



На вопросы главного редактора журнала «Закон» Александра Верещагина отвечают **директор Юридического института «М-Логос» Артем Георгиевич КАРАПЕТОВ** и **управляющий партнер Адвокатского бюро «Бартолиус» Юлий Валерьевич ТАЙ**

А.Г. Карапетов родился 26 марта 1979 г. в Москве. В 2001 г. окончил Российскую школу частного права при Президенте РФ (магистр частного права).

С 2002 г. — кандидат, с 2011 г. — доктор юридических наук. Учредитель и директор Юридического института «М-Логос», профессор НИУ ВШЭ, главный редактор «Вестника экономического правосудия РФ».

Автор семи научных монографий и более тридцати научных статей в ведущих юридических журналах по вопросам договорного права и теории права, ответственный редактор четырех томов Серии комментариев гражданского законодательства #Глосса. Сфера научных интересов: сделки, договоры и обязательства, теория и методология права, толкование законов и судебное правотворчество, политика частного права и экономический анализ права.

А.В.: Я попросил вас об этом интервью, памятуя о нашей совместной статье 2013 г.¹ Прошло шесть с половиной лет, и хочется поговорить об изменениях на «прецедентном фронте». Начнем вот с чего: есть ли будущее у прецедента?

А.К.: Смотря что понимать под прецедентом.

А.В.: Можно взять прецедент в широком смысле — в первую очередь привычный нам судебный, но также и административный, и даже пока не существующий у нас конституционный прецедент, ког-

¹ Карапетов А.Г., Верещагин А.Н., Тай Ю.В. Пути совершенствования правотворческой деятельности Высшего Арбитражного Суда РФ // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2013. № 6. С. 4–81.



ВМЕСТО ЕДИНОМЫСЛИЯ СУДЕЙ НАМ НУЖНО ЕДИНООБРАЗИЕ ПРАКТИКИ



да определенные казусы в деятельности высших органов власти формируют правила.

Ю.Т.: На мой взгляд, судей, которые в действительности способны сформулировать свою правовую позицию таким образом, чтобы ее можно было использовать как четкое правовое суждение, очень мало. Поэтому, наверное, и прецедентов не может быть много. Прецедент в самом широком смысле слова — это разрешение неординарной, неоднозначной, не определенной законом правовой ситуации, которая основана на сложном системном толковании, на противоречии между нормами, а порой требует толкования *contra legem*.

Такие ситуации, увы, нередко встречаются из-за несовершенства нашего законодательства. Проблем,

Ю.В. Тай родился 12 июля 1978 г. в Пензе. В 2001 г. окончил юридический факультет МГУ имени М.В. Ломоносова. С 2001 г. по наст. вр. — адвокат, управляющий партнер Адвокатского бюро «Бартолиус». С 2005 г. — кандидат юридических наук. Арбитр Российского арбитражного центра при Российском институте современного арбитража, член Ассоциации анти-монопольных экспертов, профессор НИУ ВШЭ, член редакционного совета журнала «Вестник гражданского процесса», член попечительского совета *Russian Law Journal*. Автор четырнадцати монографий (в соавторстве), а также семидесяти пяти статей в ведущих юридических журналах по вопросам гражданского права, процесса и судостроительства. Сфера научных интересов: антимонопольное законодательство, адвокатура, вопросы защиты прав юридических и физических лиц, несостоятельность, корпоративное право, примирительные процедуры, третейские суды, судебное усмотрение, взыскание судебных расходов, проблемы института пересмотра судебных актов по вновь открывшимся обстоятельствам.

по сути, здесь три, и мы их сформулировали еще в 2013 г. Первая проблема — это многословие, из-за которого непонятно, что в решении важно, что неважно и на какие обстоятельства опирается вывод. Вторая — явная недоговоренность, когда суд рассуждает в духе «потому что потому, все оканчивается на „у“» — и ставит на этом точку. А третья — глобальные судебные ошибки, когда суд дает трактовку либо излишне юристскую, либо выходящую далеко за рамки закона и оттого противоречащую ему.

Эти три проблемы остались неизменными, если не обострились. Потому и говорить о более или менее нормальном прецеденте трудно.

В моем понимании прецедент — это четко выраженная позиция. Нет четкости — нет и прецедента.

А.В.: У меня ощущение, что прецедента нет по той простой причине, что его могут проигнорировать, какой бы четкой ни была мотивировка.

Ю.Т.: Это два разных вопроса. С одной стороны, мы обсуждаем формальный статус правовых позиций, а с другой стороны, их качество, которое тоже влияет на унификацию практики. Впрочем, оба эти вопроса между собой связаны: чем ниже качество формулировок, тем меньше уважения к прецеденту.

А.К.: Я бы все-таки провел между ними черту. Например, в английском праве, где функционирует прецедентная система, правовым позициям четкости тоже недостает. Решение Верховного суда Великобритании может выглядеть как 150 страниц, написанных разными судьями, претендующими на собственную позицию по делу, и не иметь единой мотивировки. Поэтому вряд ли мы увидим в таком решении набранную полужирным шрифтом однозначную правовую позицию. И нередко *ratio decidendi* актов Верховного суда или Палаты лордов выявляется только в процессе интерпретации прецедента нижестоящими судами.

В странах континентального права, таких как Германия, правовые позиции высших судов формулируются на уровне толкования закона, там суд разъясняет, как толковать закон, как восполнять в нем пробел. И, может быть, для таких государств четкость правовых

позиций даже более характерна, чем для стран формально прецедентного права.

Так что, на мой взгляд, формальный статус правовых позиций высшего суда как источника позитивного права надо обсуждать отдельно от качества мотивировок. Вопрос о статусе — извечный, и, мне кажется, в России он не будет разрешен еще очень долго.

Ю.Т.: Никогда не будет разрешен.

