение¹.

¹ Ол. определение СК Верховного Суда РФ от 31 марта 1998 г. «В случае приведения индивидуальных Жилых Дойов в непригбдноё Для проживания состояние по вине государственного или муниципального органа собственники этих домов вправе требовать от

Таким образом, данный пример из судебной практики подтверждает, что при осуществлении толкования норм законодательства у суда была возможность выбора. Следовательно, суд мог применить усмотрение, В приведенном деле суд первой инстанции ненадлежащим образом осуществил усмотрение, дав ограничительное толкование ст. 1064, 1082 ГК РФ, устанавливающих ответственность причинителя вреда возместить вред в полном объеме, в связи с чем вынес решение об отсутствии у истцов права требовать взамен поврежденных ответчиками домов предоставления других жилых помещений.

Вышеизложенный анализ позволяет прийти к следующему выводу.

Суд по усмотрению может выбрать ограничительное толкование нормы права в том случае, если оно учитывает обстоятельства конкретного случая, а его результатом является достижение целей, задач судопроизводства, отраслевого законодательства, прежде всего - осуществления правосудия, поскольку при ограничительной интерпретации действительное содержание оказывается уже буквальной формулы нормы. В том случае, если ограничительное толкование не основано на обстоятельствах конкретного дела, не способствует достижению целей, задач процессуального, иного законодательства, то следует говорить о ненадлежащем применении судейского усмотрения. Неблагоприятным последствием в данном случае является отмена судебного постановления.

Перейдем к распространительному толкованию.

Так, судом распространительно толкуются незавершенные перечни, критерии, закрепленные в норме права, и т.д. Например, при невозможности раздела имущества между всеми участниками общей собственности либо выдела доли в натуре одному или несколькими из них суд по требованию выделяющегося собственника вправе обязать остальных участников долевой собственности выплатить ему денежную компенсацию, с получением которой сособственник утрачивает право на долю в общем имуществе,

В исключительных случаях, когда доля сособственника незначительна, не может быть реально выделена и он не имеет существенного интереса в использовании общего имущества, суд может и при отсутствии согласия этого сособственника обязать остальных участников долевой собственности выплатить ему компенсацию (п. 4 ст. 252 ГК РФ).

виновных восстановления жилищных прав в полном объеме»
(извлечение) // Бюллетень Верад»вого Срщ РФ. 1Щ Jfe&

Вопрос о том, имеет ли участник долевой собственности существенный интерес в использовании общего имущества, решается судом в каждом конкретном случае с применением усмотрения на основании исследования и оценки в совокупности представленных сторонами доказательств, подтверждающих, в частности, нуждаемость в использовании этого имущества в силу возраста, состояния здоровья, профессиональной деятельности, наличия детей, других членов семьи, в том числе нетрудоспособных и т.д.

Указанные правила в соответствии со ст. 133 ГК РФ применяются судами с усмотрением и при разрешении спора о выделе доли в праве собственности на неделимую вещь (например, автомашину, музыкальный инструмент и т.п.), за исключением раздела имущества крестьянского (фермерского) хозяйства.

В отдельных случаях с учетом конкретных обстоятельств дела суд, применяя усмотрение, может передать неделимую вещь в собственность одному из участников долевой собственности, имеющему существенный интерес в ее использовании, независимо от размера долей остальных участников общей собственности с компенсацией последним стоимости их доли¹.

Отметим, что в судебной практике разных лет встречается ненадлежащее применение судебного усмотрения при выборе распространительного толкования норм законодательства.

Так, Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации 30 ноября 1999 г. рассмотрела в судебном заседании дело по кассационной жалобе Независимой профсоюзной организации работников надзорно-контрольных органов г. Владивостока на решение Приморского краевого суда от 17 сентября 1999 г. по заявлению заместителя прокурора Приморского края о признании незаконной регистрации Независимой профсоюзной организации работников надзорно-контрольных органов г. Владивостока и о запрете ее деятельности.

Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации, в частности, установила, что доводы прокурора о том, что деятельность Независимой профсоюзной организации работ-

¹ См. постановление Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 1 июля 1996 г. «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Российская газета 1996. 10, 13 августа. В качестве примера распространительного толкования ч. 4 ст. 252 ГК РФ см. Бюллетень Верховного Суда РФ 1996 № 9 С 7.

ников надзорно-контрольных и исполнительных органов г. Владивостока подлежит запрету, поскольку при осуществлении этой деятельности профсоюз нарушает требования законодательства и законные интересы других лиц, основаны на ошибочном мнении о незаконности регистрации данного профсоюза и в силу этого не могли быть признаны судом обоснованными. Судебная коллегия указала, что при рассмотрении дела судом не было учтено то обстоятельство, что в заявлении прокурора были указаны два различных требования: требование о признании регистрации профсоюзной организации недействительной и требование о запрете ее деятельности. Это упущение привело к тому, что судом были допущены нарушения норм материального и процессуального права.

Так, нарушение норм материального права, по мнению Судебной коллегии, выразилось в том, что конкретные нормы Федерального закона «О профессиональных союзах, их правах и гарантиях деятельности», регулирующие порядок запрета деятельности профсоюза судом в решении не приведены; нормам Закона о порядке регистрации профсоюза ошибочно дано расширительное толкование, в результате которого они применены как основание для запрета деятельности Независимой профсоюзной организации работников надзорно-контрольных и исполнительных органов г. Владивостока. Судебная коллегия отметила, что ч. 4 ст. 8 Федерального закона «О профессиональных союзах, их правах и гарантиях деятельности» признает регистрацию профсоюза необязательной, связывая с ней лишь приобретение профсоюзом прав юридического лица,

Судебная коллегия усмотрела, что приведенные положения Федерального закона не могут быть истолкованы иначе как не дающие оснований для приостановки, запрещения деятельности и ликвидации профсоюза или первичной профсоюзной организации даже в тех случаях, когда их регистрация произведена с какими-либо нарушениями! В данном же случае все требования регистрирующего органа были выполнены, о чем было заявлено в суде представителем Управления юстиции администрации Приморского края, За два года после регистрации профсоюзная организация не получила ни одного замечания ни от Управления юстиции, ни от прокуратуры Приморского края. Между тем в Федеральном законе «О профессиональных союзах, их правах и гарантиях деятельности», устанавливающим повышенный уровень правовой защиты деятельности профсоюзов по сравнению с другими общественными организациями, при отсуствии упоминания возможности признания

регистрации профсоюза недействительной предусмотрена процедура приостановления деятельности профсоюза на срок до шести месяцев в случае, если его деятельность противоречит Конституции Российской Федерации.

Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации определила: решение Приморского краевого суда от 17 сентября 1999 г. отменить, дело направить на новое рассмотрение в тот же суд¹.

Таким образом, в приведенном примере суд нижестоящей инстанции применил усмотрение ненадлежащим образом, выбрав распространительное толкование норм Федерального закона «О профессиональных союзах, их правах и гарантиях деятельности», регулирующих порядок регистрации профсоюза, в результате нормы были применены как основание для запрета деятельности Независимой профсоюзной организации работников надзорно-контрольных и исполнительных органов г. Владивостока. Неблагоприятным последствием ненадлежащего применения усмотрения суда явились отмена судебного постановления и направление дела на новое рассмотрение в тот же суд.

По нашему мнению, суд по усмотрению может выбрать распространительное толкование нормы права в том случае, если оно учитывает обстоятельства конкретного случая, а его результатом является достижение целей, задач судопроизводства, отраслевого законодательства, прежде всего - осуществления правосудия, поскольку при распространительной интерпретации действительное содержание оказывается шире буквальной формулы нормы. В том случае, если распространительное толкование не основано на обстоятельствах конкретного дела, не способствует достижению целей, задач процессуального, иного законо- ! дательства, следует говорить о ненадлежащем применении судейского усмотрения. Неблагоприятным последствием в данном случае является отмена судебного постановления.

Итак, ограничительное и распространительное толкование может осуществляться с применением судейского усмотрения.

Однако, по нашему мнению, в ряде случаев суд не вправе по усмотрению выбрать ограничительное либо распространительное толкование правовой: нормы.

¹ <http://www.supcourt.ru>

Приведем в качестве подтверждения данного положения конкретное дело из судебной практики.

Так, признавая завещание А. недействительным в силу ст. 165 ГК РФ, суд указал, что при удостоверении нотариусом завещания «не была соблюдена нотариальная форма сделки и требования по ее регистрации», так как А. внес в текст завещания исправление месяца - «август» на «сентябрь» и в книге реестров нотариальных действий подпись от имени завещателя выполнена не им самим, а другим лицом.

Эти выводы суда Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда РФ сочла ошибочными, указав следующее.

На основании ст. 57 Основ законодательства Российской Федерации о нотариате, утвержденных Законом Российской Федерации от 11 февраля 1993 г., нотариус удостоверяет завещания дееспособных граждан, составленные в соответствии с требованиями законодательства Российской Федерации и республик в составе Российской Федерации и лично представленные ими нотариусу; удостоверение завещаний через представителей не допускается. Согласно действовавшей на момент рассмотрения дела ст. 540 ГК РСФСР (1964 г.) завещание должно быть составлено письменно с указанием места и времени его составления, собственноручно подписано завещателем и нотариально удостоверено.

Таким образом, сделала вывод Судебная коллегия, исходя из систематического буквального толкования данных законодательных норм, завещание должно быть собственноручно подписано завещателем, лично им представлено нотариусу и нотариально удостоверено. Судом, установлено, что приведенные требования по делу были соблюдены.

В отношении несоблюдения требований удостоверительной процедуры (в частности, удостоверенное завещание не зарегистрировано в реестре для регистрации нотариальных действий) или необходимых реквизитов завещания (отсутствие времени, места его совершения и тем более их исправление) Судебная коллегия указала, что эти обстоятель"ства не являются безусловным поводом к признанию такого завещания недействительным¹.

Таким образом» в приведенном примере суд первой инстанции ненадлежащим образом выбрал по усмотрению распространительный способ толкования, поскольку неправильно применил Систематический способ интерпретации. Неблагоприятным последствием явилась отмена

¹ См. определение № 74В99пр-17.

судебного решения о признании завещания недействительным. В данном случае у суда отсутствовала возможность выбора ограничительного либо распространительного толкования, так как способ интерпретации норм законодательства по объему (в приведенном примере - буквальный) вытекал из их системности.

Приведем пример из судебной практики, который подтверждает положение о том, что суд может ненадлежащим образом применить усмотрение и выбрать ограничительное толкование, нарушив соотношение «общая норма - специальная норма».

Так, при рассмотрении дела по иску А. суд установил, что Сбербанк России незаконно изменял процентную ставку по срочным вкладам и неправильно начислял проценты по текущему вкладу истца, т.е. нарушил обязательство по договору с истцом в части размера подлежащих выплате процентов, в результате чего по истечении срока действия депозитных договоров и по наступлении момента выплаты процентов по пенсионному вкладу истец недополучил часть дохода по этим вкладам. Поскольку выплата процентов по вкладам является денежным обязательством, которое ответчиком было нарушено, суд возложил на отделение Сбербанка России обязанность по выплате истцу процентов за пользование недополученной суммой дохода по вкладам в соответствии со ст. 395 ГК РФ.

Президиум краевого суда, отменяя это решение и направляя дело на новое рассмотрение в суд первой инстанции, указал, что к спорным правоотношениям недопустимо применение правил ст. 395 ГК РФ, так как перечень способов защиты прав и интересов вкладчиков, приведенный в ст. 840 ПС РФ, является исчерпывающим, отношения банковского вклада регулируются специальной гл. 44 ГК РФ, не предусматривающей применения норм ГК общего характера, в частности ст. 395 ГК РФ.

Судебная коллегия Верховного Суда РФ отменила постановление краевого суда и оставила без изменения решение суда первой инстанции, основываясь на надлежащем толковании норм закона.

В частности, Судебная коллегия указала, что общие положения части первой Гражданского кодекса РФ полностью распространяются на отдельные виды обязательств, в том числе и на договор банковского вклада.

Статья 395 ГК РФ предусматривает ответственность за нарушение денежного обязательства. К денежным обязательствам относятся и обязательства по договорам банковских вкладов граждан.

Судебная коллегия подчеркнула, что защита гражданских прав в соответствии со ст. 12 ГК РФ осуществляется любыми способами, предусмотренными законом. Статья 395 ГК РФ содержит такой способ защиты права, как начисление процентов за пользование чужими денежными средствами. Ограничений применения этой нормы гл. 44 ГК РФ не устанавливает¹.

Таким образом, в приведенном примере у суда отсутствовала возможность выбора способа толкования по объему, поскольку соотношение «общая норма (ст 12 ГК РФ) - специальная норма (ст 395 ГК РФ)» устанавливает применение буквальной интерпретации норм законодательства. В данном случае следует говорить о ненадлежащем применении судебного усмотрения. Неблагоприятным последствием явилась отмена судебного решения.

Подведем итог рассмотрению проблемы применения усмотрения при толковании судом норм законодательства.

В связи с тем, что судебским усмотрением является правоприменительная деятельность суда, заключающаяся в выборе решения правового вопроса, имеющая общие и специальные пределы, то при анализе применения способов толкования по усмотрению определяющим положением служит категория выбора.

Усмотрение осуществляется при языковом способе интерпретации, поскольку у суда существует возможность выбора в процессе определения значения терминов и слов. Судья применяет усмотрение при условии, если в законе четко не определено значение термина, а в юридической науке и практике ему еще не придан определенный смысл. Интерпретация, представленная в постановлении Конституционного Суда РФ, является обязательной для судов общей юрисдикции и арбитражных судов. Толкование, закрепленное в определении КС РФ, носит рекомендательный характер. Интерпретация, установленная в постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ, является обязательной для системы арбитражных судов. Толкование терминов и выражений, данное Пленумом Верховного Суда РФ, должно носить рекомендательный характер.

1 См. определение № 56В-99-бк И Обзор судебной практики Верховного Суда РФ за четвертый квартал 1999 т. (по гражданским делам) (утв постановлением Президиума Верховного Суда РФ от 5 января 2000 г.) // Бюллетень Верховного Суда» РФ. 2000- № 7. С 16.

В случае отсутствия интерпретации, закрепленной в постановлениях Конституционного Суда Российской Федерации, Пленумов Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ, при толковании термина в процессе рассмотрения и разрешения конкретных дел суды должны выбрать ту узкую интерпретацию понятия, которая в большей степени соответствует обстоятельствам данного случая. При таких условиях возможно говорить о надлежащем применении судейского усмотрения в процессе толкования термина.

Суды вышестоящих инстанций нередко указывают на неправильную интерпретацию терминов и выражений нижестоящими судами.

Судейское усмотрение может осуществляться при логическом способе толкования, поскольку это мыслительный процесс, в ходе которого интерпретатор оперирует материалом самой нормы права, не обращаясь к другим средствам толкования, с помощью логических приемов. Следовательно, при названном способе может присутствовать категория выбора.

Суд может применять усмотрение при логическом способе толкования, используя приемы «умозаключение степени», «выводы по аналогии».

В судебной практике встречается ненадлежащее применение судейского усмотрения в процессе логического способа толкования, в частности неверное понимание общей концепции закона, не соответствующее его смыслу. Ненадлежащее применение усмотрения суда в процессе логического толкования может быть связано с несовершенством отечественного законодательства, которое зачастую содержит нормы либо прямо противоречащие друг другу, либо допускающие различную интерпретацию.

Дискреция может осуществляться в процессе исторического способа толкования в силу наличия категории выбора, поскольку судья опирается на знания о конкретно-исторических условиях, обстановке, причинах и поводах, вызвавших принятие толкуемого акта для определения целей и задач, которые преследовал законодатель, издавая его.

Суд имеет возможность применить категорию выбора и, следовательно, осуществить усмотрение при функциональном способе толкования, поскольку в данном случае используются оценки и аргументы, относящиеся к сфере политики, правосознания, морали, справедливости и т.д. Функциональный способ толкования содержит усмотрение при установлении судом содержания правовых норм, включающих оценочные термины.

Поскольку в процессе систематического способа интерпретации для уточнения смысла нормы суд учитывает наиболее типичные функциональные связи норм права, оказывающих влияние на смысл толкуемой нормы (связь толкуемой нормы с нормой, тем или иным способом раскрывающей смысл термина; связи общих и специальных норм; связи отсылочных статей; связи близких по содержанию норм, не находящихся в соотношении общей и специальной норм), возможность выбора отсутствует и, следовательно, не может быть применено усмотрение. При систематическом способе интерпретации возможно говорить о надлежащем или ошибочном установлении судом функциональных связей правовых норм без применения усмотрения.

Представляется, что интерпретация конкретной нормы с применением усмотрения начинается с языкового способа, далее в зависимости от конкретной истолковательной ситуации решающее место занимает другой способ толкования или используется вся их совокупность.

Суд может применить усмотрение, во-первых, выбрав перечень способов интерпретации, и, во-вторых, в процессе языкового, логического, исторического способов толкования на основании надлежащей систематической интерпретации.

Толкование нормативных актов по объему не носит самостоятельного характера, а является следствием грамматического, систематического и иных указанных способов уяснения действительного содержания закона. Истолкование нормы по объему (буквальное, ограничительное или распространительное) является не способом, а результатом толкования.

Суд по усмотрению может выбрать ограничительное либо распространительное толкование нормы права в том случае, если оно учитывает обстоятельства конкретного случая, а его результатом является достижение целей, задач судопроизводства, отраслевого законодательства, прежде всего - осуществления правосудия.

В судебной практике встречается ненадлежащее применение судейского усмотрения при выборе ограничительного либо распространительного толкования норм законодательства.

Суд не вправе по усмотрению остановиться на ограничительном либо распространительном толковании правовой нормы в случаях отсутствия у суда возможности выбора, например:

~ если способ толкования норм, права по объему вытекает из их системности;

- если определенный способ толкования по объему следует из наличия специальной нормы.

Исходя из анализа применения судейского усмотрения в процессе толкования норм права, можно вывести, что усмотрение — это неотъемлемая часть разрешения гражданских дел. Преимущества его применения судом можно охарактеризовать следующим образом:

во-первых, применение судейского усмотрения способствует тому, что по каждому конкретному делу выносится решение, основанное на законе и отражающее особенности данного спора;

во-вторых, усмотрение предоставляет судье возможность осуществления гибкости при разрешении дела. Это происходит в тех случаях, когда судья принимает во внимание все частные обстоятельства, которые могли бы повлиять на решение по делу, но не могли бы быть нормативно закреплены.

IV. ВИДЫ СУДЕЙСКОГО УСМОТРЕНИЯ В ГРАЖДАНСКОМ И АРБИТРАЖНОМ ПРОЦЕССАХ

Остановимся на исследовании видов судебного усмотрения зарубежными учеными.

Конкретизацию отдельных видов усмотрения суда иностранные авторы связывают с необходимостью выделения преимуществ применения дискреции (*discretio*). В свою очередь установление преимуществ осуществления усмотрения, по мнению зарубежных ученых, корреспондирует определению источников дискреции (*discretio*). Так, К.Е. Шнейдер (C.E. Schneider) указывает, что «если мы понимаем, как и почему усмотрительное полномочие осуществляется, то мы можем лучше понять его преимущества»¹.

Зарубежными специалистами предлагается различная классификация судебного усмотрения по видам в зависимости от выбранного основания. Рассмотрим наиболее часто встречающиеся подразделения.

К.Е. Шнейдер (C.E. Schneider) и его сторонники выделяют четыре «идеальных вида усмотрения»². По мнению ученого, один из видов отличается от всех остальных тем, что дистанцирован от принятых в западных развитых странах принципов права. Остальные же виды различаются основаниями предоставления усмотрения, перечень оснований является открытым.

Один вид усмотрения именуется К.Е. Шнейдером (C.E. Schneider) как «*khadi*-усмотрение», он является наиболее полным и одновременно чужеродным для правовой системы стран общего права. Этот вид усмотрения существует при обязательном условии отнесения лица, выно-

сящего решение, к наиболее мудрым, понимающим принципы правосудия, осведомленным в том, как раскрыть соответствующие факты посредством знакомства со сторонами или через персональное свидетельство людей, знающих их. Данный вид усмотрения, выделяемый К.Е. Шней-дером (CE. Schneider), основан на концепции М. Вебера (M. Weber) о khadi-правосудии¹.

А.Т. Кронмэн (A.T. Kronman), суммируя представления М. Вебера (M. Weber), пишет, что khadi-правосудие - это «вынесение решения исключительно типа *ad hoc*, в котором дела разрешаются на индивидуальной основе и в соответствии с беспорядочным смешиванием правовых, духовных, эмоциональных и политических взглядов. Khadi-правосудие является нерациональным в том смысле, что оно ненормативно; оно не делает попытки основывать решения на общих принципах и, кроме того, старается разрешить каждое дело по существу в свете уникальных обстоятельств, которые различаются от дела к делу... Характеристика khadi-правосудия как самостоятельной формы правотворчества выделяет другие его качества, а именно, неспособность отличать в принципиальной манере правовые и неправовые (духовные или политические) основания вынесения решения... Идея ограниченной и замкнутой «правовой» точки зрения является чуждой для khadi-правосудия»².

В качестве иллюстрации khadi-правосудия К.Е. Шнейдер (CE. Schneider) приводит примеры вынесения решений царем Соломоном, в частности, в области опеки над детьми. Ученый указывает, что при обращении к Соломону стороны не ссылались на правовую норму и царь не обращался к праву, ни материальному, ни процессуальному. К.Е. Шнейдер (CE. Schneider) подчеркивает, что принцип вынесения решения царем Соломоном не может быть ясно определен даже после разрешения им дела. Точку зрения К.Е. Шнейдера (CE. Schneider) поддерживает Л. Розен (L. Rosen). Ученый указывает, что «даже техника царя Соломона была классической khadi-техникой: когда истории рассказывались

1 См. подробнее: Weber M. Bureaucracy // Gerth H.H., Wright Mills C. (eds.). From Max Weber: Essays in Sociology. N.Y.. Oxford University Press, 1946. P. 196-244; Weber M. The Theory of Social and Economic Organization. N.Y.: Free Press, 1947 // Gerth H.H., Wright Mills C (trans.). From Max Weber. N.Y.: Oxford University Press, 1958; Roth G., Wittich C. (eds.). Economy and Society. Berkely, Calif.: University of California Press, 1968.

2 Kronman AT. Max Weber. Stanford, Calif.: Stanford University Press, 1983. P. 76-77.

во истину умело, то они включали в себя отображение действительного характера одной из сторон»¹.

Другой вид усмотрения, выделяемый К.Е. Шнейдером (C.E. Schneider), является наиболее характерным для западных правовых систем. Он именуется ученым как «ненормативное усмотрение» («rule-failure discretion»). По его мнению, этот вид усмотрения осуществляется в случае, «если возможно полагать, что дела возникли из обстоятельств настолько разнообразных, настолько сложных и не поддающихся прогнозированию, что нормы, подлежащие применению для правильного разрешения спора по существу, не могли быть написаны»².

«Ненормативное усмотрение» («rule-failure discretion») К.Е. Шнейдер (C.E. Schneider) отличает от khadi-усмотрения. Во-первых, на основании различия мотивов применения. Усмотрительная власть предоставляется khadi-субъекту частично в силу его специальных личных качеств и статуса. Несмотря на «особенный характер» полномочий, положения западного судьи, усмотрение не предоставляется ему в силу указанной выше специфики. К.Е. Шнейдер (C.E. Schneider) полагает, что личные качества и статус судьи стран общего права способствуют ограничению злоупотреблений судебским усмотрением. Особенный характер судьи является, по его мнению, необходимым личным качеством именно в силу полномочия по осуществлению усмотрения; вместе с тем наличие особенного судебного характера не доказывает применение усмотрения при разрешении каждого дела.

К.Е. Шнейдер (C.E. Schneider) указывает второе различие между двумя видами усмотрения, состоящее в наличии или отсутствии собственных знаний судьи о сторонах или возникшей ситуации. В том случае, если судья стран общего права знает стороны, то он должен отстраниться от участия в деле.

Третье различие, как полагает ученый, состоит в том, что khadi-правосудие не основано на правовых нормах. К.Е. Шнейдером (C.E. Schneider) отмечается, что судьи западных правовых систем в отличие от khadi-судей должны избегать неправовых источников при осуществлении своих властных полномочий. Даже при применении усмотрения, заключает ученый, судья должен опираться на правовые источники.

