

## ТЕОРИЯ ПРАВА

*В. Л. Вольфсон*

### НЕПРИНУЖДЕННАЯ НЕУСТОЙЧИВОСТЬ. О СУДЬБАХ ПУБЛИЧНОГО ИНТЕРЕСА В ПЕРЕСМОТРЕ ВСТУПИВШИХ В ЗАКОННУЮ СИЛУ СУДЕБНЫХ АКТОВ

Согласно распространенному мнению многие европейские стандарты пересмотра вступивших в законную силу судебных актов, к которым Россия — преодолевая дурную публично-правовую наследственность — пусть и мучительно, но движется, также имеют выраженную, но иную, благородную публичную природу. Возникает соблазн считать, что события развиваются в правильном направлении, и дело только за временем. В этой работе автор попытался показать, что все из перечисленного — мнимость (нет ни наследства, ни стандартов, ни направления, ни движения), прикрывающая новую парадигму судебной власти, которую автор именуется «правоприменительным феодализмом» и которая, тем не менее, ярче всего показывает себя именно в стратегиях обращения с принципом правовой определенности.

*Ключевые слова:* принцип правовой определенности, частный и публично-правовой интерес, устойчивость субъективных гражданских прав, пересмотр вступивших в законную силу решений, Европейский Суд по правам человека, правовая позиция.

*Volfson Vladimir L.*

#### FREE AND EASY INSTABILITY. ON DESTINIES OF PUBLIC INTEREST IN REVIEW OF JUDGMENTS WHICH HAVE BECOME FINAL

In widespread opinion, many European standards of review of judgments which have become final to which Russia – overcoming negative public law heredity – is moving, although painfully, also have an expressed, however a different, noble public nature. There is temptation to think that events are being developed in the right direction, and the matter depends only on time. In this work the author tried to show that all the above mentioned is a fiction (there is no heredity, no standards, no direction, and no movement) covering a new paradigm of judicial authority which the author calls “law-enforcement feudalism” and which, however, manifests itself in the clearest way in the strategies of treatment with the principle of legal certainty.

*Keywords:* principle of legal certainty, private and public law interest, stability of subjective civil rights, review of judgments which have become final, European Court of Human Rights, legal position.

Институт пересмотра вступивших в законную силу судебных решений, словно в насмешку над его сущностью, остается одним из самых неустойчивых

---

*Вольфсон Владимир Леонович* — кандидат юридических наук, доцент, Санкт-Петербургский экономический университет, Российская Федерация, 191023, Санкт-Петербург, ул. Садовая, дом 21; [vwolfson@mail.ru](mailto:vwolfson@mail.ru)

*Volfson Vladimir Leonovich*— candidate of legal sciences, associate professor, Saint Petersburg State University of Economics, 21, Sadovaya str., St. Petersburg, 191023, Russian Federation; [vwolfson@mail.ru](mailto:vwolfson@mail.ru)

в национальном праве. Положение *res judicata*, окончательно (по умолчанию) решенного дела, в России преодолевается по-прежнему непринужденнее, чем, по мнению многих юристов, в частности из Европейского Суда, ожидается от юрисдикции, признающей принцип правовой определенности так, как он понимается самим Судом исходя из его толкования Конвенции по правам человека.<sup>1</sup> Русский надзор, утратив шансы на конвертацию в иноязычные значения, с некоторых пор зовется просто *nadzor*,<sup>2</sup> под стать «спутнику» и «перестройке», но в отличие от них не символизирует прогресс. Регулярность промульгации процессуальных новелл, активность их модерации (предварительной и последующей) Конституционным Судом и, сделаем здесь акцент, креативность их адаптации двумя другими ареопагами не приводят ни *nadzor*, ни сообщающийся с ним институт пересмотра по вновь открывшимся обстоятельствам к итогам, совместимым со стандартами Конвенции. Если же исходить из логики построения новой парадигмы разделения властей, которую автор этой статьи именует реваншем правоприменительного феодализма, они, скорее, от них отдаляются, коль скоро эти правоотношения непосредственно входят в область статусных интересов судебной аристократии. В любом случае, находясь в таком контексте, российская наука частного права стоит перед необходимостью поиска ответов на вопросы о правовой природе пересмотра судебных актов, вступивших в законную силу. Наддисциплинарный термин уместен: не подлежит сомнению, что проблема устойчивости субъективных частных прав должна волновать не только процессуалистов, но и цивилистов, вообще же всех специалистов в различных отраслях частного права. И только тем, кто возвысится над профильными разделами к общему частнопрововому дискурсу, под силу будет выявить ту базовую характеристику преодоления *res judicata*, которая естественным образом должна предварять обнаружение всех прочих признаков этого правового явления и, однако, не установлена до сих пор; только находясь на таком метауровне, можно сказать, обладает оно исключительно частнопрововой или смешанной с публичной природой.

Факультативную мотивацию решению этой задачи придает «кристаллизация», переход из неявных в эксплицитно выраженные, публичных оснований пересмотра в российском процессуальном законодательстве. Даже в кассационной, т. е. в соответствии с иерархией Федерального закона от 9 декабря 2010 г. № 353-ФЗ (далее — ФЗ-353),<sup>3</sup> не экстраординарной инстанции, к которой перешла прежняя компетенция надзорной, решение может быть отменено по мотиву защиты публичных интересов; за четвертой же инстанцией, сохранившей свое нарицательное имя и целиком, в полном соответствии с указанной парадигмой, интегрированной в кастовые привилегии высшего синедриона, закреплены ныне исключительно публично-правовые привилегии отмены.<sup>4</sup> Общая юрисдикция копирует арбитражную.

<sup>1</sup> Конвенция о защите прав человека и основных свобод, с изм., внесенными 13 мая 2004 г. (далее — Конвенция) // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>2</sup> См., напр.: Interim Resolution ResDH(2006)1 concerning the violations of the principle of legal certainty through the supervisory review procedure («*nadzor*») in civil proceedings in the Russian Federation — general measures adopted and outstanding issues. Онлайн база данных документов Совета Европы.

<sup>3</sup> Федеральный закон от 9 декабря 2010 г. № 353-ФЗ «О внесении изменений в Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>4</sup> Президиум Верховного Суда в соответствии со ст. 391.9 может отменить или изменить принятые ранее судебные постановления, если установит, что они нарушают: 1) права и свободы человека и гражданина, гарантированные Конституцией Российской Федерации, общепризнанными

В АПК 1992 г. единственная (надзорная) инстанция по пересмотру действующих актов не наделялась компетенцией делать это по публичным основаниям. АПК 2002 г. предусмотрел двухинстанционную систему внешнего контроля, где в кассации *res judicata* преодолевается при стандартных условиях (неправильное применение норм права к спорному правоотношению или неверное определение оснований), а в надзоре — только на перечисленных в ст. 304 основаниях, которые все до единого служат выражением публичного интереса.<sup>5</sup>

Ретроспектива преодоления *res judicata* в России, по понятным причинам, изобилует поводами для обобщений, но учит она, на наш взгляд, наших процессуалистов не тому, чему могла бы. Я полагаю, что история обсуждаемого явления должна быть написана в кратологических терминах, т. е. в терминах организации власти. Такое описание, если будет корректным, позволит, поскольку сделает ясным причины соотношения публичного и частного в исследуемых типах этого института, получить и максимально точную идею этих пропорций, придать им логику тенденции и освободить теоретические представления о существовании явления — в той мере, в какой абстрактное юридическое знание не свободно от внушенных ему априорных максим легальной истории, — от тех парадоксов, которые, по нашим наблюдениям, оно не может сейчас объяснить. По-видимому, дальше опыта такого описания представленная работа заходить не должна — и ввиду физической ограниченности формата, и потому, что целесообразно было бы выделить правомочность самого вопрошания о том, насколько уместны публичные элементы в институте, призванном изменить уже юридически действующее распределение прав и обязанностей субъектов частного правоотношения.<sup>6</sup>

Тоталитарное общество является царством нормы, и под натиском нормы должна уступить любая сила, в том числе действующего судебного акта. В советский период тотальный процессуальный контроль — именно процессуальный, а не только дисциплинарный — над отправлением правосудия во всех звеньях судебной системы был имманентен парадигме. Ленинские заветы «продвинуться дальше в усилении вмешательства государства в “частноправовые отношения”, в гражданские дела», а также «не выпустить из своих рук ни малейшей возможности расширить вмешательство государства в “гражданские” отношения» достаточно известны и становятся почвой для спекуляций об ответственности социалистического строя за искоренение частного права. Но красноречивее, на наш взгляд, другая часть той же фразы: «нам сейчас грозит опасность — в этой области недоделать (а не опасность “пере” сделать)».<sup>7</sup> В этом речении, с учетом, конечно, приведенного контекста, и ярко, и ясно раскрывается сущность тоталитаризма. И в частности — программа

---

принципами и нормами международного права, международными договорами Российской Федерации; 2) права и законные интересы неопределенного круга лиц или иные публичные интересы; 3) единообразии в толковании и применении судами норм права. Нет, конечно, никаких сомнений, что не только второе и третье основание, но и первое выражают публичный интерес.

<sup>5</sup> Они тождественны предусмотренным ст. 391.9 ГПК, но без упоминания о конституционных гарантиях.