А.К.: В этом плане мы сделали серьезный шаг назад по сравнению с 2013 г. Раньше постановления Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ при определенных условиях признавались в Арбитражном процессуальном кодексе основанием для пересмотра решений по похожим обстоятельствам. Конституционный Суд писал, что правовые позиции ВАС из постановлений Президиума фактически связывают нижестоящие суды. А если правовая позиция, высказанная в постановлении Президиума по конкретному делу, становилась основой для пересмотра других уже вступивших в силу судебных решений по похожим обстоятельствам, то странно было отрицать его программирующую роль и на будущее; мы фактически могли называть такую правовую позицию прецедентом или квазипрецедентом.

Постановления Президиума Верховного Суда сейчас имеют такой же статус, т.е. формально ничего не изменилось. Но сама структура современного ВС такова, что постановления Президиума по гражданским делам практически не выносятся, а те, что есть, написаны так, будто в них вообще нет никакой правовой позиции.

Ю.Т.: Бывают годы, когда Судебная коллегия по экономическим спорам не передает в Президиум ни одной жалобы, притом что самих надзорных жалоб в Суд поступает около пятисот. Однако проблема не только в этом. Пусть решений Президиума действительно мало, но ведь с августа 2014 г. принято много постановлений Пленума. А оговорки о возможном пересмотре дела по новым обстоятельствам нет ни в одном из них.

А.К.: Хотя это, может быть, и неплохо. Мне кажется спорной сама идея пересмотра вступивших в силу



судебных решений на основе того, что изменилось толкование закона. Я бы не стал ее сейчас обсуждать. Важнее то, что постановлений Президиума ВС у нас почти нет, а определения КЭС и Коллегии по гражданским делам не воспринимаются как полноценный финальный акт высшего суда. Они не упоминаются в АПК и ГПК как документ, на который может сослаться суд при мотивировании судебного акта. Можно сослаться разве что на обзоры судебной практики.

Ю.Т.: КЭС выносит суммарно 500 определений в год, т.е. около 125 в квартал. В квартальный обзор практики попадает в среднем определений 30 — четверть от вынесенных.

А.К.: И это очень важный момент. Он означает, что и сам ВС, и законодательство посылают нам некий сигнал: те определения, которые попали в обзоры, имеют особый статус. Значение остальных определений резко девальвируется. Впрочем, арбитражные суды обращают внимание даже на них, но все равно не так, как на постановления Президиума ВАС до его ликвидации. А в системе общей юрисдикции определения, не попавшие в обзор, нижестоящими судами вообще никогда не учитывались.

Более того, нижестоящие суды не воспринимают определения Коллегии по гражданским делам как авторитетный источник. Это видно по тому, с какой частотой Коллегия выносит однотипные определения, отменяя решения нижестоящих судов, которые допускают одну и ту же ошибку годами. Так что квазипреcedентной традиции ВАС в системе судов общей юрисдикции нет и сейчас. Причем Коллегия по гражданским делам, в отличие от КЭС, не пытается изменить эту тенденцию. Например, она почти никогда не ссылается на собственные определения по аналогичным делам, похоже, считая, что отсутствие в ГПК упоминания о такой возможности означает ее запрет. Но если сама Коллегия ВС РФ не упоминает свои правовые позиции из числа не вошедших в обзоры, то зачем читать такие определения нижестоящему суду?

Ю.Т.: Проблема начинается с того, что никто не сверяет свои правовые выводы с позицией высшего суда. Строго говоря, ее вообще не принято учитывать как какое-то значимое обстоятельство.

До появления новых кассаций никакого реального пересмотра не было — попадание дела в Коллегию по гражданским делам казалось едва ли не чудом, потому что из 20 миллионов дел, рассмотренных судами общей юрисдикции, до нее доходила всего тысяча. Но даже решения по тем множественным делам, которые «добрались» до уровня субъекта Федерации, не вычитываются на предмет их соответствия правовым позициям, выраженным в определениях Коллегии.

Когда и если суд общей юрисдикции хочет согласиться с позицией Коллегии ВС, он может ее упомянуть в своем решении, но и это редко происходит. И уж тем более никто не пишет, что решение вынесено в соответствии с правовой позицией, закрепленной в соответствующем определении ВС РФ.

А.В.: Потому что нет такой традиции. До слияния высших судов ВАС, например, пытался ее развить.

А.К.: А ВС — нет, поэтому в судах общей юрисдикции она и не появилась. В итоге высший суд у нас теперь один, но внутри него есть два подхода. В арбитражных судах отчасти сохраняется старая практика, и на определения КЭС часто ссылается и сама Коллегия, и нижестоящие суды. В Коллегии по гражданским делам и судах общей юрисдикции ситуация противоположная. Коллегия может годами исправлять одну и ту же ошибку в толковании закона, но суды будут ее повторять до тех пор, пока не выйдет постановление Пленума по данному вопросу. Получается сизифов труд. Постановления же Пленума носят тематический характер, принимаются редко, и может пройти не одно десятилетие, прежде чем Пленум ВС обратит внимание на ту область права, в рамках которой возник тот или иной острый вопрос. И то не факт, что разъяснение по этому вопросу попадет в постановление. А значит, все это время в судах общей юрисдикции данный вопрос права будет толковаться вразнобой, Коллегия по гражданским делам в своих кассационных определениях будет исправлять одну и ту же ошибку, но на практику это никакого влияния оказывать не будет.

А.В.: А если наделить определения коллегий статусом вновь открывшихся обстоятельств, как было

сделано с постановлениями Президиума ВАС с целью избавления от типовых дел?

Ю.Т.: Конституционный Суд еще осенью 2017 г. поставил точку в этом вопросе². Он написал, что позицией ВС является только постановление Президиума как надзорной инстанции, потому что Президиум рассматривает дело по существу процессуальной формы, и этот акт уже не может быть отменен ни при каких условиях.