¹ Rosen L. Equity and Discretion in a Modern Islamic Legal System // Law and Society Review, 1980-1981. 15(2). P. 231.

² Schneider C.E. Op. cit. P. 62.

Итак, зарубежные специалисты разграничивают «ненормативное усмотрение» и *khadi*-усмотрение. В то же время они отмечают, что оба вида раскрывают одно из классических преимуществ усмотрения: обеспечение им гибкости в процессе, что позволяет судье осуществлять правосудие при рассмотрении каждого конкретного дела. Например, Э. Купер (E.H. Cooper) положительно оценивает норму ст. 52(a) Федеральных Правил Гражданского Судопроизводства (Federal Rules of Civil Procedure) США. Он пишет: «...установление факта... не должно быть оставлено судом без внимания, за исключением случая его очевидной неверности, а единственной надлежащей возможностью, предоставленной судье при проведении судебного заседания, является оценка правдивости показаний свидетелей». Норма ст. 52(a), подчеркивает он, наглядно демонстрирует указанное выше преимущество усмотрения по осуществлению правосудия при рассмотрении конкретного дела¹. Э. Купер (E.H. Cooper) поясняет, что названная норма «представляется удачной в связи с тем, что очевидно ошибочное правило проверки вынесенных судебных решений не образует единого стандарта для судебной практики. Суды апелляционной инстанции свободны принимать решения о проверке постановлений судов нижестоящих инстанций в зависимости от конкретных обстоятельств каждого дела, особенных норм права, специфики времени. Данное преимущество судейского усмотрения отражает лучшие стороны процесса создания правовых норм»².

В качестве третьего вида усмотрения зарубежные ученые выделяют «нормотворческое усмотрение» («rule-building discretion»). Иностранные авторы указывают, что данный вид наличествует в случаях, когда законодатель, способный разработать надлежащие действующие нормы, считает, что лучшие нормативные правила могут быть созданы судебной практикой, и устраняется от принятия правовых норм. Так, К.Е. Шнейдер (C.E. Schneider), анализируя третий вид усмотрения, отмечает указанную позицию законодателя и конкретизирует, что «она опирается на следующее положение: судья, учитывая его опыт рассмотрения конкретных дел в течение длительного периода времени, приобретает лучшее понимание, чем кто-либо другой, тех характерных проблем, которые связаны с определенными обстоятельствами»³. Опыт су-

1 Cooper ЕЛ. Civil Rule 52(a): Rationing and Rationalizing the Resources of Appellate Review // Notre Dame Law Review, 1988.63(5). P. 645.

2 Ibid. P. 670.

3 Schneider C.E Op. cit. P. 63.

ды он рассматривает как: во-первых, ценный источник нормотворчества, во-вторых, проверку предложений законодателя. Названные положения относятся к осуществлению правосудия в странах общего права, ключевым моментом в которых является следующая последовательность: суды повторно рассматривают идентичные дела; дела постепенно сортируются в образцы; в итоге появляются принципы для их разрешения, в результате чего могут быть написаны правовые нормы.

Зарубежные авторы отмечают, что судебское усмотрение третьего вида особенно продуктивно в применении в периоды быстрых и значимых изменений в обществе. В названных обстоятельствах принятие новых правовых норм является затруднительным, так как (1) стремительность изменений делает их дискуссионными, (2) направление и масштаб изменений неопределенны, (3) нормы должны часто изменяться. Усмотрение облегчает разрешение указанных проблем путем предоставления судам полномочия по созданию правовых норм, которые точнее отражают изменяющиеся отношения в обществе¹.

Другим преимуществом предоставления судьям усмотрения зарубежные правоведы считают возможность в процессе рассмотрения дел принимать во внимание общественные взгляды судей. Одновременно они подчеркивают опасность данного преимущества, поскольку, основываясь по крайней мере на двух теориях, судьи вправе при рассмотрении дел по существу опираться на собственные взгляды. Во-первых, данное право может помочь разрешить споры, принимая во внимание общественные условия, в которых существуют стороны. Во-вторых, общество заинтересовано в подобных решениях, поскольку последние влияют на социум. Американские и английские юристы считают, что разрешение наиболее важных правовых вопросов судом присяжных является подтверждением отражения социальных взглядов при рассмотрении дел².

Зарубежными специалистами выделяются очевидные трудности принятия: во внимание локальных общественных правил при рассмотрении* и разрешении дел по существу. Первыми являются сложности практического свойства: часто бывает сложно узнать о наличии какого-либо местного социального правила. Чем более многочисленным или комплексным является общество определенной местности, тем более

1 Schneider CM Op. cit. P 63

2 Ibid P, 66.

разнообразными могут быть сложившиеся в нем социальные правила. Второй трудностью, выделяемой иностранными авторами, является конфликт между локальными общественными взглядами и иными социальными правилами, закрепленными, например, в нормах закона.

Так, некоторые зарубежные специалисты отмечают, что «местные социальные взгляды ставятся под сомнение, поскольку они в такой степени являются вопросом общественного интереса и связаны с отношениями, в которые вступает каждый член общества, что могут быть названы трудно сдерживаемыми социальными ценностями, которые отличаются от правовых норм, особенно в вопросах развода и семейных отношений.. »¹.

Четвертый вид усмотрения зарубежные ученые именуют «нормативно-компромиссным усмотрением» («*rale-compromise discretion*»). Он проявляется в случаях, когда члены надлежащих государственных органов не могут прийти к соглашению о толковании действующих правовых норм. К.Е. Шнейдер (СЕ. Schneider) отмечает, что судебское усмотрение в названной ситуации выступает «как умышленный правовой компромисс, поскольку бездействие соответствующих органов является молчаливым предоставлением судам права разрешать дела без надлежащего юридического руководства»².

Приведем иную классификацию видов судебного усмотрения, родоначальником которой является Р.М. Дворкин (R.M. Dworkin). Он выделяет два вида усмотрения. Первый - «слабое усмотрение» («*weak discretion*»), который подразделяется на два подвида, первый из них проявляется в процессе принятия отдельных судебных решений при существующих правовых нормах, второй - при вынесении окончательного судебного постановления, которое не может быть изменено или отменено вышестоящей инстанцией. Второй вид судебного усмотрения именуется «сильным усмотрением» («*strong discretion*»). Он наличествует в случае, если судья «не связан правовыми нормами, установленными соответствующими властными органами»³. Р.М. Дворкин (R.M. Dworkin) отмечает, что решения, принятые с применением «сильного усмотре-

1 Teitelbaum L E, DuPaix L Alternative Dispute Resolution and Divorce-Natural Experimentation m Family Law//Rutgers Law Review, 1988.40(4). P. 1125-1126
r Schneider CM Op cit P. 67 3 Dworkin R M Taking Rights Seriously. P 32

ния» («strong discretion»), должны быть предметом обязательного контроля со стороны надлежащих органов¹.

Р. Гудин (R.E. Goodin) продолжает исследование Р.М. Дворкина (R.M. Dworkin) применительно к видам усмотрения и в рамках «сильного-слабого усмотрения» («strong-weak discretion») выделяет собственные пары. Во-первых, это «формальное - неформальное усмотрение» («formal-informal discretion»). Ученый полагает, «формальное усмотрение» («formal discretion») существует в случае, если его применение вытекает из содержания правовой нормы. «Неформальное усмотрение» («informal discretion») связано с применением судьей правовой нормы, язык которой неясен. Вторая пара, выделяемая Р. Гудиным (R.E. Goodin), - это «предварительное - окончательное усмотрение» («provisional - ultimate discretion»), «Предварительное усмотрение» («provisional discretion») наличествует при принятии решений, которые могут быть проверены судом вышестоящей инстанции. «Окончательное усмотрение» («ultimate discretion») Р. Гудин (R.E. Goodin) связывает с теми судебными решениями, которые являются окончательными².

Классификация видов судейского усмотрения, предлагаемая А. Бараком, отличается от приведенных выше. А. Барак проводит различие, во-первых, между узким и широким усмотрением, во-вторых, между ограниченным и абсолютным усмотрением. Первый случай «относится к числу законных вариантов, открытых для судьи: когда усмотрение узкое, число вариантов мало, хотя никогда не опускается ниже двух; когда усмотрение широкое, число вариантов велико. Другое различие принимает во внимание степень директивности и ограничения, которой закон наделяет лицо, применяющее усмотрение при выборе из разных альтернатив (будь они широкими или узкими). Это различие касается не числа вариантов, а... степени свободы, которой обладает управомоченная сторона - в отношении как формы, так и содержания - при выборе из существующих вариантов»³.

В зависимости от объекта судейского усмотрения правовед предлагает иную классификацию. Он выделяет три вида усмотрения: выбор из совокупности фактов, которые кажутся необходимыми для разрешения конфликта; судейское усмотрение при применении нормы, предпола-

¹ Dworkin RM Taking Rights Seriously. P. 32.

² Goodin R.E. Welfare, Rights and Discretion // Oxford Journal of Legal Studies, 1986. 6(3) P. 236.

³ Барак Л Утеаз, соч. С. 27.

гающее выбор из различных вариантов применения, допускаемых данной нормой, одного, который судейское усмотрение находит наиболее подходящим в сложившейся ситуации; судейское усмотрение при установлении самой нормы, предполагающее выбор из нормативных возможностей наиболее подходящего варианта¹.

Бесспорно, что приведенные классификации судейского усмотрения по видам, предложенные зарубежными учеными, заслуживают внимания и глубокого изучения. Однако они не могут быть перенесены в область российского гражданского и арбитражного процессов в силу различий в правовых системах стран общего и континентального права (за исключением пары «предварительное – окончательное усмотрение»).

Перейдем к исследованию видов судейского усмотрения отечественными учеными.

В отечественной юридической литературе данной проблеме уделено мало внимания. Вместе с тем анализ имеющегося научного изучения позволяет определить значимую характеристику видов судейского усмотрения, выделяемую отечественными авторами.

Так, основным фактором, который, по мнению таких ученых, как А.Т. Боннер, К.Н. Комиссаров, оказывает наиболее существенное влияние на деление судейского усмотрения, являются разновидности правовых норм. Авторы указывают, что усмотрение является всего-навсего особой формой применения норм права. Нормы, которые предоставляют суду возможность осуществления выбора, учеными называются либо ситуационными, либо дискреционными².

Отметим, что А.Т. Боннер выделяет не виды, а формы судейского усмотрения. В связи с этим появляется проблема определения термина, обозначающего рассматриваемое понятие.

На наш взгляд, термин «форма усмотрения» должен употребляться при изучении внешней формы объективации, выражения судейского усмотрения.

¹ См.: Барак. А. Указ. соч. С. 27.

² См.: Боннер А.Т. Применение закона и судебное усмотрение // Советское государство и право 1979. № 6. С. 35–36; Он же. Применение нормативных актов в гражданском процессе. С. 42; Комиссаров К.И. Судебное усмотрение в гражданском процессе // Советское государство и право. 1969. № 4. С. 55; Он же. Задачи судебного надзора в сфере гражданского судопроизводства. Свердловск, 1971. С. 26.

Б.В. Шейндлин выделяет пять значений термина «форма», применимых к праву¹, ни один из которых не относится к классификации усмотрения. Следовательно, термин «форма усмотрения» неудачен для выражения деления усмотрения. Приведем пример. Суд осуществляет такой вид, как факультативное усмотрение в форме принятия отказа истца от иска (внешнее выражение, объективация судейского усмотрения).

А.Т. Боннер и К.И. Комиссаров выделяют четыре вида судейского усмотрения. Первый - это конкретизация субъективных прав и обязанностей. Например, установление размера алиментов, взыскиваемых судом с родителей на нетрудоспособных совершеннолетних детей. Частным случаем конкретизации отечественные ученые считают подбор судом варианта из числа нескольких предусмотренных законом решений. Второй вид усмотрения, выделяемый А.Т. Боннером и К.И. Комиссаровым, - это применение факультативных норм. В качестве третьего вида учеными предлагается «признать те случаи, когда законодатель придает юридическое значение индивидуальным особенностям дела не путем их типизации в виде юридических фактов, а посредством указания их общей характеристики в гипотезе нормы»². Другими словами, законодатель в подобных случаях обращается к оценочным признакам и понятиям. Четвертым видом судейского усмотрения отечественными авторами признается возможность принятия решения, регламентирующего деятельность государственного органа, в том числе суда, посредством общих формулировок, за которыми не следует перечня того, когда он может действовать. А.Т. Боннер указывает, что «в законодательстве нередко встречаются выражения «суд или судья вправе», «суд может»... причем реализация такого рода возможностей часто не обставляется какими-либо условиями. Все будет зависеть от конкретной ситуации...»³.

Иную классификацию судейского усмотрения предлагает Д.Б. Абу-шенко. Он полагает, что виды усмотрения - это конкретные законодательные конструкции, так или иначе сужающие выбор правоприменителя, и предлагает деление, основанное на определенной ограниченности установленной законодателем свободы, а именно: 1) альтернативный вид - когда суд выбирает из нескольких законных вариантов, прямо

¹ См. подробнее: Шейндлин Б. В. Сущность советского права. Л., 1959. С. 95. ² БоннгрА.Т. Указ. соч. С. 44; Комиссаров К.И. Указ. соч. С. 29-31. ³ Там же. С. 45.

предусмотренных законодателем; 2) рамочный - когда суд ограничен четкими границами (верхней и нижней); 3) смешанный; 4) рамочный без верхней границы'.

Н.В. Громова, основываясь на материалах конкретных судебных дел, предлагает выделять три вида усмотрения суда. Первым является толкование тождественных по юридической силе нормативных актов, например кодексов. В качестве второго вида Н.В. Громова устанавливает устранение судом внешней формальной коллизии норм, например, ст. 37, 91 и 2, 33 АПК РФ. Третьим видом является, по мнению автора, «чистое» судебское усмотрение. В качестве примера Н.В. Громова приводит отклонение судом ходатайства об увеличении исковых требований. Автор указывает, что критериями такого усмотрения суда выступают два обстоятельства: непропорциональность уплаченной госпошлины и размера требований; оценка действий истца как недобросовестных².

Отметим, что любая из приведенных выше классификаций является условной. Позиции отечественных авторов представляются интересными и обоснованными, но требующими уточнений.

На наш взгляд, классификацию судебного усмотрения возможно проводить по различным основаниям в зависимости от избираемого критерия. Главное, чтобы вопрос деления усмотрения на виды не решался с акцентом на формально-логический план, не выделялась одна цель - создание исчерпывающих примеров применения усмотрения. Поэтому среди возможных разнообразных делений усмотрения в гражданском и арбитражном процессах в первую очередь должно быть выдвинуто то, что выражает существенные особенности, преимущества применения судебного усмотрения и позволяет увидеть черты и действие данного явления. В связи с тем, что, на наш взгляд, судебское усмотрение является правоприменительной деятельностью, особенности, преимущества его осуществления отражают правовые нормы, виды которых и предлагаются в качестве основания классификации³. Отметим, что название видов судебного усмотрения опирается на наименование

1 См.: Абушенко ДБ, Указ. ооч. С. У.

1 См.: Громова НВ, Виды судебного усмотрения при совершении процессуальных действий// Арбитражная практика. 2002. № 3. С. 49-52.

3 См подробнее о видах правовых норм. Общая теория государства и права: Академический курс, Т. 2 / Под ред. проф. М.Н. Нечаева. С 226-230.

О А Папкова
Усмотрение суда

разновидностей правовых норм и не несет какой-либо дополнительной смысловой нагрузки.

Представляется, что классификация судебного усмотрения может быть отражена следующей схемой:

вид	относительно-определенное судейское усмотрение		правомочное судебское усмотрение
подвид	ситуационное судейское усмотрение	альтернативное судейское усмотрение	факультативное судейское усмотрение

Рассмотрим подробнее предлагаемую классификацию.

ОТНОСИТЕЛЬНО-ОПРЕДЕЛЕННОЕ СУДЕЙСКОЕ УСМОТРЕНИЕ

На наш взгляд, в относительно-определенном судебском усмотрении выделяются ситуационное усмотрение и альтернативное усмотрение суда.

Ситуационное судебское усмотрение. Ситуационное усмотрение суда осуществляется при применении норм как материального, так и процессуального права.

Приведем варианты ситуационного судебного усмотрения

1. Применение аналогии закона или права.

Так, в соответствии с п. 3 ст. 25 Федерального Закона «Об обществах с ограниченной ответственностью» продажа с публичных торгов доли участника общества, на которую обращено взыскание, может быть осуществлена, если в течение трех месяцев с момента предъявления кредитором требования общество не выплатит ему действительной стоимости доли, а другие участники не используют в этот срок свое право на приобретение этой доли (выплату кредиторам ее стоимости).

Указанный трехмесячный срок исчисляется со времени предъявления обществу исполнительного документа об обращении взыскания на долю участника в уставном капитале общества. В случае продажи доли с публичных торгов до истечения трехмесячного срока по заявлению общества (участников общества), изъявившего желание приобрести соответствующую долю с оплатой кредиторам ее действительной стоимо-

сти, суд рассматривает требование о переводе на него прав и обязанностей покупателя по договору купли-продажи, заключенному на торгах, применяя по усмотрению ст. 6 и п. 3 ст. 250 Гражданского кодекса Российской Федерации (аналогия закона)¹.

Если решением суда о ликвидации юридического лица на его учредителей (участников) либо уполномоченные его учредительными документами органы возложены обязанности по осуществлению ликвидации (п. 3 ст. 61 ГК РФ), однако в установленный срок ликвидация юридического лица не произведена, суд назначает ликвидатора и поручает ему осуществить ликвидацию юридического лица.

При решении вопросов, связанных с назначением ликвидатора, определением порядка ликвидации и т.п., суд применяет по усмотрению соответствующие положения законодательства о банкротстве согласно п. 1 ст. 6 ГК (аналогия закона)².

В настоящее время в отечественном законодательном регулировании существуют пробелы. Новые законы иногда оказываются неадекватными сложившимся отношениям. Отмена прежнего законодательства не всегда подготовлена изданием новых законов. Так, за прошедшие годы в сфере процессуального и материального права накопились противоречия из-за отсутствия новых кодексов и практики принятия - без связи друг с другом - законов и иных нормативных актов по отдельным вопросам.

В связи с этим в судебной практике возникают сложности с определением нормы, необходимой для рассмотрения конкретного спора. В данных ситуациях при разрешении дела судьям помогает осуществление усмотрения при применении аналогии закона или права.

Так, суд ссылается на аналогию права и закона, если в арбитражном процессе разрешается проблема уменьшения размера пени, начисленной в соответствии со ст. 124 Таможенного кодекса Российской Федерации (0,3 процента за каждый день просрочки платежа) и ст. 75 Налогового кодекса Российской Федерации (0,1 процента за каждый день просрочки исполнения обязанности по уплате налога или сбора) в слу-

¹ См. постановление Пленума Верховного Суда РФ и Пленума ВАС РФ от 9 декабря 1999 г. «О некоторых вопросах применения Федерального Закона «Об обществах с ограниченной ответственностью»» //Российская газета. 2000.27 января.

² См. постановление Пленума Верховного Суда РФ и Пленума ВАС РФ от 1 июля 1996 г. «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» //Российская газета 1996.10,13 августа.

чае признания подлежащей взысканию суммы пени несоразмерной последствиям нарушения обязательства.

Рассмотрим указанный пример подробнее. Согласно ст. 48 Налогового кодекса Российской Федерации в случае неисполнения налогоплательщиком — физическим лицом в установленный срок обязанности по уплате налога налоговый орган (таможенный орган) вправе обратиться в суд с иском о взыскании налога за счет имущества данного налогоплательщика (п. 1).

Разрешение по существу дел по искам о взыскании налога за счет имущества налогоплательщика - физического лица производится судом общей юрисдикции в соответствии с гражданским процессуальным законодательством (п. 5).

Указанные положения применяются также при взыскании пени за несвоевременную уплату налога и сбора (п. 11).

В Налоговом кодексе и в Таможенном кодексе нет норм, которые бы допускали или запрещали возможность уменьшения суммы начисленных пеней ввиду явно несоразмерной величины этой суммы размеру недоимки самого налога или таможенного платежа.

Следовательно, можно считать, что в этом вопросе имеется пробел в налоговом и таможенном законодательстве.

В соответствии с п. 4 ст. 1 ПЖ РФ в случае отсутствия закона, регулирующего спорное отношение, суд применяет закон, регулирующий сходные отношения, а при отсутствии такого закона суд исходит из общих начал и смысла действующего законодательства (из принципов осуществления правосудия).

Пеня - одно из средств обеспечения исполнения обязательств, как гражданско-правовых, так и налоговых. Ее назначение - стимулировать своевременное исполнение обязательства, в частности уплату налога (таможенного платежа), а также побуждать к минимальной просрочке уплаты налога, если срок внесения налога был нарушен. Указанные отношения по уплате пеней являются сходными между собой. Поэтому к отношениям по уплате пеней за несвоевременное внесение налогов (таможенных платежей) может применяться по аналогии закона ст. 333 ГК РФ.

Кроме того, согласно ст. 7 Конституции РФ Российская Федерация - социально-ориентированная политика которой направлена на создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека.

Начисление пени и ее взыскание не должны влечь разорения либо непомерных расходов налогоплательщика по ее уплате, и налоговое

(как и таможенное) законодательство не преследует таких целей. Поэтому взыскание пени требует учета фактической способности гражданина к ее уплате в полном размере начисленной суммы и не должно влечь лишения гражданина-налогоплательщика гарантий, предусмотренных ст. 7 Конституции Российской Федерации.

При решении вопроса о взыскании пени суд принимает во внимание соразмерность суммы пени размеру основного долга (налога, таможенного платежа), причины несвоевременной уплаты основного долга и соблюдает начало справедливости при вынесении судебного решения

С учетом изложенного представляется, что суд вправе усмотреть возможность уменьшения размера подлежащей взысканию пени исходя из принципов правосудия Российской Федерации (аналогии права) и конкретных обстоятельств дела¹.

Перейдем ко второму варианту применения ситуационного усмотрения суда.

2. Судейское усмотрение при применении общих норм, которые предусматривают основания возникновения определенных прав и обязанностей.

Пункт 1 ст. 8 ГК РФ допускает возможность возникновения, прав и обязанностей из действий граждан и юридических лиц, которые хотя и не предусмотрены в законе или иных правовых актах, но в силу общих начал и смысла гражданского законодательства порождают гражданские права и обязанности.

В указанном положении выражается принцип аналогии права. В этой связи п. 1 ст. 8 ГК РФ использует те же условия для применения судейского усмотрения, что и ст. 6 ГК РФ. И хотя в отличие от ст. 6 ГК РФ в ст. 8 ГК РФ не упоминается, что при ее применении следует учитывать требования добросовестности, разумности и справедливости, указанные категории обязательны и в отношении п. 1 ст. 8 ГК РФ.

Приведем пример из судебной практики конца XX в.

Так, Жукова* Новикова, Блышна, Миронова, Урюпина и др. обратились в суд с жалобой на решение администрации и профсоюзного комитета Слободского преддрияшия по ремонту и пошиву меховых изделий «Северянка» производственного объединения «Надымгазпром»

¹ Cnft'/Обзор судебной практик^Верхьвното Суда РФ за четвертый квартал 1999 г (по травданским дедам) (У™, постановлением Президиума Верховного Суда РФ от 5 апреля 2000 г,) // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2000 № 7. С. 16.

от 15 марта 1994 г. о необоснованном снятии их с учета нуждающихся в улучшении жилищных условий. Они ссылались на то, что, работая на меховом предприятии «Северянка», состояли на учете нуждающихся в улучшении жилищных условий, но 29 февраля 1992 г. были уволены по сокращению штата со снятием с учета. Предприятие с 1986 г. вело строительство нового жилого дома, в котором они принимали участие, вкладывали денежные средства.

Решением Слободского районного народного суда Кировской области в иске было отказано по следующим основаниям.

Суд пришел к выводу, что у предприятия «Северянка» не возникло гражданско-правовых обязательств по предоставлению истцам жилья, поскольку между ними не был заключен договор в письменной форме и не достигнуто соглашение по всем существенным его условиям.