<sup>6</sup> Для целей этой работы намеченные рассуждения будут показаны как последовательность общих положений. В монографии с условным названием «Устойчивость субъективных прав», которая готовится к изданию, имеется их развернутое изложение.

<sup>7</sup> Ленин В. И. Письмо Д. И. Курскому от 22.02.1922 г. с замечаниями на проект Гражданского Кодекса // Полн. собр. соч. Т. 44. 55-е изд. С. 411. М., 1970 (цит. по: <http://www.uaio.ru/vil/44.htm>).

построения *nadzor'a* на будущие годы. Поэтому принципиально, а не просто лексически неточно указание на то, что доктрина надзора как дисциплинарного, но не процессуального института, закрепленная в уставах 1864 г.,<sup>8</sup> «не была принята во внимание при создании в 1917–1918 гг. нового суда, подготовке нового законодательства о судоустройстве и судопроизводстве»:<sup>9</sup> эта доктрина пересмотра если и могла быть принята во внимание большевиками, то только как эталон с негативным значением: их *nadzor* не мог не стать тем, чем кассация по Уставу 1864 г. не являлась. Нуждается в восполнении поэтому и объяснение множественности надзорных инстанций в советские годы низким качеством работы судов:<sup>10</sup> даже если бы качество отправления правосудия было высоким, тоталитарный режим исключил бы положение, при котором могло бы устоять в правовой силе решение, не соответствующее норме права, — где акцент опять-таки не на «праве», а на норме.<sup>11</sup> В советской процессуалистской культуре тоталитарная идея нормативной бескомпромиссности получила известность под именем «принцип законности».

Безграмотностью судей не объяснить, отчего же система не ограничивалась одним надзорным пересмотром, а допускала его столько раз, «сколько нужно» — сколько понадобится для торжества нормы.<sup>12</sup> Авторы того времени совершенно справедливо указывали, что «надзорное производство вытекает не из права стороны жаловаться на неправильное, по ее мнению, судебное решение, а из обязанности высших судебно-прокурорских органов наблюдать, чтобы каждое судебное решение

---

<sup>8</sup> Уставом гражданского судопроизводства 1864 г. пересмотр вступивших в законную силу решений в кассации допускался в качестве исключения, каковым, в соответствии со ст. 793 помимо наиболее грубых процессуальных нарушений и юрисдикционных дефектов постановлений, признавалось только *явное* нарушение прямого смысла закона или неправильное его толкование (см.: Судебные уставы 1864 г., с приведением рассуждений, на коих они основаны. СПб., 1886. Часть 1. С. 360. — Классика российского права // «КонсультантПлюс»). В силу концепции судебного надзора как института управления, а не функционального контроля, многократно разъясненной в постановлениях Сената, и сам по себе этот институт нашел юридическое воплощение не в процессуальном законодательстве, а в нормах о судоустройстве Учреждения судебных постановлений 1864 г., знаменуя сколь очевидное для правового государства, столь и немислимое в условиях феодального реванша разделение компетенций.

<sup>9</sup> Борисова Е. А. Проверка судебных актов по гражданским делам. М., 2005.

<sup>10</sup> Пучинский В. К. Пересмотр судебных постановлений в порядке надзора в советском гражданском процессе. СПб., 2007. С. 54–60.

<sup>11</sup> Утверждение тотальности нормы подразумевает кадровое обновление. Уже к 1923 г. состав судейского корпуса был, по-видимому, в подавляющем большинстве сменен по отношению к дореволюционному показателю. 54,6 % судей были выходцами из крестьян, 23,7 % — из семей рабочих. Высшего образования (какого бы то ни было) не имела и десятая часть судей (см.: Абдулин Р. С. Кадровое и организационное обеспечение судебной системы после Октябрьской революции 1917 г. // Российская юстиция. 2006. № 6. С. 70). Конечно, такое положение само по себе обязывает учреждать процессуальный (как противоположность организационному) *nadzor*. Но легко видеть действие главной причины — не только за этой факультативной, но и вне ее.

<sup>12</sup> Уже с 1926 г. правом принесения протеста наделялись руководители (включая замов), как судейские, так и прокурорские, как губернские, так и республиканские и, само собой, общесоюзные. К ним вскоре присоединились органы юстиции, а чуть позже уже и районные прокуроры. Борьба за норму предполагала централизацию *nadzor'a* (поэтому Закон о судоустройстве СССР 1938 г.), она же нуждалась в кадровом ресурсе (поэтому Указ от 14 августа 1954 г. «Об образовании Президиумов в составе верховных судов союзных и автономных республик, краевых, областных судов и судов автономных областей», новое расширение надзорной инициативы. — Библиотека нормативно-правовых актов СССР).

соответствовало закону и интересам государства и трудящихся масс».<sup>13</sup> В ст. 13 и 14 Основ и ст. 11 и 12 ГПК РСФСР 1964 г. закреплялась трехуровневая система судебного процессуального надзора (сообразно административному устройству) вкупе с надзором прокурорским — с правом надзорной инициативы и пересмотра на всех уровнях (кроме районного) и без каких бы то ни было ограничений по срокам и количеству.<sup>14</sup> Суд не был связан доводами протеста, он был обязан проверить дело в полном объеме, принятые решения проверялись как в опротестованной, так и в неопротестованной части (ст. 327), в деле обязательно участвовал прокурор (ст. 328). Особо замечательная деталь: в соответствии со ст. 325 стороны извещались о времени и месте рассмотрения дела в необходимых случаях,<sup>15</sup> но обращение с заявлением о принесении протеста в порядке надзора не подлежало оплате государственной пошлиной.<sup>16</sup>

Не могло в советской стране быть такого *res*, чтобы раз и навсегда стало *judicata*, — не было дела, чтобы не было до него дела государству. Ибо «ни одно решение не может быть оставлено в силе, независимо от срока его вынесения, если оно незаконно».<sup>17</sup> Это царство нормы просуществовало, с модуляциями, вплоть до его краха в 90-х годах XX в. В силу одного этого факта спекуляции о том, что причину тотального *nadzor'a* следует искать в низком качестве советского правосудия, неуместны. Упомянем в этом контексте и инстанцию, которая проверяла не вступившее в силу решение. Известная в теории процессуального права как «советская кассация», она все же в существе своем была кассацией, а не апелляцией, т. е. не обладала компетенцией самостоятельного решения вопросов факта.<sup>18</sup> Можно видеть в этом

<sup>13</sup> Гродзинский М. М., Чапурский В. П. Кассационное и надзорное производство по уголовным и гражданским делам. М., 1945. С. 44 (цит. по: Борисова Е. А. Проверка судебных актов по гражданским делам. М., 2005. С. 190). Поучительно сравнить это понимание надзорного «наблюдения», а точнее — его предмета с тем, которое господствовало до революции: «Сущность всякого надзора состоит в наблюдении, чтобы подчиненные сему надзору места и лица исполняли в точности свои обязанности, не отступая ни в чем от предписаний закона, в восстановлении нарушенного порядка, а когда нарушение произошло по чьей-либо вине, то и в привлечении виновных к законной ответственности». Ясно, что последнее понимание предмета надзорной функции изымает из него процессуальную деятельность (см.: Судебные уставы 1864 г., с приведением рассуждений, на коих они основаны. Часть третья. СПб., 1867. С. 117. — Классика российского права // «КонсультантПлюс»).

<sup>14</sup> Закон СССР от 8 декабря 1961 г. «Об утверждении Основ гражданского судопроизводства Союза ССР и союзных республик»; Гражданский процессуальный кодекс РСФСР. Закон РСФСР от 11 июня 1964 г. — Библиотека нормативно-правовых актов СССР. — При этом правом *certiorari* обладали даже районные прокуроры, которые могли «входить» с представлением о принесении протеста к вышестоящему прокурору (ст. 322 ГПК).

<sup>15</sup> Сейчас извещение сторон является обязательным, но их неявка не препятствует рассмотрению дела (абз. 2 п. 2 ст. 391.10 ГПК; ст. 302 АПК).

<sup>16</sup> Борисова Е. А. Проверка судебных актов по гражданским делам.

<sup>17</sup> Трубников П. Я. Пересмотр решений в порядке судебного надзора. М., 1974. С. 244.

<sup>18</sup> В соответствии со ст. 246 ГПК 1923 г. проверка судебного акта во второй инстанции, в случае когда «жалоба заслуживала уважения», могла закончиться лишь отменой решения (в том числе частичной) с передачей на новое рассмотрение либо прекращением производством. Причем Пленум Верховного Суда СССР в Постановлении «О строжайшем соблюдении процессуальных норм в гражданском процессе» от 28 октября 1935 г. № 52 даже исключил возможность принятия нового решения при отсутствии необходимости исследования фактических обстоятельств, ранее в исключительных случаях допускавшихся судебной практикой (см. об этом: Лесницкий Л. Ф. Судебная практика и гражданский процесс // Судебная практика в советской правовой системе / отв. ред. С. Н. Братусь. М., 1975. С. 289). Закон СССР «О судостроительстве» от 16 августа 1938 г. допустил в ст. 16 обжалование с представлением сторонами материалов (т. е. помимо имеющихся в деле). Но кассационная инстанция

свидетельство как тоталитарной сущности обсуждаемой парадигмы, во имя верховенства нормы всегда оставлявшей место для высшего, над любым прочим, суда и потому относительно либеральной к фильтру для не вступивших в силу решений (известно, что в порядке надзора пересматривалось больше дел, чем в кассации),<sup>19</sup> так и не столь уж бедственного уровня правосудия в первой инстанции.