Без оговорки о возможности пересмотра ничего не будет. Но к ее появлению не готовы представители, адвокаты, судьи. Так что этого трудно ожидать, если, конечно, не будет запроса сверху или нескольких громких, скандальных отмен. Например, таких, какие мы видели сейчас по избранию меры пресечения в виде задержания под стражу для предпринимателей, когда второй кассационный суд общей юрисдикции вынес частное определение в адрес Мосгорсуда.

А.В.: Значит, мы все согласны с тем, что нужно увеличивать «прецедентную» роль правовых позиций ВС.

А.К.: Безусловно, да. Как только ВС поймет, что его правовые позиции, высказанные в определениях коллегий, имеют какое-то унификационное значение и реплицируются нижестоящими судами, он начнет более качественно над ними работать, более серьезно и ответственно относиться к своим документам. Сейчас в правовой мотивировке определений ВС нередко царит хаос; складывается такое впечатление, что некоторые судьи считают своей основной задачей справедливое и правильное разрешение спора, а не формирование на примере разрешения данного конкретного спора правовой позиции в целях унификации практики и предотвращения аналогичных ошибок при толковании закона в будущем.

А.В.: Может быть, лучше по умолчанию считать решение Президиума и постановление Пленума новыми обстоятельствами, за исключением случаев, когда в самом документе есть оговорка «не считать»?

А.К.: Я думаю, это сейчас нереально. Потому что есть позиция КС. По-моему, нужно отвязаться от этих оговорок как от маркера. В большинстве стран нет пересмотра вступивших в силу решений судов из-за последующего изменения судебной практики, но правовые позиции высшего суда имеют колоссальное унификационное значение.

Если перед нами стоит задача повисить унификационный потенциал правовых позиций из кассационных определений ВС, то правильнее начать с того, чтобы поднять уважение судов общей юрисдикции к обзорам или определениям Коллегии по гражданским делам до того уровня, который есть сейчас у позиций КЭС в системе арбитражных судов.

Например, нужно, чтобы Коллегия начала упоминать свои собственные определения и пересматривать решения судов со ссылкой на нарушения правовой позиции, которая ранее утвердилась в практике. В условиях, когда в системе судов общей юрисдикции начинает по-новому работать первая кассация, это может сыграть определенную роль. Если решения первой кассации будут периодически пересматриваться со ссылкой на то, что в них не учтено то или иное определение Коллегии по гражданским делам, то первая кассация начнет транслировать эту позицию вниз по инстанциям. И квазипрецедентный маховик может постепенно заработать. При наличии политической воли ВС и самой Коллегии, конечно.

Сейчас в сфере толкования и применения норм права в судах общей юрисдикции наблюдается полный разрыв. Региональное правосудие процветает, разные суды толкуют одну и ту же норму закона по-разному, что неправильно. У нас в области гражданского права единая правовая система, и это — исключительный предмет ведения Российской Федерации. В стране должно быть обеспечено равенство перед законом и единое правовое пространство.

Что же касается следующего шага, т.е. поднятия кассационных определений ВС до уровня формального прецедента, то это вопрос более сложный, и вряд ли его можно решить при нынешней структуре ВС, когда есть коллегии, разделенные на тройки и рассматривающие основной поток дел, и есть Президиум как

² Постановление КС РФ от 17.10.2017 № 24-П.



виртуальная (как минимум по гражданским делам) последняя инстанция...

Ю.Т.: Я абсолютно согласен с тем, что только эффективная первая кассация поможет в повышении авторитета правовых позиций второй кассации, как бы парадоксально это ни звучало. Я вообще считаю, что у нас сейчас открылось историческое окно возможностей и есть реальный шанс навести в системе общей юрисдикции порядок.

Если кассационные суды общей юрисдикции заставят нижестоящие инстанции уважать и учитывать правовые позиции ВС, то и внизу будет больше определенности, и самому ВС придется поработать над качеством своих правовых позиций. Именно окружные суды смогут заставить суды первой инстанции пристально следить за развивающейся практикой правоприменения, изучать «прецеденты» ВС.

Они же работают не в фильтровом, а в поточном режиме и имеют действительную возможность установить единообразие практики. Соответственно, их задача — отслеживать тенденции, начиная от постановлений Пленума и заканчивая определениями коллегии ВС. Ничто так не заставляет судей нижних инстанций изучать практику высших судов, как периодические отмены их судебных актов по этой причине.

А.В.: То есть ВАС правильным путем в свое время пошел?

Ю.Т.: Да. Возможность взять конкретное постановление Президиума ВАС (или теперь определение КЭС) и на основании правовых доводов в отношении толкования закона, которые высказаны по другому делу, заставить суд прислушаться к той или иной правовой позиции по твоему делу — это очень сильный инструмент.

А.К.: Я бы еще хотел вернуться к структуре ВС. Мне не нравится та модель, которая сейчас у нас реализована, — рассмотрение дел отдельными тройками. Когда обсуждалось объединение судов, звучали предложения обеспечить рассмотрение споров в рамках более расширенных коллегий, не-

ких мини-президиумов, по экономическим спорам и по гражданским делам.

А.В.: Даже было условное название — сенат.

А.К.: Но этот вариант был отвергнут, и сейчас дела рассматриваются тройками. В итоге возникают противоречия даже внутри одной коллегии — не так часто, но они все же есть. А самое главное, уменьшается авторитет этих определений, потому что мнение трех отдельных судей не равно мнению всей коллегии. И у судьи первой инстанции, рассматривающего дело и видящего, что у коллегии есть много разных определений и много разных лиц, может возникнуть ощущение, что один документ — это еще не окончательная позиция ВС. Поэтому я бы предложил вернуться к идее о том, чтобы определения по второй кассации выносили не тройки, а полноценный состав коллегий, как это было сделано в Президиуме ВАС. Это чисто психологически придаст больший вес таким определениям.