Суд также указал в решении на то, что с момента увольнения истцов с работы по сокращению штата прошло более двух лет, поэтому у администрации и профсоюзного комитета предприятия имелись основания для исключения их из списка очередников на получение жилья.

С доводами суда по существу согласились кассационная инстанция и президиум областного суда.

Между тем вывод суда противоречит требованиям закона.

В соответствии с ч. 1 ст. 8 ГК РФ гражданские права и обязанности возникают, в частности, из сделок, предусмотренных законом, а также из сделок, хотя и не предусмотренных законом, но и не противоречащих ему.

Такая формулировка закона объясняется тем, что законодателю заранее сложно определить все возможные виды сделок граждан и юридических лиц. Споры, вытекающие из подобных правоотношений, рассматриваются судьей с применением усмотрения. В данном случае судья должен установить, порождают ли действия граждан и юридических лиц, не предусмотренные законом или иным правовым актом, гражданские права и обязанности.

Как видно из материалов дела, администрация: предприятия «Северянка» обратилась с заявлением в горисполком о выделении земельного участка для строительства дома индивидуальными застройщиками за счет собственных средств. Решением горисполкома указанное заявление удовлетворено. Жукова и другие работники предприятия в 1991-1992 гг. по предложению администрации предприятия внесли деньги за квартиры в суммах, соответствующих стоимости строящегося жилья. Истцами

были заключены кредитные договоры со сбербанком, по которым кредиты на строительство квартир перечислялись на счет предприятия.

Хотя между работниками, предприятием и строительной организацией не был заключен договор подряда на строительство, однако гражданско-правовые обязательства между сторонами имелись.

Кроме того, предприятие не просто не выполнило взятые на себя обязательства по строительству жилья в установленные сроки, но фактически ввело истцов в заблуждение, используя полученные ими кредиты, а затем исключив их из списка очередников.

То обстоятельство, что истцы в связи с трудовыми отношениями состояли по месту работы на учете нуждающихся в улучшении жилищных условий, не исключает возникновения гражданско-правовых отношений между сторонами¹.

Итак, надлежащее применение усмотрения при рассмотрении подобного спора должно привести судью к правильному выводу о том, что указанные в материалах дела действия сторон, хотя они не предусмотрены законом или иным правовым актом, порождают гражданские права и обязанности в силу общих начал и смысла гражданского законодательства (принципов диспозитивности, свободы договора, равенства сторон и др.).

Рассмотрим третий вариант применения ситуационного усмотрения суда.

3. Судейское усмотрение при применении норм, содержащих формулировки «справедливый», «разумный предел», «уважительные причины», «интересы ребенка», «заслуживающие внимания обстоятельства» и др.

Вопрос о применении или неприменении нормы в конкретном деле сводится к правильной оценке судом возможности отнесения обстоятельств дела под общий признак, указанный в законе. К числу оценочных понятий, содержащихся в Гражданском процессуальном кодексе, можно отнести, *inter alia*, «уважительные причины», «неуважительные причины», «достаточный срок», «несложные вопросы» и т.п. (например, ст. 167, 196 ГПК РФ). Указанные обстоятельства оцениваются судом в процессе очень часто².

¹ Справочная правовая система «Гарант».

² Например, ссылка на «уважительные причины» содержится в следующих опубликованных судебных актах: обзор судебной практики Верховного Суда РФ от 21 июля 2000 г. «О расторжении договора социального найма жилого помещения в связи с невнесением

Приведем пример из гражданского законодательства. Статья 1083 (п. 2) ГК РФ говорит о грубой неосторожности потерпевшего как основании уменьшения взыскания за вред. Суд, исходя из конкретной ситуации несчастного случая, в мотивировочной части решения те или иные поступки (действия) человека квалифицирует как грубую неосторожность (неосмотрительность), так как закон, в том числе и ст. 7 «Правил возмещения работодателями вреда, причиненного работникам увечьем, профессиональным заболеванием либо иным повреждением здоровья, связанным с исполнением ими трудовых обязанностей» от 24 декабря 1992 г. с изменениями и дополнениями от 24 ноября 1995 г.¹, не раскрывает термин «грубая неосторожность» и не перечисляет, какие действия подпадают под это понятие.

В постановлении Пленума Верховного Суда РФ «О судебной практике по делам о возмещении вреда, причиненного повреждением здоровья» от 28 апреля 1994 г. в п. 23 записано, что вопрос о том, является ли неосторожность потерпевшего грубой небрежностью или простой неосмотрительностью, не влияющей на размер возмещения вреда, должен быть разрешен в каждом случае с учетом конкретных обстоятельств. В частности, грубой неосторожностью должно быть признано нетрезвое состояние потерпевшего, содействовавшее возникновению или увеличению вреда .

нанимателем платы за жилье и коммунальные услуги в течение шести месяцев»; обзор судебной практики Верховного Суда РФ за третий квартал 1999 г. (по административным делам) (утв. постановлением Президиума Верховного Суда РФ от 29 декабря 1999 г.); обзор судебной практики Верховного Суда РФ «Некоторые вопросы судебной практики по гражданским делам»; обзор судебной практики Верховного Суда РФ за четвертый квартал 1998 г. (по гражданским делам) (утв. постановлением Президиума Верховного Суда РФ от 19 апреля 1999 г.); обзор судебной практики «Некоторые вопросы судебной практики гражданским делам»; обзор судебной практики Верховного Суда РФ за третий и четвертый кварталы 1996 г. (по гражданским делам); обзор судебной практики Верховного Суда РФ «Некоторые вопросы судебной практики по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации» 1994 г.; определение Верховного Суда РФ от 29 октября 1999 г. №49-В99пр471; определение Судебной коллегии Верховного Суда РФ от 13 апреля 1999 г. «Суд надзорной инстанции обязан мотивировать (необходимость выхода за пределы протеста» (извлечение); определение Судебной коллегии Верховного Суда РФ от 21 июня 1998 г. «На срочное трудовое соглашение, являющееся одним из видов трудовых договоров, распространяется Общее действие: всех работников основание его прекращения, предусмотренное п. 1 ст. 29 КЗоТ РФ, - соглашение сторон» (извлечение) и др. ' ВаедаАи газете. 1993,26 января ДО ЗД Бюеаешь Верховного СудаРФ, 19°4*№ 7»

Часть 4 ст. 21 ПС РФ, посвященная дееспособности граждан, гласит, что при признании брака недействительным суд может принять решение об утрате несовершеннолетним супругом полной дееспособности с момента, определяемого судом.

Пункт 2 ст. 6 ПС РФ содержит следующее правило: «При невозможности использования аналогии закона права и обязанности сторон определяются исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства (аналогия права) и требований добросовестности, разумности и справедливости

Часть 1 ст. 100 ГПК РФ «Возмещение расходов на оплату услуг представителя» гласит, что стороне, в пользу которой состоялось решение, суд присуждает с другой стороны расходы по оплате помощи представителя в разумных пределах и с учетом конкретных обстоятельств.

Задача суда в приведенных случаях усложняется. При реализации таких норм недостаточно установить фактические обстоятельства дела, а нужно дать им юридическую оценку с точки зрения целей, преследуемых в конкретном случае законодателем

Перейдем к четвертому варианту применения ситуационного судебного усмотрения

4. Судейское усмотрение при конкретизации субъективных прав и обязанностей, когда суд определяет их объем и содержание

Отметим, что впервые в отечественном гражданском процессе данная проблема была выдвинута Н.Б. Зейдером, который рассматривал конкретизирующую деятельность суда в широком плане - в разрешении буквально всех гражданских дел¹.

Комментируя точку зрения отечественного ученого, К.И. Комиссаров указывает: «В действительности закон сам по себе предельно определен. Задача суда состоит в том, чтобы точно применять его, а не уточнять его и не придавать ему нужную определенность. Применение действующих норм права к конкретным случаям не следует смешивать с конкретизацией субъективных прав как одной из форм судебного усмотрения»².

1 См. подробнее: Зейдер Н.Б. Судебное решение и спорное право // Правоведение. 1958. № 2. С. 79-90; Судебное решение по гражданскому делу. М., 1966. С. 93.

2 Комиссаров К.И. Задачи судебного надзора в сфере гражданского судопроизводства. Свердловск, 1971. С. 26.

Н.Б. Зейдер выделяет три формы конкретизации¹. К области судейского усмотрения, на наш взгляд, относится третий случай, указываемый отечественным правоведом. В него Н.Б. Зейдером включено «установление подлежащего защите права при рассмотрении судом дела о признании судом той же юридической сделки, которая первоначально должна была определить отношения между сторонами, участвующими в деле»². Н.Б. Зейдер рассматривает данный случай обобщенно, между тем его надлежит анализировать дифференцированно, что приводит к следующим вариантам-выводам.

Первый вариант: один из участников сделки обращается в суд с просьбой защитить нарушенное право, и суд в процессе осуществления правосудия проверяет законность сделки. Признав сделку законной, не усмотрев оснований для конкретизации прав и обязанностей сторон, суд выносит решение, в основе которого лежит подтверждение прав истца.

Второй вариант: суд признает сделку недействительной и отказывает в иске, т.е. никакой конкретизирующей деятельности суд не осуществляет, а лишь по тем или иным основаниям приходит к выводу о недействительности сделки.

Третий возможный вариант требует конкретизирующей деятельности суда. Здесь имеются в виду случаи, когда, признав сделку в части действительной, суд вынужден в соответствующей части конкретизировать права и обязанности сторон, если они прямо не предусмотрены императивными или диспозитивными нормами, соглашением сторон.

Анализ теории Н.Б. Зейдера приводит к заключению, что он соединил две различные формы применения права: общую, наиболее часто встречающуюся, когда содержание сложившегося отношения может быть полностью определено на основе действующих норм, и специфическую - конкретизацию, характеризующуюся тем, что на суд возлагается обязанность определения содержания спорного правоотношения в зависимости от обстоятельств дела и при отсутствии точного указания в нормах на содержание правоотношения.

Следовательно, неправильно считать, что необходимость в конкретизации вызывается частичной неурегулированностью содержания правоотношения. На самом деле оно урегулировано, но только сделано это с расчетом на судейское усмотрение.

¹ См. подробнее; Зейдер Н.В, Судебное решение по гражданскому делу. М., 1966. С. 94.

² Там же.

В форме конкретизации в основном устанавливается объем субъективных прав и обязанностей, но иногда она может касаться и содержания права. Например, в силу ст. 247 ГК РФ владение и пользование имуществом, находящимся в долевой собственности, осуществляются по соглашению всех ее участников. В случае разногласия порядок владения и пользования определяется судом. При этом закон не дает последнему предписаний, каким именно образом он должен определить порядок управления собственностью. Суд сам, по своему усмотрению, сообразуясь с конкретной ситуацией, должен найти наиболее подходящий вариант.

Неправильно было бы ограничивать применение конкретизации только областью материального права. Она хотя и в меньшем масштабе, но все же имеет место и в сфере процессуального права. Так, ст. 107 ГПК РФ предусматривает два вида процессуальных сроков - сроки, установленные законом, и сроки, назначенные судом. В последнем случае суд определяет продолжительность срока по своему усмотрению, сообразуясь с конкретными обстоятельствами дела и началами разумности. При необходимости он сам же может продлить его до предела, который сочтет целесообразным.

Рассмотрим пятый вариант применения ситуационного судебного усмотрения.

5. Усмотрение суда при определении размера возмещения, компенсации вреда, ущерба.

Диспозитивные нормы, которые дают право и суду, и самим участникам обязательственного правоотношения решать многие вопросы возмещения вреда по своему усмотрению, содержатся, *inter alia*, в гл. 59 ГК РФ (п. 2 ст. 1065, ч. 2 ст. 1067, п. 4 ст. 1073, п. 1, 3 ст. 1078, ст. 1080, п. 3 ст. 1083, п. 1, 3 ст. 1090, ст. 1092 и др.).

Например, суммы, назначенные потерпевшим в возмещение вреда в связи со смертью кормильца, могут увеличиваться или уменьшаться по разным причинам.

Так, суд, рассматривая: дело, вправе уменьшить размер возмещения ввиду тяжелого материального положения причинителя вреда (п. 1, 3 ст. 1090 ГК РФ). Сумма, подлежащая выплате, и тяжелое материальное положение устанавливаются судом с применением усмотрения.

По общему правилу возмещение вреда в связи со смертью кормильца производится причинителем вреда ежемесячными платежами. Суд может по требованию потерпевшего присудить ему выплату сумм в

возмещение вреда единовременно и не более чем за три года, если усмотрит наличие двух обстоятельств; во-первых, уважительных причин, во-вторых, возможностей причинителя вреда (ст. 1092 ГК РФ).

В настоящее время в производстве судов находится большое количество дел о компенсации морального вреда. Рассмотрим особенности применения судом усмотрения при определении размера возмещений.

Часть 2 ст. 151 ГК РФ гласит: «При определении размеров компенсации морального вреда суд принимает во внимание степень вины нарушителя и иные заслуживающие внимания обстоятельства. Суд должен также учитывать степень физических и нравственных страданий, связанных с индивидуальными особенностями лица, которому причинен вред»,

Пункт 2 ст. 1101 ГК РФ содержит положение о том, что «размер компенсации морального вреда определяется судом в зависимости от характера причиненных потерпевшему физических и нравственных страданий, а также степени вины причинителя вреда в случаях, когда вина является основанием возмещения вреда. При определении размера компенсации вреда должны учитываться требования разумности и справедливости.

Характер физических и нравственных страданий оценивается судом с учетом фактических обстоятельств, при которых был причинен моральный вред, и индивидуальных особенностей потерпевшего».

Как видим, законодатель отказался от оценки размера компенсации морального вреда, оставив этот вопрос на усмотрение суда.

В связи с актуальностью данной темы и тем, что в литературе возникают вопросы о правомерности и целесообразности такого решения законодателя¹, остановимся на данном варианте ситуационного судебного усмотрения подробнее.

В отечественной юридической литературе высказывается мнение о необходимости законодательного закрепления оценочных критериев причинения морального вреда для определения сумм, подлежащих возмещению. Так, Ал. Эрделевский предлагает использовать принцип эквивалентности размера возмещения размеру причиненного вреда².

1 См., например'. Завидов БД. Правовые проблемы возмещения морального вреда в Россия. М., 1995. С. 21; Эрделевский А. О размере возмещения морального вреда // Российская юсопоиь 1994. № 10, С. 17.

2 См.: Эрбелевский А. Указ. соч. С. 18.

Специалист опирается на ст. 1 ГПК РФ, предусматривающую право суда при разрешении дел исходить из общих начал и смысла законодательства (при отсутствии материального закона, регулирующего спорное (сходное) правоотношение).

А. Эрделевским приводится социальная таблица - перечень правонарушений, где в левой колонке указан вид правонарушения, а в правой - размер возмещения презюмируемого морального вреда как в относительных единицах, так и в МЗП.

Некоторые отечественные юристы считают, что целесообразно законодательно закрепить таблицу А. Эрделевского, придать ей статус нормативного акта¹, тем самым ограничить возможность применения судейского усмотрения. Подобные предложения, на наш взгляд, вызывают ряд критических замечаний.

Во-первых, как быть в таком случае с определением размера возмещений другого характера? Например, в случаях применения судом ст. 240, 241 ГК РФ и др.

Во-вторых, в таких странах, как Германия, Франция, Англия, Япония, не существует специальной методики или критериев определения суммы компенсации морального вреда. «Конкретные формы возмещения определяются судом из совокупности обстоятельств и принципа справедливости...»²

Как видим, в указанных странах оценка суммы вреда отдается на усмотрение суда. Это решение считается целесообразным и подтверждается многолетней зарубежной судебной практикой.

В-третьих, в российском гражданском законодательстве конца ХГХ в. размер присуждаемого вознаграждения за моральный вред зависел не от предусмотренных законом критериев, а от усмотрения суда. Так, известный юрист С.А. Беляцкий пишет: «Бесспорно, что возмещение морального вреда связано с некоторым, быть может, не совсем обычным для нашей практики, расширением полномочий суда... По-видимому, к признанию возможности «справедливого усмотрения» при определении количества вознаграждения за вред начинает отныне склоняться и Правительствующий Сенат, который в одном из последних решений, касающемся имущественной ответственности за смерть, упоминает даже самый этот термин. Предоставляя назначить вознаграждение в зависи-

1 См.: Заемное Б.Д. Указ. соч. С. 26.

2 Сакаэ Вагацума, Гору Аршъзуми. Гражданское право Японии. М., 1983. С. 278-280.

мости от особенностей каждого случая по справедливому усмотрению суда, закон, очевидно, не требует, чтобы размер имущественной ответственности мог быть назначаем в заранее определенном количестве» .

В-четвертых, современный отечественный законодатель также стоит на позиции предоставления судье больших возможностей по применению усмотрения и не устанавливает каких-либо критериев, по которым определяются размеры денежных сумм, подлежащих взысканию в возмещение морального вреда.

На наш взгляд, выбор при применении судейского усмотрения в данном случае имеет пределы, указанные в нормах ст. 151, 1101 ГК РФ. Среди подлежащих учету при определении размера компенсации морального вреда обстоятельств помимо установленных в ст. 151 ГК РФ степени вины нарушителя, степени физических и нравственных страданий, связанных с индивидуальными особенностями потерпевшего, определен новый предел: требования разумности и справедливости.

Предложить какой-либо определенный «рецепт» исчисления сумм возмещения морального вреда, пригодный для всех случаев, невозможно. Размеры этих сумм зависят от конкретных обстоятельств, требуют разумного и взвешенного подхода суда к их оценке, не допускающего определения как неоправданно незначительных, так и необоснованно завышенных сумм по тем делам, где степень страданий, перенесенных истцом, невелика. В качестве примера ненадлежащего определения по усмотрению заниженной суммы размера морального вреда можно привести одно из дел, по которому суд, разрешая спор в 1994 г., взыскал в пользу потерпевшего, получившего по вине ответчика увечье на производстве, 70 тыс. руб.² Очевидно, что взыскание этой символической для такого случая суммы было воспринято истцом как еще одна моральная травма.

Отметим, что субсидиарными пределами выбора при определении по усмотрению суда размера компенсации за моральный вред являются конкретные обстоятельства дела и круг норм материального права, применимый к спорным правоотношениям. Данное положение подтверждено Пленумом Верховного Суда РФ в ряде постановлений.

Так, для дел, связанных с защитой чести и достоинства, Пленум Верховного Суда РФ в п. 11 постановления от 18 августа 1992 г. № 11

1 Бещт CJL Возмещение морального (неимущественного) вреда. М., 1996 С 45,46

2 См: Комментарий российской законодательств. М., 1995 С. 64.

«О некоторых вопросах, возникающих при рассмотрении дел о защите чести и достоинства граждан и организаций» дает следующую рекомендацию: «Размер возмещения морального (неимущественного) вреда определяется при вынесении решения в денежном выражении в зависимости от характера и содержания публикации, порочащей честь и достоинство гражданина, ущемляющей его права, иные охраняемые законом интересы и его репутацию, от степени распространения недостоверных сведений, а также других заслуживающих внимания обстоятельств, связанных с распространением таких сведений»

По этим делам суду рекомендовано выяснить: что за сведения, не соответствующие действительности, были распространены, в какой степени они порочат честь, достоинство или деловую репутацию истца; как широко они были распространены, т.е. какому кругу лиц они стали известны (для этого имеет значение тираж печатного издания, места его распространения, характер телепередачи и аудитория, которую она собирает и для которой предназначена и т.п.); какие последствия для истца наступили в результате (его переживания, болезнь, отрицательное отношение других лиц к истцу, увольнение с работы или отказ в принятии на работу и т.п.).

Пленум Верховного Суда РФ в постановлении от 28 апреля 1994 г № 3 «О судебной практике по делам о возмещении вреда, причиненного повреждением здоровья» в п. 36 также предлагает примерные разъяснения определению возмещения морального вреда. Он устанавливается судом исходя из степени тяжести травмы, иного повреждения здоровья, других обстоятельств, свидетельствующих о перенесенных потерпевшим физических и нравственных страданиях, а также с учетом имуще- | j ственного положения причинителя вреда, степень вины самого потерпевшего и других конкретных обстоятельств. Оценивая страдания потерпевшего, суду надо учитывать не только те, которые были уже перенесены потерпевшим, но и те, которые он со всей очевидностью будет переносить в будущем (например, утрата конечностей может повлечь осложнения в личной жизни, лишение возможности работать по своей профессии, могут возникнуть проблемы, порождающие моральные травмы)2.

1 Бюллетень Верховного Суда РФ. 1992. №11 С 2.

2 Бюллетень Верховного Суда РФ 1994 №7.

Необходимо иметь в виду, что при причинении имущественного вреда (как в деликтных, так и в договорных отношениях) моральный вред возмещается независимо от возмещения имущественного вреда и не может быть поставлен в зависимость от его размеров. По таким делам суду надо выяснить, какие страдания, неудобства и другие проблемы нравственного и физического характера явились для истца следствием причинения ему имущественного вреда. Выбор при применении усмотрения в данном случае ограничен установлением обстоятельств конкретного дела, а именно: «...какое имущество повреждено и его значение для потерпевшего, причем не столько с точки зрения цены (это влияет на определение размера имущественного вреда), сколько с точки зрения важности для удовлетворения его потребностей (автомобиль, дом, одежда и т.п.); когда и при каких обстоятельствах произошло повреждение имущества (одно дело, когда, например, поврежден автомобиль, на котором потерпевший ехал днем в город, где он живет, и совсем другое, когда это произошло ночью при далекой поездке в отпуск, командировку и т.п.); какие последствия в сфере нравственных или физических страданий наступили для потерпевшего (например, в результате повреждения автомобиля он лишился возможности регулярно ездить на нем на работу и вынужден испытывать неудобства и терять время в поездках на городском транспорте с многочисленными пересадками, либо потерпевший, ехавший на автомобиле в отпуск, лишился возможности нормально отдохнуть, или потерпевший в результате повреждения его автомобиля не успел попасть на похороны близкого человека, на которые ехал в момент аварии)»¹.

По делам о возмещении морального вреда, связанного с повреждением имущества потерпевшего, так же как и связанных с повреждением его здоровья, судом при применении усмотрения может быть учтено имущественное положение причинителя вреда, так как ст. 1083 ПС РФ об учете вины потерпевшего и имущественного положения причинителя имеет общий характер и распространяется на все случаи причинения вреда, если иное не установлено законом. Именно такую точку зрения закрепляет Пленум Верховного Суда РФ в постановлении по делам о возмещении вреда, разъяснив, что при компенсации морального вреда подлежат учету среди прочего и имущественное положение причинителя вреда и степень вины потерпевшего (п. 36)²,

¹ Комментарий российского законодательства. С. 66.

² См. также: определение по делу Ерохина (Бкш1етень Верховного Суда РФ. 1995. №4. С. 15).

Причем в данном случае, на наш взгляд, необходимо обратить внимание на то обстоятельство, что сумма, подлежащая возмещению, может неодинаково отражаться на представителях разных социальных групп, может являться *privilegium odiosum* для малообеспеченных граждан. Применяя усмотрение в данном случае, суд может принять во внимание то обстоятельство, что размер суммы, способной осуществить функцию эквивалента морального вреда, должен быть прямо пропорционален материальному положению потерпевшего,

В связи с этим судебское усмотрение надлежит также основывать на изучении материального состояния как причинителя вреда, так и потерпевшего в целях соблюдения принципа законности, начал равенства граждан перед судом.

Таким образом, проведенный анализ показывает, что право на применение усмотрения предоставляется суду самой нормой права, ею же устанавливаются пределы выбора при осуществлении усмотрения.

Отсутствие в законе необходимых установок восполняется судебной практикой.

Альтернативное судебское усмотрение. Данный подвид относительно-определенного судебного усмотрения осуществляется при применении альтернативных правовых норм. В качестве примера приведем ст. 272 ГК РФ «Последствия утраты собственником недвижимости права пользования земельным участком», согласно которой в случаях, когда снос здания или сооружения, находящегося на земельном участке, запрещен в соответствии с законом и иными правовыми актами (жилые дома, памятники истории и культуры и т.п.) либо не подлежит осуществлению ввиду явного превышения стоимости здания или сооружения по сравнению со стоимостью отведенной под него земли, суд с учетом оснований прекращения права пользования земельным участком и при предъявлении соответствующих требований сторонами может:

- признать право собственника недвижимости на приобретение в собственность земельного участка, на котором находится эта недвижимость, или право собственника на приобретение оставшейся на нем недвижимости либо

- установить условия пользования земельным участком собственником недвижимости на новый срок.