Однако ни в Основах 1961 г., ни в ГПК 1964 г. мы не найдем правовых позиций (в личине «единообразия практики» или вне ее) в перечне оснований для отмены в порядке надзора. Единственным основанием в ст. 51 Основ и ст. 330 ГПК 1964 г. названы необоснованность или существенные нарушения норм материального или процессуального права.<sup>20</sup>

Вполне естественно, что с наступлением новой эпохи процедура надзора должна была обнаружить тренд к компромиссности. Существо судебной, как и любой другой, ветви российской власти было уже таково, что ей не нужна была победа нормы любой ценой. В виде правила по умолчанию надзорные суды, начиная с 1995 г., ограничиваются пределами жалобы,<sup>21</sup> но выход за них, если надзорный суд сочтет преобладающими «интересы законности», резервируется, — сначала в интересах законности закон был «подправлен» компетентной это делать в новой России властью,<sup>22</sup> затем та добилась внесения в него поправок.<sup>23</sup> Тогда же при проверке решений вторая инстанция начинает работать по принципу неполной апелляции, т. е. осуществлять полный пересмотр с учетом всех доказательств, с изъятием тех, что при первом рассмотрении не были представлены по явно неуважительной причине.<sup>24</sup>

Другим свидетельством растущего оппортунизма в вопросах нормы (т. е. отступления от «принципа законности») явилось наделение правом надзорного

---

вплоть до своей реформы не вправе была исследовать новые доказательства, устанавливая факты (см. ст. 294 и 314 ГПК 1964 г. в ред. до Федерального закона «О внесении изменений и дополнений в Гражданский Процессуальный Кодекс РСФСР» от 30 ноября 1995 г. № 189-ФЗ; далее — ФЗ-189), выносить на основании оценок этих фактов решение (ст. 305).

<sup>19</sup> См., например, абз. 7 Преамбулы к Постановлению Пленума Верховного Суда Белорусской ССР от 8 сентября 1989 г. № 7 «О практике рассмотрения Могилевским областным судом гражданских дел в кассационном порядке и в порядке надзора». — Информационный портал «Бусел». — См. также: *Зайцев И. А.* Устранение судебных ошибок в гражданском процессе. Саратов, 1985. С. 117.

<sup>20</sup> При этом вполне ожидаемо, что принцип существенности нарушений как оправдание пересмотра не всегда выдерживался (см.: *Терехова Л. А.* Надзорное производство в гражданском процессе. Проблемы развития и совершенствования. М., 2009. С. 25).

<sup>21</sup> Статья 327 ГПК РСФСР в ред. Федерального закона «О внесении изменений и дополнений в Гражданский процессуальный Кодекс РСФСР» от 30 ноября 1995 г. № 189-ФЗ. <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=39640> — ИПБ «Консультант».

<sup>22</sup> *Обзор судебной практики Верховного Суда РФ за III квартал 2004 г.*, п. 11 (Бюллетень Верховного Суда РФ. 2004. № 3. [http://www.supcourt.ru/vscourt\\_detale.php?id=1609](http://www.supcourt.ru/vscourt_detale.php?id=1609)).

<sup>23</sup> Статья 390 ГПК Федеральным законом «О внесении изменений в Гражданский процессуальный Кодекс Российской Федерации» от 14 декабря 2007 г. № ФЗ-330 (далее — ФЗ-330) была дополнена ч. 1.1 соответствующего содержания.

Эта доктрина, которую в процессуальной литературе, не отягощенной кратологическим дискурсом, принято относить к реликтам «классической ревизии», в действующей редакции воспроизведена в ч. 2 ст. 390, относящейся к кассационному пересмотру — в классической схеме антиподу «ревизии». <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=121602;fld=134;dst=100009;rnd=0.004268650075973657>.

<sup>24</sup> ФЗ-189 от 30 ноября 1995 г. с названными выше изменениями в ГПК и ст. 155 АПК 2002 г., ныне ч. 2 ст. 322 и ч. 2 ст. 268 действующих ГПК и АПК.

обжалования, причем с введением лимита сроков,<sup>25</sup> сторон в деле и заинтересованных лиц, правда, с сохранением надзорной инициативы за органами прокуратуры и Председателем Верховного Суда и его заместителем в ст. 389, — и уже без ограничения сроков.

Перечисленные изменения, будучи, как указывалось, порождением новой публичной парадигмы *nadzor'a*, в силу своего внешне либерального характера не могли не вызывать поддержку в органах Совета Европы, которые, во всяком случае в нулевых годах, были далеки от понимания сути происходящего поворота, что легко видеть из текста уже упоминавшейся Промежуточной Резолюции Комитета министров 2006 г.<sup>26</sup> Однако на переходе от тоталитаризма к неофеодализму в *nadzor'e* проявлялись еще два качества, столь же предсказуемо не встречавшие сочувствия, уже независимо от понимания, в европейских учреждениях.

Первое — это перераспределение компетенций внутри касты. У новой, феодальной судебной власти имелось немало причин пожертвовать процедурными привилегиями вассальных корпораций в пользу ее высшей аристократии. Как хорошо известно, при феодальном строе в обществе нет независимых (свободных) сегментов: свободен лишь суверен, все индивидуумы являются его поданными, а касты — вассалами, причем ранжированными по сословному, иерархическому — со строго предписанным объемом привилегий и тягот — принципу. Перед высшими судебными чинами стояла задача завоевать контроль за правовым пространством, а для этого все низшие инстанции предстояло встроить в ту самую классическую «вертикаль», по сути — ось наступившей эпохи, и наличие у этих (теперь уже) подчиненных сил на вооружении тех же самых компетенций подавления правовой определенности как минимум не выглядело необходимым, а в понятном смысле и нежелательным. Именно так мы предлагаем взглянуть на причины закрепления в наших процессуальных кодексах исключительных полномочий на надзорное производство за президиумами высших федеральных судов вкуче с принципом его чрезвычайности, т. е. недоступности *nadzor'a* без исчерпания всех прочих (ординарных) правовых средств обжалования судебного акта. По нашему убеждению, обе эти доктрины полностью укладываются в парадигму правоприменительного феодализма. Льгота освобождения от обременительного труда всегда входит в статусный пакет привилегированных классов. Исполнение тягот перекладывается на нижестоящие страды, чей уровень ответственности уже заблаговременно повышен (преобразование «советской» кассации в «неполную» апелляцию в 1995 г.). В разбираемом же случае судебная аристократия не просто сокращает рабочие часы без всякой потери любых видов доходности, но и ставит императивный фильтр, объективно отсеивающий

---

<sup>25</sup> Один в год в исходной редакции ст. 376 ГПК, 6 мес. в редакции ФЗ-330 от 14 декабря 2007 г. Более того, ввиду отсутствия указаний в исходной редакции ст. 112 о восстановлении этот срок следовало даже считать пресекательным. Однако Федеральным законом от 28 июля 2004 г. № 94-ФЗ «О внесении изменений в Гражданский процессуальный Кодекс Российской Федерации» в ст. 112 были внесены изменения, оговорившие возможность восстановления сроков; ФЗ-330 эту возможность перевел в режим объективной исключительности.

<sup>26</sup> Interim Resolution Res DH(2006)1. — Комитет министров, в частности, выражает удовлетворение закреплением права инициировать пересмотр только за сторонами спора, а также лицами, чьи права затронуты принятым решением, усматривая в этом, по-видимому (ошибочно, как уверен автор), возобладание частнопроводного понимания *nadzor'a*. Ожидаемое одобрение высказано и установлению годичного предела для надзорного обжалования.

наименее обоснованные жалобы, поскольку новые кассационные инстанции надеются прежними надзорными привилегиями по лишению акта законной силы (ст. 387 ГПК),<sup>27</sup> и одновременно полностью сохраняя контроль за подвассальными чинами в иерархии. И, кроме того, статифицируя эти доктрины, можно показать европейским организациям и Конституционному Суду, что не остаются без внимания настойчивые рекомендации в первом случае и деликатные намеки — во втором.<sup>28</sup> Но ведь на отъем и завоевание статусных привилегий, когда они десятилетиями не меняют бенефициаров, должно уйти время, и это тоже, как видно по их инвективам в адрес России, было невдомек ЕСПЧ и Комитету министров, при готовности «с известным пониманием отнестись к преобладающему как в российских властных кругах, так и в профессиональной среде мнению в пользу сохранения на данный момент процессуального института надзорного пересмотра, основанному на том, что таковой представляет собой незаменимый при существующих условиях инструмент исправления значительного числа ошибок, которые допускаются судами на местах и на региональном уровне»,<sup>29</sup> каковая готовность к пониманию как раз обнажает полнейшую неготовность понять суть происходящих перемен.<sup>30</sup> К тому же темпы этой операции были неодинаковы в той и другой юрисдикции. Принцип исключительности надзорной власти был закреплен за Президиумом ВАС еще во втором АПК 1995 г. (ст. 183)<sup>31</sup> и предсказуемо не претерпел изменений в третьем АПК. Принцип исчерпания в арбитражном процессе действует только с 2002 г. (первая же редакция ч. 3 ст. 292 третьего АПК);<sup>32</sup> в ГПК он появился в 2004 г. (все тот же

<sup>27</sup> Отметим, что и процедура в кассационных судах общей юрисдикции (см. ст. 377 ГПК) сохранила двухфазовый цикл *nadzor'a* в его версии до ФЗ-353. Высшим ареопагам провинций оставлены и другие статусные привилегии.