Впрочем, есть другой, как говорится, «второй лучший» вариант.

Можно перенять опыт некоторых стран, где в случае появления противоречий между позициями троек и вообще в практике созывается «большой сенат» и споры решаются на уровне всей коллегии.

И если, например, возникает потребность высказать правовую позицию, отличную от той, которая высказывалась ранее этой же коллегией, то выносится определение о передаче вопроса на рассмотрение этого условного «большого сената».

А.В.: Разве можно преодолеть позицию Президиума или другой коллегии Верховного Суда?

А.К.: Хороший вопрос. В принципе, у нас постановление Президиума ВАС не является официальным прецедентом, КС РФ говорил лишь о «фактической» прецедентной роли таких постановлений. А значит, ничто не мешает коллегии истолковать закон иначе. В рамках обсуждаемой сейчас гипотетической модели вопрос преодоления старой практики Президиума ВАС РФ мог бы выноситься на обсуждение всей коллегии, и новая правовая позиция становилась бы

новым квазипрецедентом. Более того, на рассмотрение этого «сената» мог бы передаваться любой вопрос, который оказывается достаточно важным для развития права, чтобы требовать однозначного ответа.

А.В.: А кто будет выделять этот вопрос из потока дел?

А.К.: Сами тройки, если сохранять эту модель. Если тройка увидит, что есть очень важный и принципиальный вопрос или нужно преодолеть прежнюю практику, она может не брать на себя всю ответственность, а вынести определение о передаче спора на рассмотрение всей коллегии.

А.В.: То есть коллегия будет рассматривать конкретное дело?

А.К.: Да.

А.В.: Значит, данное ей разъяснение не будет абстрактным?

А.К.: Не будет.

А.В.: Иначе говоря, определения коллегии будут двух сортов?

А.К.: Да. Такая практика есть во многих странах, в той же Франции. Но, повторюсь, мне кажется более правильным вообще уйти от троек и решать вопросы целиком в коллегии.

А.В.: Из 30 человек?

А.К.: А почему нет?

Ю.Т.: Там могут быть и не 30 человек, а, например, 15. Можно установить выборность и ротацию, для повышения уровня независимости судей. Чтобы каждый судья знал, что он проведет в «коллегиальном сенате» год, потом его сменит другой судья.

А.В.: То есть система фильтрации все равно сохранится?

Ю.Т.: Конечно. Я здесь могу добавить, что проблема немножко в другом.

В КЭС сейчас все согласовывается, но на уровне состава, не коллегии. В каждом составе ведется неформальное обсуждение всех вопросов, но нет плюрализма мнений и нет открытого обсуждения. Между тем сила Президиума ВАС была в двух принципиальных моментах: во-первых, вопрос на рассмотрение передавала тройка судей, а во-вторых, еще как минимум один судья, а то и весь шестой экспертный состав оппонировал ему. И это был совсем иной уровень дискуссии.

А.В.: Это для них было нормально?

Ю.Т.: Да. Было внутреннее оппонирование. И публичное обсуждение, особенно когда начались прямые трансляции заседаний с сохранением записей. В связи с этим стали появляться и поощряться *amicus curiae briefs*, заключения «друзей суда». То есть вопросы обсуждались широко, всем профессиональным юридическим сообществом.

А.К.: По правде говоря, даже в эпоху ВАС РФ дела в большинстве своем мало обсуждались в юридическом сообществе до вынесения постановления. Открытость предварительного обсуждения характеризовала процесс принятия абстрактных разъяснений ВАС РФ. Что же до конкретных дел, то в отличие от сегодняшней практики в свободном доступе появлялась видеозапись всех заседаний Президиума, выступлений представителей сторон. Но в основном в юридическом сообществе обсуждались уже опубликованные «прецеденты». Сейчас примерно та же система. Но если Президиум ВАС в последние годы своего существования все чаще пытался не просто разрешить спор, но сформулировать правовую позицию, которая лучше всего будет способствовать развитию права и унификации практики, обсуждал все возможные плюсы и минусы, то сейчас эта тенденция как минимум не развивается. Кажется, что тройкам ВС РФ комфортнее решать дела без лишнего внимания, скорее как обычный суд. Три судьи рассматривают спор в формате, похожем на функционирование ординарного суда. Хотя есть и исключения: абсолютно очевидно, что несколько судей КЭС продолжают лучшие традиции ВАС РФ. С их позициями можно спорить и не соглашаться, но нельзя отрицать, что судьи хотя бы держали в уме задачу формулирования правовой позиции и развития судебной практики.



Я все-таки выступаю за более интенсивное воспроизведение опыта Президиума ВАС, только на уровне коллегии. Пусть будут содокладчики, разные позиции, видеозапись в свободном доступе, чтобы все могли видеть, что происходило на заседании, какие аргументы звучали. Это значительно повысит авторитет Суда и будет способствовать развитию права.

Для рутинных судебных кейсов у нас есть первая инстанция, апелляция, кассация. Рассмотрение же дела в ВС РФ должно превратиться в событие: акт Верховного Суда должен прояснять вопросы толкования закона и унифицировать судебную практику по ключевым и наиболее острым проблемам.

Ю.Т.: Да, нынешнее определение коллегии выглядит как обычное судебное решение. Получается, ВС — именно ординарная инстанция. И очень плохо то, что это определение тройки, а не единая позиция всей коллегии. Поэтому, если мы выбираем модель коллегии, лучше перейти к коллегиальным определениям. А если сохраняем внутри коллегии тройки, неплохо передавать на рассмотрение всей коллегии хотя бы какие-то важные вопросы права, по которым наметилась разногласия в практике. Это тоже могло бы повысить «прецедентность».