Судья осуществляет альтернативное усмотрение, например, при определении мер по обеспечению иска (ст. 140 ГПК РФ), поскольку

закон, устанавливая перечень, не содержит указания на то, какая конкретно мера и по какому исковому требованию может применяться.

Проанализируем с помощью конкретной ситуации осуществление альтернативного судебного усмотрения при применении судами в качестве меры по обеспечению исков клиентов коммерческих банков о своевременном осуществлении платежей, проведении валютно-обменных и иных операций наложение ареста на денежные средства ответчика, находящиеся на корреспондентских счетах этих банков.

Согласно ст. 860 ГК РФ правила гл. 45 ГК РФ, регулирующей договор банковского счета, распространяются на корреспондентские счета, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или установленными в соответствии с ними банковскими правилами. Однако эти акты не могут вступать в противоречие с нормами ГК РФ.

В соответствии со ст. 854, 858 ГК РФ, устанавливающими ограничения прав клиента на распоряжение денежными средствами, находящимися на счете, а также основания списания этих средств с его счета, допускаются как наложение на них ареста, так и списание их по решению суда.

Исходя из положения ст. 860 ГК РФ, приведенного выше, нормы ст. 854 и 858 Кодекса распространяются и на денежные средства, находящиеся на корреспондентских счетах. Это же подтверждено и в Положении о порядке проведения операций по списанию средств с корреспондентских счетов (субъектов), принятом советом директоров Центрального банка Российской Федерации 1 марта 1996 г., в п. 3 и 4 которого прямо предусмотрена возможность наложения ареста на денежные средства, находящиеся на корреспондентском счете кредитной организации, и списания денежных средств с этих счетов по решению суда.

Согласно ст. 139, 140 ГПК РФ институт обеспечения иска представляет собой; совокупность установленных законом мер, которые могут налагаться судом (или судьей) по ходатайству лиц, участвующих в деле, в том случае, если существует предположение, что исполнение вынесенного по делу решения будет впоследствии затруднительным или невозможным.

В гражданском процессуальном законодательстве не содержится никаких указаний о приоритете каких-либо из установленных законом мер по обеспечению исковых требований среди прочих и преимущественном применении именно этих мер при рассмотрении определенных категорий гражданских дел.

Решение вопроса о том, имеются ли основания для установления мер по обеспечению иска в ходе рассмотрения дела, а также избрание той меры, которая в данном случае является необходимой, производится судом (судьей) по усмотрению непосредственно при разрешении каждого конкретного спора, исходя из обстоятельств дела.

Изложенное выше относится и к порядку применения мер по обеспечению иска при рассмотрении споров с участием банков об осуществлении последними платежей по счетам своих клиентов

Надлежащее осуществление альтернативного усмотрения при применении указанной выше меры по обеспечению исковых требований кредиторов должно быть связано с выбором такого процессуального действия, как наложение ареста не на всю сумму, находящуюся на кор-респондентском счете банка, а лишь на ту его часть, которая соответствует размеру его долга кредиторам, предъявившим иск. В подобной ситуации возможность осуществления операций с оставшимся объемом денежных средств сохраняется, что в свою очередь исключает ущемление прав других вкладчиков этого банка¹.

Анализ судебной практики показывает, что наиболее распространенной мерой по обеспечению иска является наложение ареста на имущество, принадлежащее ответчику и находящееся у него или у третьих лиц.

Правомочное судебское усмотрение

На наш взгляд, в правомочном судебском усмотрении выделяется факультативное усмотрение суда.

Факультативное судебское усмотрение. Факультативное судебское усмотрение связано с применением норм как материального, так и процессуального права.

Приведем пример осуществления судьей факультативного усмотрения при применении ч. 2 ст. 165 ГК РФ.

Так, Кутпхов обратился в суд с иском к Хагабановой о признании действительным договора купли-продажи квартиры в доме по ул. Тарчкова в г. Нальчике, ссылаясь на то, что стороны полностью исполнили сделку, но лишены возможности оформить ее в нотариальном порядке,

¹ См, Обзор судебной практики Верховного Суда РФ за третий квартал 1998 года (по гражданским делам) (утв постановлением Президиума Верховного Суда РФ от 2 декабря 1998 г)//Бюллетень Верховного Суда РФ 1999 №3 С 22

поскольку работники бюро технической инвентаризации не выдают необходимые для этого документы.

Решением Нальчикского городского суда Кабардино-Балкарской Республики от 29 апреля 1996 г. (оставленным без изменения судебной коллегией по гражданским делам Верховного суда Кабардино-Балкарской Республики) иск удовлетворен, договор купли-продажи квартиры, заключенный между Кушховым и Хагабановой, признан действительным, стороны от уплаты госпошлины освобождены.

Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда РФ, рассматривая дело в качестве надзорной инстанции, в частности, установила.

В соответствии с ч 2 ст. 165 ГК РФ если одна из сторон полностью или частично исполнила сделку, требующую нотариального удостоверения, а другая сторона уклоняется от такого удостоверения сделки, суд вправе по требованию исполнившей сделку стороны признать сделку действительной. В этом случае последующего нотариального удостоверения сделки не требуется.

Из материалов дела следует, что Кушхов и Хагабанова не уклонялись от нотариального удостоверения сделки. В ходе судебного разбирательства они показали, что оба полностью исполнили сделку, но удостоверить ее нотариально не могли в связи с наложением судом ареста на квартиру по предыдущим имущественным спорам ответчицы Хагабановой с Кунашевым, Согласно копии решения Нальчикского городского суда от 29 января 1996 г, по иску Кунашева к Хагабановой о взыскании задатка в двойном размере на спорную квартиру определением судьи от 9 декабря 1995 г. в обеспечение иска налагался арест. На момент вынесения судом решения по иску Кушхова о признании действительным договора купли-продажи квартиры на указанную квартиру определением судьи от 23 апреля 1996 г. был наложен арест в обеспечение исполнения решения Нальчикского городского суда от 29 января 1996 г. о взыскании с Хагабановой в пользу Кунашева 90 млн руб.

При таких обстоятельствах суд не мог применить факультативное усмотрение, у него не имелось предусмотренных ч. 2 ст. 165 ГК РФ оснований для удовлетворения исковых требований Кушхова о признании договора купли-продажи спорной квартиры действительным.

Применив факультативное усмотрение ненадлежащим образом, признав сделку действительной, суд предоставил сторонам возможность обойти запрет на отчуждение квартиры, на которую судебным определением наложен арест.

Указание президиума Верховного Суда Кабардино-Балкарской Республики в постановлении на то, что суд вправе применить усмотрение и признать сделку действительной, поскольку она не содержит ничего противозаконного и исполнена обеими сторонами, противоречит требованиям ст. 165 ГК РФ, регламентирующей основания и порядок признания сделки действительной. Также несостоятелен вывод президиума о том, что суд не допустил нарушений закона, так как признал действительной сделку, исполненную сторонами еще в ноябре 1995 г., т.е. до установления судом запрета. В данном случае сам суд определил, что оснований для признания сделки действительной не имелось, поскольку никто не препятствовал ее оформлению в установленном законом порядке.

Если бы Кушхову препятствовал в оформлении сделки нотариус, то он был бы вправе обжаловать его действия в суд в установленном порядке

При таких обстоятельствах судебные постановления не могут быть признаны законными и обоснованными, в связи с чем подлежат отмене, а дело - направлению на новое рассмотрение¹.

Применение факультативных норм встречается и в области процесса. Право суда допустить немедленное исполнение решения (ст. 212, ГПК РФ) и приостановить производство по гражданскому делу (ст. 216 ГПК РФ), возможность отложения составления мотивировочной части решения (ст. 199 ГПК РФ), утверждение мирового соглашения и принятие отказа истца от иска (ст. 39 ГПК РФ) - это частные случаи применения факультативного права на основе судебного усмотрения.

Итак, были исследованы два вида судебного усмотрения, один из которых осуществляется при применении относительно-определенных норм, другой - при применении управомочивающих норм.

Анализ видов судебного усмотрения позволяет прийти к заключению, что дискреция (*discrefio*) осуществляется в основном при применении ситуационных правовых норм.

¹ См. определение СК Верховного Суда РФ от 21 июля 1997 г. «Решение суда о признании договора купли-продажи действительным отменено как вынесенное с нарушением норм материального и процессуального права» (извлечение) // Бюллетень Верховного Суда РФ 1997 №11 С. 4

V. ОСОБЕННОСТИ СУДЕЙСКОГО УСМОТРЕНИЯ В ГРАЖДАНСКОМ И АРБИТРАЖНОМ ПРОЦЕССАХ

К. Хокинс (K. Hawkins) полагает, что «для определения природы судебного усмотрения необходимо придерживаться системного взгляда на него»¹. Ученый указывает, что в большинстве случаев общественные науки рассматривают каждое конкретное дело как часть процедуры вынесения решения или как элемент процесса продвижения дела по стадиям внутри системы принятия решений².

Как считают зарубежные специалисты, правоведы должны установить собственную систему судебного усмотрения, а не использовать то, что предложено социологами, поскольку «определение каждого конкретного дела является более сложным, чем это может показаться на первый взгляд»³. Придерживаясь точки зрения, высказанной К. Хокинсом (K. Hawkins), Р. Лемперт (R. Lempert) конкретизирует: решение правового вопроса, воспринимаемое как принятое с осуществлением усмотрения, на самом деле может являться просто повторением. Ученый поясняет, что в процессе разрешения дела по существу суд дает ответы на ряд вопросов: во-первых, в отношении характера (природы) проблемы («что действительно случилось» или «в чем заключается современная ситуация» и т.д.); во-вторых, кому адресована проблема или событие, есть ли нарушение нормы закона; в-третьих, в случае установления нарушения какие конкретные действия могут быть предприняты. Р. Лемперт (R. Lempert) полагает, что решение каждого из поставлен-

¹ Hawkins K. Using Legal Discretion // The Uses of Discretion / Ed. by ICHawkins, Op. cit P. 27.

² См., например: Emerson RM. Bolistio Effects in Social Control Decision-Making // Law and Society Review. 1983[^] 17, P- 425-455.

³ Hawkins K. Op. cit, P. 27.

ных вопросов может проходить с применением усмотрения и может быть положено в основу системы .

На наш взгляд, утверждение зарубежных специалистов о системности судейского усмотрения связано со спецификой осуществления дискреции и требует корректировки применительно к отечественному гражданскому и арбитражному процессам.

Как представляется, судейское усмотрение должно быть рассмотрено не «в общем», а дифференцированно, с выделением формирующих его особенностей. Специфика усмотрения суда состоит в параллельности и последовательности его осуществления.

Параллельность судейского усмотрения. К. Хокинс (K. Hawkins) указывает, что усмотрение часто исследуется правоведами только в качестве характерной черты процесса вынесения решений по делам. Однако «общеизвестно, отмечает ученый, что дела рассматриваются как единолично, так и коллегиально». Кроме того, деятельность конкретного судьи по осуществлению усмотрения подвержена влиянию решений или поведения других лиц. К. Хокинс (K. Hawkins) считает, что если решение правового вопроса является продуктом совместной деятельности нескольких субъектов, то усмотрение осуществляется параллельно. Если судьи имеют различные мнения по делу, то результат определяется большинством голосов. В данной ситуации, указывает автор, нельзя говорить о параллели в усмотрении².

Выводы, сделанные К. Хокинсом (K. Hawkins), применимы к отечественному гражданскому и арбитражному процессам.

Согласно ст. 7 ГПК РФ гражданские дела в судах первой инстанции рассматриваются судьями этих судов единолично или в предусмотренных федеральным законом случаях коллегиально. Гражданские дела в судах кассационной и надзорной инстанций суды рассматривают коллегиально.

В ст. 17 АПК РФ устанавливается, что дела в первой инстанции арбитражного суда рассматриваются судьей единолично, если коллегиальное рассмотрение дела не предусмотрено настоящей статьей. Коллегиальное рассмотрение дела в арбитражном суде первой инстанции осуществляется в составе трех судей или судьи и двух арбитражных заседателей. Дела в арбитражном суде апелляционной и кассационной

1 Lempert R II The Uses of Discretion / Ed. by K. Hawkins. Ch. 6.

2 Hawkins K. Using Legal Discretion // The Uses of Discretion / Ed. by K. Hawkins. Op. cit. P.27.

инстанций, а также в порядке надзора рассматриваются коллегиально в составе трех или иного нечетного количества судей, если иное не установлено настоящим Кодексом.

В силу ст. 15 ГПК РФ и ст. 20 АПК РФ вопросы, возникающие при рассмотрении дела судом в коллегиальном составе, разрешаются судьями большинством голосов. Никто из судей не вправе воздержаться от голосования. Судья, не согласный с мнением большинства, может изложить в письменной форме свое особое мнение, которое приобщается к делу, но при объявлении принятого по делу решения не оглашается.

По нашему мнению, параллельное судебское усмотрение - это одна из особенностей применения дискреции, которая связана с процессом коллегиального разрешения дела по существу. Особое мнение одного из судей нарушает параллельность судебного усмотрения. В случае единоличного рассмотрения дела данная особенность теряет свое значение.

Одни зарубежные ученые указывают, что концентрация внимания на деятельности судьи по рассмотрению конкретного дела не отражает важной особенности усмотрения. Другие полагают, что при изучении параллели в усмотрении во главу угла необходимо ставить общую проблему о способах, путях судебного разрешения дела по существу. Ученые именуют названную задачу «matters of policy-making» («вопросы определения установок, руководящих начал процесса»). «Policy-making», по их мнению, включает в себя вынесение судебных решений в области: (1) целей и назначений законодательства; (2) способов воплощения идей в стратегию с целью облегчения применения законодательства¹. Д. Галлиган (D.J. Galligan) называет два указанных положения «сердцем усмотрительного процесса»².

П. Мэннинг (P.K. Manning) считает, что установки (policy) являются средством, с помощью которого строится и изменяется усмотрение. Установочные решения (policy decisions) направлены в будущее и существуют в качестве постановлений судов по отдельным вопросам, таким как цели вынесения решения, критерии, принимаемые судом во внимание, используемая информация, надлежащая процедура и т.д.³ Подобные постановления оказывают влияние на параллельность усмотрения, поскольку определяют рамки, в пределах которых может быть вынесен судебный акт по тем или иным вопросам.

¹ См., например; The Uses of Discretion / Ed by K. S. Schauer. P. 28.

² QN^ofgmm«]k Qp. ©it P. UO,

³ Mmmtng JPXII The Uses of Discretion. Ch. 8.

Проблема наличия установочных постановлений и их воздействия на параллель в усмотрении присуща и отечественному гражданскому и арбитражному процессам. Указанные постановления выносятся вышестоящими судебными инстанциями и формируют способы, пути разрешения различных правовых вопросов нижестоящими судами, чем закрепляют параллельность судейского усмотрения.

Приведем несколько примеров вынесения установочных постановлений в отечественной судебной практике.

Так, определением Верховного Суда РФ от 6 сентября 2002 г. устанавливается, что «ходатайство о признании и исполнении иностранного судебного решения может быть удовлетворено компетентным российским судом и при отсутствии соответствующего международного договора, если на основе взаимности судами иностранного государства признаются решения российских судов»¹. Данным определением устанавливается также подведомственность указанных ходатайств судам общей юрисдикции.

Постановление Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 8 октября 1998 г. № 13/14 «О практике применения положений Гражданского кодекса Российской Федерации о процентах за пользование чужими денежными средствами» определяет, что при расчете подлежащих уплате годовых процентов по ставке рефинансирования Центрального банка Российской Федерации число дней в году (месяце) принимается равным соответственно 360 и 30 дням, если иное не установлено соглашением сторон, обязательными для сторон правилами, а также обычаями делового оборота².

В постановлении Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 1 июля 1996 г. «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» есть следующее указание: «Под обычаем делового оборота, который в силу ст. 5 ГК может быть применен судом при разрешении спора, вытекающего из предпринимательской деятельности, следует понимать не предусмотренное законодательством или договором, но сложившееся, т.е. достаточно определенное в своем содержании, широко применяемое в какой-либо области предпринимательской деятельности правило поведения, например традиции исполнения тех

¹ <http://www.supcourt.ru>

² Ibidem

или иных обязательств и т.п. Обычай делового оборота может быть применен независимо от того, зафиксирован ли в каком-либо документе (опубликован в печати, изложен во вступившем в силу решении суда по конкретному делу, содержащему сходные обстоятельства, и т.п.)». Статья 5 ГК и п. 4 названного постановления предъявляют к обычаям торгового оборота два требования: они должны сложиться и широко применяться. Соответственно перед судом всегда встает задача установления наличия этих факторов, что предопределяет параллельность усмотрения при решении названного вопроса.

Таким образом, в отечественном гражданском и арбитражном процессах одной из особенностей применения судейского усмотрения является его параллельность. Параллельность усмотрения суда проявляется в процессе коллегиального рассмотрения дела по существу. Параллельное судейское усмотрение «цементируется» установочными постановлениями судов вышестоящей инстанции. Особое мнение одного из судей нарушает параллель в усмотрении. В случае единоличного рассмотрения и разрешения дела данная особенность теряет свое значение.

Последовательность усмотрение суда. Зарубежные ученые так рассматривают усмотрение суда: одни выделяют его в качестве составляющего звена процесса принятия судебных решений, другие - как элемент системы с устойчивыми внутренними компонентами². Несмотря на различный подход к изучению усмотрения, большинство иностранных правоведов стран общего права отмечают, что «усмотрительная власть в наибольшем объеме находится в руках у судей, ранее других разрешающих конкретное дело, так как усмотрение находится внутри системы и осуществляется не только параллельно, но и последовательно»³. Р. Лэмперт (R. Lempert) конкретизирует: «С точки зрения системы применение судейского усмотрения оказывает существенное влияние на вынесение последующего судебного акта. В связи с этим серию постановлений ©уда предпочтительно исследовать именно под углом рассмотрения определенных уомоизрительных решений, следующих последовательно, одно за другим»! К. Хокине^K. Hawkins) продолжает рас-

² См, подробнее: Emerson RM. Holistic Effects in Social Control Decision-Making // Law and Social Review Д983»К 17. P. 425-455.

³ The Uses of Discretion / Ed. by K» Hawkins. P. 28.

⁴ Ibidem.

суждения на данную тему и указывает, что «для системы типична «передача по наследству» рассмотренных дел от одних судей другим»¹.

Изучение последовательного усмотрения, по мнению зарубежных авторов, сосредоточено на различии между властью суда по разрешению дел и судебными полномочиями по осуществлению усмотрения. В действительности термин «вынесенное решение», по их мнению, часто представляет собой не что иное, как «ратификацию» ранее постановленного судебного акта по аналогичному делу, несмотря на рекомендательный характер прежнего решения. Итак, делают вывод авторы, изменение содержания судебных постановлений зависит от того, в каком месте системы находится полномочие «решать», следовательно, применять усмотрение².

Р. Эмерсон (R.M. Emerson), придерживаясь взгляда о различии между «ратификацией» и действительным осуществлением усмотрения, отмечает, что «основной задачей судей часто является не просто разрешение спора, а грамотное направление конкретного казуса в поток рассмотренных дел с точки зрения организационного контекста»³. Применительно к национальной системе общего права ученый указывает, что ранее вынесенные решения могут привести к «блокировке» сферы усмотрения последующих судей полностью или частично⁴.

Бесспорно, выводы зарубежных ученых интересны для российских правоведов и заслуживают внимания с учетом особенностей правовых систем стран общего и континентального права.

Д.Б. Абушенко исследует последовательность применения судебного усмотрения в свете проблемы свободы в деятельности суда, а именно зависимости нижестоящего суда от суда вышестоящего. Он отмечает, что в российском гражданском процессе «деятельность нижестоящих судов в итоге направляется волей Верховного Суда РФ (которая может в принципе и исказить закон), при этом в случае возможных противоречий в отношении к определенным вопросам правоприменения между позицией Верховного Суда РФ (формы ее изложения могут быть различны) и позицией самого судьи последний косвенно принуждается следовать подходу, выработанному высшей судебной инстанцией... Кон-

1 The Uses of Discretion / Ed. by K. Hawkins. P. 29.

2 Ibidem.

3 Emerson R.M. Holistic Effects in Social Control Decision-Making // Law and Society Reviw. 1983. N17. P. 450

4 Ibid. P. 451.

кретная правоприменительная деятельность нижестоящих судов всегда определенным образом опосредована тем пониманием норм права, которое исходит от лиц, так или иначе способных влиять на дальнейшее рассмотрение дела в вышестоящей инстанции»¹.

Сложно не согласиться с мнением Д.Б. Абушенко. Отметим некоторые дополнения.

На наш взгляд, последовательность представляет собой одну из особенностей применения усмотрения суда.

Выше было установлено, что усмотрение в отечественном гражданском и арбитражном процессах представляет собой правоприменительную деятельность. Следовательно, при рассмотрении конкретного дела усмотрение может быть применено судами различных инстанций.

Представляется, что в российском гражданском и арбитражном процессах последовательность судейского усмотрения проявляется после того, как определенная правоприменительная деятельность была осуществлена несколькими судебными составами, формирующими судебную практику. Поясним данное положение.

В отечественной судебной деятельности огромную роль играют постановления вышестоящих судебных инстанций по конкретным делам, связанные с применением правил толкования. Отметим, что решения вышестоящих судов по конкретным делам содержат мотивировки соответствующих выводов. Рассматривая позднее идентичное дело, суд нижестоящей инстанции, как правило, более или менее точно воспроизводит усмотрение вышестоящего суда. В указанном случае сложно говорить о количественном выражении дискреции, поскольку усмотрение суда нижестоящей инстанции копирует дискрецию суда вышестоящего. Бесспорным остается факт наличия в обоих судебных постановлениях усмотрения, но неправильным является утверждение о последовательности дискреции. В иной ситуации, когда суд нижестоящей инстанции рассматривает правовой вопрос, идентичный разрешенному судом вышестоящей инстанции с осуществлением усмотрения, и основывает выбор на ином варианте дискреции, то усмотрение применяется последовательно различными судебными инстанциями.

Последовательное усмотрение суда редко встречается в отечественной судебной практике. Следует отметить одинаковое правоприме-

¹ Абушенко ДМ, Указ. соч. С. 8,9.

нение, устанавливаемое судебными составами одного суда или судов одной территориальной единицы.

Так, в пределах Красноярского края арбитражные суды кассационной инстанции, отменяя решения арбитражного суда первой инстанции, часто направляют дела на новое рассмотрение с указанием истребовать у государственного органа дополнительные доказательства, произвести повторную налоговую проверку, переоценить выводы этого органа либо переквалифицировать совершенное правонарушение, что является отступлением от принципа законности при рассмотрении дел арбитражным судом, игнорированием норм, возлагающих обязанность доказывания на государственный орган¹.

В пределах Московского региона арбитражные суды следуют практике, установленной Московским окружным федеральным арбитражным судом, по наделению налоговых органов правом на принесение исков о признании сделки, противоречащей основам правопорядка и нравственности, недействительной в силу ст. 169 ГКРФ². Арбитражные суды Уральского региона следуют противоположной правоприменительной практике³.

Бесспорно, что бблыпим усмотрением обладают судьи, первично разрешающие определенный правовой вопрос, а последовательным — судьи, применяющие дискрецию, несмотря на осуществление усмотрения судом вышестоящей инстанции при рассмотрении аналогичного правового вопроса.

К факторам, влияющим на последовательность усмотрения суда, на наш взгляд, относятся: а) сложившаяся судебная практика; б) административное усмотрение. Переходя к рассмотрению указанных факторов, отметим, что их воздействие на последовательность усмотрения связано с предопределенностью результата судебной деятельности вне зависимости от инстанции, рассматривающей дело.

Сложившаяся судебная практика. Так, применяя некоторые нормы, рассчитанные на осуществление усмотрения, судьи не используют предоставленную возможность выбора варианта решения правового вопроса, а ориентируются на сложившуюся судебную практику, которая не нашла своего закрепления в постановлениях Пленумов Верховного

¹ Арбитражная практика. 2003,, № П. С. 71.