<sup>28</sup> Мы имеем в виду, прежде всего, конечно, Постановление Конституционного Суда от 5 февраля 2007 г. № 2-П (Российская газета. 2007. 14 февр.), прославленное, прежде всего, фигурой «воздержания» от формального признания не соответствующими Конституции положений ГПК, в мотивировочной части фактически уличенных КС в этом несоответствии.

<sup>29</sup> Interim Resolution Res DH(2006)1.

<sup>30</sup> Впрочем, в середине нулевых годов XXI в. апология надзорного производства, в котором продолжали хотеть видеть воплощение «принципа законности», отнюдь не была экзотикой. Встречаются, например, такие высказывания: «...государство не имеет право мириться с сохранением в силе нелегитимных судебных актов... Оно обязано преодолеть судебную ошибку не только по просьбе потерпевшего лица, но и по собственной инициативе, в рамках внутренней самопроверки...» (Воробьев Е. Г. К вопросу о несоответствии сроков материального и процессуального права для судебной защиты гражданских прав в порядке надзора // Арбитражный и гражданский процесс. 2004. № 8. С. 33). М. Ю. Новик-Качан также убежден, что «защита публичных интересов [...] является приоритетной целью стадии производства в порядке надзора» (Новик-Качан М. Ю. Надзорное производство в гражданском процессе. Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 36–37). А в текущем десятилетии «оппозиция справа» уже неизбежно артикулирует свой протест: «Существующая как в зарубежной науке, так и в практике Европейского суда по правам человека точка зрения о неэффективности российского производства в порядке надзора вследствие его несоответствия теории *res judicata* (правовой определенности) является ошибочной на концептуальном, методологическом уровне» (Малешин Д. Я. Гражданская процессуальная система России. Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2011. С. 48).

<sup>31</sup> В соответствии со ст. 133 первого АПК 1992 г. надзорные протесты рассматривались изначально коллегией ВАС или его Пленумом, однако Законом РФ от 5 июля 1993 г. № 5334-1 (СПС «КонсультантПлюс») надзорными полномочиями были также наделены пленумы и президиумы ВАС республик в составе РФ — хорошая иллюстрация диалектичности процесса.

<sup>32</sup> Л. А. Терехова усматривает принцип исчерпания уже в правиле ст. 185 АПК 1995 г. («заявление о принесении протеста может быть подано... после рассмотрения дела в апелляционной или кассационной инстанции») (см.: Терехова Л. А. Надзорное производство в гражданском процессе. Проб-



ФЗ-330),<sup>33</sup> а исключительную надзорную компетенцию Верховный Суд смог получить только в 2012 г. (ФЗ-353).

Во-вторых, на этом переходе были и есть такие изменения в процессуальном законодательстве, которые, нагляднее прочих показывая вектор перераспределения бонусов, в кратологическом дискурсе, да и вообще в памяти об эпохе, выступают ее наиболее заметной характеристикой, но в обсуждаемом случае столь же закономерно лишались шансов даже превратно быть понятыми в Совете Европы. Мы прежде всего имеем в виду привилегию так называемых «правовых позиций», наделяющую суд феодального типа правом узурпации догмы,<sup>34</sup> т. е. вменения легальному тексту содержания, заданного не в соответствии с объективной иерархией схем означивания, а собственным толкованием, т. е. самоназначенной и потому нелегитимной — независимо от правильности конкретного толкования — схемой означивания.<sup>35</sup> На переходном этапе нелегитимная сертификация схем означивания сначала обнаруживает себя в формально необязательных «правовых позициях» пленумов, постановлений по отдельным делам и «разъяснений», в том числе и автореферентных, т. е. разъясняющих собственную обязательность,<sup>36</sup> затем обретает «обязательность» для

---

лемы развития и совершенствования. С. 54). Ссылаясь на Определение КС от 14 января 2000 г. № 3-О по жалобе ООО «Мемфис Дивижн» на нарушение конституционных прав и свобод частью 1 статьи 185 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (СПС «КонсультантПлюс»), согласно которому ст. 185 исключает лишь возможность ходатайствовать об этом до момента, пока начатое апелляционное или кассационное производство не будет завершено, она приходит к выводу, что такую интерпретацию принципа исчерпания КС сохранит и в отношении ч. 3 ст. 292 действующего АПК. Однако еще Постановление Конституционного Суда Российской Федерации «По делу о проверке конституционности части 3 статьи 292 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами государственного учреждения культуры “Дом культуры им. Октябрьской революции”, открытого акционерного общества “Центронефтехимремстрой”, гражданина А. А. Лысогоора и Администрации Тульской области» от 17 ноября 2005 г. № 11-П (см. п. 3 мотивировочной части Постановления) (Российская газета. 2005. 24 ноября), как представляется, как раз настаивает на жесткой интерпретации правила исчерпания, по-видимому, ввиду его эксплицитности в АПК 2002 г.

<sup>33</sup> Характерно, что даже такое понятие, как исчерпание, несмотря на его перфектную семантику, в терминах обсуждаемой иерархии сохраняет полутона. Так, например, по АПК исчерпание наступает лишь после использования всех прочих средств проверки законности судебного акта, а в общей юрисдикции достаточно обжаловать его во всех ординарных инстанциях.

<sup>34</sup> Идеологические обоснования деятельности высших судов, которую автор этой работы характеризует как «узурпация догмы», максимально четко изложены в трудах Т. Н. Нешатаевой и Г. А. Жилина. Судья ЕвразЭС и бывший судья ВАС Т. Н. Нешатаева считается одним из авторов ст. 304 АПК (см. ее доклад «Судебное нормотворчество как элемент формирования права» (Материалы III Международной научной конференции «Теоретические и практические проблемы правопонимания»). РАП, 21–23.06.2013 г.). [www.jk.ru/polezno-znat/problemu-pravoponimaniya](http://www.jk.ru/polezno-znat/problemu-pravoponimaniya)). Еще более доходчивые аргументы см. в работе «Соответствовать требованиям европейских стандартов» (Арбитражная практика. 2003. № 05(26)). Судья КС Г. А. Жилин суммирует апологию правотворчества высших судов в монографии «Правосудие по гражданским делам: актуальные вопросы» (М., 2010. С. 225–235).

<sup>35</sup> Подробно теория означивания легального текста, из которой и следует недопустимость узурпации догмы «правовыми позициями», изложена в работе «Язык догмы: обход невозможен» (Мир юридической науки. 2012. № 6. С. 8–19. <http://wolfson.ru/forum/viewtopic.php?t=15329>).

<sup>36</sup> Ответ на вопрос № 425 «Обязательны ли указания вышестоящего суда о толковании закона для суда, вновь рассматривающего дело?» см., напр.: «Практика применения Гражданского процессуального кодекса РФ. Практ. пособие / под ред. В. М. Жуикова. М., 2007. С. 561. — Из п. 2 ч. 1 ст. 390 ГПК в действовавшей редакции, как виделось авторам ответа, судьям высшей квалификации и чина, следовало, что их указания по вопросам права обязательны для суда, которому они направят дело на новое рассмотрение. И это, разумеется, «не противоречит принципу независимости судей».

судов в законодательстве о судебной системе (тем самым явно противоречащим кодексам материального права, исключаяющего правотворческую компетенцию судов, и потому на этом этапе юридически инвалидным),<sup>37</sup> вслед за тем, уже в модальности этой самозванной обязательности, «разъясняет» в пленумном толковании себя как псевдодогму процессуального права, закрепляющую за правовыми позициями статус источника материального права тем, что несовпадение с ними, причем даже ретроактивно, действующего судебного решения уже эксплицитно становится основанием его отмены,<sup>38</sup> а с окончательной институционализацией новой системы разделения властей оккупированная догма принимает наконец статус формального

<sup>37</sup> Впрочем, следует отметить, что норма п. 2 ст. 13 Федерального конституционного закона (далее — ФКЗ) от 28 апреля 1995 г. № 1-ФКЗ «Об арбитражных судах в Российской Федерации» (СПС «КонсультантПлюс»), наделяющая Пленум ВАС привилегией принимать постановления, обязательные для арбитражных судов, противоречит п. 5 ст. 23 ФКЗ от 31 декабря 1996 г. № 1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации» (Там же), который обладает юридическим верховенством в отношении предыдущего Закона, поскольку полномочия ВАС в целом и даже со структурным разбиением устанавливаются именно ст. 23 ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации» (и привилегию «обязательной» правовой позиции в пользу ВАС не предусматривают), а потому п. 6 этой статьи, делегирующий установление полномочий ВАС другому ФКЗ, естественно, следует понимать как указание на то, что в этом последнем Законе должны быть закреплены полномочия более низкого уровня по отношению к «генеральной» норме ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации». Но таковая полностью блокирует пространство для семантического маневра, необходимое для закрепления полномочия навязывать правовые позиции, тем, что вся функция по трансляции нижестоящим судам содержания права ограничена формулой «дает разъяснения» в п. 5.