В состав стандартного президиума обычно входит 15 человек. Такое же число судей могло бы рассматривать спор по второй кассации. В идеале это должны быть не просто 15 человек, а 15 профессионалов с огромным жизненным опытом. Как в свое время в Президиуме ВАС РФ, где что ни член Президиума, то научный авторитет, известный всей юридической общественности. И когда перед ними встают какие-то принципиальные вопросы, они их рассматривают со всех сторон. А если решить вот так? А вот эдак? А каким будет решение с точки зрения политико-правовых резонансов? И если тема действительно интересная, то судьи заводятся, начинают обсуждать, возникает серьезная, глубокая, профессиональная дискуссия. Если 15 членов Президиума несколько часов обсуждают один вопрос в совещательной комнате, это явно свидетельствует о плюрализме мнений. Я и сам как член коллегиальных органов, прежде всего Совета адвокатской палаты г. Москвы, знаю, каким может быть обсужде-

ние, когда 15 очень неглупых и заинтересованных в поиске истины людей собираются за одним столом. И если принятию решения предшествовал час-полтора обсуждений, то можно точно быть уверенным, что решение детально и обстоятельно продумано, а не принято с кондачка. В результате дебатов рождается итоговый вывод, квинтэссенция мудрости и познаний.

А.В.: И доверие к независимости судей повышается.

Ю.Т.: Естественно. Когда решение принимают 15 человек, у юристов больше веры в то, что обошлось без внепроцессуального влияния и все было честно. Противоречия и расхождения во взглядах могут вредить личным отношениям и миру во всем мире, но для поиска истины они полезны. Потому что не согласные друг с другом люди при рассмотрении вопроса друг друга цепляют, приводят аргументы и контраргументы, и такая дискуссия идет в плюс спорящим сторонам и правосудию в целом.

Я уж не говорю про человеческое нежелание конфликтов. Вот мы сейчас с вами втроем собрались, и нам не хочется друг друга поддевать и обижать. Нам ведь еще завтра вместе работать, и послезавтра тоже. А когда в дискуссии много участников, тогда и шанс услышать другой взгляд гораздо выше.

А.В.: Значит, можно внутри коллегии сделать Президиум или Сенат.

Ю.Т.: Да, создать Сенат коллегии из, например, 15 человек. Я считаю, это оптимальное число. В коллегию входят 30 судей, а значит, членство каждого из них в Сенате будет посменным: год через год.

А.В.: А каково в этой картине мира место Президиума ВС?

Ю.Т.: Президиум нужен там, где требуется снять противоречия по вопросам права в позициях разных коллегий, возникшие при рассмотрении конкретного дела. Это редчайший случай.

А.К.: Например, когда в одну из коллегий попадает спор, в рамках которого встает вопрос права, разре-

шаемый разными коллегиями по-разному, и требуется поставить точку в вопросе.

А.В.: Почему ее не может поставить Пленум?

Ю.Т.: У него другие функции, не связанные с разрешением конкретных споров. Постановления Пленума по одному узкому вопросу права не принимаются.

А.В.: То есть это абстрактное нормотворчество.

Ю.Т.: Да, а у Президиума нормотворчество каузальное, исключительное. Но если говорить откровенно, то в этой модели Президиум не обязателен.

А.В.: Можно ли сказать, что с 2014 г. разнობой в судебной практике увеличился?

Ю.Т.: Конечно. До объединения высших судов тенденции практики были понятны, они проявлялись в конкретных постановлениях Президиума ВАС РФ, которые с каждым годом становились все более похожи на прецеденты. Все чаще, если та или иная позиция попадала в постановление Пленума, какая-то концептуальная точка в конкретном вопросе права ставилась. Сейчас же случаев, когда внутри одной коллегии высказываются противоположные выводы и правовые позиции, становится больше. Я статистику не собирал, но впечатление складывается такое.

И выходит так, что мы в суде первой инстанции ссылаемся на одно определение, а нам оппоненты демонстрируют другое, абсолютно противоположное. Начинается дискуссия о сортах определения: какое из двух более релевантное и позднее вынесено, как будто мы свежесть осетрины обсуждаем.

А.К.: Разнობой в практике толкования закона нижестоящими судами увеличился по трем причинам. О первой мы уже говорили — это менее высокий формальный авторитет документов, которые исходят из ВС. Суды не так уж и редко стали отклонять ссылки сторон на практику ВС классическим «что вы нам тут показываете, у нас не прецедентное право». Постановлений Президиума по гражданским делам практически нет, определения выглядят ниже по статусу, и связанность ими судов кажется меньше, особенно в свете более часто встречающихся противоречий. Вторая причина — качество правовых

мотивировок, которое в КЭС как минимум не растет, а у Коллегии по гражданским делам (за редкими исключениями) традиционно низкое. На мой личный вкус, ряд судей КЭС сейчас отписывают определения на уровне даже выше среднестатистических постановлений Президиума ВАС РФ, но в целом картину назвать радостной сложно. А третья причина — общее ощущение, что унификация практики перестала быть сверхзадачей ВС.

А.В.: Притом что ради этого в том числе высшие суды и объединяли.

А.К.: Да, но все понимают, что, во-первых, это самая последняя цель, которая могла стоять за объединением, а во-вторых, она в любом случае не достигнута. Раньше был тренд на унификацию, на приближение к прецедентности. Сейчас у многих вроде бы возникло впечатление, что такого тренда нет, и разнობой в судебной практике по вопросам права увеличился. Речь идет о разном толковании закона российскими судами. В одном регионе закон толкуется одним образом, в другом — другим, и это приводит к коррупции, к административному давлению, нарушению принципа правового государства и равенства всех перед законом.

А.В.: А чем вообще объясняется неприятие судебного прецедента в наших официальных кругах?