² См., например, постановление Московского окружного арбитражного суда № КГ-А40/486-04 от 19 февраля 2004 г.

³ Legislative News. 2004, May, June, P. 6.

ховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ. Приведем несколько примеров.

1. Отечественная правовая доктрина исходит из возможности передачи прав по цессии частично при делимости предмета исполнения, Однако арбитражные суды считают недопустимой частичную уступку права требования кредитора в обязательстве. Под ней понимается не только уступка права на получение части предмета исполнения при его делимости, но и уступка части прав кредитора в обязательстве. Суды, следуя сложившейся практике правоприменения, делают вывод о неполном выбытии первоначального кредитора из обязательства и признают уступку требования недействительной. Например, уступка требования к банку по нескольким платежным документам была определена арбитражным судом как неполное выбытие кредитора из договора банковского счета и как следствие в судебном акте было указано на отсутствие перемены лиц в обязательстве¹. Аналогичным образом была оценена уступка права требования к банку на получение штрафа за нарушение договора банковского счета².

2. Согласно сложившейся судебно-арбитражной практике требования, вытекающие из производных финансовых сделок, в частности из расчетных форвардных контрактов, не подлежат судебной защите³.

Так, в декабре 2002 г. КАБ «Банк Сосьете Женераль Восток» обратился в Конституционный Суд РФ с жалобой по поводу неконституционности положений ст. 1062 ГК РФ, согласно которой требования граждан и юридических лиц, связанные с организацией игр или пари или с участием в них, не подлежат судебной защите, за исключением требований лиц, принявших участие в играх или пари под влиянием обмана, насилия, угрозы или злонамеренного соглашения их представителя с организатором игр или пари, а также требований, указанных в п. 5 ст. 1063 ГК РФ.

Жалоба банка была связана со сложившейся судебно-арбитражной практикой:: суды признают индексные (форвардные) сделки сделками игр, в силу ст. 1062 ГК РФ не подлежащими судебной защите.

Жалоба банка касалась не содержания ст. 1062 ГК РФ, а правоприменительной практики и правовой квалификации сделок судами. Поэтому Конституционный Суд РФ указал, что жалоба не отвечает требованиям ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» и ог-

1 См. постановления Президиума ВАС РФ от 27.05.97 № 584/97, от 16.06.98 № 7846/97.

2 См., постановление Президиума ВАС РФ от 26.12.96 № 2759/96.

3 См., например, постановление Президиума ВАС РФ от 08.06.99 № 5347/98.

раничился рекомендациями в адрес законодателя по совершенствованию федерального законодательства.

3. Сложилась практика применения ст. 333 ГК РФ, которая наделяет суды правом снижения размера договорной неустойки, а также процентов за неправомерное пользование чужими денежными средствами¹. Суды избрали в качестве приоритетной компенсационную функцию названных мер ответственности (размер подлежащих взысканию неустойки или процентов не должен превышать последствий нарушения обязательства). Результатом подобной правоприменительной практики явилась нереализованность заложенной в указанной мере ответственности возможности по дисциплинированию субъектов российской экономики. В результате в хозяйственной жизни она оказывает слабое стимулирующее воздействие на поведение субъектов предпринимательской деятельности. Указанная правоприменительная практика не соответствует задачам судопроизводства, закрепленным в ст. 2 АПК РФ, в частности содействию становления и развития партнерских деловых отношений, формированию обычаев и этики делового оборота.

4. В области гражданского судопроизводства в соответствии со ст. 379, 381, 382 ГПК РФ надзорная жалоба или представление прокурора, поданные в установленном ст. 377 ГПК РФ порядке, передаются председателем или заместителем председателя суда надзорной инстанции на рассмотрение судьи данного суда. По результатам рассмотрения надзорной жалобы или представления прокурора судья решает вопрос об истребовании дела или об отказе в истребовании дела. Если дело ис И требовано, то по результатам его рассмотрения судья выносит определение о передаче дела для рассмотрения надзорной жалобы или представления прокурора по существу в суд надзорной инстанции либо определением отказывает в такой передаче. В.М. Жуйков указывает, что определение об отказе в истребовании дела и определение об отказе в

передаче дела для рассмотрения по существу не могут быть предметом обжалования, так как они «не препятствуют лицам, которым было отказано, обратиться с новой надзорной жалобой, представлением на те же судебные постановления (именно они, а не определение судьи являются

¹ См.: Обзор практики применения арбитражными судами статьи 333 ГК РФ. Приложение к Информационному письму Президиума ВАС РФ от 14.07.97 № 17 // Вестник ВАС РФ. 1997. К» 9. С. 75.

в таких случаях объектом обжалования)»¹. Согласно сложившейся судебной практике лица, участвующие в деле, лица, чьи права и законные интересы были нарушены судебными постановлениями, с новой надзорной жалобой должны обращаться к председателю суда надзорной инстанции². Е.А. Борисова правильно отмечает, что «сложившаяся практика применения ч. 6 ст. 381, ч. 2 ст. 383 ГПК РФ противоречит действующему гражданскому процессуальному законодательству, не предусматривающему обязанности лиц, обращающихся с надзорной жалобой в суд надзорной инстанции, в случае отказа судьи надзорного суда в истребовании дела или передаче дела для рассмотрения по существу в суд надзорной инстанции обращаться к председателю суда или заместителю Председателя Верховного Суда РФ с новой надзорной жалобой или представлением»³.

Таким образом, сложившаяся судебная практика оказывает влияние на последовательность осуществления судьейского усмотрения, устанавливая определенные правила правоприменения, которым следуют суды различных инстанций. Указанные правила могут касаться как надлежащего, так и ненадлежащего применения дискреции судом. Ненадлежащее осуществление судьейского усмотрения, повторенное различными судебными инстанциями, отрицательным образом сказывается на осуществлении правосудия и требует корректировки на уровне высших судебных инстанций в форме постановлений Пленумов.

Административное усмотрение⁴. Иллюстрацией «цементирующего» воздействия административного усмотрения на судьейское является одно из дел, рассмотренное Верховным Судом РФ.

В.П. Редекон обжаловал в Верховном Суде РФ Инструкцию о порядке маркирования знаками соответствия с учетной информацией к ним, защищенными от подделок, товаров и продукции, реализуемых на территории РФ, и учете их движения (утверждена Госстандартом России 29 декабря 1998 г. и Минторгом России 30 декабря 1998 г.; далее -Инструкция Госстандарта и Мингорга России), изданную во исполнение-

¹ Научно-правовой комментарий к ГПК РФ / Подред. ВМ Жуйкова, М. К. Треушников, В.К. Пучинского. М., 2003. С. 759.

² См.: Борисова Е.А. Некоторые теоретико-практические вопросы, возникающие в гражданском процессе на стадии производства в порядке надзора // Законодательство. 2004. №8. С. 59.

³ Там же.

⁴ Об административном усмотрении см., например: Дубовицкий В. Я. Законность и усмотрение в советском государственном управлении. Минск, 1984.

ние постановления Правительства РФ от 17 мая 1997 г. № 601 «О маркировании товаров и продукции на территории Российской Федерации знаками соответствия, защищенными от подделок» (далее - постановление Правительства РФ), а затем и само это Постановление.

Названными актами вводилось маркирование реализуемых на потребительском рынке товаров и продукции, подлежащих обязательной сертификации, и устанавливалась обязанность предпринимателей приобретать в органах Госстандарта России и Госторгинспекции Минторга России по утвержденным расценкам защищенные от подделок знаки соответствия с учетной информацией к ним для маркирования ими каждой единицы товара.

Верховный Суд РФ отказал гражданину В.П. Редекопу в признании данных актов недействительными (определения Кассационной коллегии Верховного Суда РФ от 4 июля 2000 г. и 2 ноября 2000 г.), поскольку, по мнению суда, Правительство РФ и другие федеральные органы исполнительной власти, издавая обжалуемые подзаконные акты, действовали в соответствии с п. 2 ст. 16 Закона.

Согласно п. 2 ст. 16 Закона «О сертификации продукции и услуг» оплата работ по обязательной сертификации конкретной продукции производится заявителем в порядке, установленном специально уполномоченным федеральным органом исполнительной власти в области сертификации и федеральными органами исполнительной власти, на которые законодательными актами РФ возложены организация и проведение обязательной сертификации, по согласованию с федеральным органом исполнительной власти в области финансов.

Согласно ст. 1 Закона сертификация - процедура подтверждения соответствия продукции установленным требованиям — осуществляется, в частности, в целях создания условий для деятельности организаций и предпринимателей на едином товарном рынке, содействия потребителям в компетентном выборе продукции, защиты потребителя от недобросовестности изготовителя (продавца, исполнителя), контроля безопасности продукции для окружающей среды, жизни, здоровья и имущества. Законом предусмотрена как добровольная, так и обязательная сертификация. Последняя осуществляется лишь в случаях, предусмотренных законодательными актами РФ, причем ее отсутствие в этих случаях препятствует реализации несертифицированной продукции на потребительском рынке (ст. 7,13).

Работы по сертификации, перечень которых установлен п. 1 ст. 16 Закона, подлежат обязательному государственному финансированию. Включив в данный перечень проведение государственного контроля и надзора за соблюдением правил сертификации и за сертифицированной продукцией, законодатель тем самым определил, что такая работа финансируется из государственного бюджета и, следовательно, ее оплата не может быть возложена на предпринимателя. Что же касается работ по обязательной сертификации конкретной продукции, то их оплата в соответствии с п. 2 той же статьи производится предпринимателем, основана на договоре заказа с организацией, осуществляющей сертификацию, и должна быть эквивалентна стоимости оказанных услуг.

Между тем изданным в целях реализации названного Закона постановлением Правительства РФ и Инструкцией Госстандарта и Минторга России во исполнение этого Постановления вводилась дополнительная маркировка. По смыслу указанных подзаконных актов в целях оперативного учета движения товаров на каждую единицу маркированного знаком соответствия товара при каждой продаже должна наноситься учетная информация к знаку соответствия в виде марки.

Марки учетной информации субъекты предпринимательской деятельности обязывались приобретать в территориальных управлениях Госторгинспекции по установленным Госстандартом России и Минфином России расценкам. Тем самым на них налагались дополнительные, (не предусмотренные Законом обременения, затрагивающие их конституционные права и свободы.

Поскольку Правительство РФ осуществляет меры по обеспечению прав и свобод граждан (ст. 114, п. «е» ч. 1 Конституции РФ) и действует на основании ж во исполнение федеральных законов (ст. 115, ч. 1 Конституции РФ, ст. 2, 3 ФКЗ «О Правительстве Российской Федерации»), ни оно само, ни другие органы исполнительной власти не вправе по своему усмотрению устанавливать не предусмотренные федеральным законом обязанности и обременения, ограничивающие конституционные права ж свободы граждан;

Таким образом, в рассматриваемом примере усмотрение судов раз-ячных инстанций было предопределено административным усмотрением в области введения не относящейся к сертификации обязательной маркировки конкретной продукции марками учетной информации с соответствующих расходов субъектами предпринимательской не соответствующим Конституции РФ (ч, 1 ст. 34, ч. 1, 2

ст. 35, ч. 3 ст. 55). Следовательно, административное усмотрение оказало влияние на последовательное применение судейского усмотрения.

Подведем итог рассмотрению особенностей применения судейского усмотрения в российском гражданском и арбитражном процессах.

Итак, специфика усмотрения суда состоит в параллельности и последовательности его осуществления.

Параллельное судейское усмотрение - это одна из особенностей применения дискреции, которая связана с процессом коллегиального разрешения дела по существу. Параллельное судейское усмотрение «цементируется» установочными постановлениями судов вышестоящей инстанции, которые формируют способы, пути разрешения различных правовых вопросов нижестоящими судами. Особое мнение одного из судей нарушает параллель в усмотрении. В случае единоличного рассмотрения и разрешения дела данная особенность теряет свое значение.

В российском гражданском и арбитражном процессах последовательность судейского усмотрения проявляется после того, как определенная правоприменительная деятельность была осуществлена несколькими судебными составами, формирующими судебную практику, а именно вышестоящими судебными инстанциями; судьями одного суда или судов одной территориальной единицы. Рассматривая позднее идентичное дело, суд нижестоящей инстанции, как правило, более или менее точно воспроизводит усмотрение вышестоящего суда. В указанном случае сложно говорить о количественном выражении дискреции, поскольку усмотрение суда нижестоящей инстанции копирует дискрецию суда вышестоящего. Бесспорным остается факт наличия в обоих судебных постановлениях усмотрения, но неправильным является утверждение о последовательности дискреции. В иной ситуации, когда суд нижестоящей инстанции рассматривает правовой вопрос, идентичный разрешенному судом вышестоящей инстанции с осуществлением усмотрения, и основывает выбор на ином варианте дискреции, то усмотрение применяется последовательно различными судебными инстанциями.

Большим усмотрением обладают судьи, первично разрешающие определенный правовой вопрос, а последовательным - судьи, применяющие дискрецию несмотря на осуществление усмотрения судом вышестоящей инстанции при рассмотрении аналогичного правового вопроса.

К факторам, влияющим на последовательность усмотрения суда, на наш взгляд, относятся: а) сложившаяся судебная практика; б) административное усмотрение.

Сложившаяся судебная практика, административная дискреция воздействуют на последовательность осуществления судьейского усмотрения, устанавливая определенные правила правоприменения, которым следуют суды различных инстанций. Указанные правила могут касаться как надлежащего, так и ненадлежащего применения усмотрения судом. Ненадлежащее осуществление судьейского усмотрения, повторенное различными судебными составами, отрицательным образом сказывается на осуществлении правосудия и требует корректировки на уровне высших судебных инстанций в форме постановлений Пленумов.

В заключение отметим, что при изучении усмотрения в параллельной и последовательной перспективах становится более явным процесс принятия решений по тем или иным правовым вопросам в судебном заседании.

VI. ОГРАНИЧЕНИЯ СУДЕЙСКОГО УСМОТРЕНИЯ В ГРАЖДАНСКОМ И АРБИТРАЖНОМ ПРОЦЕССАХ

К. Шнейдер (CE. Schneider), отражая мнение большинства зарубежных специалистов, отмечает, что «правовая система стран общего права предоставляет судам большие возможности по применению усмотрения по причине значительного ограничения усмотрительной деятельности»¹

А. Барак посвящает исследованию проблемы вторую часть монографии и отмечает шесть ограничений судейского усмотрения: зона разумности; фундаментальные проблемы в нормативной системе; фундаментальные проблемы в институциональной системе; взаимоотношения между институциональными системами; судейская политика и модели правосудия; преодоление прецедента².

Д.Б. Абушенко указывает три способа ограничений «свободы правоприменителя»: простое указание, использование оценочных категорий, комбинированный способ. Ученый полагает, что «сущностный признак простого указания - полное отсутствие в норме юридических фактов, на основе которых суд принимает правоприменительный акт...». В способе оценочных категорий - «правовой норме, содержащей ссылку на юридический факт, выраженный оценочной категорией, - отсутствуют какие-либо объективные критерии, позволяющие этот факт установить... Как правило, вместе с оценочным термином законодатель использует... управомочивающие конструкции...» (например, «может быть»)³.

1 Schneider C?. Discretion and Rules. A Lawyer's View// The Uses of Discretion / Ed. by K. Hawkins. P. 79,

2 См. подробнее: Барак А. Уда. соч. С. 148-349. 1 Абушенко ДЛ Указ. соч, С. Мы 1.

На наш взгляд, возможно выделить множество ограничений судейского усмотрения, которые могут быть объединены по различным основаниям. Мнения специалистов интересны и заслуживают внимания. Предложим свой вариант освещения проблемы.

Выше было установлено, что в процессе применения судейского усмотрения суд вправе выбирать законный вариант разрешения правового вопроса. Выбор, осуществляемый судом, имеет общие и специальные пределы. Таким образом, было определено, что усмотрение суда применяется в практике рассмотрения и разрешения дел по существу, оно не является свободным.

В данной главе не подлежат рассмотрению вопросы, существует ли усмотрение суда, в чем состоят его пределы, а исследуется проблема, как осуществляется на практике такая правоприменительная деятельность, как судейское усмотрение, как делается выбор, чем он ограничивается. Пределы выбора при осуществлении судейского усмотрения отличаются от ограничений дискреции. Во-первых, пределы выбора носят обязательный для правоприменителя характер, ограничения - рекомендательный. Во-вторых, пределы выбора отражают теоретический контекст дискреции (*discretio*), ограничения имеют практическую направленность.

Рассмотрим некоторые из ограничений усмотрения, имеющие, на наш взгляд, важное значение в отечественной правоприменительной практике.

В связи с тем, что наибольшее количество дел рассматривается в судах первой инстанции, остановимся на ограничениях дискреции названного уровня.

А. Ограничение усмотрения суда является результатом формирования, подготовки и обучения судейского корпуса.

Судья - ключевая фигура процесса осуществления правосудия. Он в силу профессии имеет отношение к государственным делам. Данный социальный статус судьи закреплён в законе «О судебной системе Российской Федерации». А.В. Цихоцкий, в частности, отмечает «Вместе с тем судья — главный носитель консерватизма в корпоративной среде правоведов, поскольку способен наполнить своей энергией неправовые законы»¹.

¹ Цихоцкий А.В, Личностные качества судьи в системе обеспечения эффективности гражданского судопроизводства // Актуальные проблемы процессуальной цивилистической науки. Материалы научно-практической конференции. Саратов, 2002. С. 18.

Законом о статусе судей в Российской Федерации закреплены требования, предъявляемые к судье: избегать всего, что могло бы умалить авторитет судебной власти, достоинство судьи и вызвать сомнения в его объективности; судья не вправе быть депутатом, принадлежать к политическим партиям и движениям, осуществлять предпринимательскую деятельность, а также совмещать работу в должности судьи с другой оплачиваемой работой (ст. 3). Государство определяет качества судьи самым общим образом: указанием на критерии возраста, образования, профессионального опыта и гражданства, которые законодательно формализованы как требования к претенденту на замещение должности судьи (ст. 119 Конституции РФ).

А.В. Цихоцкий указывает, что «поскольку правосудие как вид государственной деятельности правомерно рассматривать в качестве средства поддержания (защиты) нормативов равенства и справедливости, то вопросы морали (нравственности) в сфере правосудия вызывают столь пристальное внимание ученых-юристов: сформировалась даже специальная отрасль науки - судебная этика, разрабатывающая моральные проблемы судебного правоприменения... Статистические данные косвенно свидетельствуют о необходимости определенных организационно-правовых мер, направленных на повышение уровня нравственности судей»¹. Этические требования, предъявляемые к судье, закреплены, например, в законе «О статусе судей в Российской Федерации», в «Кодексе чести судьи Российской Федерации», принятом Советом судей Российской Федерации 21 октября 1993 г.

А.В. Цихоцкий верно отмечает, что «хотя судопроизводство по гражданским делам - это функция органа государства, но реализует ее человек, одаренный сознанием и волей, что позволяет говорить о прямой зависимости между личностными качествами судьи и эффективностью правосудия, поскольку судопроизводство является осознанным, целенаправленным и волевым. Иными словами, судопроизводство - это внешнее выражение воли судьи в практической деятельности суда. Следовательно, нельзя не признать, что процессуальное законодательство само по себе не может гарантировать обществу качественную работу судьи, так как оно может быть нейтрализовано личными качествами правоприменителя, то есть судьи, в личности которого отражается общее и особенное. Бели общее - это то, что едино у судьи и других пред-

¹ Цихоцкий АЗ Указ. соч. С 20.

ставителей исторически данного ему общества, то особенное - это его индивидуальность, уникальность, что отличает его от других»¹.

Поддерживаем мнение ряда специалистов о том, что «большинство судей... относятся к своему делу, требующему неустанной работы мысли, без достаточного интереса, без вдумчивости, без сознания важности своего положения...»². Современные правоведы полагают, что правоохранительные органы и их должностные лица являются порождением своего общества и своего времени. Больное общество не может не иметь и больные правоохранительные органы, в том числе и суд, *vice versa*. Ученые отмечают, что болезни эти весьма разнообразны, В их числе и устаревшее консервативное мышление суда, которое не может не влиять на правовую и общественную оценку фактов при рассмотрении и разрешении гражданских дел³.

Приведенные мнения специалистов подчеркивают значимость высокой профессиональной подготовки судей в их правоприменительной деятельности, в осуществлении ими правосудия, в подавлении возможного оказания личностного влияния на процесс.

Нельзя отрицать наличие взаимосвязи между применением судейского усмотрения и квалификацией судьи. На наш взгляд, правильным является мнение, согласно которому «высококвалифицированному правоприменителю вряд ли по душе выполнение работы, не предоставляющей возможности осуществления усмотрения; судьи же, обладающие более низкой квалификацией, предпочитают обратное»⁴,

Отметим, что проблемы, связанные с деятельностью судьи, его квалификацией, активно обсуждаются последнее десятилетие учеными, законодателями и правоприменителями⁵.

Одним из основных направлений полемики является тема разработки методов, способствующих более эффективному соответствию судей занимаемой: должности, реализуемых во всех кадровых про-

1 ЦихоцШАВ. Указ. соч. С. 17.

2 КистяковскийБ.А. Социальные науки и право. М., 191\$. С 642.

г См.: Боннер 4-37, Законность и справедливость в правоприменительной деятельности. С Ш.

4 Cooper B IT. Tuning as Jurisdiction: Federal Civil Appeals ш Context // Law and Contempo-rayProbleиш, 1984.4*7(3), P, 158.

5 С*ц например: Атаманчук ГЖ Новое государство! поиски, иллюзии, возможности. М., I;?96t Алексеев С, Кодеке цивилизованного рынка // Российская газета. 1996, 14 марта; Шарое А. За чистоту судейской мантии //Российская газета. 1996,16 март

цедурах: подготовке, подборе, расстановке и повышении их квалификации¹.

Основополагающим в ходе исследования является понятие «профессиональные значимые качества», т.е. психологические качества, играющие ведущую, значимую роль в обеспечении эффективности судебной деятельности, в осуществлении судейского усмотрения.

Комплексный анализ деятельности судей, имеющих отдельные недостатки в работе, позволяет выявить некоторые из ограничений усмотрения.

1. Осуществление судейского усмотрения сдерживается низким интеллектуальным уровнем. Необходимо отметить, что ненадлежащее применение усмотрения характерно для судей, испытывающих затруднения в решении абстрактных задач, что наглядно проявляется в принятии решений по многоэпизодным делам. Напротив, правоприменительная деятельность судей, личностной особенностью которых является способность к аналитической работе, быстрота схватывания сути дела, высокая интеллектуальная приспособляемость, эффективна.

2. Чрезмерная, постоянная озабоченность состоянием своего физи-ческого здоровья также создает ограничения применению судейского усмотрения. Названная личностная особенность является, как оказалось, своего рода пограничным состоянием между нормой психологического и физического здоровья и патологией. Клинические исследования под-тверждают результаты психологического тестирования некоторых судей о наличии у них хронических заболеваний.

Таким судьям свойственна несдержанность, вспыльчивость, раздражительность, агрессивность, амбивалентное отношение к окружающим: то чрезмерное дружелюбие, то враждебность. Кроме того, следствием постоянной озабоченности состоянием своего физического здоровья являются демонстративность поведения, утомляемость, неспособность к длительной концентрации внимания, что в свою очередь порождает несобранность, безответственность. Окружающие, как правило, оценивают таких судей как упрямых, несговорчивых, даже надменных. Названные факторы приводят к ограничению правоприменительной практики, в том числе и усмотрения суда.

¹ См., например: Кузнецова Н.В. А судьи кто? (К вопросу о профессиональном отборе на судебную работу) // Государство и право. 1994 № 8-9. С. 128.

3. Склонность к беспокойству, волнениям заслуживает детального рассмотрения в качестве особого ограничения деятельности судей по усмотрению. Соматические явления, с одной стороны, как было показано выше, формируют демонстративное поведение, властность, резкость в выражениях, нетерпимость к мнению других, особенно в процессе рассмотрения гражданских дел. С другой стороны - осторожность, замкнутость, скрупулезный контроль собственного поведения и поведения окружающих, обособленность могут расцениваться как скрытность, хитрость, властность. Наиболее распространенной причиной появления беспокойства является невозможность - при высоком честолюбии и самомнении — самореализации.