<sup>38</sup> Имеются в виду постановления Пленума Верховного Суда от 20 декабря 2005 г. № 26 «О вопросе, возникшем после принятия Пленумом Верховного Суда Российской Федерации 5 апреля 2005 г. постановления № 7 “О внесении изменений и дополнений в постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 14 декабря 2000 г. № 35 “О некоторых вопросах, возникающих при рассмотрении дел, связанных с реализацией инвалидами прав, гарантированных Законом Российской Федерации “О социальной защите граждан, подвергшихся воздействию радиации вследствие катастрофы на Чернобыльской АЭС”»» и Пленума ВАС от 14 февраля 2008 г. № 14 «О внесении дополнений в постановление пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 12.03.2007 г. № 17 “О применении арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при пересмотре вступивших в законную силу судебных актов по вновь открывшимся обстоятельствам”», которыми открылось решающее сражение за прапоприменительный феодализм. В Постановлении № 14, если не ошибаюсь, впервые был применен термин «правовая позиция» в обсуждаемом здесь значении. Если судебный акт оспаривался в порядке надзора, а практика применения законодательства, на котором он основывался, была ВАС изменена в постановлениях Пленума или Президиума, коллегия судей ВАС должна была отказать заявителю в передаче дела в Президиум и указать тому на возможность пересмотра такого акта по «вновь открывшемуся» обстоятельству категории, предусмотренной в п. 1 ст. 311 действовавшей редакции АПК, — а к ней относимо могло быть лишь существенное для дела обстоятельство, и не всякое, а только «неоспоримо свидетельствующее о том, что если бы оно было известно, то это привело бы к принятию другого решения». Постановление КС от 21 января 2010 г. № 1-П «По делу о проверке конституционности положений части 4 статьи 170, пункта 1 статьи 311 и части 1 статьи 312 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами закрытого акционерного общества “Производственное объединение “Берег”, открытых акционерных обществ “Карболит”, “Завод “Микропровод” и “Научно-производственное предприятие “Респиратор”»» (Российская газета. 2010. 10 февр.), в котором Суд ухитрился не увидеть неконституционность ч. 1 ст. 311 АПК в истолковании Постановления ВАС от 14 февраля 2008 г. № 14 (СПС «КонсультантПлюс»), ограничившись третьестепенным требованием сопровождать «правовые позиции» оговоркой о ретроактивности, а сами «правовые позиции» квалифицировал как «фактически обязательные» для нижестоящих судов (и тем самым вопреки правилу ст. 3 ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ (Там же) вынеся суждение по вопросу факта), является, на мой взгляд, едва ли не самым мрачным эпизодом в истории Конституционного Суда.

источника права: несовпадение с ней *ratio decidendi* судебного решения, вступившего в законную силу, повлечет ликвидацию таковой в порядке надзора или пересмотра по «новым обстоятельствам», что и закреплено в ныне действующих ГПК (п. 3 ст. 391.9, подп. 5 п. 4 ст. 392) и АПК (п. 1 ч. 1 ст. 304, п. 5 ч. 3 ст. 311) как в текстах зрелой фазы исследуемого феномена. При этом не только не должно смущать, но и, напротив, должно свидетельствовать — показывая уровень терпимости цинизма — в пользу излагаемого здесь воззрения на природу новой судебной власти то, что в целях первого основания отмены «правовая позиция» синедриона подана как «единообразие в толковании и применении норм права»: это даже не лукавство, а просто эвфемизм, соблюдение речевых приличий: высшие суды вовсе и не скрывают того, чему ныне велено быть единообразной судебной практикой.<sup>39</sup> Красноречиво циничны и положения процессуальных кодексов, допускающие появление правовой позиции высшей судебной инстанции в качестве одного из «новых» обстоятельств, по которым, наряду с вновь открывшимися, ныне возможен пересмотр. Тем самым верховные суды не просто получают в свое распоряжение еще одно нелегитимное средство властвования. Решаются три другие задачи: канализируются в суды первой инстанции жаждущие добиться нового пересмотра дела, что категорически невозможно вне тех узких компромиссов, которые задаются природой *res judicata*, и потому снова объективно растут расценки рабочего времени членов ареопагов.<sup>40</sup> Далее, пусть «единообразие судебной практики» дважды дефектно как основание для надзорного пересмотра — как источник права и как маскарад, скрывающий узурпацию догмы права судебными иерархами, — оно не тождественно «правовой позиции», внятно заданной в формуле отмены как «новое обстоятельство»,<sup>41</sup> а в арбитражном процессе, кроме того, уклонение от такого «единообразия» нуждается в квалификации

<sup>39</sup> Об этом без обиняков говорится, например, в Постановлении Президиума Верховного Суда от 23 марта 2005 г. № 25-ПВ04 (СПС «КонсультантПлюс»): «Для Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ нарушением единства судебной практики может считаться вынесение определений, противоречащих постановлениям Пленума Верховного Суда РФ, содержащим разъяснения по вопросам судебной практики; постановления Президиума Верховного Суда РФ, определения Судебной коллегии по гражданским делам и Кассационной коллегии Верховного Суда РФ по конкретным делам, содержащим толкования норм материального и процессуального права; материалам официально опубликованных Верховным Судом РФ обзоров судебной практики и ответов на возникшие у судов вопросы в применении законодательства» (СПС «КонсультантПлюс»). И Верховный Суд следует этой позиции, см.: *Постановление ВС от 30 декабря 2009 г. № 56ПВ-09*. [http://www.vsrfl.ru/vscourt\\_detale.php?id=6729](http://www.vsrfl.ru/vscourt_detale.php?id=6729) — Сайт Верховного Суда РФ. — В арбитражной практике, с учетом, в частности, указаний п. 2 ст. 13 ФКЗ от 28 апреля 1995 г. № 1-ФКЗ «Об арбитражных судах», а с недавних пор еще и ст. 311 АПК, отождествление «единообразной практики» судов с тем, что велел ею считать иерархат, является самоочевидным. Робкие попытки противопоставления исправно пресекаются (см., напр.: *Постановление ФАС Московского округа от 7 февраля 2008 г. № КА-А40/13286-07* (СПС «КонсультантПлюс»)).

<sup>40</sup> По данным, приведенным в особом мнении судьи КС Г. А. Жилина к Постановлению Конституционного Суда от 21 января 2010 г. № 1-П, только «за неполные два года правила соответствующего процессуального механизма» — на то время Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда от 14 февраля 2008 г. № 14 — «были использованы для недифференцированной отмены судебных актов по 472 делам».

<sup>41</sup> Интересно, что готовность к признанию «единообразия судебной практики» как повода для отмены решения в *nadzorë* нетождественной собственной семантике сублимацией нормотворческого маневра в условиях его доктринальной и законодательной ограниченности может стать малой посылкой для оправдания «правовой позиции как нового обстоятельства» в силлогизме тех, кто исходит из позитивистского примирения с «фактической обязательностью» этих позиций в качестве большой посылки (см.: *Шварц М. З.* Пересмотр судебного акта по вновь открывшимся обстоятельствам в связи

и как «существенное нарушение» в терминах ч. 2 ст. 292 АПК, да и в любом случае придется фиксировать необходимое качество ошибки, позволявшее бы ниспровергнуть силу «закона для сторон». По сложности же процедуры и уже в силу дихотомии ординарности и экстраординарности обе инстанции *ex definitio* противоположны, — и таким образом еще и стимулируется обращение за этим нелегитимным, как основание преодоления *res judicata*, и неэффективным, для целей исчерпания, средством защиты.<sup>42</sup> И в том, что в Европейском Суде заявитель поэтому окажется в проигравших при любом исходе пересмотра, состоит самый утонченный цинизм: преодоление *res judicata* на основании одного лишь факта появления правовой позиции высшей судебной инстанции нарушает п. 1 ст. 6 Конвенции (в единственно существующем и обязательном для России содержании,<sup>43</sup> определенном толкованиями этой статьи Европейским Судом в многочисленных решениях, принятых по спорам, в том числе возникшим из попыток прикритыться «правовой позицией» высших судов как «новым обстоятельством», с участием России<sup>44</sup>); о размере же дистанции между тем, что ЕСПЧ считает эффективным средством защиты, и российскими версиями пересмотра действующих решений также очень легко судить.<sup>45</sup>

---

с формированием практики применения законодательства Высшим Арбитражным Судом Российской Федерации // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2010. № 1. С. 112).