А.К.: Дело в том, что прецедент дает четкость и внятность, а это увеличивает значение права, институтов (правил, хороших или не очень) и снижает роль произвола и ручного управления. Если мы дойдем до уровня формального прецедента или хотя бы воспримем подход Германии, Голландии и других европейских стран, где не признается формальный прецедент, но правовые позиции высшего суда эффективно унифицируют судебную практику и суды, как правило, стараются им следовать, то степень правовой определенности существенно повысится.

Если правовые позиции высшего суда нельзя проигнорировать, развивается право. Формирующаяся определенность обеспечивает предсказуемость, это опять же повышает роль юристов и юридической аргументации, снижает роль коррупционных, административных, телефонных и иных факторов.



Такие перемены, в принципе, могут быть не в интересах влиятельных сил, которым выгодны ручное управление и принципиальный отказ от формирования прочных институтов. Унификация судебной практики понижает степень произвола, а это далеко не всем представителям элит может понравиться. Такой политический интерес нередко прикрывается пустыми лозунгами о том, что суды не творят право, и разделение властей или какие-то иные принципы препятствуют формированию прецедентного или квазипрецедентного влияния практики высшего суда на суды нижестоящие.

Ю.Т.: Да, это первая отправная точка. Только высший суд может расставить все точки над *i*. Поэтому тот, кто против прецедента, тот против права, чем бы он ни мотивировал свою позицию. Те, кому нужен бардак и амбивалентность, заведомо против прецедента.

С практической точки зрения я как адвокат могу сказать, что на прецеденты всегда можно опереться, чтобы объяснить клиенту перспективы той или иной позиции. Допустим, клиент считает, что он прав. Я тоже считаю, что он прав. Но если я знаю, что есть прецедент, который, к сожалению, против нас, то наши шансы победить будут минимальными. Но, раз уж я с клиентом согласен, мы можем пойти до Верховного Суда и там — вообще без каких-либо гарантий — попытаться изменить правовую позицию.

А.В.: Преодолеть сложившуюся практику.

Ю.Т.: Да. И это уже другое целеполагание и совершенно иные риски и шансы. Поэтому развитие прецедента сдерживают те, кому не нужна определенность, кому хочется, чтобы солнце всегда светило с их стороны.

А.К.: Сделаю одно очень важное дополнение, чтобы не вводить в заблуждение читателей. Мы говорим о прецеденте в широком смысле. В Англии или США прецедент формально обязателен как источник права. Но правовые позиции высшего суда могут и не иметь такого статуса. Во многих континентально-европейских правовых системах устоявшаяся практика высшего суда фактически предопределяет развитие практики в нижестоящих судах, не будучи при этом источником права.

Прецедентная составляющая, независимо от формы ее реализации, имеет ключевое значение не только для снижения коррупционных факторов и произвола, но и для снижения судебной нагрузки.

Когда правовой определенности нет, каждый идет в суд в надежде на то, что его прочтение закона не хуже других, раз суды толкуют закон по-разному. То есть увеличивается судебная нагрузка, ведется множество бесплодных и бессмысленных судебных споров. Когда же правовая определенность есть, людям намного проще просчитать исход судебного спора, прийти к мировому соглашению и не подавать бесперспективные иски.

Против утвердившейся практики пойдут только те, кто к этому готов и кто действительно хочет изменить такую практику.

А.В.: Или нюансировать ее — осуществить то, что в английском языке называется *distinguishing*.

А.К.: Да. И в этом случае все усилия юристов направляются на унификацию и уточнение правовых позиций. То есть, допустим, они видят, что конкретно сейчас правовая позиция такова, но при этом им кажется справедливым отделить от нее ту или иную специфическую ситуацию. Они идут в суд и доказывают, что в их кейсе есть особые обстоятельства, требующие уточнения существующих правил игры, и предлагают суду сделать это уточнение. Иначе говоря, и юристы, и суды не сговариваясь работают на уровне уточнения и развития права. А не поддерживают бардак, при котором споры разрешаются, кто-то проигрывает или выигрывает, но толкование закона в каждом споре разное, и никакого развития права не происходит.

Ю.Т.: Я всегда использую в качестве метафоры муравейник. Никто ни с кем не договаривается, каждый муравей тащит свою травиночку, песчиночку... А в итоге строится целый муравейник, потому что есть единый каркас. Так же и мы приносим в суды свои аргументы, но поскольку в практике уже есть остов, он только усиливается, расширяется. То есть мы несем всё в дом. Когда прецедентов нет, мы этот дом, наоборот, растаскиваем, каждый в своих нуждах. И это, в принципе, нормально, людьми движут свои интересы. Но когда у

нас есть муравейник, который мы строим, мы своими аргументами его только укрепляем. И даже тот, кто хочет создать другой прецедент либо отменить существующий, на самом деле укрепляет его. Но опять же, он это делает только тогда, когда на то действительно есть какие-то сверхпричины и основания. А не просто потому, что ему блажь в голову взбрела.

А.В.: А как объяснить, что особых мнений практически не стало? В Верховном Суде они формально не запрещены, но и не разрешены. Такое возродившееся негативное отношение к особым мнениям как-то связано с тем, что прецедент тоже пошел на убыль?

Ю.Т.: Думаю, здесь есть несколько причин. Прежде всего, мы наблюдаем понижение уровня уважения к суду и независимости суда, а любое особое мнение — это если не оппозиционность в чистом виде, то как минимум некое несогласие. И в ВС оно сейчас не очень поощряется. Это мое оценочное суждение. Но есть и более объективная причина: в тройках труднее высказывать особое мнение, потому что разделение «один против двух» почти нивелирует правовую позицию ВС. Особое мнение в постановлении Президиума, составленном 15 судьями, задает новые вопросы и не обесценивает судебный акт, потому что один или два человека из 15 не могут инвалидировать общую позицию.