4. Низкий уровень эмоциональной устойчивости - еще одно ограничение осуществления судейского усмотрения. Судьи с данной личностной особенностью предрасположены к излишней суетливости, импульсивности, нетерпеливости в рассмотрении дел. Для них характерна переменчивость во взглядах, интересах, излишняя сентиментальность, обидчивость, ранимость, концентрация внимания на эмоциональной сфере. Особенностью некоторых из них является склонность к идеализации событий, фантазированию, мечтательности. Последнее наиболее способствует совершению судебных ошибок.

5. Импульсивность, эгоцентризм, эмоциональная незрелость и стремление к доминированию также ограничивают усмотрение суда. Наличие указанных личностных особенностей можно расценить как благодатную почву для асоциального поведения судьи.

Несомненно, что судья, обладающий хотя бы одной из названных характеристик, ограничен в процессе осуществления усмотрения.

Признавая взаимосвязь психологических качеств судьи с характером реализуемой им правоприменительной деятельности, в том числе усмотрения, согласимся с необходимостью решения следующего комплекса задач в сфере профессионального отбора судей: «...а) разработать и концептуально обосновать процедуру психодиагностического обследования кандидатов на должность судьи; б) изучить и описать критерии профессиональной компетентности кандидатов на должность судьи; в) провести сопоставление индивидуальных психологических свойств кандидата в судьи с определенными требованиями профессиональной деятельности судьи; г) определить надежность и достоверность

результатов, получаемых с помощью использовавшихся психодиагностических тестов»¹.

В связи с вышеизложенным заслуживает одобрения перспективный план, в соответствии с которым круг задач профессионального отбора на судебную работу включает:

- - выявление общих и специальных способностей, динамика и развитие выявленных закономерностей;
- - изучение личностных характеристик, способствующих успешному овладению деятельностью судьи;
- - краткий анализ деятельности судьи с описанием ее функций и основных показателей;
- - разработка модели личности с учетом необходимых требований к деятельности судьи;
- - коррекция профессионального развития судьи на различных этапах: подготовки, подбора, расстановки, адаптации к деятельности, совершенствования профессионализма².

В области профессиональной подготовки кадров судейского корпуса интересен опыт Франции, на территории которой действует Национальный центр (школа) подготовки магистратов. Для поступления в Центр необходимо успешно пройти вступительный конкурс, проводимый смешанным жюри и открытый для лиц, имеющих высшее юридическое образование. Конкурс позволяет выявить общую культуру и юридические знания кандидатов. Подготовка к экзаменам осуществляется на специальных отделениях юридических факультетов. Кандидатам, успешно прошедшим конкурс, присваивается звание судебных аудиторов. Они зачисляются в Центр для прохождения 30-месячного цикла обучения, разделенного на три этапа, и получают установленное жалование.

После принятия профессиональной присяги аудиторы направляются на годичную стажировку в судебный округ, намеренно удаленный от района, где они живут (так называемый метод «постановки в непривычные условия»). В целях подробного изучения специфики производства в судах они прикрепляются за судами различных инстанций последовательно, выполняя разнообразные обязанности.

¹ Цихоцкий АВ, Указ. соч. С, 22.

²См.: Кузнецова ИЛ Указ.ооч. С. 129-

Образование аудиторов продолжается в процессе стажировки в апелляционном суде, в тюремно-исправительных учреждениях, воспитательных домах, административных органах. Во второй период курса аудиторы обучаются в г. Бордо, где находится Центр. Они слушают курс лекций по проблемам права, экономики, социологии. Аудиторы изучают экономические и финансовые правонарушения, посягательства на безопасность государства, обязательственное право, управление экономикой, отношения между органами судебной и иной власти, трудовое законодательство, предпринимательское право, мусульманское право, право Европейского союза, судебную этику, проблемы молодежи, сравнительное право и т.д.

Третий цикл обучения проходит в г. Париже. Аудиторы знакомятся с ролью Кассационного суда, Парижского апелляционного суда и окружного суда департамента Сены, слушают лекции по криминалистике, токсикологии, бухгалтерской экспертизе, психиатрии, социологии и т.д.

В завершение 30-месячного цикла обучения они сдают квалификационный экзамен, после чего облачаются в судейскую мантию¹.

Бесспорно, Россия не может копировать опыт зарубежных стран. Представляется, что отечественная новая концепция подбора судебных кадров и повышения квалификации должна отвечать требованиям времени, должна предусматривать динамическое развитие личности, ее самоактуализацию и самосовершенствование, должна базироваться на принципе непрерывного профессионального развития, что в свою очередь будет способствовать уверенности законодателя и граждан в надлежащем применении судьей усмотрения.

Б. Усмотрение суда ограничивается положениями постановлений Пленума Верховного Суда РФ, актов Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ, Президиума Верховного Суда РФ.

В ст. 6 Федерального конституционного закона от 31 декабря 1996 г. «О судебной системе Российской Федерации» установлено, что постановления судов Российской Федерации являются обязательными для всех и подлежат неукоснительному исполнению на всей территории РФ.

В действующих нормах гражданского процессуального законодательства не закрепляется право (обязанность) судов общей юрисдикции ссылаться в своих решениях на официально опубликованные постанов-

¹ См. подробнее: Боботов СЗ. Правосудие во Франции. Мг 1994. С. 44-47.

ления Пленума Верховного Суда РФ по вопросам судебной практики¹. Следовательно, постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации имеют рекомендательный характер и ограничивают судебское усмотрение.

Напомним, что в Сборнике постановлений Пленума Верховного Суда СССР (1924-1986 гг.) помещены 144 постановления с руководящими разъяснениями законов, а в Сборнике постановлений Пленума Верховного Суда РСФСР (1961-1983 гг.) содержатся 78 таких постановлений².

В настоящее время в судебной практике получает распространение внесение изменений и дополнений в ранее данные разъяснения³. Судебные органы в своих решениях все чаще ссылаются не только на законы, но и на пункты соответствующих постановлений Пленумов Верховных Судов.

Данное обстоятельство подтверждается Пленумом Верховного Суда РФ, в постановлении которого от 19 декабря 2003 г. «О судебном решении» содержится положение об обязательности при разрешении дела по существу учитывать, *inter alia*, постановления Пленума Верховного Суда РФ⁴.

Приведем несколько примеров.

Первая наглядная иллюстрация ограничения усмотрения Верховным Судом РФ связана с судебной практикой возбуждения гражданского дела, в котором иногда отказывается по мотивам отсутствия у заявителя субъективного права на предмет спора со ссылкой на п. 1 ст. 134, ГПК РФ, предусматривающий отказ в принятии заявления, если оно не подлежит рассмотрению в судах. Подобное толкование нормы процессуального закона предоставляют Верховные Суды СССР и РСФСР в постановлениях Пленумов по применению законодательства по отдельным категориям дел, в которых без учета положений о процессуальной правоспособности дается разъяснение об отсутствии у определенных

1 См. подробнее: Жуйков ВМ, Роль разъяснений Пленума Верховного Суда Российской Федерации в обеспечении единства судебной практики и защиты прав человека // Комментарий к постановлениям Пленума Верховного Суда Российской Федерации по гражданским делам. М., 1999.

2 Сборник постановлений Пленума Верховного Суда СССР 1924-1986 гг. М., 1987; Сборник постановлений Пленума Верховного Суда РСФСР 1961-1983 гг. М., 1984.

3 Например; Бюллетень Верховного Суда СССР. 1980. № 5. С. 18-19; № 4. С. 14-15; Бюллетень Верховного Суда РСФСР. 1983. № 10. С. 10-11; 1990. № 7. С. 6-7 и др.

4 [http://www: supcourt.ru](http://www.supcourt.ru)

участников правоотношений права на обращение за судебной защитой по причине отсутствия субъективного права на предмет спора.

Например, В. обратилась с иском о признании недействительным ордера на жилое помещение, выданного М., по мотивам, что с учетом очередности это помещение должно было быть предоставлено ее семье. Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда Чувашской республики со ссылкой на п. 7 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 26 декабря 1984 г. № 5 (в редакции постановления от 25 октября 1996 г. № Ю) «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при применении Жилищного кодекса РСФСР» отменила решение суда первой инстанции и прекратила производство по делу, указав на неподведомственность спора суду и отсутствие у В. права на предъявление иска¹.

В названном пункте постановления Пленума действительно разъясняется, что в случае выдачи ордера на жилое помещение с нарушением очередности с иском о признании его недействительным не могут обращаться сами граждане-очередники как не имеющие субъективного гражданского права на указанное в ордере жилое помещение. Бесспорно, что подобное разъяснение, не соответствующее положениям ст. 46 Конституции РФ, ограничивает усмотрение судов нижестоящих инстанций.

Второй пример связан с определением в судебном порядке ответственности владельцев источников повышенной опасности друг перед другом за причинение вреда в результате взаимодействия источников повышенной опасности. Пленум Верховного Суда РФ в постановлении от 28 апреля 1994 г., ограничивая усмотрение нижестоящих судов, разъясняет:

- - вред, причиненный одному из владельцев по вине другого, возмещается виновным;
- - при наличии вины лишь владельца, которому причинен вред, он ему не возмещается;
- - при наличии вины обоих владельцев размер возмещения определяется соразмерно степени вины каждого;
- - при отсутствии вины владельцев источников повышенной опасности во взаимном причинении вреда (независимо от его размера) ни один из них не имеет права на возмещение².

¹ См.: Жшн Г.Л. Цедя гражданского судопроизводства и их реализация в суде первой инстанции, М., Городец, 2000. С163. ² Бвлшетеяь Верховного Суда УФ. 1992, № 9. С, 4-5.

Отметим, что наличие у высших судебных органов права официального толкования законов не соответствует принципам правового государства, так как ведет к размыванию идеи концентрации законодательной власти в руках специальных государственных органов, сформированных на демократической основе в установленном Конституцией РФ порядке. Представляется, что в ситуациях, когда Верховный Суд посредством разъяснений вводит новые нормы, иным образом регулирующие те же отношения, он вторгается в компетенцию законодательного органа. Это нарушает единство правового регулирования, порождает несогласованность, противоречия в структуре процессуального права, отрицательно сказывается на авторитете закона. Кроме того, это неизбежно подрывает принцип независимости судей и подчинения их только закону. Происходит ограничение судейского усмотрения, ибо между ним и законом существуют акты толкования последнего высшими судебными органами, имеющими нормативный характер *de facto*.

В п. 2 ст. 13 Федерального конституционного закона от 28 апреля 1995 г. «Об арбитражных судах в Российской Федерации» записано, что постановления Пленума ВАС РФ, принятые им по вопросам своего ведения, обязательны для арбитражных судов (их действие не распространяется на суды общей юрисдикции).

В п. 3 ч. 4 ст. 170 АПК РФ говорится, что в мотивировочной части решения арбитражного суда наряду со ссылками на законы и иные нормативные правовые акты, которыми руководствовался суд при принятии решения, могут содержаться ссылки на постановления Пленума ВАС РФ по вопросам судебной практики.

Пункт 1 ст. 304 АПК РФ содержит норму, в соответствии с которой судебные акты, вступившие в законную силу, подлежат изменению или отмене, если при рассмотрении дела в порядке надзора Президиум ВАС РФ установит, что судебный акт нарушает единообразие в толковании и применении арбитражными судами нормы права.

Следовательно, арбитражный суд, применяя усмотрение при рассмотрении конкретного дела, обязан ориентироваться на разъяснения по вопросам судебной практики, которые даны в соответствующих постановлениях Пленума ВАС РФ.

Правовая позиция Президиума ВАС РФ и Президиума Верховного Суда РФ, выраженная в обзоре судебной практики, носит рекомендательный характер и поэтому не устанавливает пределы выбора при осуществлении судейского усмотрения, а ограничивает последнее.

В постановлении Президиума Верховного Суда РФ, Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ по конкретному делу, рассмотренному в порядке надзора, могут устанавливаться пределы выбора в рамках применения усмотрения при толковании закона, являющегося обязательным для суда, вновь рассматривающего данное дело, в силу ч. 2 ст. 390 ГПК РФ, ч. 3 ст. 305 АПК РФ.

Таким образом, не устанавливают пределы выбора, а ограничивают судебское усмотрение соответствующие положения постановлений Пленума Верховного Суда Российской Федерации, обзоров судебной практики, сформированных Президиумом Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, Президиумом Верховного Суда Российской Федерации, поскольку они носят рекомендательный характер. Постановления Президиума Верховного Суда Российской Федерации или Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации по конкретному делу, принятые ими в порядке надзора, устанавливают пределы выбора при применении судебного усмотрения только в отношении толкования закона и именно для суда, вновь рассматривающего дело. В остальных случаях следование положениям названных постановлений Президиумов ограничивает усмотрение суда.

В. Судейское усмотрение ограничивается положениями определений Конституционного Суда Российской Федерации.

В соответствии со ст. 71 Федерального конституционного закона от 21 июля 1994 г. «О Конституционном Суде Российской Федерации» «итоговое решение Конституционного Суда Российской Федерации по существу любого из вопросов, перечисленных в п. 1, 2, 3, и 4 части первой ст. 3 настоящего Федерального конституционного закона, именуется постановлением. Постановления выносятся именем Российской Федерации». Определение Конституционного Суда РФ является «иным» решением, не выносится именем Российской Федерации, не решает по существу вопросы о соответствии Конституции РФ федеральных законов.

В Особом мнении судьи Конституционного Суда РФ В.О. Лучина к Определению Конституционного Суда РФ от 27.06.00 № 92-0 отмечаются следующие существенные различия между постановлениями и определениями.

1, Определения Конституционного Суда РФ подписываются не всеми судьями, участвовавшими в голосовании (ч. 2 ст. 75 Закона № 1-ФКЗ), а только Председателем и судьей-секретарем Конституционного Суда РФ либо замещающими их судьями; могут не направляться орга-

нам и лицам, указанным в ст. 75 закона № 1-ФКЗ; не подлежат незамедлительному опубликованию в официальных изданиях органов государственной власти (ст. 78). По смыслу ч. 3 ст. 15 Конституции Российской Федерации акты Конституционного Суда, затрагивающие права, свободы и обязанности человека и гражданина, не могут применяться, если они не опубликованы официально для всеобщего ознакомления.

2. Зафиксированные законом № 1-ФКЗ особенности юридической природы определений как преимущественно процессуальных актов указывают на то, что ими не могут осуществляться предусмотренные ст. 3 Закона № 1-ФКЗ полномочия Конституционного Суда РФ.

3. Определение по обращениям не должно превращаться и в разъяснения постановления Конституционного Суда РФ, так как для этого необходимо ходатайство, предусмотренное в ст. 83 Закона № 1-ФКЗ.

4. Для признания отдельных положений нормативных актов конституционными или неконституционными требуется принятие итогового решения Конституционного Суда РФ (ст. 87 Закона № 1-ФКЗ).

5. Определения принимаются без заслушивания сторон и их представителей, показаний экспертов и свидетелей, оглашения имеющихся документов, что не позволяет сторонам отстаивать свою позицию в заседаниях Конституционного Суда РФ и нарушает закрепленные Законом № 1-ФКЗ (ст. 5, 32, 35) принципы состязательности сторон и уст-ности разбирательства.

6. Часть 2 ст. 79 Закона № 1-ФКЗ устанавливает, что повторное принятие акта, признанного неконституционным, не может преодолеть юридическую силу постановления Конституционного Суда РФ. Однако в отношении определения такой нормы в законе не содержится. Используя это, органы государственной власти могут не изменять положения своих актов, по предметам которых постановления Конституционного Суда РФ не принимались. Тем самым юридическая сила определения Конституционного Суда РФ в какой-либо его части может быть фактически преодолена его игнорированием.

Отметим, что определения Конституционного Суда РФ оглашаются в судебном заседании и заносятся в протокол, если иное не установлено Законом № 1-ФКЗ или решением Конституционного Суда РФ.

Согласно ст. 29 Закона № 1-ФКЗ «решения и другие акты Конституционного Суда Российской Федерации выражают соответствующую Конституции Российской Федерации правовую позицию судей, свободную от лолитических пристрастий». Ни Закон № 1-ФКЗ, ни другие нор-

мативные акты не устанавливают обязательность правовой позиции судей. Следует сделать вывод, что правовая позиция судей, изложенная в определениях Конституционного Суда РФ, носит рекомендательный характер.

Таким образом, определения Конституционного Суда РФ не являются итоговыми решениями, носят рекомендательный характер и в случае их применения при рассмотрении и разрешении конкретного дела арбитражным судом или судом общей юрисдикции ограничивают судебское усмотрение, приводя к надлежащему или ненадлежащему осуществлению дискреции

Так, в Определениях от 8 апреля 2004 г. № 168-О, № 169-О Конституционный Суд РФ, ссылаясь на «требование о необходимости реальных затрат на оплату начисленных сумм налога», пришел к следующим выводам.

При использовании в расчетах с поставщиками денежных средств и иного имущества, полученных по договору займа, вычет уплаченной поставщиками суммы НДС не предоставляется до момента погашения займа.

При использовании неденежных форм расчетов (передача векселей и другого имущества, взаимозачет, уступка права требования, мена) вычет НДС налогоплательщику не предоставляется до момента погашения встречной задолженности за полученное имущество.

Передача поставщику имущества, ранее полученного налогоплательщиком безвозмездно, не порождает у налогоплательщика права на налоговый вычет.

Принятие данных Определений Конституционным Судом РФ значительно повышает налоговые риски налогоплательщиков как за текущий, так и за прошлые периоды, создает неопределенность правового положения множества организаций и в случае их применения арбитражным судом в процессе рассмотрения и разрешения соответствующего конкретного дела ограничивает судебское усмотрение, приводит к его ненадлежащему осуществлению.

Ошибочность выводов Конституционного? Суда РФ в приведенных случаях очевидна, поскольку в Налоговом кодексе РФ закреплен порс-док исчисления НДС (ст. 171), при котором, вычет по НДС предоставляете* в отношении «сумм НДС» уплаченных при приобретении товаров». Если налогоплательщик приобрел товар, полностью рассчитался за него о поставщиком, то основания: утверждать, что НДС в этом случае не уплачен шж приобретении товаров в (составе цены, отсутствуют. Ника-

кого значения для исчисления НДС не имеет то, какими средствами (собственными или заемными) покупатель рассчитался с поставщиком, так как поставщик, получив оплату за товар, в любом случае должен будет исчислить и уплатить НДС. Следовательно, покупатель должен иметь право на вычет.

Число негативных примеров последствий применения Определений КС РФ от 8 апреля 2004 г. сложно указать точно. Во-первых, весьма спорным является вычет НДС при приобретении его за счет средств уставного капитала, полученного в результате размещения акций. Во-вторых, становится невыгодным развитие рынка облигаций, так как они являются в силу ст. 816 ГК РФ формой привлечения заемных средств компаний и при приобретении товаров за такие средства не будет предоставляться вычет по НДС до возврата средств по облигациям. В-третьих, поскольку КС РФ в Определениях от 8 апреля 2004 г. предоставил особое толкование права на вычет НДС в порядке действия норм гл. 21 НК РФ, то налоговые органы будут применять положения Определений КС РФ, проверяя хозяйственные операции не только 2004 г., но и 2003, 2002, 2001 гг., начисляя штрафы и пени. Последствия применения такого подхода для многих компаний будут катастрофичны.

Все указанные ситуации могут привести к возникновению спора, подлежащего рассмотрению в судебном порядке. Арбитражные суды при разрешении конкретных дел могут, опираясь на рекомендательный характер положений Определений Конституционного Суда РФ, на толкование нормы ст. 171 НК РФ, на учет обстоятельств конкретного дела с надлежащим осуществлением судебского усмотрения, преодолеть жесткость формулировки КС РФ. В случае применения положений названных Определений Конституционного Суда РФ в процессе рассмотрения и разрешения дела произойдет ограничение судебского усмотрения. В результате арбитражный суд осуществит ненадлежащее усмотрение.

Отметим, что споры с налоговыми органами о праве на вычет при оплате заемными средствами рассматриваются арбитражными судами, причем большинство из них разрешаются в пользу налогоплательщика, что свидетельствует о надлежащем применении пределов выбора при осуществлении судебского усмотрения без ссылок на ограничения, установленные положениями Определений Конституционного Суда РФ .

1 См., например: постановление ФАС Московского округа от 03.06.04 № Ка-А40/4448-04; постановление ФАС Северо-Западного округа от 05.05.04 №А66-626-03; постановление

Согласимся с положением резолюции Международной научно-практической конференции, состоявшейся 23-24 апреля 2004 г. в г. Москве, «Вопросы налогового права в решениях Конституционного Суда Российской Федерации, принятых в 2003 г.: российская практика и европейский опыт»: «...увеличение количества внутренних противоречий в позициях по вопросам налогообложения, высказанных Конституционным Судом в своих актах в различное время... отрицательно влияет на правоприменительную практику и может привести к снижению общественного доверия Конституционному Суду».

Итак, на основании вышеизложенного приходим к выводу о преобладающем ограничении усмотрения судов первой инстанции.

В заключение отметим, что в данной главе автор не пытался определить все возможные ограничения судейского усмотрения при рассмотрении и разрешении конкретного дела. Цель данной главы - установить, что усмотрение суда является предметом различных и многочисленных ограничений. Причем данные ограничения приводят как к надлежащему, так и ненадлежащему осуществлению усмотрения. Указать точное процентное соотношение применения усмотрения в процессе разрешения и рассмотрения конкретных дел невозможно. Реально лишь утверждать, что целый спектр факторов ограничивает усмотрение суда.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

В заключение обобщим итоги проведенного исследования. Из различных элементов темы судебного усмотрения в российском гражданском и арбитражном процессах выстраивается целостная система. В ее рамках теоретические выводы о дискреции как правоприменительной деятельности, о законности судебного усмотрения, пределах выбора при осуществлении дискреции, ее процессуальной форме, мотивированности, особенностях и ограничениях применения получают подтверждение в судебной практике разных лет, что поддерживает теоретические положения, устанавливаемые автором.

(I) Применение усмотрения - это не только право, но и обязанность суда, так как возможность осуществления дискреции (*discretio*) закреплена юридической нормой, а процессуальные права суда являются вместе с тем и его обязанностями. Суд не только вправе совершать определенные действия при наличии указанных в законе условий, но и обязан к этому.

Автором выделяются следующие ключевые элементы определения усмотрения суда.

- Применение усмотрения предусмотрено юридическими нормами.
- Судебное усмотрение осуществляется в процессуальной форме.
- Судебное усмотрение должно быть мотивированным.
- Ключевым элементом судебного усмотрения является категория выбора варианта решения того или иного правового вопроса.
- Выбор ограничен общими и специальными пределами.
- Усмотрение суда представляет собой правоприменительную деятельность.

(II) Законность применения усмотрения судьей свойственна государствам с развитым демократическим режимом.

Законность дискреции связана с уровнем развития права.

Законность судебного усмотрения проявляется в соблюдении судом правовых норм, подлежащих применению при рассмотрении и разрешении конкретного дела и связанных с осуществлением судебного усмотрения, а также при надлежащем использовании судом аналогии закона или права, при условии следования правилам судопроизводства, установленным процессуальным законодательством.

(III) Автор подчеркивает необходимость мотивированного закрепления применения усмотрения в судебных постановлениях.

Нормы Гражданского процессуального кодекса РФ не содержат указания на мотивированное закрепление в решении суда (в отличие от определения) применения усмотрения, поскольку ссылка в соответствующем акте суда на статью закона, примененную с осуществлением дискреции (*discretio*), является недостаточной для объяснения, следуя каким мотивам, суд сделал определенный выбор при разрешении правового вопроса.

Нормы действующего Арбитражного процессуального кодекса РФ содержат указания на мотивированное закрепление в судебных актах применения усмотрения, поскольку в своих постановлениях арбитражный суд должен ссылаться на статью закона или иного нормативного акта, примененную с осуществлением дискреции (*discretio*), и объяснять, следуя каким мотивам был сделан определенный выбор при разрешении правового вопроса.

Судебная практика демонстрирует, что осуществление дискреции (*discretio*) в современном гражданском и арбитражном процессах либо слабо мотивировано, либо не мотивировано вообще.