<sup>42</sup> Вот именно потому, что в силу существа различия между этими институтами преодолеть *res judicata* по новизне обстоятельств с процессуальной стороны куда проще, чем в надзоре, властвующий синедрион нефеодалной формации берется рушить материально-правовые преграды, явно приглашая жалобщиков, лишенных шансов на надзорный пересмотр, обойти *res judicata* с «черного хода» и по пути неизбежно внести лепту в упрочение статуса высшей касты. Как и в случае с правовыми позициями, поначалу задействуется «обязательная» сила разъяснений, которыми закон толкуется в вопиющем противоречии с его очевидным смыслом. Так, в том же Постановлении № 17 от 12 марта 2007 г., еще до внесения в него судьбоносных поправок 2008 г., нафантазирована новизна некоторых групп обстоятельств, позволяющая квалифицировать их в соответствии с п. 1 ст. 311 АПК (см. блестящий анализ у Л. А. Тереховой: *Терехова Л. А.* Надзорное производство в гражданском процессе. Проблемы развития и совершенствования. С. 82). — Л. А. Терехова прослеживает во всем этом тенденцию, однако, к сожалению, так и не называет ее причины.

<sup>43</sup> В соответствии со ст. 32 Конвенции Европейский Суд является единственным органом с компетенцией толковать положения Конвенции, что в условиях неукоснительного, пусть и формально необязательного, следования ЕСПЧ собственным прецедентам наделяет истолкованные положения Конвенции тем, и только тем содержанием, которое определено Судом. Россия признает обязательность этих толкований в силу Федерального закона от 30 марта 1998 г. № 54-ФЗ «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней» (СПС «Консультант-Плюс») по тем делам, где она является ответчиком. Впрочем, здесь есть нюансы, о которых подробнее см. в моей работе «О модальности должного. *Ratiodecidenti* Европейского Суда по правам человека в российском праве» (Вестник СПбГУ. Сер. «Право». 2014. № 1).

<sup>44</sup> См., напр.: *Kuznetsova v. Russia*. Application N 67579/01, 7 June 2007, § 42–43; *Постановление* по делу «Ерогова против Российской Федерации» (*Yerogova v. Russia*) от 19 июня 2008 г., жалоба № 77478/01; § 40; *Постановление* ЕСПЧ по делу «Кумкин и другие против Российской Федерации» (*Kumkin and Others v. Russia*) от 5 июля 2007, жалоба № 73294/01. — В целях экономии объема ссылки на эти решения не приводятся, однако они моментально находятся на сайте информационно-правовой системы Европейского Суда «HUDOC» (<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#>) или же в любых поисковых программах.

<sup>45</sup> Доктрина была заложена в деле *Tumilovich v. Russia* N 47033/99, 22 June 1999. На том же *ratio decidendi* основано множество других решений (напр., *Denisov v. Russia* N 33408/03, 6 May 2004. AO URALMASH v. Russia N 13338/03, 4 September 2003; ООО LINK OIL SPB v. Russia N 42600/05, 25 June 2009; *Kovaleva and Others v. Russia* N 6025/09, 25 June 2009; *Martynets v. Russia* N 29612/09, 5 November 2009).

Не касаясь причин, стоящих за свойствами — тем более такими фундаментальными, как относимость к публичному или же частному интересу, — изучаемого института, трудно рассчитывать на то, что когда-либо удастся распознать модальность необходимости (или случайности) этих свойств. И конечно, не задавшись вопросом о сущности (публичной или же частной) явления, никогда не заинтересуешься историческими причинами пропорции публичного и частного в правовом явлении. Так или иначе, круг замыкается. У автора этой работы есть ощущение, что российская процессуальная наука, воспринимая указанные свойства чрезвычайного пересмотра *per se* как данность, скользит по поверхности, обильно испещренной неровностями рельефа и потому вполне достойной ее описательных способностей, но не находит времени или желания углубиться в почву, лежащую под всяким, в том числе и столь причудливым, ландшафтом. Совсем не видны или крайне размыто выглядят в этом дискурсе истоки публичности в надзоре и пересмотре по новым и вновь открывшимся обстоятельствам. И поскольку исторически, как было показано выше, публичность в интересующих нас производствах питается из качественно разных источников, тоталитаризма и нефеодализма, разобраться в сообразно меняющихся публичных свойствах явления, оставаясь на его поверхности, и тем более объяснить направление этих перемен становится все сложнее.

Стоящая за нынешней экстраполяцией частного и публичного интереса в преодолении *res judicata* та парадигма судебной власти, которую мы именуем реваншем правоприменительного феодализма, не остается незамеченной. Так, А. Я. Курбатов характеризует обсуждаемое явление в терминах, почти однородных тем, в которых оно описывается в этой работе.<sup>46</sup> Есть авторы, которые констатируют, что перечисленные в ст. 304 АПК основания никак не связаны с общими задачами арбитражного судопроизводства, «направлены прежде всего на решение “внутренних” проблем системы арбитражных судов»,<sup>47</sup> «на обеспечение интересов государства»;<sup>48</sup> в *nadzor'e* по версии главы 36 АПК они, кажется, не видят феномен более значимый, чем советский реликт мутации процессуальной компетенции в контрольно-управленческую. Впрочем, для того чтобы утверждать, что тот не может рассчитывать на признание не только эффективным средством для целей ст. 13 Европейской конвенции,<sup>49</sup> но и,

---

<sup>46</sup> «Призывы к введению прецедентного права в правовой системе, относящейся к континентальной правовой семье, с исторической точки зрения — это призывы вернуться назад в эпоху феодализма» (Курбатов А. Пренебрежение к законам и усугубление проблем правоприменения. [http://zakon.ru/Discussions/precedentnoe\\_pravo\\_v\\_rossii\\_prenebrezhenie\\_k\\_zakonom\\_i\\_usugublenie\\_problem\\_pравоприменения/489](http://zakon.ru/Discussions/precedentnoe_pravo_v_rossii_prenebrezhenie_k_zakonom_i_usugublenie_problem_pравоприменения/489) — Портал «Закон.ру». С. 184. — См. также: Грось Л. А. О постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации «О судебном решении» // Арбитражный и гражданский процесс. 2004. № 10. С. 37).

<sup>47</sup> Шерстюк В. М. Новые положения третьего Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации. М., 2003; Ефимов А. Е. Надзорное производство в арбитражном процессе. М., 2007. С. 56.

<sup>48</sup> Ефимов А. Е. Надзорное производство в арбитражном процессе. С. 56–57.

<sup>49</sup> Отметим, что после публикации цитируемой работы ЕСПЧ признал совместимой с принципом исчерпания (§1 ст. 6 Конвенции) надзорную процедуру по АПК 2002 г. (см.: *ООО LINK OIL SPB v. Russia* N 42600/05, 25 June 2009; *Kovaleva and Others v. Russia* N 6025/09, 25 June 2009). Но исследование на предмет соответствия этой процедуры более широкому по объему понятию эффективного средства защиты (ст. 13), в каком-то соответствии усомнился А. Е. Ефимов, Судом не проводилось, вопреки указанию М. А. Филатовой (см.: Филатова М. А. Европейские стандарты правосудия по гражданским делам и их значение для российской судебной системы // Стандарты справедливого правосудия. Международные и национальные практики / под ред. Т. Г. Морщаковой. М., 2012. С. 83).

исходя из своего назначения, вообще средством защиты прав человека по смыслу Европейской конвенции,<sup>50</sup> такого проникновения в сущность явления оказывается достаточно.

И однако магистральным сегодня апокрифом в процессуальной науке, изъясняющим динамику публичных конструкций, является сценарий «от советского прошлого — к европейским стандартам».<sup>51</sup> Свое, радикально отличное от приведенного, видение истины автор пытался изложить выше. Но коль скоро в поле нашего исследования вошла альтернативная версия, следует вкратце уделить внимание ее критике. Во-первых, у европейских учреждений есть алиби. Это, прежде всего, предельно ясные указания ЕСПЧ о несовместимости со ст. 6 (1) Конвенции российской модели пересмотра по новым обстоятельствам и в связи с нарушением норм права в надзоре, постольку, поскольку таковым обстоятельством или нарушением признается простое несовпадение правовых позиций судов, в том числе решившего дело и вышестоящего по отношению к нему.<sup>52</sup> Другие поводы для пересмотра в нынешней версии *nadzor'a* Европейский Суд пока не тестировал на предмет соответствия ст. 6: это было бы весьма интересно, но этого нет, и кивать на ЕСПЧ невозможно. Зато Суд не менее часто, чем несовпадению точек зрения между инстанциями как основанию для пересмотра, выказывал свою категорическую неприязнь другим публичным свойствам *nadzor'a* — дискреционности полномочий суда в надзорном

---

<sup>50</sup> Ефимов А. Е. Надзорное производство в арбитражном процессе. Автореф. дис. ... к. ю. н. М., 2007.

<sup>51</sup> Заявление Т. Н. Нешатаевой: «Статья 304 АПК РФ в принципе соответствует новейшим теоретическим разработкам в судебном праве зарубежных государств и требованиям Европейских стандартов, признанных Российской Федерацией», — как и название работы, в которой оно было сделано (Нешатаева Т. Н. Соответствовать требованиям европейских стандартов // Арбитражная практика. 2003. № 05(26)), по очевидным причинам нужно оставить без комментариев. Однако ведущие российские специалисты в области надзорного производства Е. А. Борисова и Л. А. Терехова (Борисова Е. А. Проверка судебных актов по гражданским делам; Терехова Л. А. Надзорное производство в гражданском процессе. Проблемы развития и совершенствования), соглашаясь с тем, что изменения в статусе ВАС имеют отношение к европейским стандартам, увы, расходятся с Т. Н. Нешатаевой только в пропорции этого отношения. М. А. Филатова находит, что «невозможно отрицать большой путь, пройденный в этом направлении отечественной судебной системой, и значительные успехи в данной области» (Филатова М. А. Европейские стандарты правосудия по гражданским делам и их значение для российской судебной системы. С. 35).