А когда определение выносят всего трое и у одного из них особое мнение, то это уже совсем хромое определение получается. Что это вообще за определение такое?

А.В.: Но формально особые мнения не запрещены. То есть, если какой-то судья ВС захочет его опубликовать в справочной правовой системе, к нему нельзя будет придраться.

Ю.Т.: Я уверен, что здесь есть так называемый замораживающий эффект. Судья должен понимать, для чего он это делает, почему он считает, что такая публикация нужна истории права. Хочет ли он сообщить что-то действительно важное и принципиальное *urbi et orbi*? Кроме того, чисто психологически судье нужно решиться противопоставить себя коллегам и поставить под сомнение силу вынесенного определения. В совокупности это сложно.

А.К.: Согласен: в тройках сделать это очень сложно. Но я бы еще добавил, что корпоративная культура, если так можно сказать, в ВАС и корпоративная культура в ВС принципиально различаются.

Ю.Т.: Давайте называть вещи своими именами. В ВАС были известные правоведы, которые не скрывали свою позицию, выступали на конференциях, семинарах, писали статьи и книги по острым вопросам права. Уровень транспарентности был беспрецедентно высок на любой стадии: от поступления жалобы до ее рассмотрения. Ты мог смотреть все заседания НКС и Президиума, судьи ездили по всей стране и четко и внятно выражали свою правовую позицию. И если уважающий себя член Президиума, доктор наук, профессор и преподаватель, высказывал свою позицию, а решение принималось против него, то он просто не мог молчать, он почти вынужден был написать свое особое мнение. И было понятно: есть мнение этого судьи, есть мнение Президиума. Президиум пока победил. Хорошо, пускай будет так. И мы уважали этот прецедент.

А при нынешнем уровне транспарентности судов и публичности судей ВС таким мотивам неоткуда взяться.

Особое мнение — это, как ни крути, некий вызов. И одних побуждающих мотивов судьи, о которых я говорил, может быть недостаточно. Очень важна позиция руководства, чтобы, например, председатель суда заявил, что он как минимум не против особых мнений (а еще лучше — что он поощряет такой активизм).

А.В.: Судьи Арбитражного суда Московского округа постоянно выкладывают в справочную правовую систему свои особые мнения.

Ю.Т.: По другим причинам.

А.В.: По каким же?

Ю.Т.: Если эти постановления отменяют, тому, кто показал всем, что он голосовал против, «ответка» не прилетит.

А.В.: А почему другие судьи так не делают?



Ю.Т.: В Москве много серьезных споров на большие суммы между государством и частными компаниями. Некоторые тройки в московской кассации выносили решения в пользу налогоплательщиков по знаковым налоговым спорам, но впоследствии эти акты отменялись ВС РФ, а судьи кассации, голосовавшие за налогоплательщика, лишились судейского статуса — естественно, кроме тех членов тройки, кто написал особое мнение и показал свою позицию. Иначе говоря, как минимум в ряде случаев такие особые мнения писались для вышестоящих читателей скорее из чувства самосохранения..

А.В.: Скажите, есть ли в России место для административного прецедента? Ощущают ли административные органы — ФНС, ФАС и т.д. — себя обязанными толковать закон в похожих между собой делах одинаково?

Ю.Т.: Бывает, например, какая-то определенная практика или правовая позиция в УФНС по Москве. Но четкой обязанности следовать ей нет, поскольку чиновники стараются, в силу уже названных причин, не ставить никакую точку. Любая точка неприятна административному органу, потому что сегодня надо вот так, а завтра надо будет по-другому.

А.К.: Они, конечно, вправе давать толкование закона, но связывать оно не может. Иначе получится, что какой-нибудь департамент московского правительства истолкует закон так или сяк, а потом сам же будет неспособен исправить эту ситуацию. Или мы должны тогда вводить в систему квазипрецедентную иерархию какую-то.

Ю.Т.: Но эти решения все равно прецедентны. Простая статистика: когда в налоговых органах ввели обязательную внутриведомственную апелляцию, количество налоговых споров уменьшилось раз в семь. Да, решения налоговиков не публикуются, но важные спускаются вниз, на уровень инспекций. И те понимают тренды: так копать, а вот так не копать, это признавать, а то — не признавать и т.д. Вы себе не представляете, сколько дуновений ветров существует внутри налоговой системы, не доходящих даже до судов.

А.В.: А почему эти внутриведомственные решения совсем не публикуются?

Ю.Т.: По многим причинам. Прежде всего потому, что им не нужен такой уровень транспарентности. Ведь за всё потом придется ответить. А этого не хочется. Будет больше претензий: вот инспекция считает НДС, или налог на прибыль, или НДСПИ таким-то образом, а это неправильно.

А.В.: То есть какой-то недопрецедент у нас получается?

Ю.Т.: Именно. Но есть пример очень активно работающей ФАС. Она систематизирует практику антимонопольных органов, дает разъяснения прямо и недвусмысленно и в большинстве случаев их публикует. Президиум ФАС России публикует всё, у них есть некое единообразие. Разъяснения Президиума ФАС даже судьи порой учитывают.

А.К.: Видимо, надо говорить о разных государственных структурах. В каждом ведомстве свои традиции унификации правоприменения. Если образуется какой-то центральный орган, который анализирует обращения, систематизирует и публикует решения по ним, то хочешь не хочешь, а формируется что-то похожее на административный квазипрецедент. Но таких ведомств пока очень немного.

А.В.: Значит, и здесь ситуация неутешительная. Каков ваш прогноз — будем ли мы снова обсуждать эти темы еще лет через шесть? Или что-то изменится в лучшую сторону?