(IV) Выбор при осуществлении судебного усмотрения в российском гражданском и арбитражном процессах имеет пределы, которые являются гарантией осуществления правосудия, защиты интересов добросовестных участников гражданского оборота, действующих по своему усмотрению в рамках закона. Выбор при осуществлении дискреции (*discretio*) может быть осуществлен в пределах установленных рамок. Пределы выбора носят обязательный, а не рекомендательный характер.

Категория выбора ограничена общими и специальными пределами.

Общие пределы выбора при осуществлении судебного усмотрения нормативно закреплены, носят обобщающий характер и встречаются при рассмотрении и разрешении практически любого дела в суде.

Специальные пределы выбора отражают особенности применения дискреции при рассмотрении и разрешении конкретного дела в суде общей юрисдикции, арбитражном суде. Специальные пределы могут быть, во-первых, закреплены в юридической норме; во-вторых, установлены постановлениями Пленума ВАС РФ; в-третьих, определены положениями постановлений Конституционного Суда Российской Федерации.

Пределы выбора могут быть установлены в постановлении Президиума Верховного Суда РФ, Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ по конкретному делу, рассмотренному в порядке надзора, в рамках толкования закона, являющегося обязательным только для суда, вновь рассматривающего данное дело, в силу ч. 2 ст. 390 ГПК РФ, ч. 3 ст. 305 АПК РФ.

Общими пределами выбора в процессе осуществления судебсого усмотрения в российском гражданском и арбитражном процессах являются:

- предмет усмотрения суда (предметные пределы);
- субъект усмотрения;
- сроки, установленные как для рассмотрения конкретного гражданско-правового или экономического спора, так и для решения отдельных процессуальных вопросов;
- независимость судей в арбитражном и гражданском процессах;
- задачи гражданского, арбитражного судопроизводства.

Выбор при применении судебного усмотрения имеет следующие специальные пределы:

- перечень условий, закрепленных альтернативной юридической нормой;
- специальные условия, установленные в относительно-определенной норме: заслуживающие внимания обстоятельства, уважительные причины, имущественное положение, интересы ребенка, обстоятельства, имеющие значение для правильного рассмотрения дела, требования и возражения лиц, участвующих в деле, степень нравственных страданий, другие обстоятельства и т.п.
- категории добросовестности, справедливости, разумности, целесообразности, нравственности.

Субсидиарными специальными пределами выбора, применяемыми в процессе осуществления судебного усмотрения, являются обстоя-

тельства конкретного дела и нормы материального права, регулирующие конкретные правоотношения.

(V) Необходимость нормативного закрепления осуществления судейского усмотрения с применением механизма выбора поведения суда связана с невозможностью законодательного установления определенных границ субъективных прав и обязанностей участников материальных или процессуальных правоотношений. Выбор при осуществлении судейского усмотрения устанавливается, в частности, категориями справедливости, добросовестности, разумности, целесообразности и нравственности.

Толкование данных категорий является необходимым для практики судов общей юрисдикции и арбитражных судов, поскольку неуверенное их применение при рассмотрении и разрешении конкретных дел, отсутствие обоснований в судебных постановлениях связаны с непониманием указанных категорий судьями. При осуществлении судейского усмотрения следует ориентироваться на критерий «средний разумный (справедливый, нравственный и т.д.) судья».

Законодательные дефиниции указанных категорий объективно отсутствуют. Суд применяет их по усмотрению.

Суд может применять один или несколько пределов одновременно.

Категории справедливости, добросовестности, разумности, нравственности взаимосвязаны, поэтому они в указанном составе закреплены в законодательстве.

1. Справедливость находит свое выражение в праве, но не является правовым принципом в силу зависимости представлений о ней в обществе от меняющихся социальных факторов,

В рамках судейского усмотрения категория справедливости в гражданском и арбитражном процессах включает себя: во-первых, равенство всех перед законом и судом, равноправие сторон; во-вторых, правовую (юридическую) справедливость.

Категория справедливости в качестве специального предела выбора при осуществлении судейского усмотрения закрепляется в юридических нормах или постановлениях Пленума ВАС РФ, Конституционного Суда РФ, применяется при рассмотрении или разрешении конкретного дела, подведомственного суду общей юрисдикции или арбитражному суду, учитывает особенности обстоятельств отдельного дела, установленные судом, непосредственно находит выражение в таких положениях гражданского процессуального и арбитражного процессуального

права, как равенство всех перед законом и судом, равноправие сторон, поскольку само равенство является необходимым элементом справедливости. Принцип равенства предполагает равное наделение участников процесса правами и требует единых требований ко всем без исключения, что наряду с применением усмотрения при оценке особенностей конкретной ситуации позволяет добиться осуществления правосудия

Юридическая справедливость в качестве предела выбора при применении судебного усмотрения находит свое закрепление в нормах Конституции РФ о ее высшей юридической силе и прямом действии и в соответствующих постановлениях Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ, Конституционного Суда Российской Федерации.

2. В рамках темы судебного усмотрения в российском гражданском и арбитражном процессах добросовестность представляет собой основной или субсидиарный предел выбора варианта решения правового вопроса в случаях закрепления указанной категории в материальной или процессуальной относительно-определенной правовой норме или постановлениях Пленума ВАС РФ, Конституционного Суда Российской Федерации и применения соответствующего положения при рассмотрении или разрешении конкретного дела. Является поведение добросовестным или недобросовестным, определяется судом по усмотрению с учетом конкретных обстоятельств дела и содержания нормы права. Отсутствие в юридической норме дефиниции добросовестности продумано законодателем.

Определяя добросовестность, мы имеем в виду поведение среднего разумного человека. Требование добросовестности применительно к субъективным правам и обязанностям связано с воздержанием лица от вредоносного поведения, модель которого установлена в законе (или договоре). При оценке добросовестности действий судом должен использоваться критерий их разумного осознания (понимания) и предвидения.

В гражданском процессуальном и арбитражном процессуальном праве следует исходить из понимания добросовестности в объективном и субъективном значениях.

Субъективное значение указанной категории связывается с добросовестностью лиц, участвующих в деле.

Добросовестность в объективном значении касается поведения суда, добросовестного, недобросовестного осуществления прав и обязан-

ностей, которыми в соответствии с действующим законодательством наделены судьи для осуществления возложенных на них функций.

Недобросовестное осуществление процессуального права следует признавать злоупотреблением соответствующим правом. Недобросовестность является одной из форм злоупотребления правом непроцессуального характера. Не любые недобросовестные действия представляют собой злоупотребление правом.

Законодательно закреплённая дефиниция злоупотребления правом отсутствует, поскольку невозможно объективно предусмотреть все положения, которые в данном случае требуют правового регулирования. Применение данной категории в процессе осуществляется по усмотрению суда.

Гражданский процессуальный кодекс РФ не содержит в своих нормах термин «злоупотребление процессуальными правами», но устанавливает правила о добросовестном пользовании процессуальными правами лицами, участвующими в деле (п. 1 ст. 35 ГПК РФ), и о последствиях, предусмотренных законодательством о гражданском судопроизводстве, при неисполнении процессуальных обязанностей (п. 2 ст. 35 ГПК РФ).

Часть 2 п. 2 ст. 41 Арбитражного процессуального кодекса РФ, не раскрывая понятия, устанавливает, что злоупотребление процессуальными правами лицами, участвующими в деле, влечет за собой для этих лиц предусмотренные Кодексом неблагоприятные последствия. Таким образом, арбитражное процессуальное законодательство РФ считает недобросовестность формой злоупотребления процессуальными правами.

Неблагоприятные последствия (санкции), которые влечет за собой злоупотребление процессуальными правами, могут быть штрафными и нештрафными¹.

Представляется, что злоупотребление правами - это использование субъективных прав (умышленное, небрежное, самонадеянное) в противоречии с их целевым назначением, причиняющее вред.

Злоупотребление правом отличается от его ненадлежащего использования. При ненадлежащем пользовании правом лицо выходит за границы дозволенного поведения, которые установлены не целевым предписанием (как при злоупотреблении правом), а запретом конкретных

¹ Приведенная классификация является условной. См. подробнее: Струнская О Санкции в новом ТТЖ РФ // Заметки: о современном гражданском и арбитражном процессуальном праве / Под ред. М.К. Треушникова. М.. Городец, 2004. С. 154,

действий. Следовательно, данные действия представляют собой превышение субъективных прав

Судейское усмотрение в российском гражданском и арбитражном процессах применяется при установлении недобросовестного пользования процессуальными правами лицами, участвующими в деле. Осуществляя усмотрение, суд устанавливает следующие способы злоупотребления процессуальными правами указанными участниками процесса:

- а) злоупотребление правом на обращение в суд;
- б) злоупотребление правом на установленный порядок возбуждения, рассмотрения и разрешения определенных групп дел в судах общей юрисдикции и арбитражных судах;
- в) искусственное изменение подсудности дела;
- г) умышленное затягивание процесса;
- д) предоставление недостоверных доказательств.

Судейское усмотрение в российском гражданском и арбитражном процессах применяется при установлении злоупотребления правами непроцессуального характера лицами, участвующими в деле, в форме недобросовестности.

Следует проводить различие между ненадлежащим использованием права на судебское усмотрение, злоупотреблением судьей должностными полномочиями, образующими состав уголовно-наказуемого деяния, и злоупотреблением судьей процессуальными правами, закрепленными в нормах закона (ГПК РФ, АПК РФ), в частности, правом на усмотрение.

Ненадлежащее использование права на применение судебного усмотрения может противоречить целям гражданского или арбитражного судопроизводства или целям совершения отдельного процессуального действия, является недобросовестным виновным поведением в форме неосторожности, но не влечет причинение вреда (не представляет собой зло).

В случае злоупотребления правом на судебское усмотрение, образующим уголовно-наказуемое деяние, объективную сторону образуют недобросовестные действия судьи, имеющие противоправную цель, подпадающие под действие нормы ст. 285 УК РФ. Неблагоприятным последствием выступает возможная уголовная ответственность судьи и ответственность государства в силу ч. 2 ст. 1070 ГК РФ.

При злоупотреблении судьей процессуальными правами, закрепленными в нормах закона (АПК РФ, ГПК РФ), возможно возникновение дисциплинарной ответственности судьи и гражданско-правовой ответ-

ственности государства за действия (бездействие) судьи по усмотрению в тех случаях, когда вина судьи установлена судебным решением.

3. Категория целесообразности является пределом выбора при осуществлении судьейского усмотрения в случаях применения при рассмотрении и разрешении конкретного дела относительно-определенной правовой нормы или положений постановлений Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ, Конституционного Суда Российской Федерации, закрепляющих указанную категорию или устанавливающих цели, задачи закона или иного нормативного акта.

В тех случаях, когда закон или иной нормативный акт предусматривают осуществление усмотрения при решении правового вопроса, не закрепляя применение указанной категории, целесообразность может быть использована субсидиарно, если необходимо учитывать нормативно установленную цель закона. В указанном случае термин «целесообразность» употребляется в значении выбора наилучшего решения правового вопроса при применении судьейского усмотрения в конкретных условиях в соответствии с законными целями, задачами.

При применении целесообразности в процессе рассмотрения и разрешения дел в судах общей юрисдикции и арбитражных судах речь идет о требовании находить оптимальное решение правового вопроса в случаях, когда в пределах, установленных законом, возможно осуществление судьейского усмотрения. В таком случае объективным критерием выступают принципы, задачи права и обстоятельства конкретного дела.

Субъективные представления судьи о целесообразности не могут выступать в качестве личных критериев, пределов при уяснении смысла и содержания нормы, подлежащей применению к спорным правоотношениям.

Категория целесообразности может применяться в судебной практике для установления фактических обстоятельств по делу наиболее экономичным способом в целях правильного и своевременного рассмотрения и разрешения дела.

В российском гражданском и арбитражном процессах суд при рассмотрении дела не должен ставить под сомнение целесообразность закона. Он не вправе отказаться применять правовую норму, считая, что она не соответствует требованиям жизни.

Обязанность суда находить целесообразное решение при применении усмотрения по действующему гражданскому процессуальному и арбитражному процессуальному праву не может рассматриваться как

требование, предъявляемое к судебным решениям, наряду с требованиями законности, обоснованности.

Выбор целесообразного решения правового вопроса при осуществлении судебного усмотрения, не позволяющий суду заниматься нормотворчеством, является основой отечественного правосудия, а отсутствие свободного судебного усмотрения - закономерностью его развития.

Отечественная судебная практика демонстрирует, что суды, правомерно применяющие категорию целесообразности субсидиарно, в судебных актах не мотивируют свои выводы ссылками на общие принципы, нормы, закрепляющие цели, задачи закона или иного нормативного акта.

4. Категория разумности не является правовым принципом. В том случае, если норма материального, процессуального права или положения постановлений Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ, Конституционного Суда Российской Федерации содержит категорию разумности, то ее применение в процессе рассмотрения и разрешения конкретного дела связывается с осуществлением усмотрения. Требование разумности является основным, или субсидиарным, пределом выбора при осуществлении усмотрения. Суд оценивает разумность поведения остальных участников гражданского или арбитражного процессов. Им проверяется возможность совершения определенных действий не конкретным лицом, а средним человеком. Суд определяет разумность поведения, основываясь на обстоятельствах конкретного дела, акцентируя внимание на объективной и субъективной сторонах поведения. Суд сам совершает разумные добросовестные действия.

Разумность связана с объективной стороной действий субъекта, поскольку характеризует действие лица опосредованно, через сравнение его поведения с возможным поведением среднего человека в конкретных обстоятельствах.

Следует проводить различие между разумным предвидением, осознанием и разумными действиями. Разумное предвидение, осознание означают понимание как своих действий, так и возможного наступления вреда в результате их совершения на уровне среднего человека. В разумных действиях добавляется правило поведения на уровне среднего добросовестного человека. В обоих случаях учитываются обстоятельства конкретного дела.

В практике судов общей юрисдикции и арбитражных судов встречается как надлежащее, так и ненадлежащее применение категорий разумного предвидения, осознания и разумного действия.

5. Предел выбора при осуществлении судьейского усмотрения в российском гражданском и арбитражном процессах может быть установлен категорией морали в тех случаях, когда законодатель нормативно не закрепляет точный объем субъективных прав и обязанностей в силу его зависимости от оценки нравственности поведения. Указанная оценка опирается на общие критерии, определяющие содержание моральных принципов и норм: категории справедливости, разумности и добросовестности.

Справедливость является основной и общей для права и морали категорией. Добросовестность характеризует действия конкретного субъекта. Нравственность связана с правилами поведения в социуме, представляющими собой среднюю величину добросовестного поведения. Разумные действия (действия добросовестного среднего человека) связаны с интересами других субъектов, поэтому включают в себя категорию нравственности.

Суд решает правовой вопрос, опираясь на категорию нравственности, установленную (или вытекающую из толкования) относительно-определенной нормой права, положениями постановлений Пленума ВАС РФ, Конституционного Суда РФ.

В практике судов Российской Федерации встречаются некоторые случаи негативного влияния на разрешение дела по существу общественных взглядов нравственного характера. В подобных случаях речь идет о ненадлежащем применении предела выбора при осуществлении судьейского усмотрения.

(VI) Усмотрение суда в российском гражданском и арбитражном процессах не представляет собой свободу поведения (выбора).

Государство Российской Федерации не наделяет судей таким полномочием, как усмотрение, поскольку данное полномочие законодательно не закреплено.

Дискреция в российском гражданском и арбитражном процессах является правоприменительной деятельностью.

Усмотрение осуществляется в двух операциях по применению правовых норм в судебной практике: 1) в юридическом анализе обстоятельств конкретного дела; 2) в толковании норм права.

1. Определение судом относимости к делу фактов, для установления которых привлекаются доказательства, в силу норм Гражданского процессуального и Арбитражного процессуального кодексов осуществляется с применением судейского усмотрения, поскольку соответствующие нормы законов являются относительно-определенными, содержат в себе категорию выбора.

Специальными пределами выбора, применяемыми при осуществлении дискреции в процессе определения относимости к делу фактов в арбитражном и гражданском процессах, являются:

- требование определения только тех обстоятельств, которые имеют значение для дела;
- комплекс норм материального права, регулирующих конкретные правоотношения, который закрепляет стабильный для данного вида дел круг указанных обстоятельств¹. (Суд по усмотрению может сократить или расширить названный перечень.);
- сформированный судом круг доказательственных фактов, применимый к конкретной правовой ситуации, при установлении юридического значения относительно-определенных обстоятельств, прямо в законе не установленных.

Дополнительным пределом выбора, применяемым в арбитражном судопроизводстве, установленным нормой п. 2 ст. 65 АПК РФ, являются требования и возражения лиц, участвующих в деле.

Статья 59 ГПК РФ закрепляет, что суд принимает только те доказательства, которые имеют значение для рассмотрения и разрешения дела. Статья 67 АПК РФ устанавливает, что арбитражный суд принимает только те доказательства, которые имеют отношение к рассматриваемому делу. Приведенные нормы закрепляют осуществление судейского усмотрения, поскольку являются относительно-определенными, не указывают перечень относимых к тому или иному делу доказательств, устанавливают применение категории выбора, пределом которого выступает требование «значения» или «отношения» доказательств к рассматриваемому делу. Таким образом, относимость доказательств по конкретному делу определяется по усмотрению суда.

Суд применяет усмотрение в процессе определения относимых фактов и доказательств при разрешении споров, вытекающих из право-

¹ Данный предел закреплен нормой п. 2 ст. 65 АПК РФ и не установлен гражданским процессуальным законодательством.

отношений, урегулированных относительно-определенными нормами материального права, когда суд учитывает обстоятельства дела и оценивает те или иные факты с точки зрения их правовой значимости.

В процессе рассмотрения и разрешения дел суд применяет усмотрение при конкретизации обобщающих понятий, с которыми связаны правовые последствия, при определении фактов, являющихся основанием совершения отдельных процессуальных действий, в процессе заслушивания объяснений сторон и третьих лиц (ст. 68 ГПК РФ, ст. 81 АПК РФ), свидетельских показаний (ст. 69 ГПК РФ, ст. 88 АПК РФ), ознакомления с письменными (ст. 71 ГПК РФ, ст. 75 АПК РФ), вещественными доказательствами (ст. 73 ГПК РФ, ст. 76 АПК РФ), заключением эксперта (ст. 86 ГПК РФ, ст. 86 АПК РФ).

Приведенные положения подчеркивают необходимость мотивированного закрепления в процессуальном документе применения судьейского усмотрения.

Отечественная судебная практика показывает, что ненадлежащее применение судом первой инстанции усмотрения при установлении фактов, имеющих значение для правильного разрешения дела, - это наиболее часто встречающийся недостаток судебных решений.

В гражданском процессе при установлении допустимости доказательств по конкретному делу суд не вправе по своему усмотрению отступить от предписаний, содержащихся в федеральных законах или иных нормативных актах, которые указывают на применение определенных средств доказывания из числа предусмотренных в ст. 55 ГПК РФ. Для подтверждения факта или его опровержения суд может использовать дополнительно и другие средства доказывания, если этого требуют обстоятельства дела, исходя из закрытого перечня ст. 55 ГПК РФ. В данном случае потребность в привлечении иных средств доказывания и их количество устанавливаются судом по усмотрению.

При установлении допустимых доказательств по конкретному делу суд общей юрисдикции применяет усмотрение в отношении выбора одного или нескольких средств доказывания, указанных в ст. 55 ГПК РФ, в случае, если в законе отсутствует прямое указание на средства доказывания для установления определенных юридических фактов.

Ненадлежащее применение судьейского усмотрения в отношении выбора допустимых доказательств, достаточного числа средств доказывания в целях установления фактических обстоятельств по делу приводит к отмене решений суда общей юрисдикции.

В арбитражном процессе при установлении допустимости доказательств по конкретному делу суд применяет усмотрение:

а) в отношении выбора одного или нескольких средств доказывания, содержащихся в п. 2 ст. 64 АПК РФ, в случае, если в законе отсутствует прямое указание на средства доказывания для установления определенных юридических фактов;

б) при дополнении перечня средств доказывания, который является открытым;

в) в отношении установления процессуального порядка и правил получения доказательственной информации, за исключением аудио-, видеозаписи, поскольку п. 2 ст. 162 АПК РФ определяет порядок исследования данных доказательств. Условия, при которых звукозаписи и видеозаписи могут быть приняты как доказательства, определяются арбитражным судом по усмотрению.

Ненадлежащее применение судейского усмотрения в отношении выбора средств доказывания в целях установления фактических обстоятельств по делу приводит к отмене решений арбитражного суда.

Пределами выбора в процессе применения усмотрения при установлении допустимости доказательств в гражданском и арбитражном процессах являются перечень средств доказывания, закрепленный в ст. 64 АПК РФ и ст. 55 ГПК РФ, круг норм материального права, регулирующих конкретное правоотношение, обстоятельства конкретного дела, цели судопроизводства, поскольку в силу ч. 2 ст. 50 Конституции РФ, ч. 3 ст. 64 АПК РФ, ч. 1 ст. 55 ГПК РФ недопустимо использование доказательств, полученных с нарушением закона.

В соответствии с законодательством арбитражный суд и суд общей юрисдикции оценивают доказательства по своему внутреннему убеждению.

Внутреннее убеждение судьи складывается, в частности, относительно применения судейского усмотрения в процессе рассмотрения и разрешения конкретного дела. Внутреннее убеждение судьи является общим понятием по отношению к судейскому усмотрению.

Оценка доказательств производится по внутреннему убеждению суда, элементом которого является судейское усмотрение. Иными элементами формирования внутреннего убеждения суда могут являться, в частности, правоприменительная деятельность, не содержащая в себе усмотрения, психологическая, мыслительная, логическая деятельность, что подтверждает более выраженный субъективный характер внутрен-

него убеждения по сравнению с судебским усмотрением. Доля судебного усмотрения во внутреннем убеждении в процессе оценки доказательств зависит от того, какие обстоятельства определяются судом, достоверно или вероятно устанавливающие обстоятельства дела. Процент судебного усмотрения выше в том случае, если суд оценивает доказательства, вероятно устанавливающие обстоятельства дела. Судейское усмотрение применяется также при оценке по внутреннему убеждению суда взаимной связи доказательств в их совокупности.

При рассмотрении конкретных споров суды не всегда глубоко анализируют обстоятельства, существенные доказательства остаются вне их внимания и им не дается оценки по правилам ст. 71 АПК РФ, ст. 67 ГПК РФ. В данных случаях среди прочего происходит ненадлежащее применение судебного усмотрения. Неблагоприятным последствием является отмена судебных постановлений.

2. В связи с тем, что судебским усмотрением является правоприменительная деятельность суда, заключающаяся в выборе решения правового вопроса, имеющая общие и специальные пределы, то при анализе применения способов толкования по усмотрению определяющим положением служит категория выбора.

Интерпретация конкретной нормы с применением усмотрения начинается с языкового способа, далее в зависимости от конкретной ис-толковательной ситуации решающее место занимает другой способ толкования или используется вся их совокупность.

Суд может применить усмотрение, во-первых, выбрав перечень способов интерпретации, и, во-вторых, в процессе языкового, логического, исторического способов толкования на основании надлежащей систематической интерпретации.

Толкование нормативных актов по объему не носит самостоятельного характера, а является следствием грамматического, систематического и иных указанных способов уяснения действительного содержания закона. Истолкование нормы по объему (буквальное, ограничительное или расггрозранительное) является не способом, а результатом толкования.

Суд по усмотрению может выбрать ограничительное либо распространительное толкование нормы права в том случае, если оно учитывает обстоятельства конкретного случая, а его результатом является достижение целей, задач судопроизводства, отраслевого законодательства, преж-

де всего - осуществления правосудия. В том случае, если ограничительное либо распространительное толкование не основано на обстоятельствах конкретного дела, не способствует достижению целей, задач процессуального, иного законодательства, то следует говорить о ненадлежащем применении судейского усмотрения. Неблагоприятным последствием в данном случае является отмена судебного постановления.

В судебной практике встречается ненадлежащее применение судейского усмотрения при выборе ограничительного либо распространительного толкования норм законодательства.

Суд не вправе по усмотрению остановиться на ограничительном либо распространительном толковании правовой нормы в случаях отсутствия у суда возможности выбора, например:

- если способ толкования норм права по объему вытекает из их системности;
- если определенный способ толкования по объему следует из наличия специальной нормы.