<sup>52</sup> Это, собственно, сотни дел-клонов (выражение самого ЕСПЧ), где рутинно фиксируется нарушение права на справедливое судебное разбирательство (ст. 6 Конвенции). Хорошо известно, что общие требования к преодолению *res judicata* были сформулированы в деле *Ryabykh v. Russia* N 52854/99, 24 July 2003 § 52 (в частности, «одного только наличия разных подходов к решению спора недостаточно для передачи его на новое рассмотрение»). Они в свою очередь восходят к еще более общему «правилу Брумареску» (*Brumarescu v. Romania* N 28342/9528, October 1999). Далее я приведу только те решения, в которых, по моему мнению, эта доктрина получала развитие, для экономии объема опуская ссылки, указывая интересующие нас параграфы и напоминая при этом про ИПС ЕСПЧ «HUDOC», где текст решений может быть найден моментально (*Nikitin v. Russia* N 50178/99, § 5, 20 July 2004; *Pravednaya v. Russia* N 69529/01, § 32, 18 November 2004; *Bulgakova v. Russia* N 69524/01, § 31–32, 18 January 2007; *Kot v. Russia* N 20887/03, § 27, 18 January 2007; *Luchkina v. Russia* N 3548/04, § 21, 10 April 2008; *Protsenko v. Russia* N 13151/04, 26 January 2009; *Baturlova v. Russia* N 33188/08, 19 July 2011). А вот насчитывающий 84 российских дела «шорт-лист» ЕСПЧ — только те, что подпадают под «доктрину Рябых» (<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Del/OJ/DH%282012%291136&Language=lanFrench&Ver=prel0034&Site=DG4&BackColorInternet=B9BDEE&BackColorIntranet=FFCD4F&BackColorLogged=FFC679>). Некоторые другие значимые решения, относящиеся к пересмотру по «новым обстоятельствам», уже приведены в сноске выше.

производстве (при рассмотрении вопроса о приемлемости жалобы, истребовании дела, о передаче дела для рассмотрения по существу), признавая, в относительно недавних решениях, в целях определения необходимости «исчерпания»,<sup>53</sup> современную надзорную инстанцию в арбитражном судопроизводстве эффективным средством защиты<sup>54</sup> и не признавая таковым то, что ей предшествовало.<sup>55</sup> Суд еще раз указал, что оценка уровня дискреционности (качества, противоположного процессуальной компетенции) является критическим элементом теста (наряду с неопределенностью как длительности, так и течения сроков, а также многоярусностью надзорной пирамиды). Надзор по версии ФЗ-330 уже успел получить ту оценку ЕСПЧ, которой он, конечно же, заслуживал, и в том числе дискреционностью, или, скажем лучше, внепроцессуальностью, полномочий высших чинов иерархии в соответствии с ч. 3 ст. 381 и ст. 389 (ныне ст. 391-11).<sup>56</sup> Эти старинные привилегии, безусловно, относятся к тем инсигниям, которые, будучи исключительным достоянием глав корпораций феодального типа, особенно властных, имеют поэтому почти магическое значение. Отсюда неумное желание их сохранить даже перед лицом почти неизбежного расставания по воле все того же ЕСПЧ<sup>57</sup> — а тот уже в самое ближайшее, по-видимому, время рассмотрит, в рамках дела *Ryabkin v. Russia*, соответствие Конвенции пиковой фазы правоприменительного феодализма, воплощенной в положениях ФЗ-353 — действующих правилах *nadzor'a*. Во всяком случае, в адрес России Судом уже направлен вопрос, который выглядит риторическим: по существу, властям государства-ответчика предлагается пояснить, каким образом последняя реформа должна покончить с многолетним поруганием принципа правовой определенности, если она предусматривает несколько инстанций по пересмотру вступивших в силу решений плюс еще одну запасную, оставленную в личное дискреционное пользование высших магистров ордена.<sup>58</sup>

Во-вторых, даже когда бы европейские организации пытались навязать нашей стране режим публичной неустойчивости гражданских прав, и тогда бы одна констатация эффекта такого воздействия, без постановки вопросов о модальности обязательности решений и *ratio decidendi* ЕСПЧ и рекомендаций комитета министров, в легальном дискурсе смотрится экстравагантно. Первый из них автором был

---

<sup>53</sup> Здесь снова акцентируем характер теста, предпринятого ЕСПЧ в делах *ООО LINKOIL SPB* и *Kovaleva and Others*: арбитражный надзор оценивался именно на совместимость с доктриной исчерпания (§ 1 ст. 35), а не в целом как эффективное средство правовой защиты (ст. 13).

<sup>54</sup> Еще одна и существенная неточность в интерпретации решения по делу *ООО LINKOIL SPB* допущена М. А. Филатовой в том, что она приписала ЕСПЧ отсутствие «нареканий» в отношении оснований отмены судебного акта по ст. 304 АПК с точки зрения их совместимости с принципом правовой определенности (Филатова М. А. Европейские стандарты правосудия по гражданским делам и их значение для российской судебной системы. С. 92). В действительности же такого вывода нет даже в качестве *obiterdicta*; тем более нет в решении никаких оценок содержания этих оснований. Суд лишь отметил, что они представлены в ст. 304 в виде исчерпывающего перечня.

<sup>55</sup> *AO URALMASH v. Russia* N 13338/03, 4 September 2003.

<sup>56</sup> *Martynets v. Russia* N 29612/09, 5 November 2009.

<sup>57</sup> Уровень ожидания такого решения ЕСПЧ относительно ст. 391-11 велик и среди практикующих юристов, работающих с жалобами в ЕСПЧ (см., напр.: <http://europeancourt.ru/kriterii-priemlemosti-zhaloby-v-evropejskij-sud/neobxodimost-ischerpaniya-vsex-sredstv-pravovoj-zashhitypered-obrashheniem-v-evropejskij-sud/> — сайт Олега Ачинщика).

<sup>58</sup> *Ryabkin and Others v. Russia* N 52166/08. Additional questions to the parties. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#%7B%22fulltext%22:%7B%22Ryabkin%22%7D,%22itemid%22:%7B%22001-114678%22%7D%7D>].

поставлен и разрешен в предыдущей его статье,<sup>59</sup> второй вопрос настолько прост, что даже не заслуживает самостоятельного исследования. Для начала, рекомендации Комитета министров (КМ) являются «рекомендациями» не только по значению слова, но и по юридическому смыслу, исходя из однозначного текста ст. 15 (b) Устава Совета Европы.<sup>60</sup> Когда же КМ осуществляет в соответствии с Правилами, определяющими его компетенцию,<sup>61</sup> свою единственную «профильную миссию», предписанную ему ст. 46 Конвенции (осуществлять надзор за исполнением постановлений ЕСПЧ), он вправе в соответствии с п. 16 Правил в так называемых «промежуточных резолюциях» (*interim resolutions*) «выразить обеспокоенность» (т. е., очевидно, когда проблема, связанная с исполнением решения Суда, по мнению министров, носит системный характер). И в этом единственном случае, когда КМ вправе издавать акты, касающиеся неопределенного круга лиц, если и не формально обязательные, то по крайней мере прямо связанные с обязательными (постановления ЕСПЧ), им, легко догадаться, не было издано *interim resolutions*, в которых хотя бы отдаленно сквозило беспокойство о недостаточности публично-правового прогресса в реформе институтов пересмотра: ведь Россия здесь вообще никогда не даст повода за себя беспокоиться, а ЕСПЧ ни разу не вменял публичные интересы в критерии *fundamental error*, ошибки, констатация каковой только и может быть основанием для отмены вступившего в силу решения. Раскрывая вариативное содержание этого понятия, Суд допустил только «существенные процессуальные нарушения», «злоупотребления полномочиями» и «юрисдикционные ошибки»,<sup>62</sup> причем последние включают существенные ошибки в применении норм материального права.<sup>63</sup>

Фаворитом среди «европейских стандартов» у российских специалистов по *nadzor*'у выступают Рекомендации КМ, опубликованные еще 6 сентября 1995 г., в которых указывалось, что «обжалование в судах третьей инстанции должно прежде всего касаться тех дел, которые заслуживают третьего судебного разбирательства, в частности таких, решение по которым будет способствовать совершенствованию правового регулирования или обеспечению единообразного толкования закона. Допустимо также ограничить такой пересмотр делами, по которым необходимо

---

<sup>59</sup> См. об этом: Вольфсон В. Л. О модальности должного. Ratio decidendi Европейского суда по правам человека в российском праве // Вестник СПбГУ. Сер. «Право». 2014. № 1.

<sup>60</sup> Устав Совета Европы. [http://sutyajnik.ru/rus/cases/law/statute\\_CoE.htm](http://sutyajnik.ru/rus/cases/law/statute_CoE.htm) — Материалы сайта «Сутяжник».