А.К.: Я считаю, что надо написать еще одну статью и разобрать правотворческую деятельность ВС — с графиками, цифрами, с фамилиями. Нужно проанализировать практику формирования правовых позиций в Верховном Суде — как в ходе разрешения споров, так и в процессе подготовки абстрактных разъяснений. Следует посмотреть также, как изменилась правовая аргументация в сравнении с тем, что мы наблюдали в период ВАС. Сейчас, например, заметна разница в стилистике: определения КЭС похожи на постановления Президиума ВАС, а лучшие — на решения Верховного суда Германии, в них часто встречаются ссылки на судебную практику, принципы права, телеологическое толкование и в целом более или менее открытая аргументация. Коллегия по гражданским делам — совсем другая история: отсутствие ссылок

на судебную практику (или политико-правовые аргументы, или иные резоны выбора той или иной правовой позиции), несколько скованный стиль аргументации — в основном пересказ фактов спора и множество цитат из законов с минимизацией самостоятельной и открытой юридической аргументации; в этом последнем аспекте эти определения напоминают решения Кассационного суда Франции. Можно все это проанализировать и найти какие-то пути совершенствования.

Оценить перспективы сложно, потому что все зависит от того, о какой коллегии мы говорим. На уровне КЭС наблюдается определенный вектор развития, если сравнить с начальным этапом существования данной Коллегии. Некоторые показатели стали лучше по сравнению с тем, что было в 2014 г. Например, в определениях КЭС сильно выросло количество ссылок на ее собственную практику, на практику Президиума ВАС. Мне кажется, сейчас качество правовой аргументации в лучших определениях Коллегии не хуже, чем было в лучших постановлениях Президиума ВАС. Но есть и ряд проблем.

Остро стоит вопрос о приоритетах в фильтрации жалоб и о непропорциональном внимании к банкротной тематике при игнорировании других важнейших областей права. Этот перекос надо выравнивать.

К сожалению, как и во времена ВАС, качество правовой аргументации в КЭС неровное: отличные определения на уровне решений высших судов многих европейских стран сочетаются с проходными и очень поверхностными актами. Все зависит от состава тройки и конкретных персоналий.

В Коллегии по гражданским делам есть довольно серьезные проблемы с качеством правовой аргументации. Нередко оно просто удручает. Коллегии, на мой взгляд, следует принципиально пересмотреть подходы к составлению своих определений. Во-первых, эти тексты должны быть направлены не только на то, чтобы разрешить дошедший до ВС — во многом случайным образом — спор, но и на то, чтобы на его примере унифицировать судебную практику, ясно разрешить некий вопрос права

(например, толкования законодательной нормы), чтобы нижестоящие суды не повторяли аналогичные ошибки. В частности, следует ссылаться на свою же практику и периодически отменять решения нижестоящих судов, которые ее игнорируют. Во-вторых, тексты определений должны продемонстрировать модель правовой аргументации для нижестоящих судов, чтобы те видели лучшие образцы, которым стоит следовать. В-третьих, по актам высших судов во многом судят о праве в стране. Акт высшего суда должен быть первоклассным правовым текстом, который не стыдно обсуждать на юридических факультетах и читать юристам. Сейчас же это, мягко скажем, не так.

Судя по всему, данная Коллегия вообще не видит своей задачей унификацию практики посредством разрешения конкретных споров. Очень часто я лично согласен с решением Коллегии по существу, но правовая аргументация в нем страдает — унификационный потенциал определения оказывается нулевым. Хотелось бы, чтобы Коллегия увидела эту унификационную миссию (помимо задачи разрешения конкретного спора) и активно приступила к ее реализации.

О многих этих проблемах мы с вами, коллеги, писали в статье 2013 г. и применительно к ВАС.

А.В.: С неизбежностью происходит смена поколений. Как вы думаете, будет ли новое поколение судей более привержено идее права? Ведь прецедент — это, в общем, и есть право.

Ю.Т.: Приверженность праву — черта не поколенческая. Я считаю, что все зависит от человека, от того, кто он такой и какой путь прошел до кресла судьи. Если он учился, преподавал, практиковал, системно занимался правом и с низшего уровня правоприменения вырос до позиции судьи, то, конечно, он будет связан с правом и у него будут высокие результаты. А если он вырос в аппарате суда, какая здесь может быть независимость? Карьерный трек сильно влияет на судью. Если мы говорим про Верховный Суд, то, мне кажется, помогло бы добавление в состав судебного корпуса представителей других сфер и профессий — из науки, адвокатуры... Не должно быть единообразия. И с возрастом это никак не связано.



Если набирать судей из лучших представителей поколения, это будет суперсуд. А если из худших — то худший суд.

А.К.: Вообще, нужно разбавлять судебный корпус и уходить от взращивания судебного корпуса внутри него. Пора постепенно переходить к системе, когда судьями становятся люди с лучшим юридическим образованием, имеющие разнообразный правоприменительный опыт. Но пока мы видим, что перспектив у этого подхода нет. По чисто политическим причинам, естественно.

Ю.Т.: Мне в голову пришло такое название для статьи — «Вместо единомыслия судей нам нужно единообразиие практики». У нас сейчас царит единомыслие,

и это очень плохо и вредно, а вот судебная практика далека от единообразия. Такое сочетание порождает декаданс и регресс идей в сочетании с хаосом и деградацией институтов. А вот плюрализм мнений и единообразиие судебной практики — это хорошо. И мы должны от одного, плохого «едино-» перейти к другому, хорошему «едино-». От единомыслия к единообразию практики. Я давно выступаю за наличие в судах людей с разнообразными профессиональными треками. Это как кулинария: из топора ничего не сварить, как ни старайся. На одной косточке уже получится бульон, и он, конечно, будет лучше, чем каша из топора. А если добавить в него мясо, картошку, морковку, петрушку и т.д., то суп будет по-настоящему наваристый, вкусный и качественный. Но пока у нас получается одна только армейская гречка. ¹⁰