(VII) Автором исследованы два вида судейского усмотрения в российском гражданском и арбитражном процессах, один из которых осуществляется при применении относительно-определенных норм, другой - при применении управомочивающих норм.

Анализ видов судейского усмотрения приводит к заключению, что дискреция (*discretio*) осуществляется в основном при применении ситуационных правовых норм.

(VIII) В работе выделены особенности усмотрения суда, которые состоят в параллельности и последовательности его осуществления.

Параллельное судейское усмотрение - это одна из особенностей применения дискреции, которая связана с процессом коллегиального разрешения дела по существу. Параллельное судейское усмотрение «цементируется» установочными постановлениями судов вышестоящей инстанции, которые формируют способы, пути разрешения различных правовых вопросов нижестоящими судами. Особое мнение одного из судей нарушает параллель в усмотрении. В случае единоличного рассмотрения и разрешения дела данная особенность теряет свое значение.

В российском гражданском и арбитражном процессах последовательность судейского усмотрения проявляется после того, как определенная правоприменительная, деятельность была осуществлена несколькими судебными составами, формирующими судебную практику: вышестоя-

шими судебными инстанциями; судьями одного суда или судов одной территориальной единицы. Рассматривая позднее идентичное дело, суд нижестоящей инстанции, как правило, более или менее точно воспроизводит усмотрение вышестоящего суда. В указанном случае сложно говорить о количественном выражении дискреции, поскольку усмотрение суда нижестоящей инстанции копирует дискрецию суда вышестоящего. Бесспорным остается факт наличия в обоих судебных постановлениях усмотрения, но неправильным является утверждение о последовательности дискреции. В иной ситуации, когда суд нижестоящей инстанции рассматривает правовой вопрос, идентичный разрешенному судом вышестоящей инстанции с осуществлением усмотрения, и основывает выбор на ином варианте дискреции, то усмотрение применяется последовательно различными судебными инстанциями.

Большим усмотрением обладают судьи, первично разрешающие определенный правовой вопрос, а последовательным - судьи, применяющие дискрецию несмотря на осуществление усмотрения судом вышестоящей инстанции при рассмотрении аналогичного правового вопроса.

К факторам, влияющим на последовательность усмотрения суда, на наш взгляд, относятся: а) сложившаяся судебная практика; б) административное усмотрение.

Сложившаяся судебная практика, административная дискреция воздействуют на последовательность осуществления судьейского усмотрения, устанавливая определенные правила правоприменения, которым следуют суды различных инстанций. Указанные правила могут касаться как надлежащего, так и ненадлежащего применения усмотрения судом. Ненадлежащее осуществление судьейского усмотрения, повторенное различными судебными составами, отрицательным образом сказывается на осуществлении правосудия и требует корректировки на уровне высших судебных инстанций в форме постановлений Пленумов.

(IX) Автором исследуется проблема, как осуществляется на практике такая правоприменительная Деятельность, как судьейское усмотрение, как делается выбор, чем он ограничивается. Пределы выбора при осуществлении судьейского усмотрения отличаются от ограничений дискреции: 1) пределы выбора носят обязательный для правоприменителя характер, ограничения - рекомендательный; 2) пределы выбора отражают теоретический контекст дискреции (*discretio*), ограничения имеют практическую направленность. В работе рассмотрены некоторые

из ограничений усмотрения, имеющие, на взгляд автора, важное значение в отечественной правоприменительной практике, среди которых, формирование, подготовка и обучение судейского корпуса; постановления Пленума Верховного Суда РФ, обобщения практики, сформированные Президиумами Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ; определения Конституционного Суда РФ. Данные ограничения приводят как к надлежащему, так и ненадлежащему осуществлению усмотрения. Указать точное процентное соотношение применения усмотрения в процессе разрешения и рассмотрения конкретных дел в судах общей юрисдикции и арбитражных судах невозможно.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

Абушенко Д.Б. Судебное усмотрение в гражданском процессе. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 1998.

Абушенко Д.Б. Судебное усмотрение в гражданском и арбитражном процессе. М.: Норма, 1999.

Авдюков М.Г. Принцип законности в гражданском судопроизводстве. М., 1970.

Актуальные проблемы процессуальной цивилистической науки. Материалы научно-практической конференции, посвященной 80-летию профессора М.А. Вкут. Саратов, 2002.

Александров Н.Г. Право и законность в период развернутого строительства коммунизма. М., 1961.

Алексеев С.С. Общая теория социалистического права. Вып 4. Свердловск, 1966.

Алексеев С.С. Проблемы теории права. Т. 1. Основные вопросы общей теории социалистического права. Свердловск, 1972.

Ансон В. Договорное право. М.: Юрид. лит., 1984.

Афанасьев С.Ф. Проблема истины в гражданском судопроизводстве. Автореф. дис.... канд. юрид. наук. Саратов, 1998.

Баулин О.В. Бремя доказывания при разбирательстве гражданских дел. М.: Городец, 2004.

Барак А. Судейское усмотрение. М.: Норма, 1999.

Белов АМ. Международное предпринимательское право. М., 2001.

Белякова АМ. Вопросы советского семейного права в судебной практике. М, 1989.

Беляцкий С.А. Возмещение морального (неимущественного) вреда. М., 1996.

Бербешкина З.А. Справедливость как социально-философская категория. М., 1983.

Боботов СВ. Правосудие во Франции. М., 1994.

Боннер А.Т. Применение нормативных актов в гражданском процессе. М.: Юрид. лит., 1980.

Боннер А.Т. Законность и справедливость в правоприменительной деятельности. М., 1992.

Боннер А.Т. Установление обстоятельств гражданских дел. М.: Городец, 2000.

Васьковский Е.В. Курс гражданского процесса. Т. 1. М., 1913.

Борисова Е.А. Апелляция в гражданском и арбитражном процессе. М: Городец, 1997.

Ванеева Л.А. Судебное познание в советском гражданском процессе. Владивосток, 1972.

Васьковский Е.В. Руководство к толкованию и применению законов (практическое пособие). М.: Городец, 1997.

Вильнянский СИ. Лекции по советскому гражданскому праву. 4.1. Харьков, 1958.

Вышинский А.Я. Судоустройство в СССР. М., 1940.

Гойхбарг АТ. Курс гражданского процесса. М.; Л., 1928.

ГомьенД., ХаррисД., ЗваакЛ. Европейская конвенция о правах, человека и Европейская социальная хартия: право и практика. М.: Изд-во Московского независимого института международного права, 1998.

Гражданское право. В 2 т. / Под ред. Е.А. Суханова. М.: БЕК, 1994.

Грибанов В.П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав. М.: Изд-во МГУ, 1972.

Гурвич М.А. Судебное решение. Теоретические проблемы. М.: Юрид. лит., 1976.

Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М.: Международные отношения, 1998.

Демократические основы советского социалистического правосудия / Под ред. М.С. Строговича. М., 1965,

Дубовицкий В.Н. Законность и усмотрение в советском государственном управлении. Минск: Наука и техника, 1984.

Емельянов В.И. Разумность, добросовестность, незлоупотребление гражданскими правами. М., 2002.

Жилин Г.А. Цели гражданского судопроизводства и их реализация в суде первой инстанции. М.: Городец, 2000.

Жуйков В.М. Теоретические и практические проблемы конституционного права на судебную защиту. Автореф. дис..., докт. юрид. наук. М., 1997.

Жуйков В.М. Проблемы гражданского процессуального права. М: Городец, 2001.

Завидов Б.Д. Правовые проблемы возмещения морального вреда в России. М., 1995.

Заметки о современном гражданском и арбитражном процессуальном праве / Под ред. М.К. Треушникова. М.: Городец, 2004.

Зейдер Н.Б. Судебное решение по гражданскому делу. М., 1966.

Клейнман А.Ф. Основные вопросы теории доказательств в советском гражданском процессе. М, 1950.

Комиссаров К.И. Задачи судебного надзора в сфере гражданского судопроизводства. Свердловск, 1971.

Комментарий к Семейному Кодексу РФ / Под ред. И.М. Кузнецовой. М.: БЕК, 1996.

Комментарий российского законодательства. М., 1995.

Криличевский С.А. Судейское усмотрение в исках о доходах и убытках и кассационное обжалование. Пг., 1914.

Курылев СВ. Установление истины в советском правосудии. Автореф. дис. ... докт. юрид. наук. М., 1967.

Лейст О.Э. Сущность права: Проблемы теории и философии права. М,: Зерцало, 2002.

Малиновский А.А. Злоупотребление правом. М., 2000.

Малышев КМ. Курс гражданского судопроизводства. СПб., 1876.

Матюшин Б.Т. Оценка доказательств судом первой инстанции по гражданским делам. Автореф. дис.... канд. юрид. наук. М., 1977.

Нерсесянц В.С. Право и закон. М., 1983. С. 353.

Нерсесянц В.С. Философия права. М., 1997.

Общая теория государства и права: Академический курс / Под ред. проф, М.Н. Марченко. М.: Зерцало, 1998.

О&сегов СМ, Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. М., 1999.

Попова Ю.А. Защита публично-правовых интересов граждан в судах общей юрисдикции. Краснодар, 2001.

Правовые системы мира / Под ред. А.Ф. Черданцева. Екатеринбург, W95.

Принципы гражданского процессуального права, их реализация в проекте ГПК России. Материалы второй научно-практической конференции. Тверь, 2000.

Резниченко ИМ. Внутреннее судебское убеждение и правовые чувства // Теория и практика установления истины в правоприменительной деятельности. Иркутск, 1985.

Решетникова И.В. Доказательственное право Англии и США. М.: Городец, 1999.

Романов А.К. Правовая система Англии. М.: Дело, 2000.

Сакаэ Вагацума, Гору Ариадзуми Гражданское право Японии. М., 1983.

Салогубова Е.В. Римский гражданский процесс. М.: Городец, 1997.

Сахнова Т.В. Судебная экспертиза. М.: Городец, 1999.

Судебная власть: надежды и реальность. М., 1993.

Теория доказательств в советском уголовном процессе. М., 1973.

Теория и практика субъективных прав и процессуальные формы их защиты: Сб. научн. ст. Тверь, 2000.

Тихонович В.В. Принцип процессуальной экономии в советском гражданском процессуальном праве. Автореф дис. ... канд. юрид. наук. Минск, 1975.

Ткачев НИ. Законность и обоснованность судебных постановлений по гражданским делам. Саратов, 1987.

Треушников М.К. Относимость и допустимость доказательств в гражданском процессе. М., 1981.

Треушников М.К. Судебные доказательства. М.: Городец, 1998.

Фархтдинов Я.Ф. Источники гражданского процессуального права. Казань, 1998.

Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. В 2 т. М.: Международные отношения, 1998.

Чечина Н.А. Норма права и судебное решение. Л., 1961.

Чечот Д.М. Административная юстиция (теоретические проблемы). Л., 1973.

Чистяков Н.Ф. Значение и природа руководящих разъяснений Пленума Верховного Суда СССР // Совершенствование законодательства о суде и правосудии. М., 1985.

Шейндтн Б.В. Сущность советского права. Л., 1959.

Шерстюк В.М. Развитие принципов арбитражного процессуального права. М.: Городец, 2004.

Шестакова Н.Д. Недействительность сделок: процессуальный и материальный аспекты. Автореф. дис.... канд. юрид. наук. СПб., 2001.

Элькинд П. С. Сущность советского уголовно-процессуального права. Л., 1963.

Яблочков Т.М. Учебник русского гражданского судопроизводства. -Ярославль, 1910.

Access to Civil Procedure Abroad / Ed. by H. Snijders. London: Sweet & Maxwell Ltd., 1996.

Ackerman B.A. Social Justice in the Liberal State. New Haven, Conn.: Yale University Press, 1980.

Adler M.J., Asquith S. Discretion and Welfare. London: Heinemann, 1981.

Bankowski Z, Nelken D. Discretion as a Serial Problem. London: Heinemann, 1981.

Bell J, Policy Arguments in Judicial Decisions. Oxford: Clarendon Press, 1983.

Bell J. The Judge as Bureaucrat // J. Eekelaar, J. Bell (eds.). Oxford Essays in Jurisprudence Third Series. Oxford: Clarendon Press, 1987.

Betti E. Interpretazione della legge a degli atti giuridici (2nd edn.). Milan: Giuffie, 1971.

Black's Law Dictionary. St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1990.

Blackstone's Civil Practice. 2001, Editor-in-Chief Ch. Plant. London: Blackstone Press Limited.

Bockel A. Contribution a l'etude du pouvoir discretionnaire de l'administration, Actualite Juridique Droit Administratif, 1978.

Cappelletti M, The Judicial Process in Comparative Perspective. Oxford; Clarendon Press, 1989.

Chambliss W,J,, Sheidman R.B. Law, Order and Power, 2nd edn. Reading, Mass.: Addison-Wesley, 1982.

Collins H, Against Abstentionism in Labour Law. Oxford: Clarendon Press, 1987.

Comaroff J.L., Roberts & Rules and Process: The Cultural Logic of Dispute in an African Context Chicago: University of Chicago Press, 1981.

Darnaska M,R, The Faces of Justice and State Authority, New Haven, Conn,; Yale University Press, 1986,

Davis KC. Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry, Baton Rouge, La,; Louisiana State University Press, 1969-

» Davis KC Discretionary Justice in, Europe and America, ВД>аад, Chi-eagb, Londop; University of Illinois Press, 1976.

Dicey A.V. An Introduction to the Study of the Law of the Constitution. 10th edn. London: Macmillan, 1959.

Dworkin R.M. Taking Rights Seriously. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977.

Dworkin R.M. No Right Answer? // Hacker P.M., Raz J. (eds.). Law, Morality and Society. Oxford: Clarendon Press, 1977.

Emerson R.M. Judging Delinquents: Context and Process in the Juvenile Court. Chicago: Aldine Press, 1969.

Frank J. Courts on Trial. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1949.

Galanter M. Adjudication, litigation and related phenomena in L. Lipset and S. Wheeler (eds.) Law and the Social Sciences. N. Y.: Russel Sage, 1986.

Galligan D.J. Discretionary Powers: A Legal Study of Official Discretion. Oxford: Clarendon Press, 1986.

Gottlieb G. The Logic of Choice, 1968.

Handler J.F. The Conditions of Discretion: Autonomy, Community, Bureaucracy. New York: Russel Sage Foundations, 1986.

Hart H., Sacks A. The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law. Tentative Edition, 1958.

Hawkins K. Environment and Enforcement: Regulation and the Social Definition of Pollution. Oxford: Clarendon Press, 1984.

Jowel J. Law and Bureaucracy: Administrative Discretion and the Limits of Legalization. Post Washington, N.Y.: Dunellen Publishing, 1975.

Kronman A.T. Max Weber. Stanford, Calif.: Stanford University Press, 1983.

Levi E.H. An Introduction to Legal Reasoning. Chicago: The University of Chicago Press, 1949.

MacCormick D.N. Legal Reasoning and Legal Theory. Oxford: Clarendon Press, 1978.

Manning P.K. Symbolic Communication: Signifying Calls and the Police Response. Cambridge, Mass.: M.I.T. Press, 1988.

Mayer F., Kopp F. Allgemeines Verwaltungsrecht (5th edn.) Stuttgart. Richard Boorberg Verlag, 1985.

Richardson G., Ogus A., Burrows P. Policing Pollution: A Study of Regulation and Enforcement. Oxford: Clarendon Press, 1983.

Roberts S. Order and Dispute. London: Pelican, 1979

Roth G., Wittich C. (eds.). *Economy and Society*. Berkely, Calif.: University of California Press, 1968.

Schauer F. *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Clarendon Press, 1991.

Selznick P. *Law, Society, and Industrial Justice*. New York: Russell Sage Foundation, 1969.

Stoljar S.J. *Problems of codification*. Oxford, 1977.

Taruffo M. *Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness*. KluwerLaw International, 1999.

The Uses of Discretion / Ed. by K. Hawkins. Oxford: Clarendon Press, 1992.

Twining W., Miers D. *How to Do Things with Rules* (2nd edn.). London: Weidenfeld and Nicolson, 1982.

Türk K. Handlungsraume und handlungsspielraume rechtsvollziehender Organisationen // *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 1980.

Venezia J.C. *Le Pouvoir discretionnaire*. Paris: Librairie General de Droit et de Jurisprudence, 1959.

Weber M. *Bureaucracy* // Gerth H.H., Wright Mills C (eds.). *From Max Weber: Essays in Sociology*. New York: Oxford University Press, 1946.

Weber M. *The Theory of Social and Economic Organization*. New York: Free Press, 1947 // Gerth H.H., Wright Mills C. (trans.). *From Max Weber*. New York: Oxford University Press, 1958.

Woolf H. *Public Law Private Law: Why the Divide?* Public Law, 1986.

Авилина И.В. Праворазъяснительная деятельность высших судебных органов // *Советская юстиция*. 1988. № 17.

Бартош В.М. Приватизация публичного имущества путем внесения его в качестве вклада в уставные капиталы хозяйственных обществ // *Законодательство*. 2000. № 5.

Богданов Б. Соотношение частного и публичного в гражданском законодательстве // *Российская юстиция*, 2000. № 4.

Боннер А.Т. Судебный надзор за действиями органов управления и дела, возникающие из административных отношений // *Труды ВЮЗИ*. Т. 5. 1966.

Боннер А*Т. Советский закон и судебное усмотрение // *Советское государство и право*. 1979, № 4

Боннер А.Т. Применение закона и судебное усмотрение // *Советское государство и право*. 1979, № 6.

Борисова Е.А. Особенности рассмотрения дел о признании недействительными (полностью или частично) ненормативных актов // Законодательство. 2000. № 4.

Боссарт А. Сбереечь священный дар // Советская Россия. 1986. 25 мая.

Брагинский М.И. Осуществление и защита гражданских прав. Сделки. Представительство. Доверенность. Исковая давность // Вестник ВАС РФ. 1995. №7.

Быков А., Матюшин Б. Оценка доказательств по гражданским делам судом первой инстанции // Советская юстиция. 1976. № 7.

Вахитов Р.С., Севастьянова Е.В. Судейское усмотрение и некоторые проблемы его реализации // Арбитражная практика. 2002. № 5.

Вахнин КГ Учет целей договора и целей деятельности сторон при формировании условий договора поставки // Законодательство. 2000. №1.

Волошин Д.А. Нужно ли маркировать региональными специальными марками алкогольную продукцию? // Главбух. 2001. Ноябрь. № 21. С. 85-86.

Голомазова Л.А. Аффилированные и зависимые лица в хозяйственных обществах // Бухгалтерский учет. 2000. № 1.

Громова Н.В. Виды судейского усмотрения при совершении процессуальных действий // Арбитражная практика. 2002. № 3.

Жилин Г. Признание нормативных актов недействительными // Российская юстиция. 1998. № 7.

Жуйков В.М. Новое в гражданско-процессуальном праве (комментарий законодательства) // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 1996. №3.

Зарипов В.М. Экспортная льгота по НДС: баланс интересов государства и экспортеров // Ваш налоговый адвокат. 2000. III квартал. № 3.

Зейдер КБ, Судебное решение и спорное право // Правоведение. 1958. № 2.

Комиссаров К.И. Судебное усмотрение в гражданском процессе // Советское государство и право. 1969. № 4.

Костин А.В. Взыскание задолженности Российской Федерации за счет казны // Законодательство. 2000. № 3.

Кудрявцева Е.В. Реформа английского гражданского судопроизводства // Законодательство. 2000. № 1.

Кузнецова Н.В. А судьи кто? (К вопросу о профессиональном отборе на судебную работу) // Государство и право. 1994. № 8-9.

Курбатов А. Недопустимость злоупотребления правом как способ установления пределов реализации (удовлетворения) интересов // Хозяйство и право. 2000. № 12.

Курылев С.В. О достоверности и вероятности в правосудии // Правоведение. 1968. № 1.

Миронов В.К. Право на забастовку как новый институт трудового права стран Восточной Европы // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 1998. № 2.

Морозова Ю.Т. Оговорка о публичном порядке: причины возникновения // Законодательство. 2000. № 6.

Недбайло П.Е. Вопросы обоснованности и целесообразности применения норм советского права // Вопросы общей теории советского права. М., 1960.

Новицкий К.Б. Принцип доброй совести в проекте обязательственного права // Вестник гражданского права. 1916. № 16.

Покровский И. А. Справедливость, усмотрение судьи и судебная опека // Вестник права. 1899. № 10.

Рассахатская Н.А. Проблемы совершенствования гражданско-процессуального закона // Материалы второй научно-практической конференции «Принципы гражданского процессуального права, их реализация в проекте ГПК России». Тверь, 2000.

Решетникова К.В. Право общественного интереса и российский гражданский процесс // Российский юридический журнал. 1996. № 4.

Руткевич М.Н. Социалистическая справедливость // Социологические исследования. 1986. № 3.

Садиков О. Злоупотребление правом в Гражданском кодексе России // Хозяйстве» и право. 2002. № 2,

Сщрацов Д. Верховный Суд разрешил собираться мирно, без оружия // Коллегия. 2002. Январь.

Уксусова ?, Оспаривание законностд нормативных актов в судах общей юрисдикции // Российская юстиция. 1998, № 8.

Шебанова В.И. Злоупотребление жроцессуальными правами // Арбитражная практика. 2002. № 5.

, Щетш ДМ* Цредумлция доброервестноеда надогодлатеяыцика // Ваш налоговый адвокат. 2001.1 квартал. JNs, 1.

Эрделевский А. О размере возмещения морального вреда // Российская юстиция. 1994. № 10.

Atiyah P.S. From Principles to Pragmatism: Changes in the Function of the Judicial Process and the Law // Iowa Law Review, 1980. 65(5).

Baldwin R., Hawkins K. Discretionary Justice: Davis Reconsidered // Public Law (winter), 1984.

Chayes A. The Role of the Judge in Public Law Litigation // Harvard Law Review, 1976. 89(7).

Cooper E.H. Timing as Jurisdiction: Federal Civil Appeals in Context // Law and Contemporary Problems, 1984, 47(3).

Cooper E.H. Civil Rule 52(a): Rationing and Rationalizing the Resources of Appellate Review // Notre Dame Law Review, 1988. 63(5).

Coval S.C., Smith J.C. The Completeness of Rules // Cambridge Law Journal. 1977. N36.

Emerson R.M. Holistic Effects in Social Control Decision-Making // Law and Society Review. 1983. N 17.

Goodin R.E. Welfare, Rights and Discretion // Oxford Journal of Legal Studies, 1986. 6(3).

Hawkins K. On Fixing Time: Reflections on Recent American Attempts to Control Discretion in Sentencing and Parole // Unpublished paper presented to Howard League Seminar Series «The Future of Parole», London School of Economics, October 1980.

Hutchinson A.C., Wakefield J.N. A Hard Look at «Hard Cases»: The Nightmare of a Noble Dreamer // Oxford Journal of Legal Studies. 1986. N 2.

Kohler. Judicial Interpretation of Enacted Law // Science of Legal Method // The Modern Legal Philosophy Series. 1917. N 9.

Lempert R. Docket Data and «Local Knowledge»: Studying the Court and Society Link over Time // Law and Society Review. 1990, N 24.

MacCormick D.N. Law as Institutional Fact // Law Quarterly Review, 1974. 90.

Mnookin R.H. Child-Custody Adjudication: Judicial Functions in the face of Indeterminacy // Law and Contemporary Problems, 1975. 39(3).

Pollock. Judicial Caution and Valour // Law Q. Rev. 1929. N 45.

Precedent in English and Continental Law // 50 Law Q. Rev., 1934. 40.

Rosen L. Equity and Discretion in a Modern Islamic Legal System // Law and Society Review, 1980-1981. 15(2).

Rosenberg M. Judicial discretion of the Trial Court Viewed from Above // Syracuse L. Rev. 1971. N 22.

Schauer F. The Jurisprudence of Reasons (review of Ronald Dworkin, Law's Empire) // Michigan Law Review, 1987. 85(5,6).

Scott E.S., Reppucci N.D., Aber M, Children's Preference in Adjudicated Custody Decisions // Georgia Law Review, 1988. 22(4).

Teitelbaum L.E., DuPaix L. Alternative Dispute Resolution and Divorce: Natural Experimentation in Family Law // Rutgers Law Review, 1988. 40(4).