<sup>61</sup> Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements. [http://sutyajnik.ru/rus/echr/res\\_com\\_of\\_min/rules\\_suprevison\\_eng.htm](http://sutyajnik.ru/rus/echr/res_com_of_min/rules_suprevison_eng.htm) — Материалы сайта «Сутяжник».

<sup>62</sup> A jurisdictional error, serious breaches of court procedure or abuses of power (*Luchkina v. Russia* N 3548/04, § 21, 10 April 2008). В некоторых русских источниках это место в решении ЕСПЧ переводят как «судебная ошибка» (Русский текст решения по делу Лучкиной, § 21. СПС «КонсультантПлюс»). Иногда — как «ошибка в установлении юрисдикции» (см.: Алексеевская Е. И. Судебные акты надзорной инстанции. Науч.-практ. пособие. М., 2011 // СПС «Гарант-Эксперт»). Ни то, ни другое не соответствует смыслу понятия *jurisdictional error*. В первом переводе оно предстает более широким, чем есть на самом деле, второй вообще за его пределами, но именно поэтому первый даже опаснее.

<sup>63</sup> Ключевое значение для признания расширенной доктрины *jurisdictional error*, включающей также ошибки в применении материального права, имело решение по делу *Anisminic* британской Палаты лордов (<http://www.nadr.co.uk/articles/published/ArbitrationOlderReports/Anisminic%201968.pdf>). — См. об этом также, напр.: Dr. Ian Ellis-Jones. The Doctrine of Jurisdictional Error. <http://www.slide-share.net/ianellis-jones/jurisdictional-error>).



разрешить вопросы права, имеющие принципиальное значение для общества».<sup>64</sup> Когнитивный пиетет считается не с тем, что у России есть все перечисленные выше причины не последовать этим давнишним рекомендациям,<sup>65</sup> а с тем, что им не последовали, — разумеется, по этим же именно причинам — большинство европейских стран вступает в открытый конфликт: в процессуальной литературе возобладание публичного над частным иногда представляют как тенденцию в европейском законодательстве,<sup>66</sup> причем соотношение между частным интересом и обнаруженным интересом публичным в кассационном производстве Франции поясняется как «удивительным образом сочетающееся».<sup>67</sup>

Вскользь, потому что предмет явно периферийный, перечислим несколько нестандартных фактов, относящихся к правовым системам с различной родословной. Единственным поводом к пересмотру вступившего в законную силу решения для французской кассационной инстанции признается несоответствие нормам права.<sup>68</sup> И это не более чем системная мера, поскольку данное положение процессуального Кодекса (ст. 604) по существу перефразирует ст. 5 Гражданского кодекса: «При решении представленных к их рассмотрению споров судам запрещается выносить постановления общеобязательного характера». Приводимый в некоторых работах как образец экспансии публичного интереса институт «обжалования в интересах закона»<sup>69</sup> в действительности является «платонической кассацией», изобличающей как раз недопустимость отступления от принципа диспозитивности во имя того, что у нас назвали бы «принципом законности»: каким бы ни было мнение кассационного суда, оно ничто не изменит в частном правоотношении сторон, коль скоро те решение не обжаловали. В Латвии «в кассационном порядке может быть обжаловано решение суда апелляционной инстанции, если суд нарушил нормы материального

---

<sup>64</sup> См. подп. с ст. 7 гл. 14 Recommendations N 5 (5) of the *Committee of Ministers to member States concerning the introduction and improvement of the functioning of appeal systems and procedures in civil and commercial case*. Adopted by the Committee of Ministers on 7 February 1995 at the 528th meeting of the Ministers' Deputies. <http://www.legislationline.org/documents/action/popup/id/8290>. — Материалы сайта Legislation online.

<sup>65</sup> Выше вкратце упоминалось о вариативном несоответствии понятия *fundamental error* какому-либо публичному интересу. Но несоответствие легко увидеть и в семантических объемах. Как и во всех случаях толкования, расходящегося с природой интерпретируемого понятия, гипотетическая попытка представить «существенные ошибки» как такое основание для пересмотра и для отмены судебных решений, которое заключалось бы в нарушении публичных интересов, неизбежно обнаруживала бы как расширительную, так и ограничительную дефектность.

<sup>66</sup> Например, Л. А. Терехова, присоединяясь к мнению Т. Н. Нешатаевой, утверждает: «Судебные системы развитых стран в качестве критериев приемлемости для пересмотра решения, вступившего в силу, предусматривают и такой, как «социальная значимость спорного вопроса»» (см.: Терехова Л. А. Надзорное производство в гражданском процессе. Проблемы развития и совершенствования. С. 65. — См. также: Филатова М. А. Европейские стандарты правосудия по гражданским делам и их значение для российской судебной системы. С. 68; Балакин К. В. Обжалование постановлений судов гражданской юрисдикции во Франции. Автореф. дис. ... к. ю. н. М., 2001).

<sup>67</sup> Цитируя и комментируя данное положение работы К. В. Балакина, Е. А. Борисова также не показывает, каким образом определяется граница между частным и публичным в кассационном процессе Франции.

<sup>68</sup> Портал Legifrance: общество по содействию распространению права: [http://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1962/13735/version/3/file/Code\\_39.pdf](http://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1962/13735/version/3/file/Code_39.pdf)

<sup>69</sup> Так, Е. А. Борисова указывает, что право такого обжалования прокуратуре предоставляется «в целях наиболее полного удовлетворения публичного интереса», не упоминая об отсутствии каких-либо последствий для интереса частного.

или процессуального права или при рассмотрении дела нарушил пределы своей компетенции». <sup>70</sup> В Грузии действующее судебное решение может быть обжаловано в кассационной инстанции лишь на том основании, что оно вынесено с нарушением закона, каковым — поясняет столь поучительно контрастный с нашими процессуальными кодексами грузинский закон — оно считается тогда, когда принявший его суд: а) не применил закон, который должен был применить; б) применил закон, который не должен был применять; в) неправильно истолковал закон. <sup>71</sup> В Германии разрешение на допуск к ревизии вступившего в законную силу судебного акта выдается при условии прохождения публично-правового фильтра (окончательное решение дела надзорной инстанцией необходимо ввиду «исключительной важности возникших вопросов права» либо для «совершенствования правового регулирования или обеспечения единообразного применения права»). <sup>72</sup> Однако основанием как для допуска к ревизии, так и для отмены являются только нарушения норм права: на такие нарушения должны иметься мотивированные указания в жалобе (ст. 575 (3), исключительность таких оснований для отмены решения указывается в ст. 576 и 577. Соображения единообразия судебной практики влияют на распределение компетенции надзорных органов Государственного суда Эстонии (ст. 322 ГПК), однако исключены как основание для отмены: в силу ст. 347 таковым является, не считая процессуальных показаний к ревизии, только неправильное применение или толкование нормы материального права. <sup>73</sup> В Финляндии самостоятельным показанием к выдаче доступа к пересмотру решения является целесообразность рассмотрения дела Верховным Судом ввиду обеспечения единообразия судебной практики или важности толкования, которое тот мог бы дать положениям права, применимым в других подобных спорах. Критерием оценки может стать только допущенное судом, рассматривавшим дело, процессуальное или другое нарушение. <sup>74</sup>

От деликатного вопроса о целесообразности соотнесения своего выбора с нечасто существующими и, даже тогда, совсем необязательными стандартами никак не деться, но это сразу приведет к уже предметному вопросу об оправданности этих стандартов и, наконец, о частном и публичном в природе *res judicata* как о важнейшем институте устойчивости субъективного гражданского права. Ограничение исследования историографическими задачами предопределяет воздержание от ценностных суждений. Тем не менее не признаться в завершение статьи — где ставилась задача доказать, что публичная ориентация пересмотра вступивших в силу решений является свойством отнюдь не существенным, а лишь исторически присущим российскому процессуальному законодательству, — в своей приверженности идеи

---

<sup>70</sup> Статья 450 (3) Гражданско-процессуального закона Латвийской Республики от 14 октября 1998 г. (по сост. на 14 декабря 2006 г.). <http://www.inlatplus.lv/>

<sup>71</sup> Статья 393 ГПК Грузии. [http://www.jguard.ru/images/attaches/235/GPK\\_Georgia.txt](http://www.jguard.ru/images/attaches/235/GPK_Georgia.txt)

<sup>72</sup> Статья 574 ГПК ФРГ. Официальный перевод на английский язык. [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_zpo/index.html#gl\\_p0163](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/index.html#gl_p0163) — Сайт «Право в интернете» Министерства юстиции ФРГ.

<sup>73</sup> Цит. по: <http://ex-jure.ru/law/news.php?newsid=1001> — «Юридический виртуальный клуб exjure».

<sup>74</sup> Статья 3 (1) главы 30 Кодекса судопроизводства Финляндии. Неофициальный перевод Министерства юстиции Финляндии. База данных «Finlex». <http://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/1734/en17340004.pdf>

полного иммунитета *res judicata* каким бы то ни было публичным интересам было бы уже нелепо.

Такое признание не может читаться иначе, чем анонс. Ведь ценностное суждение нуждается в самостоятельной аргументации. Автор рассчитывает представить ее в самое ближайшее время.

Статья поступила в редакцию 30 декабря 2013 г.